

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**RAZONES JURÍDICAS PARA INCORPORAR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN
DE BIENES EN LA UNIÓN DE HECHO PROPIA.**

POR

Bach. Julio César Becerra Novoa.

Bach. Beder Alex Quiroz Cruz.

ASESORA

Mg. Rocío del Pilar Ramírez Sánchez

Cajamarca – Perú

Febrero - 2022

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**RAZONES JURÍDICAS PARA INCORPORAR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN
DE BIENES EN LA UNIÓN DE HECHO PROPIA.**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el Título
Profesional de Abogado.**

Bach. Julio César Becerra Novoa.

Bach. Beder Alex Quiroz Cruz.

Asesora: Mg. Rocío del Pilar Ramírez Sánchez.

Cajamarca – Perú

Febrero - 2022

COPYRIGHT © 2022 BY:

Julio César Becerra Novoa

Beder Alex Quiroz Cruz

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

**RAZONES JURÍDICAS PARA INCORPORAR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN
DE BIENES EN LA UNIÓN DE HECHO PROPIA.**

Presidente: Mg. Edgar Elí Gutiérrez Portal

Miembro: Mg. Gloria Vílchez Aguilar

Miembro- Asesor: Mg. Rocío del Pilar Ramírez Sánchez

A:

Dios, a nuestros padres y docentes por brindarnos su apoyo y poder cumplir con nuestro objetivo de poder adquirir conocimientos y gracias a ello, poder culminar con la presente tesis.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	V
RESUMEN	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN	
.....	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO I:	
1.Planteamiento del Problema.....	¡Error! Marcador no definido.
1.1. Descripción de la realidad problemática	
.....	¡Error! Marcador no definido.
1.2. Definición del Problema.....	4
1.3. Objetivos.....	4
1.3.1. Objetivo General.....	4
1.3.2. Objetivos Específicos.....	4
1.4. Justificación e Importancia.....	4
CAPITULO II:	
2. Fundamento Teórico de la Investigación.....	8
2.1. Antecedentes Teóricos.....	8
2.2. Antecedentes Históricos	12
2.3. Régimen Patrimonial del Matrimonio.....	20

2.3.1. Naturaleza Jurídica.....	25
A. Algunas Disposiciones Generales Expresas en el Régimen Patrimonial del Matrimonio en el Código Civil	26
a. El Sistema de Elección.....	27
b. Variabilidad del Régimen Patrimonial.....	27
2.3.2. La Sociedad de Gananciales como Régimen Legal Supletorio.....	28
A. Disposiciones Generales de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio en el Código Civil, el Interés Familiar como Principio Rector en la Gestión de los Bienes.....	29
2.3.3. Régimen de Sociedad de Gananciales en el Código Civil Peruano.....	31
2.3.4. Naturaleza Jurídica del Régimen de Sociedad de Gananciales del Matrimonio.....	32
A. Bienes Propios.....	34
2.4. Régimen de Separación de Patrimonios.....	34
2.5. Uniones de Hecho.....	40
2.5.1. Teorías de la Unión de Hecho	42
A. Teoría de la Comunidad de Bienes.....	42
2.6. Requisitos para Constituir una Union de Hecho Propia.....	42
2.6.1. Heterosexualidad.....	42
2.6.2. Voluntaria.....	43
2.6.3. Singularidad.....	43
2.7. La Unión de Hecho y La Comunidad de Bienes	43
2.8. Realidad Social.....	44
2.8.1. Regulación de la Convivencia en el Código Civil	44
A. Régimen de Comunidad de Bienes en la Unión de Hecho Propia	45
a. La Absoluta o Universal	47
b. La Comunidad de Muebles y Ganancias	47

2.9. Marco Conceptual.....	48
2.10. Unión de Hecho Propia	49
2.11. Razones Jurídicas	53
2.12.Regimen Patrimoniales del Matrimonio	53
2.12.1. Sociedad de Gananciales.....	53
2.12.2. Régimen de Separación de Bienes.....	54
2.12.3. Regimen de la Union de Hecho Propia	55
A. Comunidad de Bienes.....	56
2.13. Incorporar el Regimen de Separación de Bienes en la Union de Hecho Propia.....	57
2.14. Hipótesis.....	58

CAPITULO III

3. Régimen de Separación de Bienes en las Uniones Hecho en el Perú y en el Derecho Comparado	60
3.1. España.....	62
3.2. Regímenes Económicos en las parejas de Hecho	62
3.3. Modelos de regulación de los Regímenes Patrimoniales.....	65
3.3.1. Primer modelo: Presunción de un Determinado Régimen Patrimonial.....	65
3.3.2. Segundo Modelo: Regulación del Regimen de Bienes mediante Pactos.....	71
3.4 Limites de los Pactos.....	72
3.4.1. Orden Publico.....	72
3.4.2. Buenas Costumbres	77
3.4.3. La Forma y Eficacia de los Pactos Convencionales.....	80
3.4.4. Contenido de los Pactos.....	83

CAPITULO IV

4. Metodología de la Investigación.....	86
4.1. Tipo de Investigación.....	86
4.2. Diseño de Investigación	86
4.3. Área de Investigación.....	87
4.4. Dimensión Temporal y Espacial.....	87
4.4.1 Temporal.....	87
4.4.2. Espacial.....	87
4.5. Unidad de análisis, Población y Muestra	87
4.6. Métodos.....	87
4.6.1. Hermenéutica Jurídica.....	87
4.6.2. Dogmática Jurídica.....	88
4.7. Técnicas de Investigación.....	88
4.8. Instrumentos.....	88
4.9. Limitaciones de la Investigación.....	88

CAPITULO V

5. Análisis del Artículo 326° Del Código Civil - Uniones de Hecho Libro III Del Derecho de Familia. Sección Segunda Sociedad Conyugal, Título III Régimen Patrimonial, Capítulo Segundo Sociedad de Gananciales	90
---	----

CAPITULO VI

6. Razones Jurídicas para Incorporar el Régimen de Separación de Bienes en la Unión de Hecho Propia.....	95
--	----

6.1 EL Principio de la Igualdad Jurídica, para que los integrantes de la Unión de hecho propia puedan gozar del derecho de Regímenes patrimoniales como los poseen los integrantes del matrimonio	95
6.2 EL Derecho a la libre Elección al incorporar el Régimen de Separación de bienes en la Unión de hecho propia	96
6.3 EL Derecho a la Autonomía de la Voluntad.....	99

CAPITULO VII

7.1. Proyecto de Ley	105
7.2. Disposiciones Finales.....	106
7.3. Exposición de Motivos.....	107
7.4. Efecto de la Vigencia de la Normal Legislación nacional.....	108
7.5. Análisis, Costo Beneficio.....	108
CONCLUSIONES.....,	109
RECOMENDACIONES.....	110
LISTA DE REFERENCIAS.....	111

RESUMEN

El problema de investigación fue determinar cuáles son las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia, se tuvo como objetivo general determinar las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia y los objetivos específicos: analizar la regulación de la separación de bienes en el Derecho Peruano y Derecho Comparado, estudiar al régimen de separación de bienes en el Derecho Comparado y la propuesta de incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia de la legislación peruana, en la investigación se consideró como hipótesis las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia son: el derecho de la igualdad jurídica donde los integrantes de la unión de hecho propia puedan gozar del derecho de regímenes patrimoniales, como lo poseen los integrantes del matrimonio, el derecho a la libre elección, donde pueda elegir voluntariamente el régimen al que quiere acogerse, siendo este un derecho fundamental e inherente al ser humano y el derecho a la autonomía de la voluntad, si es factible que los integrantes de la unión de hecho propia puedan optar libremente por los regímenes patrimoniales; cuya metodología de la investigación fue hermenéutica y dogmática jurídica.

Palabras Clave: Unión de hecho propia, regímenes patrimoniales, régimen de separación de bienes.

Línea de investigación: Derecho Civil – Derecho de Familia

ABSTRACT

The problem of investigation was to determine the legal reasons for the incorporation of the separation of property into the union in fact. The general objective was to determine the legal reasons for the incorporation of the separation of property regime into the de facto union and the specific objectives: to analyze the regulation of the separation of property in Peruvian law and comparative law, to study the regime of separation of property in comparative law and the proposal to incorporate the separation of property regime in the factio unionis of Peruvian legislation, the investigation considered as a hypothesis the legal reasons for incorporating the separation of property regime into the factio unionis are: the principle of legal equality where members of the union may in fact enjoy the right of patrimonial regimes, as the members of marriage possess, the right to free choice, where they may choose voluntarily the regime to which it wishes to avail itself, being this a fundamental and inherent right to the human being and the right to the autonomy of the will, if it is possible that the members of the union in fact can freely opt for patrimonial schemes; whose research methodology was hermeneutical and legal dogmatic.

Key Word: Factio unionis, property regime, separation of property regime

Area of Research: Civil law - Family law.

INTRODUCCIÓN

El derecho Civil en el Perú, se sigue considerando como único régimen patrimonial el de comunidad de bienes en la unión de hecho propia, más no, deja la libre elección de escoger la separación de bienes. Por lo que en términos generales significó que el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia no están reguladas en el en el sistema jurídico peruano y ante el reconocimiento de la misma en otros países, también se investigó las razones que motivaron a la regulación jurídica de estos supuestos.

Es así que, la presente tesis, abarcó varios capítulos los cuales están desarrollados de la siguiente manera: Capítulo I Planteamiento del Problema, Capítulo II Marco Teórico, Capítulo III Analizar el Régimen de Separación de Bienes en la Unión de Hecho Propia en el Perú y en el Derecho Comparado, Capítulo IV Metodología de la Investigación, Capítulo V Análisis del Artículo 326° del Código Civil Uniones de Hecho, Capítulo VI Razones Jurídicas para Incorporar el régimen de Separación de Bienes en la Unión de Hecho Propia y finalmente el Capítulo VII sobre el Proyecto de Ley.

Estos aspectos de la Unión de hecho se llegó a regular con la Constitución de 1979 en su artículo 9° dándole reconocimiento Constitucional, dando lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, que surge del régimen patrimonial del matrimonio en el Perú. El Código Civil de 1936 no considero regímenes convencionales, si no por el contrario impuso un régimen legal único, forzoso, refiriéndose a la sociedad de gananciales. Y hoy en día sigue regulado en su legislación Peruana teniendo vigencia en su actual Código Civil (1984) en su artículo: 326° respecto a la unión de hecho. Es por ello, que en el siguiente trabajo de Investigación se propone la incorporación de otro régimen en la unión de hecho propia.

CAPITULO I

1. Planteamiento del Problema

1.1 Descripción de la Realidad Problemática

El régimen patrimonial reconocido en nuestro Código Civil en la unión de hecho propia, es el régimen de comunidad de bienes, la unión de hecho genera una sociedad de gananciales similares a las del matrimonio, por lo tanto, también se puede constituir un régimen de separación de patrimonios cumpliendo con los requisitos y procedimientos del ordenamiento civil, el régimen patrimonial del concubinato (sociedad de bienes, sujeta al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable), se manifiesta en las principales tendencias jurisprudenciales como judicial, por ejemplo el criterio registral por el que se precisa que la comunidad de bienes es el único y forzoso régimen patrimonial que se origina en las uniones de hecho propias (Resolución N° 343-98-ORLC/TR) y el criterio judicial por el cual no se puede oponer al adquirente de buena fe y a título oneroso el carácter común que revistan los bienes que aparezcan registrados como pertenecientes a uno solo de los convivientes.

Junto a los deberes y derechos que el matrimonio suscita entre los cónyuges y que enmarcan moral y jurídicamente la conducta de estos en sus relaciones personales, existe un cúmulo no menos importante de otras relaciones conyugales, que el Derecho no puede dejar de gobernar porque atañen fundamentalmente a la vida económica de la familia, a su mantenimiento y bienestar material. (Cornejo Chávez, 1999, p. 253)

En este sentido, haciendo una comparación con los regímenes patrimoniales del matrimonio, nuestro Código Civil reconoce dos regímenes patrimoniales: Sociedad de Gananciales y Separación de Patrimonios; así mismo se faculta a los contrayentes (antes de la

celebración del matrimonio) y a los cónyuges (después de celebrado) a optar por cualquiera de los regímenes, elección que para ser oponible a terceros deberá ser inscrito en el correspondiente Registro Personal del Registro de Personas Naturales (arts. 295 y 296 del C.C.); en cambio, tratándose de la unión de hecho que reúna los requisitos legales, concubinato propio, el régimen aplicable, por imperio de la ley será el de sociedad de bienes, que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

El conjunto de normas jurídicas que rige las relaciones económicas, que se suscitan en las relaciones entre los cónyuges con terceros y que se aplican supletoriamente a las uniones estables. En concreto, es la reglamentación jurídica de las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio. (Varsi Rospigliosi, 2012, p. 45)

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

Entonces, ¿Si se incorpora el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia los integrantes de la unión de hecho propia podrían optar por elegir un régimen, así como en el matrimonio? La elección de los regímenes patrimoniales, en el Perú solo se considera solo en el matrimonio.

De ello, se ha podido interpretar que los bienes buscan proteger el bienestar de la familia, ya que el patrimonio se forma en miras para ayudar a la misma que estuvo como pilar para poder conseguirlo, puede que uno de los convivientes de la unión de hecho propia

compró un departamento en otra ciudad, o si compró una moto, si buscó comprar una casa ¿sería justo conceder el porcentaje de su patrimonio al conviviente de la unión de hecho propia?

Lo que menos se ha buscado con esta regulación es el conflicto, más bien la incorporación del régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia. Entonces ¿Qué situación jurídica tiene el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia? ¿Le correspondería tratar el régimen de separaciones de bienes de la unión de hecho propia similar al del matrimonio? Preguntas que se respondió en la siguiente investigación.

1.2 Definición del Problema

¿Cuáles son las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia dentro de la Legislación Peruana?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo General

Determinar las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Analizar la regulación jurídica de la unión de hecho propia en el sistema jurídico peruano y en el Derecho Comparado.
- Analizar el régimen patrimonial de la unión de hecho propia en el Artículo 326° del Código Civil y los regímenes patrimoniales del matrimonio.
- Proyecto de Ley para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho dentro de la legislación peruana.

1.4 Justificación e Importancia

La presente investigación es importante, debido a que se desarrolló un tema no muy debatido, es más, ya existen conceptos claros sobre el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia en el derecho comparado.

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

En este sentido, se ha tomado información estadística del último Censo, realizado el 2017, identificándose cinco categorías del estado civil o conyugal: conviviente, separado, casado, viudo, divorciado y soltero. La población censada de 12 y más años de edad, se observó cambios muy significativos en los períodos intercensales, habiéndose incrementado progresivamente el número de convivientes al pasar de 1 millón 336 mil 326 (12,0%) en el año 1981 a 2 millones 488 mil 779 (16,3%) en 1993, 5 millones 124 mil 925 (24,6%) en el 2007 6 millones 195 mil 795 (25,7%) en el 2017; mientras que el porcentaje de casados ha disminuido en forma acentuada, al pasar de 38,4% en el año 1981 a 28,6% en el año 2007 y 25,7% en el año 2017.

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

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

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

Como antecedentes legales se debe señalar que en el art. 9 de la Constitución de 1979, le dio por primera vez, reconocimiento constitucional al concubinato, dando lugar dicha unión

a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable, que surge a del régimen patrimonial del matrimonio; sin embargo, la referencia a este tratamiento, se señala hoy en día que es insuficiente, si consideramos que el concubinato es un perfecto hogar de hecho como lo es el hogar que nace a propósito del matrimonio, pues del texto constitucional y legal (art. 326 del C.C.) se concluye que no estamos ante una apariencia de familia, sino ante un estado de familia, que lo único que le falta es una sanción legal. De otro lado, el Código Civil de 1936 no considero regímenes convencionales, sino por el contrario, impuso un régimen legal único, forzoso, refiriéndose sólo a la sociedad de gananciales.

Si un bien fue adquirido por uno solo de los convivientes, debe operar las reglas de los bienes propios, en otras palabras el bien pertenece al adquirente. La consignación de imponer un régimen comunitario a los convivientes, obedeció, en términos generales a la difundida idea entre los constituyentes, de que los concubinos varones solían adquirir bienes comunes a su nombre y luego abandonar a la pareja sin dividir ni distribuir el patrimonio adquirido con el esfuerzo de ambos.

CAPÍTULO II

2. Fundamentos Teóricos de la Investigación

2.1. Antecedentes Teóricos

Establece si es válido o no que las parejas que componen uniones de hecho opten por el régimen patrimonial de separación de patrimonios. Además, determinar si de no ser el caso se genera una integración patrimonial no deseada que puede originar una afectación patrimonial al conviviente que nunca deseó regirse bajo dicho régimen patrimonial.

Asimismo, analizar si se desprotege libertades que deben ser tuteladas en el derecho familiar y si ello vulnera derechos supranacionales, constitucionales y legales de la pareja. Además, analizar si la elección del régimen de separación de patrimonios puede desproteger a la parte débil de la relación de convivencia que no laboró lo suficiente por dedicarse principalmente al cuidado del hogar o de los hijos cuando concluye la unión de pareja. De ser ese el caso, si debe regularse en nuestro ordenamiento jurídico una forma de protección patrimonial en beneficio de la parte perjudicada de la relación luego del cese de la unión de hecho.

Se planteó en este caso su Objetivo General es Establecer si es válido o no que las parejas que componen uniones de hecho opten por el régimen patrimonial de separación de patrimonios. Sus conclusiones finales fueron: Adicionalmente, como argumento de apoyo a la interpretación que proponemos, debe observarse que los acuerdos de separación de patrimonios en las relaciones de convivencia son ampliamente aceptados en el derecho comparado: esto es particularmente notorio en los países europeos y en la mayoría de países de Sudamérica se admiten. 2. La regulación expresa del derecho de quienes conforman uniones de hecho a optar por la separación de patrimonios, es esencial cuestionarnos si su aceptación puede abrir las puertas al abuso económico de un conviviente en perjuicio del otro. (Gálvez, R. 2021. El régimen patrimonial aplicable a las uniones de hecho: Necesidad de una

reforma. Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM).

La sustitución del régimen patrimonial de gananciales por la separación de bienes en la unión de hecho. Asimismo como resultado principal encontramos que la sustitución de régimen patrimonial favorecería con mayor equidad a los convivientes, ya que se estaría equiparando el régimen patrimonial de la unión de hecho con el del matrimonio, lo cual brindaría mayor seguridad jurídica a sus integrantes en caso que opten por cualquiera de los dos regímenes, evitando limitar su libre voluntad y de tal manera cautelar los intereses de los convivientes. Lo que conlleva a concluir que la falta de regulación en cuanto al régimen económico de las uniones de hecho, ha venido generado desestabilidad entre los convivientes, ya que al existir solo el régimen de gananciales, se ven obligados a compartir sus bienes, frutos y deudas; y muchas veces perjudicando el interés familiar con una mala administración de algún miembro, por esta razón es menester regular el régimen patrimonial de las uniones de hecho propia.

Se planteó en el caso, su Objetivo General Desarrollar la sustitución del régimen patrimonial por la separación de bienes de la unión de hecho.

Sus conclusiones finales fueron: 1. La Unión de hecho tiene como finalidad crear una familia de la misma forma que el matrimonio, sin embargo la norma no le ha dado mayores facultades a los convivientes respecto al régimen económico limitándolo a un régimen único y forzoso, siendo que la familia es un pilar fundamental para la sociedad, por tal razón es menester proteger esta institución a través de la libertad de poder elegir el régimen que se acomode a las necesidades de los convivientes. 2. Cabe precisar que la regulación de la separación de bienes y sustitución de régimen patrimonial por la separación de bienes en las

uniones de hecho, es una figura beneficiosa para los convivientes, ya que cautela los bienes y frutos de los concubinos, y también cada uno responde por sus propias deudas, evitando de tal manera que se perjudique el patrimonio de cada conviviente. 3. La falta de regulación en cuanto al régimen económico de las uniones de hecho, ha venido generando desestabilidad entre los convivientes, ya que al existir solo el régimen que es el de gananciales, se ven obligados a compartir sus bienes, frutos y deudas. (Arce, P. 2021. Sustitución del Régimen Patrimonial por la Separación de Bienes en una Unión de Hecho Propia. Tesis para Obtener el Título de Abogado, Universidad Cesar Vallejo, Facultad de Derecho y Humanidades – Escuela Profesional de Derecho. Repositorio Institucional. repositorio@ucv.edu.pe).

La presente tesis que se desarrolla se titula “Análisis y propuesta del Régimen de Separación de Patrimonios al Constituirse la Unión de Hecho Propia en el Perú”, se centra en el derecho de los convivientes de elegir el régimen patrimonial que va a regir su convivencia sea este el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios, evolución histórica, acceso a la información adecuada, normas que protegen el régimen patrimonial de las uniones de hecho tomando como referente la legislación comparada. Respecto a la fundamentación práctica, esta se obtendrá en base a una entrevista aplicada a los convivientes, así como a la comunidad jurídica, de los cuales obtendremos resultados que nos dará un apoyo para cumplir con los objetivos planteados. Nuestro objetivo consistió en análisis de casaciones, legislación comparada, así como la interpretación de los planteamientos teóricos y la adecuada implementación de nuestra legislación orientada a permitir que en la unión de hecho puedan ordenar su patrimonio mediante acuerdos o pactos y puedan elegir libremente sin limitación alguna, por tratarse de la familia que es la célula básica de la sociedad.

Sé planteo en el caso, el Objetivo General. Establecer la necesidad del régimen de separación de patrimonios al constituirse la unión de hecho en el Perú.

Sus Conclusiones Finales fueron: La Unión de Hecho es productora de la familia al igual que el matrimonio, la norma que lo regula no otorga certeza jurídica plena a los concubinos en relación a su patrimonio.

Por ello, la necesidad de protegerlos, brindándoles la libertad de decidir por el régimen patrimonial al que decidan pertenecer, por ser una familia que ha decidido por una elección de vida que es factible y adecuado con la norma constitucional vigente; de las casaciones analizadas se desprende la necesidad urgente de regular el régimen del patrimonio de las uniones de hecho, equiparándolo al matrimonio; debido que, al mantener los bienes bajo el régimen de sociedad de gananciales, estos quedan como bienes comunes, siendo que uno de las partes puede disponer de ellas libremente, sin necesidad de que la otra tenga conocimiento de esto, perjudicando económicamente al hogar; las legislaciones comparadas (España y Uruguay) brindan un aporte importante en razón al régimen patrimonial en la unión de hecho; bien pueden ser aplicados a nuestra legislación en razón que la unión de hecho tiene por finalidad constituir una familia y como tal promoverse la estabilidad económica. Otorgando a las parejas de hecho herramientas para mejorar la gestión y protección de su dominio.

(Pachamora, C. “Análisis y Propuesta del régimen de separación de patrimonios al constituirse la unión de Hecho Propia en el Perú”. Tesis para obtener el Grado de Abogado. Universidad Cesar Vallejo. Facultad de Derecho y Humanidades – escuela profesional de derecho. Repositorio Institucional. repositorio@ucv.edu.pe.)

Implementar un nuevo régimen patrimonial el cual proteja los derechos de las uniones de hecho, ya que en el matrimonio, a los cónyuges se les da el derecho de elegir entre ambos regímenes patrimoniales: el de la sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios; y en la unión de hecho, se le restringe a los convivientes este derecho al sólo imponerles la sociedad de gananciales, a pesar de que concurran al juez o al notario con el único fin de que reconozcan su convivencia.

Sé planteo en este caso el Objetivo General Determinar los fundamentos jurídicos para implementar un nuevo régimen patrimonial de separación de patrimonios en las uniones de hecho, en el Código Civil Peruano.

Sus conclusiones finales fueron: Implementar un nuevo régimen patrimonial de separación de patrimonios en las uniones de hecho en el código civil peruano, específicamente en el artículo 326°; son en primer lugar, el derecho a igualdad entre cónyuges y convivientes sobre los regímenes patrimoniales y por último el derecho a elegir de los convivientes; ya que podría la pareja elegir libremente a qué régimen patrimonial se acogerán; analizar el derecho a igualdad entre cónyuges y convivientes sobre los regímenes patrimoniales, encontramos que principalmente se debe implementar dentro del Código Civil Peruano específicamente en el tema de las Uniones de Hecho, estipulado en el artículo 326°. (Salcedo.M y Plasencia. E. “Fundamentos jurídicos para implementar un nuevo régimen patrimonial de separación de patrimonios en las uniones de hecho en el código civil peruano”. Tesis para obtener el Grado de Abogado. Universidad privada Antonio Guillermo Urrelo. Facultad de derecho y ciencias políticas. Repositorio Institucional. <http://repositorio.upagu.edu.pe/>).

De lo antes mencionado se puede tener en cuenta que la incorporación del Régimen de Separación de Bienes si se podría incluir en la Unión de Hecho Propia, debido a la falta de pronunciamiento legal en nuestro ordenamiento jurídico, donde se vulnera derechos fundamentales y por consecuencia existe una desventaja en contra de la unión de hecho propia frente al matrimonio, por lo cual, si existe la protección legal en esta figura ultima, donde se puede ver que hay una desigualdad ante la ley. Además, este motivo de incorporar un nuevo régimen de separación de bienes es con la finalidad de proteger el patrimonio de cada uno de los convivientes que ya no es solamente una cuestión de apariencia de lo que es una familia;

por el contrario es una familia constituida y que está respaldada por la Constitución Política del Perú; y que este nuevo régimen trata de evitar el conflicto en un determinado hogar.

2.2. Antecedentes Históricos

En cuanto a esta investigación dadas con respecto al tema se evidenció que existen teorías con el tema de la cual tenemos la información pertinente y de la cual cómo ha ido evolucionando con el paso del tiempo en diferentes contextos según la regulaciones hechas en su momento, y para ello damos a conocer los antecedentes teóricos de los regímenes patrimoniales dentro del matrimonio y posteriormente el régimen de la unión de hecho propia.

El antecedente del Código Civil de 1984 lo tenemos en el Código Civil de 1936, el mismo que reguló un solo régimen económico en el matrimonio, el de la sociedad de gananciales, sin otra posibilidad de elección. Es cierto que se previó la separación de bienes, pero como consecuencia de un proceso judicial motivado por mala administración de uno de los cónyuges. Recordemos que en la época en que se promulgó el Código de 1936, este respondía al criterio escogido para la organización familiar, y que no era otro que el reconocer al marido como jefe del hogar; de allí la potestad marital. En consecuencia, si el marido tenía las facultades de director y representante legal de la sociedad conyugal, con suficiente capacidad para decidir todo lo concerniente a la economía del hogar, no había necesidad de establecer regímenes económicos, pues bastaba solo uno, el cual era administrado por el jefe de familia, en tanto que la mujer era dependiente de su marido.

La existencia de un solo régimen, y sobre todo las amplias facultades otorgadas al marido respecto del patrimonio social, trajeron muchas injusticias, lo que dio lugar a que en 1968 se expidiera el decreto ley 17838, otorgando a la mujer la facultad de intervenir cuando se tratase de disponer o gravar bienes comunes a título gratuito u oneroso.

La Constitución de 1979, entre las conquistas sociales que trae, encontramos la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, lo que lleva a reformular la presencia de la mujer dentro del sistema matrimonial, tanto en lo concerniente al aspecto personal como al económico. Ahora bien, habiéndose dejado la potestad marital del Código Civil de 1936, a la par de la presencia cada vez más activa de la mujer en el campo laboral, se hacía necesario contemplar la posibilidad de que el régimen económico no se agote solo en el de comunidad de bienes, sino también se abra a otras formas que ya eran tratadas en el derecho extranjero. Sin perjuicio de lo señalado, debía contemplarse también que la sociedad conyugal bajo el régimen de sociedad de gananciales, no ofrecería todas las facilidades para un tráfico mercantil adecuado, pues termina siendo poco práctico, en atención a que, para el gravamen o la disposición de los bienes de la sociedad, es indispensable la presencia de ambos cónyuges, sin perjuicio del otorgamiento de poderes; de otro lado, el tercero que adquiere de uno de los cónyuges sin el permiso del otro, no puede invocar a su favor la buena fe, por la presencia de la presunción de que todo lo que se adquiriera dentro del matrimonio es social, y de ahí, la exigencia de la participación de los dos para los actos de disposición. A todo lo dicho, debe sumarse que cada vez más, y esto es de suma importancia, la presencia de la mujer en todos los campos de la producción lleva a plantear que en ejercicio de su libertad, pueda estimar de su interés que, sin perjuicio de las obligaciones derivadas del matrimonio, requiera tener suficiente autonomía para el manejo de su propio patrimonio.

Pues bien, todo ello ha llevado a considerar que cuando se da el Código Civil de 1984, los legisladores contemplan al lado del régimen de Sociedad de Gananciales régimen incorporado al alma del pueblo, un régimen de separación de patrimonios, con las características propias que el mismo legislador se apura en establecer. En atención a lo señalado, el vigente Código Civil de 1984 contempla la posibilidad de elección entre dos regímenes, el de la sociedad de gananciales y el de la separación de patrimonios, e incluso

este último se puede elegir entre los futuros contrayentes antes del matrimonio, para que comience a regir una vez celebrado el mismo. En efecto, dice el artículo 295 del Código, que 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.

En lo que atañe al régimen de separación de patrimonios que se verá al final de este estudio, podemos adelantar que una rápida mirada a la luz del trabajo notarial, nos conduce a señalar que en lo que va de vigencia el Código es poco usado este régimen, se dice que por desconocimiento de la población. Eso puede ser cierto; sin embargo, creemos que otras consideraciones podrían estar llevando a que no se use la figura como los legisladores lo pensaron. Quizás influya la idiosincrasia del pueblo peruano, que relaciona al matrimonio con una comunidad de vida entre los cónyuges, un compartir todo, pensando que en ello descansa el aprecio, cariño y confianza, y que una eventual separación de patrimonios entrañaría un recelo que puede perjudicar la unión. Por ello, al regular la separación de patrimonios, el legislador peruano lo hace como una figura excepcional dándole un rigor formal extremo.

Esta es la razón por la cual el artículo 295 preceptúa que si los interesados eligen el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública bajo sanción de nulidad, la cual además para que surta efectos, debe inscribirse en el registro personal, ya que si no se agota con este trámite eminentemente formal, entonces los interesados, aun cuando deseen lo contrario, habrán elegido el régimen de comunidad de gananciales. Si los contrayentes optan por el régimen de gananciales, no es necesario que otorguen escritura pública ni mucho menos que inscriban el régimen en mención en el registro personal.

La separación de patrimonios puede darse, como ya se explicó, antes del matrimonio, y ya dentro de este. Los cónyuges pueden, si es que están bajo el régimen de gananciales, cambiar este por el de separación de patrimonios, bastando para ello solo la liquidación del

régimen y por cierto cumplir con el trámite formal. Así mismo, pueden cambiar de régimen y pasar de uno de separación por el de gananciales, y pueden variar de régimen las veces que crean necesario, eso sí, siempre y cuando cumplan como ya quedó igualmente mencionado, con los requisitos formales de escritura pública e inscripción registral, como reza el artículo 296 del Código Civil.

Existe otra posibilidad de llegar al régimen de separación de patrimonios impuesto, y ello ocurre como resultado de un proceso judicial por abuso de facultades de administración, o por causar daño en el patrimonio del otro cónyuge. Y una última vía para llegar a la separación de patrimonios y que funciona de oficio, resulta de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges, tal como lo manda el artículo 330 del Código Civil.

El Régimen Patrimonial es el conjunto de reglas que regulan la relación patrimonial entre los cónyuges y frente a terceros, así tenemos que el patrimonio generalmente está formado por un conjunto de bienes y derechos, obligaciones y deudas, que son valorables económicamente y que tiene toda persona. (Ontaneda Vallejos, Allen Mario)

El régimen de separación de patrimonios, nos encontramos en que cada parte es titular de su propio patrimonio, y en atención a ello nos encontramos en que la naturaleza jurídica del régimen de separación de patrimonios es el mismo que el de la propiedad. La propiedad es, en primer lugar un poder jurídico. El poder adopta muchas formas, en este caso nace del derecho. Recae sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales (cosas) o incorporales (derechos). Cuatro atributos o derechos confiere la propiedad a su titular: usar, disfrutar, disponer y reivindicar. El ejercicio de la propiedad debe realizarse en armonía con el interés social, que debe responder al interés familiar. (Avendaño Valdez, p.137)

Para la descripción de los antecedentes, como su mismo nombre lo dice, proviene de la palabra nacer u origen, pues es dable hacer un hincapié para que la investigación dada tenga

sustento desde sus inicios y por ende tener la información correspondiente para que, a partir de ello se tenga conocimiento y por ende las interrogantes que surjan sea resuelta de forma adecuada, como lo es el significado de la separación de bienes en la unión de hecho propia.

Antiguamente a las actuales Uniones de Hecho, se las conocía con el nombre de concubinato. El concubinato ha sido considerado como una de las formas de convivencia humana más antigua según lo demuestran los estudios sociológicos y la historia de la humanidad, considerándolo en su evolución desde la promiscuidad al matrimonio mangánico; desde las uniones múltiples como el patriarcado o el matriarcado, hasta las uniones libres de tipo monogámico. En el libro del Génesis, la Biblia nos confirma su existencia y aparece en las más variadas formas en Grecia, Egipto y Roma. En la Biblia (Génesis 16 y 21), Abraham toma a la esclava Agar como concubina, puesto que Sara no había concebido hasta ese punto, ella le ofrece su esclava Agar a Abraham para que le dé un heredero. Ella dio a luz a Ismael. Después de que por un milagro Sara que se hizo fértil a una edad avanzada, concibiera y diera a luz a Isaac, le demandó a Abraham que echara a Ismael, y a Agar su madre fuera de la casa y al desierto. Para Abraham se le hizo muy difícil hacer esto y sólo lo hizo cuando Dios apoyó lo que Sara pedía. “El rey Salomón, amó además de la hija del Faraón, a muchas mujeres extranjeras, Moabitas, Amonitas, Edomitas, Sidonias e Hititas, mujeres de las naciones acerca de las cuales el Señor había advertido a los israelitas

No deben cohabitar con ellas, ni ellas con vosotros, porque ellas ciertamente volverán vuestros corazones hacia sus dioses’. Salomón se unió a ellas en amor. Tuvo 700 esposas oficiales y 300 concubinas”. (1 Reyes 11:1-3). En el Derecho antiguo, aproximadamente 2000 años a. de C., el concubinato ya había sido admitido como una institución legal en el Código de Hammurabi. (Peralta Andia, 1996, p. 91)

Es así que lo indicado por este autor, demuestra que el papel asignado a la mujer que sin haber estado casada había engendrado hijos era relevante tronco familiar toma una definición amplia por cuanto el paso del tiempo, pues aquí ya hace mención a la integración de miembros y por ende se forma una unión y vínculo, razón por la cual se define como tal.

Así mismo, La unión marital de hecho es un fenómeno social presente en la actualidad que refleja la relación voluntaria entre un hombre y una mujer, que entre sí no se encuentren casados, de conformar una familia, vivir bajo un mismo techo, y, para efectos de presentación social asumir los roles que tradicionalmente le competían a las parejas casadas. Las uniones de hechos como fenómeno social en el caso peruano se remonta a las épocas pre coloniales y coloniales; en efecto, ya en la época colonial, “se prohibió a los españoles casarse con las indígenas y a raíz de esta prohibición se da un inicio a estas uniones”. (Anciburo, Cieza, Díaz, Marcelo y Montenegro, 2007, p.7).

De lo señalado en los párrafos precedentes, se infiere que el matrimonio y la unión de hecho son realidades similares pero distintas que ante la Ley ya que en la práctica tienen un tratamiento desigual. Al respecto es de considerar que tanto en el Perú actual como en otras sociedades contemporáneas, muchas parejas optan por la convivencia antes de tomar la decisión de casarse; en ese sentido, la unión de hecho constituye una institución familiar importante.

El artículo 5 de la Constitución del Estado ha reconocido al concubinato strictu sensu, en sentido estricto, un estatus jurídico legal. El artículo 326 del Código Civil lo describe como 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. Siempre según el código, esa unión 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 y no exista impedimento matrimonial entre los concubinos.

El concubinato como fenómeno social con consecuencias jurídicas aparece recién con la Constitución de 1979, y ello a propósito de una especie de reclamo popular ante los abusos existentes y que no pudieron ser atendidos judicialmente por falta de normas. En efecto, antes de 1979, los concubinatos que terminaban por decisión unilateral de uno de ellos, entendiéndose abandono, no eran vistos por la magistratura como tales, recurriendo a calificarlos como sociedades de hecho, otros, señalando el camino del enriquecimiento indebido o sin causa, a fin de proteger particularmente a la concubina abandonada, la misma que había sido despojada de los bienes adquiridos dentro del concubinato, e incluso expectorada del hogar convivencial. La Constitución de 1979 y la de 1984 equiparan la sociedad de bienes nacida en el concubinato a la sociedad de gananciales originada en el matrimonio: equiparar significa equivalente, igual. En este caso, esa sociedad de bienes es equivalente o igual a la sociedad de gananciales, lo que implica que la normatividad que regula esta última, debe ser aplicada a la sociedad de bienes generada en la unión de hecho, no solo en cuanto a la calificación de bienes sino también en cuanto a las deudas, y lo que es más importante, en cuanto a la liquidación de la sociedad. Pero hay que tener en cuenta que no son aplicables a este régimen, por obvias razones, las reglas referentes al fenecimiento de la sociedad de gananciales producido por el divorcio, la separación legal y el cambio de régimen. Las demás disposiciones sí le serán aplicables.

Esta equiparidad solo se da cuando el concubinato tiene no menos de dos años de vida en común y cuando entre los concubinos no existen impedimentos matrimoniales. En este supuesto cabe demandar liquidación de la sociedad de bienes, pero previamente debe haber sido acreditado el concubinato en sede judicial, ya que como sabemos, no tenemos normas referidas al registro de los concubinatos. Ahora bien, cabe que en un solo proceso judicial se

demanden el reconocimiento del concubinato, para lo cual se tendrá que aportar todo tipo de pruebas, y la liquidación de la sociedad de bienes generados en el concubinato. Sobre el particular resulta interesante tener en cuenta para que la concubina tenga derecho a darse por constituida la sociedad de gananciales como si existiera matrimonio civil, y que a su vez tenga derecho al cincuenta por ciento de los bienes constituidos por dicha sociedad, debe expresamente acreditarse el concubinato, con los requisitos de ley y contar con la decisión jurisdiccional de haberse constituido conforme a ley.

El legislador también se ha puesto en el caso del concubinato irregular, aquel que no cumple con las exigencias de la falta de impedimento o de la vida en común no menor de dos años. En esos supuestos, al no poderse equiparar la sociedad de bienes a la sociedad de gananciales, queda el recurso al concubino perjudicado de accionar por enriquecimiento indebido. Sobre el particular, la acción de enriquecimiento sin causa tiene como finalidad proteger a un conviviente de los abusos y de las apropiaciones ilícitas del otro; en tal sentido, termina amparando el derecho del conviviente sobre un inmueble adquirido cuando las partes tenían una unión de hecho, aunque esta no haya generado una sociedad de gananciales.

En consecuencia, creemos que las normas que se refieren a la calificación de los bienes propios y sociales, y sus correlatos, las deudas personales y sociales, así como los procesos de término de la sociedad excepto los ya mencionados y la liquidación de la sociedad de gananciales, todo ello puede aplicarse a la sociedad de bienes que nace con el concubinato.

Repárese que en el presente el único derecho que tienen los concubinos es el comentado, pues no existen otros derechos como el patrimonio familiar, el derecho de habitación, el derecho de usufructo, la herencia, salvo el de alimentos, pero solo cuando el concubinato ha terminado por decisión unilateral de uno de ellos. El tema del reconocimiento

de derechos similares a los del matrimonio para los concubinos es muy polémico. Ciertamente es que otras legislaciones, como la panameña, la mexicana y la boliviana, sí conceden a los concubinos derechos similares a los del matrimonio. Sin embargo, en el Perú este sigue siendo un tema de análisis, y quizás, prontamente de decisiones legislativas.

2.3. Régimen Patrimonial del Matrimonio

Por régimen patrimonial debemos entender el conjunto de reglas que regulan la relación patrimonial entre los cónyuges y frente a terceros, así tenemos que el patrimonio generalmente está formado por un conjunto de bienes y derechos, obligaciones y deudas, que son valorables económicamente y que tiene toda persona. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges está regulado en el Código Civil de 1984, Libro III, Derecho de Familia Título III y se inspira en los Principios de Igualdad y el mandato de no discriminación consagrado en la Constitución de 1979, habiéndose concretado estos Principios en los artículos 292, 313, 315 y 317 del Código Civil. (Ontaneda, 2010, p.3)

En el caso del matrimonio, Ontaneda (2010), destaca como aspectos básicos que regulan el régimen patrimonial dentro del matrimonio a los siguientes: El derecho de propiedad sobre los bienes de los cónyuges, las facultades de disposición y administración de los bienes, los derechos de terceros frente a las deudas de los cónyuges y la extinción del régimen y su liquidación. Por su parte, al momento de regular el régimen patrimonial en los concubinatos o uniones de hecho, se tiene en cuenta que la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable; en efecto, el régimen patrimonial de las uniones de hecho es considerado como único y forzoso; y, ya que dicho régimen es uno de comunidad de bienes, a esa comunidad de bienes se le aplican las mismas reglas que establece la ley para regular la

propiedad de los bienes y derechos que se adquieren durante el matrimonio, régimen de sociedad de gananciales, en lo que fuera pertinente.

Los efectos de la disolución de la unión de hechos que recaen en la esfera patrimonial tienen que ver principalmente con la liquidación de bienes. Disuelto o anulado la unión de hecho, es decir, con la desaparición o inexistencia del vínculo, ha de procederse a la liquidación del patrimonio de los convivientes, siempre en cuando no se hubiere celebrado de acuerdo mutuo un régimen de absoluta independencia de bienes. Una vez disuelto la unión marital de hecho, se genera efectos en la esfera patrimonial de los convivientes. El Poder judicial (2008), considera los siguientes efectos: En cuanto a los bienes de la unión de hecho. Cuando la convivencia reúna los requisitos de ley, que se precisara con anterioridad, se origina una comunidad de bienes siendo de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. Pero en caso que la convivencia no reúna los requisitos, la parte perjudicada tiene expedito el derecho de reclamar la pretensión de enriquecimiento indebido. Sustitución de régimen patrimonial en la unión de hecho. En algunas legislaciones existe la posibilidad de pretender por los concubinos un cambio o sustitución de régimen. Pérdida de gananciales por el concubino culpable de la ruptura de la relación concubinaria. La pérdida de gananciales por el cónyuge culpable de la separación de hecho se prevé en algunas legislaciones.

En la convivencia el fenecimiento se puede producir por muerte, declaración de ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, en cuyos casos ocasiona el fenecimiento del concubinato, procediéndose a su liquidación. Efecto en cuanto a terceros. Siendo que la familia se proyecta a la sociedad donde está inmersa, en sus variadas relaciones familiares, de éstas pueden resultar afectados terceros ajenos a la indicada relación, sobre todo en el ámbito patrimonial.

Cada individuo tiene un patrimonio o conjunto de bienes propios susceptible de estimación económica que fueron adquiridos por méritos propios o por herencia familiar. El patrimonio es único e indivisible y está protegido por la Ley. En un contexto de matrimonio, el patrimonio está formado por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que tienen todas las personas que voluntariamente decidieron llevar vida conyugal. Por régimen patrimonial debemos entender el conjunto de reglas que regulan la relación patrimonial entre los cónyuges y frente a terceros, así tenemos que el patrimonio generalmente está formado por un conjunto de bienes y derechos, obligaciones y deudas, que son valorables económicamente y que tiene toda persona.

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges está regulado en el Código Civil de 1984, Libro III, Derecho de Familia Título III y se inspira en los Principios de igualdad y el mandato de no discriminación consagrado en la Constitución de 1979, habiéndose concretado estos Principios en los artículos 292, 313, 315 y 317 del Código Civil. (Ontaneda, 2010, p.3).

En la literatura de derecho de familia encontramos escasos conceptos sobre el régimen patrimonial de forma general, refiriéndose en la mayoría de casos, al régimen patrimonial del matrimonio; pese a ello, al estar circunscrita la presente investigación, sobre el régimen patrimonial del concubinato, ofrecemos la siguiente conceptualización: “Es el conjunto de normas o reglas interrelacionados entre sí, que regulan las relaciones patrimoniales o económicas de los concubinos o cónyuges y entre ellos con terceros”

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

económicas, porque conciernen a la misma familia, a su mantenimiento y bienestar. Al conjunto de estas reglas jurídicas que organizan y regulan las relaciones económicas de los cónyuges se denominan “régimen económico conyugal”, “régimen conyugal de bienes”, “régimen patrimonial del patrimonio”, etc., que se refieren tanto al activo como al pasivo. La doctrina y la legislación positiva tradicional de casi todos los países de influencia romano germánica, estructuraron la organización patrimonial del matrimonio sobre la idea del predominio absoluto del poder marital sobre la esposa, porque el marido era el jefe supremo de la familia y quien ejercía hegemonía tanto en los aspectos patrimoniales como personales. En la actualidad, dichas fuentes del derecho, han cambiado gradualmente esta situación hasta reconocer a la mujer su derecho a participar de un modo más justo en la administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal.

En Latinoamérica se incluye siempre un término que exprese el aspecto pecuniario de tales regímenes.

Sabemos que el matrimonio determina el surgimiento de relaciones de carácter personal entre los cónyuges, con los consecuentes derechos y obligaciones. Pero además, derivan de él consecuencias de índole patrimonial, ya que la comunidad de vida crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común y la vida del grupo familiar van exigiendo: por ello, es necesario organizar un régimen referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno adquiere o que adquieren ambos. A ello se refieren los regímenes patrimoniales del matrimonio. El régimen patrimonial que elijan los cónyuges determinará cómo contribuirá el marido y la mujer respecto a las necesidades que se produzcan en el hogar y en el grupo familiar, así como los efectos que surjan de la administración de los bienes presentes o futuros que los cónyuges ostenten o puedan obtener, y también, en qué medida esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los esposos.

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

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

2.3.1. Naturaleza Jurídica

Antes de los dos años de convivencia no existirá sociedad de bienes, por lo que se debe situar a los bienes adquiridos en dos categorías. Si el bien fue adquirido por uno sólo de los convivientes debe operar las reglas de los bienes propios, es decir el bien pertenece al adquirente. Si el bien determinado fue adquirido por ambos convivientes, entonces deberán operar las reglas de la copropiedad. Una vez cumplido el plazo señalado, a la comunidad de

bienes existente entre los convivientes se le aplicará las reglas del régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Antes del cumplimiento del plazo de dos años de convivencia, los convivientes deben probar su participación en la comunidad de bienes, por cuanto el carácter común de los bienes no se presume, mientras que una vez alcanzado el plazo, se presume el carácter común de los mismos, correspondiendo la probanza a aquel que alega la calidad de bien propio.

En el aspecto patrimonial la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales en cuanto le fuere aplicable.

Negando la jurisprudencia el cambio de régimen patrimonial convivencial a través de pactos, argumentando que es único y forzoso, pudiendo sólo los cónyuges realizar convenciones matrimoniales.

Además se ha descubierto que en la actualidad, se aplica de forma parcial e incompleta la analogía legis de la sociedad de gananciales a la comunidad de bienes, pues esta solo opera cuando no restrinja derechos; sin embargo, al no aceptar el cambio del régimen patrimonial de los convivientes, se vulnera el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que no permite su aplicación en el ordenamiento jurídico cuando restringe derechos de las partes.

A. Algunas disposiciones generales expresas en el régimen patrimonial del matrimonio en el código civil.

Al contemplarse los regímenes patrimoniales de sociedades de gananciales y de separación de patrimonios, se incorpora el sistema de elección y de variabilidad entre estos dos regímenes típicos regulados en la ley. Se comprueba que el principio de libertad de pacto nupcial es limitado y que los regímenes son mutables. Se aprecia que, evidentemente, el contenido propio de las convenciones matrimoniales es el referido a la adopción o modificación del régimen patrimonial. En estas dos últimas circunstancias solo se permite la modificación del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios.

Esto responde al criterio de eliminar los mayores perjuicios económicos entre los cónyuges, que subsistirían si continuase la comunidad de adquisición a título oneroso. Así pues el artículo 330 del Código Civil dispone que “la declaración de insolvencia de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonio.”

La sustitución judicial se producirá cuando, a pedido del cónyuge agraviado, el juez considera que se ha acreditado abuso de facultades, dolo o culpa en la gestión de los bienes, imputable al otro. Debe apreciarse que el proceder fraudulento puede recaer tanto sobre los bienes propios del cónyuge afectado, como también sobre los bienes sociales, por estar comprendidos en la sociedad de gananciales (art. 301 del Código Civil). Lo primero ocurrirá si se produce la administración transferida de los bienes propios por simple permisión, que se presenta cuando uno de los cónyuges deja que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro (art. 306 del Código Civil). Lo segundo ocurrirá si se produce la administración unilateral transferida de los bienes sociales, por facultades a uno de los consortes para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o algunos de los bienes sociales (art. 313 del Código Civil).

Con relación a este último, el término “facultad” debe ser interpretado de manera amplia, que lo refiera a todo licenciamiento para la administración de los bienes sociales, por cuanto, una acepción restrictiva lo referiría a la idea de otorgar “poder” para realización de ello. La visión restrictiva determina la improcedencia de la demanda, en la medida en que en la realidad imperante los cónyuges no otorgan un “poder” para tal propósito y, desde esta perspectiva, se considera que ambos se encuentran bajo la regla general de la administración conjunta de los bienes sociales, que descarta la existencia de un proceso fraudulento imputable a uno solo de los cónyuges. En cambio, la interpretación amplia contribuye a suprimir el perjuicio y ajusta el criterio a la circunstancia que, en los hechos, un cónyuge

permite que el otro administre sus bienes propios como los de la sociedad, basado en la confianza que subyace en el vínculo matrimonial.

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

b. *Variabilidad del Régimen Patrimonial.* La sustitución judicial solo permite la modificación del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, con el propósito de eliminar los mayores perjuicios económicos entre los cónyuges, por la inconducta de uno de ellos; de lo que se concluye que la legitimación activa únicamente corresponde al consorte agraviado. La Corte Suprema admite que el ejercicio de esta pretensión corresponde al cónyuge agraviado, cuando señala que: “El juez declarará la separación de patrimonios cuando compruebe el abuso de facultades del cónyuge emplazado, o cuando en su actuar a mediado dolo o culpa en la administración de los bienes, por lo que resultará procedente la variación del régimen de la sociedad de gananciales por el de separación, ya que la sustitución judicial es establecida a pedido del cónyuge agraviado de conformidad con el artículo 329 del Código Civil. La sustitución por ministerio de la ley se produce cuando se declara la insolvencia de uno de los cónyuges o cuando se decreta la separación de cuerpos (art. 330 y 332 del Código Civil).

En estos casos, se entiende que si la separación de cuerpos pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, los cónyuges ingresan al de separación de patrimonios. Téngase presente que, al terminar la vigencia de un régimen patrimonial, se procederá necesariamente a su liquidación, y que el régimen patrimonial comprende tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar aquel en vigor, como los adquiridos por

cualquier título durante su vigencia, de conformidad con los artículos 298 y 299 del Código Civil.

2.3.2. La Sociedad de Gananciales como Régimen Legal Supletorio

La existencia de dos regímenes patrimoniales determina que, si cónyuges no se adhieren a ninguno, necesariamente se admita un régimen legal supletorio. La tradición jurídica en nuestro país motivó que régimen de adquisiciones a título oneroso o sociedad de gananciales sea el régimen legal supletorio. El régimen supletorio opera por ministerio de la ley, en defecto de separación convenida (artículo 295 del Código Civil) o por deficiencia de esta. Lo primero se presenta cuando no hay una opción expresa por el régimen de separación de patrimonios; por lo que si los contrayentes desean optar por el régimen legal supletorio, resultará innecesario el otorgamiento de una escritura pública ni la inscripción en el registro correspondiente, por cuanto la previsión legislativa se impondrá inmediatamente de celebrado el matrimonio. Lo segundo se manifiesta cuando el convenio matrimonial de opción de régimen patrimonial es inválido, sea por un defecto de forma o de fondo. En estos casos, el régimen supletorio legal completará la deficiencia y los ahora cónyuges se someterán a sus disposiciones. Ahora, si la convención matrimonial por la que se elige un régimen patrimonial consta en minuta y uno de los cónyuges no suscribe la respectiva escritura pública, no se le podrá compeler a llenar tal formalidad por ser esta ad solemnitatem, de conformidad con el artículo 1412 del Código Civil. Igualmente, en este caso también se impondrá el régimen supletorio legal.

Existen voces de reforma para implementar el régimen de separación de patrimonios como el régimen supletorio legal, con el argumento de que su conveniencia se pondrá de manifiesto al momento de la disolución del matrimonio, pues el tema patrimonial ya no será punto de discusión. Disentimos de este propósito. El régimen de sociedad de gananciales es el que ha imperado en nuestro país desde siempre y es el que más enraizado se encuentra con la

idiosincrasia y la cultura peruana, donde la mayoría de los ciudadanos se han educado en un sistema que obliga a compartir por mitades lo ganado por un esposo durante el matrimonio presuponiendo que esta ganancia proviene del esfuerzo de los dos miembros de la pareja, y que ella se produce porque el que la obtiene fuera del hogar, cuenta con el apoyo de su cónyuge para lograrla. Además, la sociedad de gananciales se presenta como el régimen patrimonial más acorde al fin del matrimonio que es la vida común, pues evidencia una comunidad de intereses económicos que coadyuva a la consolidación de una familia. El lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada cónyuge experimenta obedece, en cierta medida al esfuerzo, la actividad y el espíritu de economía y ahorro de ambos, siendo particularmente injusta la separación de patrimonios frente al consorte que trabaja en el hogar y no tiene ingresos fuera o los tiene en menor medida. Siendo así, en nuestro sistema jurídico el régimen de separación de patrimonios debe seguir siendo convencional.

A. Disposiciones Generales de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio en el Código Civil, el Interés Familiar como Principio Rector en la Gestión de los Bienes.

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

Por ello y ante su inobservancia por uno de los cónyuges, el interés familiar es argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes que lo perjudican o para verificar la realización de uno que demanda. Aquí podrá argumentarse el abuso del derecho por acción o por omisión. La consideración al interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio surge del código ético jurídico que se impone a los consortes para el cumplimiento de los deberes conyugales.

El código ético jurídico está integrado por diversas normas que evidencian la unidad personal que resulta para los cónyuges de las nupcias: el respeto y consideración, la consulta y coordinación recíprocas deben ser la regla de oro de las relaciones conyugales y, en especial, de la toma de decisiones con repercusión patrimonial. Por ello, se impone a los mismos una conducta moral tal que haga posible que la unidad de la pareja sea una realidad y tiendan al sostenimiento de la familia, según los roles asumidos. Dentro de esta concepción, la gestión de los bienes propios sea el régimen de sociedad de gananciales o en el de separación de patrimonio, cuya regla general es que cada cónyuge conserva la libre administración de estos y puede disponer de ellos o gravarlos, debe realizarse en armonía con el interés familiar. Por esta razón, legislaciones como la española y la argentina contemplan expresamente una limitación al poder dispositivo de bienes propios, a fin de proteger el hogar familiar, cualquiera que sea el régimen patrimonial en vigencia. Establecen que para disponer o gravar el inmueble donde está constituido el domicilio conyugal y de los muebles de uso ordinario de la familia, se requiere la intervención de ambos cónyuges, aunque tales bienes pertenezcan a uno solo de ellos.

Por ello, es que admiten por vía de autorización judicial supletoria, ante la oposición del otro esposo, la enajenación del inmueble o de los muebles comprendidos en el menaje ordinario del hogar, si el propietario asegura otro ámbito suficiente, según el nivel económico del matrimonio. Agregan que la pretensión conferida se mantiene aún después de disuelto el

matrimonio, cuando hay hijos menores o incapaces por cuanto la necesidad de estos de contar con vivienda, puede estar sometida a la frustración de la relación matrimonial y la consecuente disolución del matrimonio. Finalmente, señalan que el acto al que le falta el concurso de la voluntad del otro, está viciado de anulabilidad por estar comprometido el interés patrimonial de aquel, o el interés de los hijos, según el supuesto; siendo entonces, susceptibles de confirmación por el que no interviene. La medida anotada tiene su razón de ser en la necesidad de satisfacer el interés familiar: salvar a cualquiera de los cónyuges de la arbitrariedad o mala voluntad del otro e impedir un ejercicio abusivo de los derechos.

2.3.3. Régimen de Sociedad de Gananciales en el Código Civil Peruano

En el Perú, el Código Civil de 1936 reguló la sociedad de gananciales calificando los bienes como propios y comunes; en cambio, el Código vigente lo gobierna en el Libro III, Título Tercero, Capítulo segundo y, más concretamente, en los artículos 301 al 326 atribuyendo a los bienes la calidad de bienes propios y bienes sociales. Entre sus innovaciones más significativas están: la implantación de un sistema que permita a los cónyuges elegir libremente entre el régimen de sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios; la eliminación dentro de la sociedad de gananciales de todo rezago de supeditación de la mujer al varón; y, la supresión de los bienes reservados, de la dote y de la remisión de las donaciones propter nupcias al Libro VII.

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

“La sociedad que por disposición de la ley, existe entre el marido y la mujer desde el momento de la celebración del matrimonio hasta su disolución, en virtud del cual se hacen

comunes de ambos cónyuges los bienes gananciales, de modo que después se parten por mitad entre ellos o sus herederos, aunque el uno hubiera traído más capital que el otro”. (Escribano).

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

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

2.3.4. Naturaleza jurídica del Régimen de Sociedad de Gananciales del Matrimonio

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

Algunos autores ven en este estatuto un condominio, en el sentido de que ambos cónyuges son propietarios de los bienes, pero no en el sentido legislativo del derecho real de copropiedad, esta posición sobre la naturaleza jurídica ha sido pensada “para mantener y estrechar la unión, estimulados en la cooperación y vinculados a la prosperidad común”. Siendo esto así, se ha afirmado que sería una copropiedad peculiar de carácter asociativo e indivisible, afectada primordialmente al mantenimiento del hogar, cuya administración ha sido conferida por ley, a uno u otro de los cónyuges, según el origen de los bienes. En el Perú,

a través de la jurisprudencia se ha establecido la posición de que la sociedad de gananciales no es una copropiedad, sino un patrimonio autónomo, el cual está definido en el artículo 65 del Código Procesal Civil, regulando que “existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica”. No es de aplicación a la sociedad conyugal las normas que regulan el derecho real de copropiedad, por cuanto cada cónyuge no es titular de acciones y derechos o de cuotas ideales de los bienes sociales. La titularidad dominial de cada cónyuge sobre los bienes sociales es expectativa, la misma que se caracterizara una vez que se liquide la sociedad como consecuencia de su fenecimiento por alguna de las causales señaladas en el artículo 318, y se divida los gananciales (remanente que queda después de realizados los actos señalados en el artículo 322 del C.C.) por mitad entre ambos cónyuges, o sus respectivos herederos.

Conforme al segundo párrafo del artículo 65 del C.P.C., dispone que la sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman.

La sociedad de gananciales para designar al primero de los regímenes elegibles fue decidida por la Comisión Revisora, acaso en vista de que fue la que usaron el código de 1852 y el de 1936: tal es el nombre incorporado al vocabulario usual de las gentes.

Sin embargo, aquella denominación resulta equívoca, ya que, como se ha dicho anteriormente, existen en el plano de la teoría y de la legislación comparada, dos regímenes de gananciales: el de comunidad y de participación y la diferencia entre ambos es de esencia, tanto es así que el primer integra el grupo de los regímenes de comunidad y el segundo el de los regímenes de separación. (Héctor Cornejo Chávez)

Esta es la razón por la que el anteproyecto del ponente utilizó la denominación de comunidad de gananciales. El asunto, empero, carece de mayor relevancia práctica.

A. Bienes Propios.

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

Luego, los bienes propios son todos aquéllos que cada cónyuge lleva al matrimonio o que adquiere después por herencia, legado o donación. Estos bienes, por disposición legal pueden ser del marido y también de la mujer. La sociedad de gananciales es una comunidad limitada a las ulteriores adquisiciones a título oneroso. El desarrollo de esta idea básica lleva a la distinción entre bienes sociales y propios de cada cónyuge, formándose así diferentes masas patrimoniales: el patrimonio social y el propio de cada uno de los cónyuges. Esto exige determinar cada adquisición para atribuir el bien al respectivo régimen patrimonial.

2.4. Régimen de Separación de Patrimonios

Es exactamente el régimen contrario al anterior. Hay claramente dos patrimonios: el del marido y el de la mujer, que cada uno de ellos administra con la más amplia libertad. No hay Matrimonio social o común. Es el régimen legal adoptado en Bulgaria, Turquía, Australia, Japón, Inglaterra, Escocia, Irlanda, y también en 38 de los 51 estados de Estados Unidos de Norteamérica. El régimen de separación de patrimonios, fue denominado en el Código Civil de 1936 como “separación de bienes durante el matrimonio”, rigió hasta el 14 de noviembre de 1984, en casos excepcionales y siempre como resultado de una sentencia judicial recaída en juicio sumario. La regla general y de cumplimiento insoslayable fue que “por el hecho mismo del matrimonio” se constituía entre marido y mujer con su voluntad, sin ella o contra ella, una “sociedad de gananciales”. No existía, pues, ni aun en germen un sistema de capitulaciones matrimoniales o de libertad restringida o amplia de elección de régimen diferente.

El Código Civil de 1936 permitía la separación de patrimonios, a la cual denominaba separación de bienes durante el matrimonio, en contados casos muy especiales, y, es más, se requería para ello de un procedimiento sumario con su correspondiente fallo que así lo ordenaba. Esto se debía a que todavía eran incipientes las convenciones del matrimonio de carácter patrimonial, máxime si la mujer se hallaba subordinada a las decisiones de su marido que le impedía tener su propio patrimonio. El régimen de sociedad de gananciales derivado del matrimonio era, pues, indiscutible; permitiéndose la separación de bienes dentro del matrimonio cuando la mujer lo demandaba basándose en la desatención del marido de las obligaciones familiares, o por no querer la mujer asumir la dirección del hogar. Los casos en que el régimen de gananciales podía ser sustituido por el de separación de patrimonios fueron inicialmente cuatro “previsto alguno de ellos en términos confusos” y todos por demanda incoada por la mujer contra el marido, por incumplimiento de ciertas obligaciones o por no querer aquélla asumir la dirección del hogar en las hipótesis puntualizadas en el Código derogado. La ley N° 15779 agregó a esas causales una quinta, esta vez por acuerdo de ambos cónyuges, aunque “con expresión de causa”.

El carácter excepcional del régimen de separación de patrimonios, el hecho de que sólo fuera posible llegar a su instauración previo proceso judicial y casi siempre a consecuencia de un comportamiento doloso o ilegal del marido, convirtieron el cambio del régimen de gananciales al de separación en la antesala de una separación de cuerpos o del divorcio y, en todo caso, en una alteración negativa del clima interno del hogar. En el Código Civil de 1984 se desterró la exigencia de tener que acudir a la vía judicial para pedir la separación de patrimonios, y también que dicha separación tenga que ser objeto de prueba respecto de la causa que la origina. Ya no es así, cada cónyuge puede elegir libremente el régimen patrimonial del matrimonio, teniendo la facultad de escoger el de separación de patrimonios sin restricción alguna, únicamente deberá observar la forma prescrita por la ley

(artículo 295 y 296 del Código Civil): otorgamiento de escritura pública que tiene que ser inscrita en el registro Personal. El Código Civil regula lo relativo al régimen de separación de patrimonios en el Capítulo III “separación de patrimonios” del Título III “Régimen patrimonial” de la Sección Segunda “Sociedad conyugal” del Libro III “Derecho de Familia”, en los artículos 327 al 331, del referido cuerpo legal.

Llamado también en la doctrina tradicional “régimen de separación de bienes”. Este régimen se caracteriza porque cada uno de los cónyuges tiene patrimonio propio, de manera que no existe unión o confusión de patrimonios del esposo y la esposa, porque los mismos están escindidos o separados entre sí. En este régimen no existe patrimonio de la sociedad conyugal, ya que cada uno de los cónyuges es propietario de lo suyo y ninguno copartícipe del otro, por consiguiente, cada cónyuge afronta a su vez el pago de sus obligaciones. En ese sentido, se advierte con claridad, que no existe unidad de masa sino dos patrimonios independientes, desaparece la unidad de administración ya que cada cónyuge tiene la suya y, por último, desaparece también la unidad de obligación desde que cada uno asume el pago de sus deudas.

El régimen de separación de bienes en el matrimonio, pertenece al grupo de los sistemas de separación absoluta, ya que en este régimen cada cónyuge conserva la propiedad, usufructo y administración de su patrimonio, sin intervención del otro. La separación de los bienes normalmente es total como también lo son los productos de los bienes que se adquieran durante el estado matrimonial, por lo que cada cónyuge puede disponer de ellos sin necesidad de licencia o autorización de lo otro. En este régimen la situación matrimonial de los cónyuges respecto a su patrimonio es la misma que tenían antes del matrimonio, exceptuando las obligaciones derivadas de este para el sostenimiento económico del hogar y para darse alimentos en caso necesario.

Podemos extraer los requisitos para su constitución del presente régimen de separación de patrimonios, de los artículos 295 y 330 del Código Civil, siendo los siguientes:

Libertad de otorgamiento por ambos cónyuges.- Se podrá constituir antes de la celebración del matrimonio, donde los futuros cónyuges optan libremente por cualquiera de los dos regímenes existentes del matrimonio, ya sea por el de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. De la misma forma, si durante la vigencia del matrimonio decidieron los cónyuges sustituir el régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, deberá otorgarse la correspondiente escritura pública e inscribirse esta en el Registro Personal de Registros Públicos. Previo al otorgamiento de dicho instrumento público deberá hacerse inventario de los bienes tanto propios como sociales (que deberá constar en documento privado con legalización de firmas, o sino resolución derivada de proceso de inventario judicial) y procederse a la respectiva liquidación de la sociedad de gananciales, para así dar paso al nuevo régimen patrimonial (conforme lo establece el inc. 5 del artículo 318 del C.C.)

El régimen en estudio no sólo puede establecerse convencionalmente, sino que también puede ser dispuesto por el Juez a solicitud del cónyuge agraviado, cuando el otro hace uso abusivo de las facultades que le corresponden o actúa dolosa o culposamente.

Que se otorgue la correspondiente escritura pública.- Es decir, la ley determina que si los cónyuges interesados optaron por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad; es pues un acto solemne que debe efectuarse porque, de no ser así, no tendría validez el régimen que se constituirá, o sea, sería nulo.

La inscripción en el registro personal correspondiente.- Para que el régimen surta sus efectos después de la celebración del matrimonio es indispensable la inscripción en los registros públicos, de lo contrario, no surtirá ningún efecto jurídico, y el matrimonio celebrado se considerará sujeto al régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Se constituye el régimen de separación de patrimonios en caso de declaración de quiebra de uno de los cónyuges.- Este supuesto funciona de pleno derecho, (no siendo necesario la escritura pública y su inscripción). Para que produzca efectos frente a terceros, el cambio de régimen se debe inscribir en el Registro Personal de oficio a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales Competente, del deudor, del cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado. El código civil de 1984 destina al régimen patrimonial, el Título III de la Sección Segunda, Sociedad Conyugal con 37 artículos que, con muy ligeras variantes deforman, reproducen el Proyecto de Cornejo Chávez y van del artículo 295 al 331, integrando los tres capítulos de Disposiciones Generales, Sociedad de Gananciales y Separación de Patrimonios.

Las disposiciones del Código Civil aplicables a la separación de patrimonios, están contenidas en los artículos 327 al 331 y en casi todos los preceptos del Capítulo de Disposiciones Generales. El concepto de régimen de separación de patrimonios lo da el artículo 327; en cuanto a la constitución de tal régimen se tiene los artículos 295 y 297 y el caso especial del artículo 330 sobre la Declaración de Insolvencia de un Cónyuge. Las demás disposiciones conciernen a los efectos de este nuevo régimen, artículos 298, 300 y 328, a su extinción se refiere el artículo 331. Nos referiremos entonces sucesivamente a su concepto, responsabilidad por deudas personales, cambio del régimen de gananciales por el de separación de patrimonios, declaración de insolvencia de un cónyuge y fin de la separación de patrimonios.

Artículo 327 del Código Civil (sobre las características del régimen de separación de patrimonios): “En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes”. Artículo 328 del Código Civil (sobre el pago de las deudas personales con los bienes propios): “Cada cónyuge responde de sus deudas con sus

propios bienes”, marcando la diferencia con el régimen de sociedad de gananciales. Artículo 329 del Código Civil (sobre la sustitución judicial del régimen patrimonial de sociedad de gananciales al de separación de patrimonios): “Además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296 del Código Civil, el régimen de separación de patrimonios es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa. Interpuesta la demanda de sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal Registro de Personas Naturales en la actualidad para que surtan efectos frente a terceros.

La separación de patrimonios surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda” Artículo 330 del Código Civil (sobre la sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios en caso de procedimiento concursal ordinario respecto de uno de los cónyuges): “La declaración de inicio de Procedimiento Concursal Ordinario de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal, Registro de Personas Naturales en la actualidad de oficio a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado.

No obstante lo anterior, en el supuesto de que al momento de iniciarse el procedimiento concursal de una persona natural se encontrase vigente otro procedimiento de la misma naturaleza previamente difundido conforme a la ley de la materia respecto de la sociedad conyugal que integra, no se producirá la consecuencia prevista en el párrafo precedente en tanto se desarrolle el trámite de tal procedimiento” Artículo 331 del Código

Civil (sobre los casos de fenecimiento del régimen de separación de patrimonio): “el régimen de separación de patrimonio fenecce en los casos del artículo 318, incisos 1, 3, 5 y 6”. Es decir, fenecce por invalidación del matrimonio numeral 1, por divorcio numeral 3, por muerte de uno de los cónyuges numeral 5 y por cambio de régimen patrimonial numeral 6.

2.5. Uniones de Hecho

La unión de hecho como realidad social, nace desde el momento que mediante acuerdo libre y voluntario, las partes deciden convivir y no como la figura del matrimonio que nace al momento en que el notario, alcalde o ministro de culto “declara la unión de los contrayentes y remite los avisos respectivos al Registro Nacional de las Personas para que se sirvan anotar el mismo, en el asiento de la partida de nacimiento de los cónyuges, así como en el libro de matrimonios notariales”. (Cifuentes, 2010, p.1).

El hecho de cohabitar y tener convivencia genera en la doctrina y jurisprudencia posiciones encontradas con respecto a las uniones de hecho, en razón de ello, las definiciones varían de legislación en legislación; por ejemplo, en el caso español, el léxico jurídico define las uniones de hecho como: Unión estable entre dos personas que no han seguido las formalidades exigidas para el matrimonio, o cuando se trata de personas del mismo sexo.

El Tribunal Supremo ha exigido para reconocer su existencia: requisitos objetivos: la convivencia *more uxorio*, vida común en el mismo domicilio, relación estable y notoria, cumplimiento voluntario de los deberes del matrimonio y ausencia de formalidades; requisitos subjetivos: pareja heterosexual u homosexual, afecto, relaciones sexuales y madurez. (Ortiz & Pérez, 2004, pp.77- 78).

Con respecto a la figura tradicional del matrimonio, Cifuentes (2010), señala que el colapso de dicha figura jurídica en los últimos años, debido a la violencia intrafamiliar, la desintegración, o los vicios, han orillado a las nuevas generaciones a optar por la unión libre, conocida legalmente como la unión de hecho.

La Unión de Hecho tiene una connotación meramente social o más bien dicho se apega a una realidad social y que en la evolución de la misma se hace necesaria la aplicación del derecho para regularlas, pero no basta únicamente de que la Unión de Hecho cumpla con los requisitos que se han considerado en la legislación, ya que en la práctica tanto para los convivientes como para los hijos nacidos de esa convivencia éstos puedan ejercer derechos y obligaciones de unos a otros. (Enríquez, 2014, p.12).

La figura histórica de la unión de hecho está plasmada en el concubinato y se remonta al derecho romano. En efecto, teniendo en cuenta el conjunto de normas y preceptos aplicados para ordenar y regular la convivencia en la antigua sociedad romana, se advierte que la unión de hecho es tan antigua como dicho canon jurídico, diferenciándose solamente en la notación terminológica. Con respecto a este último, es de destacar que el concubinato es un término que procede del latín concubinatus y se refiere a la relación marital, relación de pareja entre un varón y una mujer, que deciden convivir y mantener una relación especial denominada de pareja o familiar, sin estar casados. En la actualidad, a los integrantes de la relación de pareja se les conocen como concubinos, rescatando con ello la figura histórica, que en ciertas culturas solamente consideraba como concubina a una mujer de menor posición social que el hombre en una relación del tipo matrimonial; y, poniéndole en igualdad de condiciones en la relación de pareja. En síntesis, la unión de hecho se concibe como la relación voluntaria entre un hombre y una mujer que entre sí no se encuentren casados, con una comunidad de vida permanente y singular. Los miembros de la unión de hecho son llamados convivientes o compañeros permanentes.

2.5.1. Teorías de la Unión De Hecho.

La unión de hecho o concubinato, es uno de los problemas morales más importantes que se presenta en el campo del Derecho de Familia. La unión de hecho, más que un problema político jurídico o de regulación técnica, es fundamentalmente una cuestión de orden moral

Con respecto a cada una de estas teorías, Enríquez (2014), señala: Teoría de la sociedad de hecho: Esta postura sostiene que la unión de hecho se constituye en una sociedad de hecho, esto debido a que tiene lugar la aparición del patrimonio conyugal, dado que los convivientes realizan aportaciones patrimoniales en común. El concubinato es considerado como una sociedad de hecho por que no cumple con los requisitos formales establecidos para las sociedades de derecho; luego, como consecuencia de la terminación de la misma, los socios tienen derecho a una proporcional distribución del patrimonio resultante.

A. Teoría de la Comunidad de Bienes.

Esta postura sostiene que la unión de hecho se constituye en una comunidad de bienes, debido a que entre los unidos de hecho existe una comunidad patrimonial, que comprende la totalidad de los bienes adquiridos durante la convivencia.

2.6. Requisitos para Constituir una Unión de Hecho Propia

2.6.1. Heterosexualidad.

La unión de hecho está compuesta por una pareja heterosexual cuyos miembros tienen edad suficiente para establecerla, por lo que, se descartan las parejas homosexuales. Nuestra legislación es distinta de aquellos ordenamientos jurídicos europeos que han aceptado las uniones de hecho homosexuales, como por ejemplo Francia, donde el concubinato en un sentido amplio, se define como la unión de dos personas heterosexuales u homosexuales, firmantes de un PACS o no.

Las legislaciones del Principado de Asturias y de la Comunidad Autónoma de Extremadura, igualmente consideran pareja estable la unión libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo de dos personas mayores de edad o menores emancipadas.

2.6.2. Voluntaria.

Conforme lo señala el artículo 326 del Código Civil que la unión de hecho es voluntariamente realizada, es que se entiende que el concubinato nace de la libre determinación y voluntad de los concubinos, por lo que la unión debe surgir de la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes; estando prohibido cualquier convivencia forzada. Es en esta decisión en la que se revela la *affectio maritalis*, aunque voluntad y afectos sean distintos.

2.6.3. Singularidad.

Al referirse ambas normas a la unión entre un varón y una mujer, aluden a la exigencia de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se traduce en el deber de fidelidad de los convivientes. Por ello, no es posible que se mantengan varias relaciones a la vez, aun cuando todos los involucrados carezcan de impedimentos matrimoniales, o cuando la convivencia se haya llevado de manera simultánea con dos personas distintas y en domicilios diferentes.

2.7. La Unión de Hecho y la Comunidad de Bienes

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

En efecto, hablar de concubinato en nuestro país es hablar de una realidad social cierta e inevitable, motivo por el cual el legislador de finales del Siglo XX no pudo seguir obviando su regulación y es que antes y ahora, muchas parejas prefieren asumir el status de

concubinos, huyendo de los costos, obligaciones y cargas que implica para ello la unión marital. (Calderón Beltrán, 2015, p.47).

2.8. Realidad Social.

Estando ante una realidad social cierta y en incremento, es que el concubinato fue germinando en nuestra legislación, desde ser ignorado por toda norma hasta ser instituido y reconocido por la norma que se encuentra en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico, la Constitución. Como se ha recordado inicialmente la Constitución de 1979 reconoció a las uniones de hecho, como fuente generadora de efectos patrimoniales, esta postura sufrió una ostensible variación en la Constitución Política de 1993, puesto que la Constitución vigente reconoce a las uniones de hecho no sólo como fuente generadora de efectos.

2.8.1. Regulación de la Convivencia en el Código Civil.

Pese a que el legislador no ha tenido como intención instaurar un régimen de protección al concubinato, pues más bien su “ideal” es lograr su paulatina disminución y eventual desaparición (que quedará en simples deseos si se revisan las estadísticas).

No crear un matrimonio de segunda clase, el artículo 326 del Código Civil reconoce algunos efectos al concubinato “propio” o “perfecto”, es decir, a aquel que satisface las notas referidas en el numeral anterior, que conviene explicar para tener una idea clara de los alcances de su regulación civil. (Vege Mere, 2003, p178).

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

cumplidos los requisitos que la ley exige al concubinato, se entiende configurada ipso iure; (expresión latina que puede traducirse como "por virtud del derecho" o "de pleno derecho), esa comunidad de bienes. Además, se señala unánimemente que los concubinos no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales y solo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen. Discrepo abiertamente de esta apreciación, aun cuando resulte unánime la posición contraria.

A. Régimen de Comunidades de Bienes en la Unión de Hecho Propia. Este régimen de comunidad de bienes es el más desarrollado en la legislación comparada y presenta numerosas variantes en varios de sus elementos esenciales. Sin embargo, la característica fundamental que permite considerar a un régimen como de comunidad es la formación de una masa de bienes que en el momento de la disolución deberá ser compartida entre los esposos o entre el sobreviviente y los herederos del otro cónyuge. Esta masa común de bienes está constituida por los bienes gananciales, pero existen distintas soluciones legislativas cuando se regula la forma en que se integrará dicha masa. Puede haber una comunidad universal por la que todos los bienes que los cónyuges tuvieran antes del matrimonio como así también todos los que adquieran durante la vigencia del mismo por cualquier título que sea, quedan integrados en esa masa común de bienes que deberá ser oportunamente dividida entre los esposos.

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

ganancias de la que quedan excluidos todos los bienes de los esposos anteriores al matrimonio, ya sean muebles o inmuebles y los que adquieran después de la celebración por un título que les confiere el carácter de propio gratuito. De esta manera, la masa común de bienes queda integrada por todos los bienes adquiridos durante el matrimonio por cualquier título que no permita considerarlo como bien propio de uno de los cónyuges, como sucede con los que provienen de la actividad personal, industrial o comercial de los cónyuges y los frutos de los bienes propios, por enunciar tan solo algunos casos de bienes gananciales. A su vez, y sin que este elemento sea definitivo para la caracterización del régimen, dentro de las diversas especies de comunidad que se comentaron se pueden presentar variantes respecto de la forma de administrar esa masa común de bienes.

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

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

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 Comunidad de Muebles y Ganancias. La comunidad de adquisiciones, la comunidad de gananciales y los llamados regímenes intermedios.

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

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.

Mucho se especulado y escrito acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, esbozándose diversas teorías propuestas, tales como que es un contrato de sociedad, una persona jurídica, una copropiedad, entre otras, siendo la mayor parte de ellas insuficientes, si no erróneas”. (Roxana Jiménez)

Sin embargo, la que se acerca más a su realidad es la teoría alemana de que es un patrimonio en mano común (origen del termino mancomunidad), en el que no existen partes alícuotas; cada parte participa en todo” La doctrina germánica nos habla de una mancomunidad, de una comunidad de bienes, donde no prima el derecho del individuo representado por la cuota, como sucede en los caos de copropiedad, sino que prima el interés de la comunidad representado por el todo, no existe pues un derecho individual y distinto de los convivientes sobre el patrimonio social , no se puede hablar de la existencia de un

patrimonio del marido y de la mujer, o de un patrimonio del concubino y de la concubina, comprendidos en cuotas ideales de copropiedad, deben por lo tanto descartarse las ideas que asociaban a la comunidad de bienes convivencial con un régimen de copropiedad, a las cuales se añadirán las ideas que la asociaban con un contrato, a aquellas que la asociaron como una persona jurídica e incluso a aquellas que la asociaron con un patrimonio autónomo.

La sociedad de bienes convivencial es una comunidad conformada por bienes propios y bienes sociales de los concubinos, los bienes adquiridos por los concubinos y que forman parte de esta sociedad de bienes, no pertenecen a los concubinos en cuotas alícuotas o ideales, éstos no son titulares de derechos y acciones sobre dicho patrimonio como si sucede en la copropiedad, sino que dichos bienes forman parte en mancomunidad de una sociedad de gananciales, no existe una participación o administración de los concubinos sobre parte del patrimonio social en cuotas proporcionales, ni pueden estos disponer o gravar unilateralmente el patrimonio social; sino que estos convivientes o esposos participan del todo, ambos administran el todo, ambos tienen que intervenir para disponer o gravar el todo, y solo cuando se liquide esta sociedad de gananciales, es que se asignará un patrimonio particular a cada cónyuge o concubino, en partes iguales y a título de gananciales; es decir, en base al remanente que quedare, luego de pagar las obligaciones y las cargas, es por dicha razón que se dice que la sociedad de gananciales o la comunidad de bienes convivencial, son un patrimonio indivisible, dado que mientras subsistan, no podrá asignarse a cada cónyuge o concubino porcentaje alguno de propiedad, ello solo será posible luego que la sociedad de gananciales fenezca y se liquide.

2.9. Marco Conceptual

En la regulación de la separación de bienes en las uniones de hecho propia, se tendría que incorporar dicho régimen, para que así, puedan optar por elegir el que más les convenga.

2.10. Unión de Hecho Propia

La familia concubinaria y la posesión constante de estado mínima de dos años, no se podrán aplicar las normas del régimen de la sociedad de gananciales y los concubinos registrarán sus relaciones patrimoniales entre ellos y frente a terceros por las reglas de la copropiedad, prestándose este criterio jurisprudencial a situaciones de abuso que podrían evitarse si se tomara en cuenta únicamente la propia literalidad de la previsión constitucional y se adecuara el artículo 326° del Código Civil a ella; es decir, bastaría que los concubinos (varón y mujer) vivan juntos en condiciones de permanencia, notoriedad, singularidad y sin impedimentos matrimoniales para que surja, desde su origen, una comunidad de bienes sujeta a las normas de la sociedad de gananciales. Los bienes que se hubieran adquirido durante la convivencia, pero con anterioridad al reconocimiento judicial de la posesión constante de estado concubinaria, quedarían excluidos de la «comunidad de bienes», con el consiguiente perjuicio para el concubino que se encuentra al margen.

Para poder hablar de unión de hecho en el Perú, se tiene que establecer entre un varón y una mujer, es decir, debe ser una pareja heterosexual que conviva, que tengan intimidad y vida sexual, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Se equipara la unión de hecho al matrimonio. En ese sentido, nos remitimos a lo regulado en los Artículos 288° y 289° del Código Civil y establecemos que son deberes que nacen del matrimonio y de las uniones de hecho: El deber de fidelidad, de asistencia, de cohabitación y respecto a los hijos, tienen el deber de alimentarlos y educarlos.

Sobre la calificación de los bienes en propios o comunes, el ejercicio de la administración de los mismos, así como la disposición de aquéllos (sean propios o comunes), devienen en aplicables por remisión expresamente adoptada, las normas pertinentes del régimen patrimonial del matrimonio del Libro III sobre "Derecho de Familia" del Código

Civil. Cabe anotar que la denominación "sociedad de bienes" adoptada en la Constitución de 1979 sirvió para referirse a los bienes generados durante la unión de hecho; sin embargo, del texto del art. 5° de la Constitución de 1993, se aprecia la utilización de la expresión "comunidad de bienes". Dicha terminología ha suscitado diversas opiniones; algunos piensan que "la comunidad de bienes" es sólo un cambio de nombre sin mayores alcances, que reemplazan a la "sociedad de bienes" sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le fuera aplicable, vale decir, que se trata de un régimen de comunidad donde los bienes de los concubinos forman un patrimonio común; otros, en cambio, suponen que se trata de un régimen patrimonial intermedio en que coexisten bienes propios de cada concubina y bienes comunes de la sociedad concubinaria.

Concordamos con la última interpretación, que es asumida por nuestro ordenamiento en la medida que si bien no le otorga a la unión de hecho, la misma naturaleza jurídica del matrimonio civil, si se establece que a la "comunidad de bienes" que se genera por la unión de hecho, deben aplicarse las reglas relativas a la sociedad de gananciales. De acuerdo a estas normas, deberá distinguirse cuáles son los bienes propios de cada concubina y, luego, cuáles son los bienes comunes.

Al existir en la unión de hecho bienes propios de cada concubina y bienes comunes de la sociedad de hecho, entonces los caracteres del régimen de bienes son: los concubinos conservan facultades de administración, disposición y gravamen sobre sus bienes propios; ambos administran el patrimonio común y deben intervenir para disponerlos o grabarlos; los bienes comunes y, a falta o por insuficiencia de éstos, los bienes propios de ambos responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad convivencial, y fenecida la sociedad por muerte, ausencia, acuerdo mutuo o por decisión unilateral procede la liquidación de la comunidad de bienes

Una de las finalidades del matrimonio y también de la unión de hecho es hacer vida en común para lo cual, se debe establecer un domicilio conyugal o convivencial, según sea el caso. En las relaciones matrimoniales, cuando se rompe este deber puede ocurrir distintas consecuencias: que el matrimonio continúe vigente a pesar que ya no viven juntos o que debido a este alejamiento, se inicie un proceso de separación legal o divorcio por mutuo acuerdo o por las causales de separación de hecho o abandono injustificado del hogar conyugal. En el caso de las uniones convivenciales, esta separación física da lugar a la culminación de unión de hecho.

Otro de los deberes, es la fidelidad, que va de la mano con el que la unión de hecho sea monogámica. En las relaciones matrimoniales, el incumplimiento de este deber puede dar lugar a causales de divorcio o separación de hecho, como son el adulterio, la homosexualidad o la conducta deshonrosa. En el caso de las uniones de hecho, el conviviente ofendido puede optar por dar por concluida la convivencia o por perdonar la infidelidad y continuar la relación.

Respecto a los hijos, existe el deber de alimentarlos y educarlos lo cual viene ligado a la figura de la patria potestad, independiente de la relación que tuvieron los padres.

Es preciso agregar que también se reconoce la igualdad del hombre y la mujer, en el gobierno del hogar, con lo cual desaparece la potestad marital por lo menos en el plano normativo, en consecuencia, debemos apuntar a la conformación de familias democráticas.

Voluntariamente realizada, sin coacción, no cabe pues, una convivencia producida por retención violenta o rapto.

Libres de impedimento matrimonial, es decir, no deben estar incurso en los impedimentos matrimoniales regulados en los Artículos: 241°, 242° y 243° del Código Civil, algunos de los cuales son: estar casado, ser menor de edad, adolecer de alguna enfermedad

crónica, contagiosa y transmisible por herencia, ser parientes consanguíneos en línea recta o colateral en segundo y tercer grado. Los afines en línea recta, entre otros. Con lo cual la relación de convivencia de una persona casada con otra distinta a su cónyuge no está protegida por nuestro ordenamiento y es considerada como unión de hecho impropia y si alguno de los integrantes resultara perjudicada económicamente solo cabría interponer una demanda por enriquecimiento indebido.

Permanente, dado que debe durar por lo menos dos años continuos, por lo tanto, los plazos de convivencia intermitentes no se suman. Así mismo, es necesario precisar que el plazo se empieza a contabilizar desde que los concubinos estén libres de impedimento matrimonial, de tal forma que, en el caso que una pareja conviva y uno de ellos este aun casado, el plazo se computara desde el momento en que este divorciado por más que la convivencia haya sido anterior.

Exclusiva, es decir monogamia y no será considerada aquella relación en donde convivan y se mantengan relaciones sexuales con más de una persona debido a que no está contemplado el reconocimiento de dos o más concubinatos simultáneos.

Al respecto cabe precisar que la creación de registros municipales para la inscripción de las uniones de hecho, no vulnera el modelo de familia de la Constitución de 1993. Al contrario, resulta concordante con él, desde que permitirá la acreditación inmediata y el reconocimiento, a favor de esa unión de hecho, de los efectos reconocidos bajo el principio de protección de la familia. Recuérdese que ya no nos encontramos bajo el influjo de los principios de la derogada Constitución de 1979, en donde la unión de hecho no surgía una familia y que, por tanto, el establecimiento de tales registros resultaba vulnerando el modelo de familia de aquella Constitución de 1979 que se basaba en la idea de que solo el matrimonio nace la familia.

La prueba de la existencia de la unión de hecho se constituye en una cuestión necesaria para reclamar los efectos legales reconocidos. (Plácido, 2010)

2.11. Razones jurídicas

Argumentos, premisas y razones que se encuentran conforme a ley. (Huerta Ochoa, C, 2017).

2.12. Regímenes patrimoniales del matrimonio

La unión de cuerpo y alma del hombre y la mujer trae inexorablemente reflejos patrimoniales para ambos. Al iniciarse el vínculo conyugal, durante la vida conyugal e incluso después de la disolución de dicho vínculo, los cónyuges hacen frente a necesidades financieras para el sustento del hogar, las relaciones patrimoniales resultan necesarias para la comunidad de vida. (Venosa, Silvio de Salvo, 2007, p., 166).

Se debe entender por régimen patrimonial tanto de cónyuges como de convivientes, que es una protección legal frente a la desventaja del patrimonio que ha sido obtenido por cada uno de ellos; teniendo en cuenta la equidad económica, que se ha obtenido durante el tiempo hacia un mejor bienestar de la familia ya formado por las partes involucradas.

Se inicia por el matrimonio clasificando los regímenes tanto el de sociedad de gananciales como el de separación de bienes, ya prescrito en nuestra norma, teniendo la opción con el estudio del derecho comparado y la doctrina que la unión de hecho propia también pueda incorporar el régimen de separación de bienes, para que cada integrante pueda conservar la propiedad de los bienes que poseían y todos aquellos que adquieran durante la convivencia.

2.12.1. Sociedad de Gananciales.

Los bienes conyugales forman una comunidad de bienes, no copropiedad. Ciertos autores sostienen que aquella es el género, la otra la especie. La copropiedad es una forma de comunidad, pero con características propias; la comunidad recae sobre un patrimonio rigiendo tanto para el activo como para el pasivo; la copropiedad recae sobre bienes singulares; la primera es a título universal, la segunda, a título particular. (Avendaño Valdez, Jorge. 1990, p., 255).

Teniendo en cuenta que el régimen de sociedad de gananciales se impone a falta de elección de las partes dentro del matrimonio donde la ley prescribe que no puede haber matrimonio sin un régimen patrimonial, en efecto en la unión de hecho tenemos una similitud con el régimen de comunidad de bienes mas no es igual.

En ese sentido tenemos que tener en cuenta que la sociedad de gananciales finalizara con la división del patrimonio que se hace por mitad entre ambos cónyuges, lo cual es distinto en la comunidad de bienes, en la cual nos lleva a determinar que este último se aplica de manera similar a la convivencia.

Es característica de la sociedad de gananciales la existencia de tres masas patrimoniales (o patrimonios) diferentes: el común de ambos cónyuges, formado por los bienes gananciales, y los privativos de cada uno de los cónyuges, formados por sus respectivos bienes privativos. (Martínez de Aguirre, 2016, p. 251).

De lo antes expuesto, la sociedad de gananciales no solo se caracteriza por la existencia de estas tres masas patrimoniales, entre las que destacan especialmente el patrimonio común o social, puesto que este únicamente se forma en un régimen de comunidades de bienes; se da por el reparto de unos gananciales de bienes patrimoniales entre los cónyuges cuando finaliza el régimen.

2.12.2. Régimen de separación de bienes

Si al contraer matrimonio la pareja no ha expresado su deseo de realizar la separación patrimonial, esta unión se dará bajo el régimen de sociedad de gananciales.

Es un régimen legal paccionado al operar por voluntad propia de los contrayentes o cónyuges. En este régimen están claramente diferenciados los bienes y obligaciones de cada cónyuge, no existe la comunidad ni socialidad de los bienes. Cada cónyuge mantiene su capital sin perjuicio de las cargas comunes propias del matrimonio, las cuales subsisten.

La determinación de la responsabilidad patrimonial por las obligaciones recaerá en el cónyuge deudor, afectándose, única y exclusivamente, su propio patrimonio. (Enrique, Varsi Rospigliosi, 2012, p 79).

Por ello, este régimen de Separación de Patrimonios cada cónyuge conserva a totalidad de la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes. Este régimen patrimonial protege al cónyuge y protegería a los convivientes de las deudas presentes o futuras que pueda tener, y a la vez quienes responderán con sus propios bienes. Con respecto a terceros no habría mayor problema, pues estos garantizan las relaciones económicas al celebrar dichos actos jurídicos con el cónyuge titular en este caso de dicho patrimonio, no existiendo confusión por lo tanto, no existiría la sociedad conyugal como tal, solo con relevancia económica.

Este régimen favorece tanto al matrimonio y a futuro a la convivencia, porque les permite responder a sus deudas con su patrimonio sin exponer o poner en riesgo el patrimonio del otro.

2.12.3. Régimen de la Unión de Hecho Propia. Tanto la Constitución como el Código Civil regulan que la unión de hecho origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de

sociedad de gananciales. Es decir, todos los bienes y deudas adquiridas durante la convivencia formarán parte del patrimonio social de ambos concubinos, entendiendo que se constituye la sociedad de gananciales desde el inicio de la convivencia y no desde que es declarada judicialmente o inscrita en el Registro Personal porque este reconocimiento es declarativo y no constitutivo.

Debemos considerar que son aplicables algunas de las normas relativas a la sociedad de gananciales reguladas para el matrimonio y otras pueden ser impertinentes, por ejemplo el artículo 312 del Código Civil referido al derecho a contratar entre los cónyuges solo sobre los bienes propios o el 324 del Código Civil que establece la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable de la separación de hecho, no son aplicables a la uniones convivencial. (Placido 2001.p.256)

A. Comunidad de Bienes. Al existir en la unión de hecho bienes propios de cada concubina y bienes comunes de la sociedad de hecho, entonces los caracteres del régimen de bienes son: Los concubinos conservan facultades de administración, disposición y gravamen sobre sus bienes propios; ambos administran el patrimonio común y deben intervenir para disponerlos o grabarlos; los bienes comunes y, a falta o por insuficiencia de éstos, los bienes propios de ambos responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad convivencial, y fenecida la sociedad por muerte, ausencia, acuerdo mutuo o por decisión unilateral procede la liquidación de la comunidad de bienes.

«Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas». La norma describe, como supuesto de hecho de la comunidad, la pertenencia de la propiedad de una cosa o la pertenencia de un derecho a varios, en ambos casos pro indiviso. La consecuencia jurídica es que, entonces, hay comunidad. Se trata de un efecto legal automático que deriva de la cotitularidad. (Miquel González, 1993, p.1067)

Hay que tener en cuenta que la comunidad de bienes es un régimen aplicable a las uniones estables, opera en la comunidad de bienes adquiridos a título oneroso durante la convivencia así como también las rentas y frutos de los bienes personales.

Dicha terminología ha suscitado diversas opiniones, así PERALTA refiere que, algunos piensan que la "comunidad de bienes" es sólo un cambio de nombre sin mayores alcances, que reemplazan a la "sociedad de bienes" sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le fuera aplicable, vale decir, que se trata de un régimen de comunidad donde los bienes de los concubinas forman un patrimonio común; otros, en cambio, suponen que se trata de un régimen patrimonial intermedio en que coexisten bienes propios de cada concubina y bienes comunes de la sociedad concubinaria. (Peralta Andia, Javier, 1966. p.523)

La unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, que forma un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable; para la unión de hecho opera cuando los convivientes adquieren estabilidad por el transcurso del tiempo de la convivencia, lo que supone la intención de ser considerados como una pareja con vocación al matrimonio. La aplicación de esta figura, después de extinguida la relación concubinaria, tiene como objetivo el establecer la realidad jurídico patrimonial de los bienes adquiridos durante su vigencia y evitar el enriquecimiento injusto de uno de los convivientes.

2.13. Incorporar el Régimen de Separación de Bienes en la Unión de Hecho Propia

La coexistencia de dos patrimonios independientes que pertenecen a cada uno de los integrantes de la unión de hecho propia, deben conservar la titularidad y la administración de sus bienes, y responder a sus obligaciones. Es indispensable para la independencia económica de estos; constituyen una garantía, evita las ambiciones de carácter personal y favorece la emancipación de la mujer.

Empero hay otras normas que si son aplicables como son las referidas a la diferenciación entre bienes propios y bienes sociales, el considerar que los frutos de los bienes propios son bienes sociales y que para disponer de los bienes sociales se requiere el asentimiento de ambos concubinos (artículo 315 del Código Civil) Sin embargo, una diferencia relevante en comparación con los cónyuges es que los convivientes no tienen la posibilidad legal de optar por el régimen de separación de patrimonios. Por tanto, “el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso. (Plácido, 2001, p., 255)

De acuerdo a la relación de las parejas convivientes encontrándose en una unión de hecho propia, tendrían la posibilidad de salvaguardar los bienes a fin de que las deudas o problemas legales de uno de los convivientes no afecten el patrimonio personal del otro.

Con esta incorporación al régimen de separación de bienes de la unión de hecho propia, evitaría que las deudas afecten al patrimonio de ambos convivientes, ya que cada deudor sería responsable de la parte que le corresponde; permitirá que los patrimonios estén diferenciados y cada uno gestione y administre los bienes y derechos.

2.14. Hipótesis

Las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia se basan en tres derechos fundamentales: a la igualdad Jurídica, a la Libre Elección y a la Autonomía de la voluntad.

CAPÍTULO III

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN LA UNIÓN DE HECHO PROPIA EN EL PERÚ Y EN EL DERECHO COMPARADO

Lo fundamental en el proceso judicial de reconocimiento de unión de hecho es la comprobación de la posesión constante de estado de convivencia, teniendo en cuenta que el Código Civil exige el principio de prueba escrita, además de todos los medios probatorios que la ley procesal reconoce. Como el status jurídico de concubinos no puede ser acreditado con una partida del Registro de Estado Civil, la única prueba idónea será «la posesión constante del estado de concubinos», la que posibilitará la obtención del título de «estado de familia de unión de hecho» mediante la declaración judicial. (Fernández y Bustamante, Ob. cit., p. 232)

Se entiende como posesión de estado al ejercicio del derecho y el cumplimiento de los deberes inherentes a la situación familiar de la persona. Entre los elementos que se pueden distinguir en la posesión de estado tenemos: el uso del apellido, el tratamiento recibido y la consideración social que una persona sostenga en su vida. En el concubinato hay una situación de estado, reflejada en el nombre, trato y fama de la pareja de convivientes.

Ambos se muestran ante la sociedad como unión marital con finalidad similar a las del matrimonio, que reciben el trato de pareja y donde ellos se reconocen como tales, cuya convivencia se desarrolla cotidianamente en un hogar de hecho. Donde a diferencia del matrimonio, ellos carecen del vínculo legal. Por esta razón, es fundamental la prueba de la posesión de estado de la pareja concubina. (Fernández y Bustamante, Ob. cit., p. 227)

Debemos señalar que la posesión de estado de familia contiene varios tipos, entre los cuales tenemos la “posesión constante de estado convivencial”, la cual servirá como base de la declaración judicial de la unión de hecho; en tanto, que la «posesión constante del estado matrimonial» cumple una función supletoria en dos casos: cuando la partida de matrimonio adolece de vicios formales, lo que permite la subsanación de los mismos y le otorga validez al

matrimonio y, además, constituye un medio de prueba del matrimonio de los padres si estos hubiesen muerto, se hallasen en la imposibilidad de expresarse o de proporcionar información.

Para acreditar el estado de aparente unión matrimonial, se debe demostrar la posesión constante de estado, mediante la vida en común de ambos convivientes en el mismo domicilio, como si fuesen casados. Para el matrimonio, es un deber la cohabitación en el domicilio conyugal; si no se cumple por uno de los cónyuges por más de dos años continuos, puede ser causal de separación y divorcio en la modalidad de abandono del hogar o separación de hecho. En cambio, para la unión de hecho, es un requisito esencial para su reconocimiento judicial. Si falta la convivencia en domicilio común, no habrá unión de hecho protegida por la ley. La acreditación de haber recurrido a lugares de alojamiento no servirá para este tipo de acción, solamente será de utilidad para solicitar la filiación extramatrimonial. Con el requisito de la cohabitación se ha querido eliminar de la concepción de uniones de hecho a las relaciones de pareja que, teniendo hijos en común y aun manteniendo relaciones sexuales permanentes, no realizan vida en común en un mismo domicilio.

Creemos que este es un factor determinante a considerar por el juez, justamente por la apariencia de estado matrimonial. Sin embargo, estas personas no se encuentran desprotegidas legalmente si existió una promesa de matrimonio y no se realizó por culpa de una de las partes, ocasionándole daños y perjuicios a la otra; en ese caso, se podrá optar por la acción indemnizatoria a la que se refiere el artículo 240 del Código Civil. Para el maestro Fernández Arce, el contenido del deber de cohabitación a exigirse a los concubinos debe darse en algún lugar: el hogar de hecho, que viene a representar la vivienda donde la pareja comparte el mismo lecho con el propósito de realizar un proyecto de vida en común, a la luz de la sociedad.

La expresión “hogar de hecho» comprende la comunidad de lecho y cohabitación en un mismo lugar de residencia; asumiendo roles como marido y mujer con finalidades semejantes a las de un matrimonio y compartiendo un proyecto común de vida: notoriedad, singularidad y permanencia. (Ibídem, p. 230).

Para perfilar la idea, podemos decir que la diferencia entre hogar de hecho y domicilio conyugal, radica en que la unión de hecho, por ser una situación antijurídica, se fundamenta en la posesión constante de estado, la cual se demuestra mediante la cohabitación en un hogar de hecho; en tanto que el domicilio conyugal representa la posesión constante de estado que tiene la relación de pareja que se constituyó mediante el título del matrimonio.

3.1. España

De la investigación en las legislaciones comparadas como España, Francia, etc. Se puede establecer un problema patrimonial común a todos ellos, el cual tiene su origen en los bienes adquiridos durante la convivencia, siendo el de mayor relevancia frente a otros problemas patrimoniales como pudieran ser: la situación de las deudas adquiridas durante la vigencia de la unión de hecho la eventualidad de recibir compensaciones económicas al término de la unión de hecho, el destino de los bienes adquiridos en común luego del fallecimiento de uno de los convivientes, la posibilidad de ser beneficiario uno de los conviviente de la pensión de viudez y demás prestaciones de seguridad social, la validez de las compraventas realizadas entre los convivientes y sus donaciones efectuadas, y de la situación en la que se encuentran el bien inmueble que sirvió como domicilio convivencial de la familia derivada de la unión extra matrimonial.

3.2. Regímenes Económicos en las Parejas de Hecho

Las parejas de hecho podrán, al no aplicarse de modo analógico los regímenes económicos matrimoniales (gananciales, separación de bienes o de participación), pactar

libremente el régimen económico por el que se vayan a regir, conforme a lo dispuesto en el Capítulo II relativo a las "Relaciones Personales" de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía.

Estos pactos también pueden fijar una compensación económica, si tras el cese de la convivencia se produce desequilibrio económico respecto de uno de los convivientes en relación a la posición del otro, de tal modo que suponga una merma a la situación previa al establecimiento de la convivencia (artículo 10 de la Ley de Parejas de Hecho de Andalucía).

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

Para el caso de que acuerden regirse por la comunidad de bienes (equiparable a la sociedad de gananciales), la situación legal de los convivientes será la que a continuación se describe: 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.

La vivienda, aunque haya sido adquirida en exclusiva por uno de los convivientes, no podrá ser objeto de ninguna disposición sin el consentimiento del compañero/a 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 podrá solicitarse, por uno de los convivientes, el pago de una pensión por desequilibrio o compensación económica en atención al trabajo realizado para la pareja o cuidado del hogar durante el periodo efectivo de dicha convivencia.

De no existir pacto, no podrá aplicarse el régimen de comunidad de bienes, por lo que el/la conviviente tendrá que acreditar sus derechos sobre todos y cada uno de los bienes que compongan el patrimonio común (mediante facturas, transferencias bancarias destinadas al pago de la hipoteca, etc.). En todo caso, los pactos nunca podrán perjudicar a terceros. Por tanto, los miembros de la pareja estable serán responsables solidarios frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa. Por tanto, las Administraciones Públicas en el caso de Andalucía no inscribirán en el Registro aquellos pactos que atenten contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus integrantes. Tampoco podrán ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Por otro lado en el Ámbito de la Legislación Francesa los efectos patrimoniales de la reforma de 2006 acercó considerablemente el PACS al matrimonio a tal punto que un comentarista lo calificó de “matrimonio patrimonial”. El régimen legal del PACS es el de la separación de bienes (art. 515-5 del Cód. Civil.). Los contratantes pueden, sin embargo, escoger el régimen de la indivisión de bienes gananciales la cual deberá establecerse en la convención que acompaña la inscripción del PACS o en una convención posterior que debe enviarse al tribunal de instancia o al notario que registró el acto inicial. Los bienes de los cuales no se pueda probar una propiedad exclusiva de alguno de los miembros de la pareja se presumen comunes. El PACS se inspira en los equivalentes escandinavos (registered partnerships) con la diferencia de que no está reservado a las parejas del mismo sexo. Desde su creación en 1999 casi tres millones de personas han celebrado un PACS y más de quinientos mil han puesto fin a dicho contrato. En 2012, el 40% de las uniones han tomado la forma del PACS (241.000 matrimonios y 160.325 PACS). El 4% de los PACS son celebrados entre personas del mismo sexo. Desde el año 2011 se puede celebrar el PACS ante notario. En 2012, aproximadamente el 10% de los PACS se han realizado en oficinas notariales; dicha

cifra se explica por el costo del trámite (aproximadamente 300 euros). Las personas con más alto grado de educación escogen mayoritariamente el PACS (60% contra 40% de los que eligen el matrimonio poseen un diploma universitario). Del mismo modo, las personas que declaran no practicar ninguna religión son mucho más numerosas en el PACS que en el matrimonio. Las parejas que optan por el PACS tienen una visión de los papeles de género mucho menos estereotipada que aquellos que optan por el matrimonio. El nacimiento de un hijo determina también la elección del matrimonio (66% contra 42%).

Dichos datos ponen de manifiesto el carácter universal del PACS pues aunque la ley ha sido creada pensando principalmente en las parejas del mismo sexo como un paliativo al matrimonio, hoy día son mayoritariamente las parejas heterosexuales las que optan por dicho contrato.

3.3. Modelos de Regulación de los Regímenes Patrimoniales

En el derecho comparado son varios los modelos de regulación que se refieren a la situación patrimonial de los bienes adquiridos durante la convivencia. En primer lugar, el modelo Latinoamericano, que contempla la presunción de un determinado régimen patrimonial, una vez que las uniones de hecho cumplen con determinadas características; y en segundo lugar, el modelo Europeo, que otorga a los convivientes la posibilidad de regular sus relaciones patrimoniales mediante pactos, como el caso Francés.

3.3.1. Primer Modelo: Presunción de un Determinado Régimen Patrimonial

En este primer grupo, destacan como expositores Perú, Uruguay, Paraguay y Venezuela, que otorgan protección a las uniones de hecho mediante la presunción de un determinado régimen patrimonial, una vez que las uniones convivenciales revistan determinadas características o cumplan determinados requisitos (se refiere a los requisitos propios de las uniones de hecho, susceptibles de producir efectos jurídicos). Este régimen

patrimonial que les afecta por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de reconocimiento de la unión por autoridad o persona alguna, y sin más requisitos o formalidades que los requeridos por la ley para la existencia de una unión convivencial. Veamos:

Presunción de sociedad de gananciales. Perú: El artículo 326 del Código Civil de Perú, señala que: “La unión estable de un varón y de una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos”. Además, el mismo Artículo contempla a la *actio in rem verso* como mecanismo subsidiario, en caso de no poder configurarse los requisitos necesarios que impone la ley para una unión de hecho. Así, el inciso final de este artículo dispone: “... Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas es este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso la acción de enriquecimiento indebido”.

En la Legislación Uruguay nos dice que protege constitucionalmente a la familia sin señalar expresamente el modo mediante el cual ella se constituya y por tanto, sin adoptar una protección legal exclusiva. Literalmente señala: “La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”.

A fin de proteger legalmente a las uniones de hecho se emitió la Ley N° 18.246, mediante la cual se delimitó el amparo jurídico a aquellas uniones que cumplieran algunos requisitos, como analizaremos a continuación. A diferencia de Colombia, la legislación uruguaya establece que: “La convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a las uniones de hecho no reguladas por

ésta”. Por tanto, tenemos que el primer requisito es el periodo de cinco años a fin de ser amparada la unión.

Un aspecto importante de esta Ley, es que no protege con exclusividad la unión heterosexual, estando aquellas uniones constituidas por personas del mismo sexo dentro de su ámbito de aplicación. En este sentido: “A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas - cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Artículo 91161 del Código Civil”.

Como en todas las demás legislaciones, se establece aquí obligaciones de asistencia recíproca personal y material. Asimismo, ambos concubinos están obligados a contribuir a los gastos del hogar de acuerdo a su respectiva situación económica. Se establece además que esta obligación de auxilios recíprocos persiste durante un período subsiguiente, el que no podrá ser mayor al de la convivencia, siempre que resulte necesario para la subsistencia de alguno de los concubinos.

Como podemos prever se adopta un criterio innovador que estimamos tiene un fundamento de justicia al determinar que esta obligación sólo subsistirá por un periodo subsiguiente el que no puede ser mayor al de la convivencia. Este límite se ha establecido de manera originaria, y es muy interesante plasmarlo a fin de no perjudicar a quien mantendría esta obligación en beneficio del otro, quien pudiese aprovecharse de esta situación.

A fin de aplicar adecuadamente esta Ley, el legislador uruguayo ha establecido el reconocimiento judicial de la unión concubinaria, señalando que “Podrán promover la declaratoria judicial de reconocimiento de la unión concubinaria los propios concubinos,

actuando conjunta o separadamente. Cualquier interesado, justificándolo sumariamente, podrá asimismo promover la acción de reconocimiento de la unión concubinaria, una vez declarada la apertura legal de la sucesión de uno o ambos concubinos”.

Sin embargo, otra innovadora regulación ha introducido esta ley, al establecer que el reconocimiento judicial, no sólo se limita a determinar la existencia de una unión concubinaria, sino además, tiene por objeto: a) La fecha de comienzo de la unión. b) La indicación de los bienes que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes.

Y precisamente es a partir de este reconocimiento que se acepta el nacimiento de una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria.

Es interesante advertir, que a diferencia de nuestra legislación, en la uruguayana incluso se permite que los concubinos una vez reconocidos tengan la posibilidad de elegir entre la sociedad conyugal o el régimen de patrimonios separados. Un tema que merece un mayor análisis es el tercer párrafo del artículo 5 de la Ley en comentario, la cual literalmente señala: “Constituida esta sociedad de bienes, se disuelve la sociedad conyugal o la sociedad de bienes derivada de concubinato anterior que estuviere vigente entre uno de los concubinos y otra persona”. Si bien podría afirmarse que esta medida favorecería la desvinculación de una unión concubinaria anterior, este reconocimiento que disolvería de pleno derecho una unión anterior debería ser publicada en salvaguarda de terceros que tuvieren relaciones de crédito con la referida unión y de esta manera la disolución se realice respetando los derechos no sólo de posibles acreedores sino además de los hijos y de su anterior pareja, ante un incumpliendo en perjuicio de estos.

Presunción de sociedad de hecho. Paraguay: El artículo 220 del Código Civil de Paraguay señala que: “La unión concubinaria, cualquiera sea el tiempo de su duración, podrá dar lugar a la existencia de una sociedad de hecho, siempre que concurren los requisitos previstos por este Código para la existencia de esta clase de sociedad. Salvo prueba en contrario, se presumirá que existe sociedad toda vez que las relaciones concubinarias hayan durado más de cinco años”. Por su parte, el artículo 221 de este mismo Código dispone que: “La sociedad de hecho formada entre concubinos se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones que regulan la comunidad de bienes matrimoniales. El carácter de comunes que revistan los bienes que aparezcan registrados como pertenecientes a uno solo de los concubinos, no podrá ser opuesto en perjuicio de terceros acreedores”. El artículo 224 prescribe que: “La unión de hecho que reúna los requisitos de este capítulo dará derechos a la liquidación de los bienes comunes”.

Presunción de comunidad. Venezuela: El artículo 767 del Código Civil de Venezuela, establece una presunción simplemente legal en favor de los convivientes, respecto de la situación en la que se encuentran los bienes adquiridos durante la unión. El artículo señala lo siguiente: “Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado”.

La Constitución de Venezuela establece que “Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una

mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

La unión concubinaria en Venezuela no tiene una regulación especial, estando contenida en el Título IV del Código Civil venezolano. En este sentido, mediante el artículo 759 se establece que la comunidad de bienes se regirá por las disposiciones del mencionado Título, a falta de pacto entre los convivientes o de disposiciones especiales.

La legislación venezolana “presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado.

Como podemos prever no se establece periodo a fin de garantizar la protección a las uniones de hecho, bastando sólo la constitución real de esta unión para alcanzar los fines de la familia. Se establece además las relaciones jurídicas entre padres e hijos, y por tanto, las consecuencias innatas del derecho hereditario, asumiendo los derechos y obligaciones propias de un matrimonio civil.

Se presume además que ambos concubinos tienen derechos sobre partes iguales en los bienes sociales. Asimismo mantienen los derechos sobre sus bienes propios, pudiendo ejercer cualquier disposición sobre los mismos siempre que no se afecte el interés de la familia. Ambos concubinos mantienen obligaciones personales respecto del otro, así como el deber de contribuir al sostenimiento de la familia. Ambos concubinos gozan mancomunadamente el derecho de administración y disposición de los bienes comunes sobre la protección de los acreedores, el Código establece que: “Los acreedores de un comunero pueden oponerse a que se proceda a la división sin su intervención, y pueden intervenir a su costa; pero no pueden

impugnar una división consumada, excepto en caso de fraude o de que dicha división se haya efectuado a pesar de formal oposición, y salvo siempre a ellos el ejercicio de los derechos de su deudor”.

3.3.2. Segundo Modelo: Regulación del Régimen de Bienes Mediante Pactos

En el segundo de los modelos de regulación para el conflicto patrimonial que se origina tras la adquisición de bienes durante la convivencia, está el caso del derecho Francés, que por medio de la ley de 15 de noviembre de 1999, introduce en el Código Civil un título denominado “Del pacto civil de solidaridad y del concubinato”, en virtud del cual, se autoriza a dos personas físicas mayores, de diferente o igual sexo pactar un contrato para organizar su vida en común (PACS), que dota de un estado de indivisión a los bienes adquiridos por las partes durante la unión, salvo voluntad manifiesta en contrario.

Dentro de este mismo modelo, se encuentra el artículo 7 de la propuesta de regulación de las uniones de hecho, elaborada por un grupo de Notarios Españoles, bajo la dirección del Valenciano Rafael Gómez Ferrer, que permite a los propios convivientes regular su situación patrimonial mediante pacto, al disponer que: “El régimen económico de la unión de hecho será el que los convivientes estipulen mediante convenio en defecto de convenio, ninguno de los miembros de la pareja acreditará derecho alguno sobre los bienes del otro, cualquiera sea el momento y título de su adquisición, ni sobre sus frutos o productos, salvo lo establecido en esta ley. El régimen económico de la unión de hecho podrá ser sustituidos por otro mediante nuevo convenio.” De los ejemplos expuestos pertenecientes a cada modelo de regulación, se distingue entonces, aquellos que presentan un régimen patrimonial aplicable por presunción a las uniones de hecho (Perú, Paraguay y Venezuela), de aquellos que presentan la opción para que sean los propios convivientes quienes determinen la procedencia o no de un determinado régimen de bienes (Francia y España).

Ahora, si bien Perú, Paraguay y Venezuela resuelven el tema principal que es la determinación del régimen patrimonial de las uniones de hecho, al establecer cuál es el régimen aplicable a los bienes adquiridos durante la unión, presentan la grave desventaja de anular a los convivientes la posibilidad de pactar el régimen patrimonial de bienes que le sea conveniente a sus intereses, tal como sucede para los cónyuges en la normativa económico matrimonial presente en nuestro derecho de familia actual.

En efecto, nuestra normativa económica matrimonial peruana, pese a que se basa en la presencia de un régimen general subsidiario, que en nuestro país es la sociedad de gananciales, permite a las parejas matrimoniales optar por la forma de elección del régimen patrimonial, pudiendo ser la de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios. Entonces, no vemos por qué negar la alternativa de pactar la forma por la cual quieren resolver su situación patrimonial, a las parejas unidas de hecho, más aun teniendo en cuenta que al ser ésta una unión no formal (en el sentido de la celebración del matrimonio), la presencia de una presunción que determine un cierto régimen patrimonial, les impondría una carga mayor que a las uniones formalmente constituidas, las que sí podrían elegir el régimen patrimonial aplicable.

3.4. Límites de los Pactos

3.4.1 Orden Público. Sobre el concepto de orden público se han dado varias definiciones, punto de partida forzoso es comprender que no debe entenderse este concepto en la “acepción corriente que alude a la tranquilidad de la calle, a la regularidad de la vida cotidiana”. Ha sido común asimilar el concepto de imperatividad al de orden público; por eso, no se duda en expresar que el orden público es un “conjunto de disposiciones imperativas”. Sin embargo, se ha observado que “una disposición no es de orden público, porque aparezca como imperativa o prohibitiva, sino lo contrario”. Así, “el orden público funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo

sino también ideológico”, manifestándose a través de normas imperativas. Como es sabido, el orden público es el conjunto de “principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas)” sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas. Por ello el orden público más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas. En este mismo sentido, se afirma que el orden público indica los principios de base de nuestro ordenamiento social. Para un sector de la doctrina argentina, el orden público “está constituido por el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan la vida jurídica de la sociedad en el ámbito del derecho privado y que se consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso”.

El orden público no siempre actúa como fuerza represiva, inhibitoria, respecto del individuo, sino que actúa también para vitalizar la norma, adecuándola al momento al que se le aplica, o para desecharla como lastre cuando impide el progreso, o para impulsar al órgano encargado de mantenerla actualizada a realizar su función. Agrega este autor que hay que tener en cuenta que, en muchos casos, lo que interesa al orden público es negar la validez del acto mientras subsistan las condiciones que llevan a negarle esa eficacia. (Lezana, Julio)

Pero modificadas las circunstancias, la conveniencia de reconocer el hecho consumado, de aceptar las consecuencias de lo que a pesar de todo sucedió, vuelve a imponerse, puesto que hasta puede suceder que ya no esté en juego el orden público. En este mismo sentido, se entiende por orden público al conjunto de principios de orden superior que constituyen nuestra organización política y dentro de los cuales son esenciales para la vida social, instituidos en la base misma del ordenamiento jurídico. El artículo V del Título Preliminar del Código Civil habla del acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden público. Por consiguiente, al existir normas de orden público, en un determinado tiempo espacio social,

que puedan ser sustituidas por otras o lo que es lo mismo, que no impliquen su insustituibilidad (como el de la voluntad de las partes con la de creación de pactos convivenciales) no determinan que los actos jurídicos celebrados sean nulos, debiendo reformularse el tenor de este artículo. En efecto, el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, más no necesariamente debe ser asimilado al concepto de orden público.

El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide forzosamente con la idea de orden público. Respecto a la posibilidad de realizar acuerdos privados entre los concubinos, autores que se han ocupado sobre este punto, consideran que, cumplidos los requisitos legales de las uniones de hecho, se entiende configurada ipso iure una sociedad de bienes (artículo 326 del Código Civil y artículo 9 de la Constitución de 1979) o una comunidad de bienes (artículo 5 de la Constitución de 1993), calificación esta última más adecuada. (Héctor Cornejo Chávez & Alex Placido Vilcachagua).

Del mismo modo, se señala unánimemente que los convivientes no pueden acogerse al régimen patrimonial de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. Es decir, solo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen. Pero para poder adquirir este régimen de sociedad de gananciales, es necesario que transcurran los dos años exigidos por la ley, pues caso contrario, serán aplicables las normas sobre la copropiedad. A demás, se sostiene, que, una vez que surja comunidad de bienes, a la cual sean aplicables las reglas de la sociedad de gananciales (sin que se convierta en sociedad de gananciales), los concubinos no pueden variar de régimen patrimonial.

Cuando resulte unánime la posición contraria. Para ello, partimos de la premisa de la inexistencia de la prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para

regular sus regulaciones patrimoniales. Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y solo en ese momento (cumplido los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes. (Yuri Vega Mere)

Los pactos patrimoniales entre concubinos, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos. Nada nos indica que ellos sean inválidos; mayor aun, cuando el orden público funciona sobre la ilicitud del contenido de un pacto convivencial y no sobre el pacto propiamente dicho; por consiguiente, se puede determinar que dicho contrato no va contra el orden público, lo que quiere decir que se podría regular en nuestra legislación familiar y contractual. En consecuencia, existiendo actualmente registro de uniones de hecho, es posible la elección de un régimen patrimonial de separación de patrimonios, pero solo para las parejas registradas, pues, como se ha dicho al formar familia las uniones de hecho se encuentran protegidas por el Estado; por esta razón, es pertinente que exista igualdad de oportunidades entre las familias derivadas del matrimonio, sin hacer distinción de la institución jurídica en la que nazcan. Es claro que los pactos, se presentan como una mejor solución a la aplicación de un régimen legislativo que pretende ser asfixiante.

Por ello, nos adherimos a la postura de Yuri Vega Mere al decir que no se diga que no es conveniente ampararse en la doctrina Italiana bajo el argumento de que, en Italia, al no existir normas para el concubinato, ha tenido que ser la Corte de Casación la que admita los pactos, mientras que en el Perú si hay legislación al respecto. También son admitidos por el Segundo Tribunal en España, sosteniendo que no veo impedimento, ni ilicitud ni inmoralidad, para dar cabida a estos acuerdos. ¿Qué lo prohíbe? ¿Una interpretación excesivamente literal del artículo 326 del Código Civil? La sociedad de gananciales como régimen debería ser supletorio.

Es la tendencia; así ocurre en Francia con el PACS, en algunas legislaciones autonómicas de España o en Bélgica.

En esta misma línea, considero admisible que los concubinos puedan sustituir o apartar la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de la comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgar un documento en el cual den cuenta de aquellos bienes que adquirieron y estipular la forma en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc. Toda vez que, los pactos de las uniones de hecho propias, no atentan contra el interés general ni principios de orden superior como los políticos, económicos, morales, que garantizan las subsistencia de la familia como base de la organización social de un Estado. Como se ha podido apreciar la falta de definición unívoca sobre el orden público, implica que se modifica continuamente en la medida que evoluciona la sociedad.

Por ello, se le entiende como un “modelo societario definido por el derecho en un determinado momento histórico de evolución de sus valores”, más aun cuando nos referimos a la evolución de la familia donde la realidad supera a las normas jurídicas estáticas, creando diferentes tipos de familia que paradójicamente no se encuentra definida en nuestro Código Civil Peruano de 1984 ni en la Constitución Política del Perú de 1993. En otras palabras el orden público está compuesto por los principios (no solo jurídico sino sociales, económicos, morales, religiosos entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad.

En este sentido, al lado del concepto estático del orden público como límite de la autonomía privada debemos considerar el concepto dinámico de éste, entendido como una obligación de un Estado promotor de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes. Un ejemplo en el ámbito legislativo lo encontramos en la Constitución Italiana, cuyo artículo 3, segundo párrafo establece que: Es misión de la República remover los obstáculos de orden

económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país.

Así, se sostiene que el orden público dinámico: “se sustancia de principios y de directivas intermedias respecto a ellos para iluminar la norma hasta los límites de su componente axiológico” y: admite nuevos espacios de creatividad individual que, en vez de prescribir comportamientos y pretender comparaciones más o menos rígidas entre supuestos de hecho abstractos y supuestos de hecho concretos, indica las finalidades de la acción o los criterios que encaminan su aceptación. La jueza María Mercedes Sosa explica cómo el operador del Derecho debe utilizar el orden público propiamente en el Derecho de Familia: “El juez de familia debe tener presente que la autonomía de la voluntad no se contrapone con la afirmación de orden público en el derecho de familia, sino que éste resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquello”.

3.4.2 Buenas costumbres.

El calificativo “buenas” es el signo de la penetración de la moral al derecho, la noción de “buenas costumbres” responde a la exigencia del respeto debido a las reglas morales de la convivencia social. Por lo tanto, esta apreciación de calificar como buena o mala a la costumbre es una tarea puramente axiológica, pues una misma valoración va cambiando su signo de positivo a negativo, según las épocas y lugares; los usos, costumbres y hábitos que hoy son considerados como deshonestos, indecorosos y atentatorios contra el honor y la reputación de la persona, mañana pueden ser calificados no solo de morales, sino hasta de necesarios e inexcusables.

Por encima de esa mutabilidad de normas o cánones, existen valoraciones fundamentales en todos los ordenamientos jurídicos, que hacen a la estabilidad de las

decisiones en cuanto se inspiran en ideales puros, hacia los cuales se proyectan en sus valoraciones positivas la conducta de los miembros de la comunidad.

En ellos, de un modo u otro, se está inmerso en cuanto son los que presiden, orientan o inspiran las distintas esferas del valor respectivo de aprobación de la comunidad. Por ejemplo en la cultura occidental, esos cánones fundamentales están dados por la filosofía greco latina y por la religión, en especial la cristiana a cuyos fundamentos habrá que recurrir cada vez que exista la necesidad de apreciar si determinada conducta es buena o mala. Es cierto que la regla jurídica en su aspecto axiológico nos indica cuando una costumbre es buena o mala, pues toda costumbre que no contradice al ordenamiento jurídico es buena y por eso será permitida, en cambio, toda costumbre *contra legem*, inevitablemente deviene en ilícita y, por tanto, es valorada como mala, por lo cual está prohibida. Los valores consagrados por la obra de la comunidad que han sido positivizados (elevados a la categoría de norma jurídica) en la Constitución y en las leyes, es lo que se conoce como costumbre *secundum legem*; en tal virtud, esta costumbre conforme a la ley es buena y lo es también la costumbre interpretativa, o sea, aquellas prácticas uniformes y constantes de dar a la ley un concreto sentido, y así se hace porque se considera que es bueno.

Las buenas costumbres ponen al derecho en relación con la moral; lo contrario a las buenas costumbres, vale decir, lo inmoral, lo ilícito es reprobable jurídicamente. (León Barandiáran)

Siempre resulta posible hacer la discriminación entre lo lícito o lo ilícito, lo moral o lo inmoral, para poder pronunciar la nulidad del pacto que atenta contra lo primero. Más lo anterior no significa la confusión entre moral y derecho; la ley no prohíbe el pacto que se oponga a la moral, sino el que es contrario a las buenas costumbres; “el Derecho no exige todo lo que la moral exige (la caridad, por ejemplo), ni prohíbe todo lo que ella prohíbe (no entra en general en el mundo de las intenciones), pero el derecho no permite lo que es notoria

y objetivamente inmoral”. Hay que tener en cuenta que la regla jurídica no es la única norma de vida, sino que hay otros valores a los cuales se atiende la comunidad para calificar una costumbre como buena o mala; esos valores son religiosos, filosóficos, políticos, sociales, etc.

Por lo tanto, adecuándolo a nuestro trabajo el cambio del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios a través de los pactos, es pertinente considerar como límites en el contenido de las cláusulas de dichos pactos a las buenas costumbres, ya que nuestro ordenamiento jurídico peruano no impide la creación de un contrato o convenio patrimonial en las uniones de hecho; y al ser las buenas costumbres límites entre lo lícito e ilícito, es un concepto que no figura como estático, ya que con el pasar de los años cambia la noción de buenas costumbres, sea de carácter sexual, familiar o privado.

Como lo vemos en la actualidad que décadas atrás era inimaginable creer que nuestra legislación peruana regularía el tema de las parejas unidas por un vínculo distinto al matrimonio. Anteriormente, cuando el término familia solo era establecido por el matrimonio, se podría pensar que regular sobre una situación patrimonial entre concubinos era algo inmoral que iba en contra de las buenas costumbres, pero ahora, con el comportamiento social, regular este tipo de situaciones se ha convertido en toda una necesidad.

Las buenas costumbres, por constituir el respeto debido a las reglas morales de convivencia, se encuentran integrando, sin agotarlo, el concepto de orden público. Finalmente en el Código Civil unas veces hace referencia conjuntamente a ambos conceptos: orden público y buenas costumbres (arts. 6, 96, 104, 120, 1681, 1697, 2049, 2050, 2104); otras veces a penas se refiere al concepto de buenas costumbres (arts. 515 y 738); en algunas ocasiones solo menciona al orden público (arts. 13, 1328 y 2060); y otras veces se refiere conjuntamente a la moral y las buenas costumbres (art. 1913). En consecuencia, como indicáramos tomando en cuenta las limitaciones a la libertad contractual establecidos en el

artículo 1354 de nuestro Código Civil, cuando señala que: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”. Esta norma debe interpretarse de manera sistemática con el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que contiene una causal de nulidad de los actos jurídicos, precisando que estos serán nulos si son contrarios a las leyes que interesa al orden público y a las buenas costumbres (estas buenas costumbres se refieren a una vasta gama de conductas que se califican como inmorales, lo que corresponde calificar al Juez).

La Constitución Política cuenta con una norma que encaja dentro de esta limitación, aunque referida a la libertad contractual (art. 2. numeral 14). Los límites considerados en los citados instrumentos legales tienen su razón de ser en la naturaleza imperativa de las normas, dentro de las que espacio tiene tanto las normas que interesa al orden público, como a las buenas costumbres, toda vez que la infracción a cualquiera de ellas viene sancionada con nulidad por su ilicitud, precisamente. Por tanto, podemos establecer que no se limita la posibilidad de crear en nuestro país el instituto jurídico del contrato patrimonial en la unión de hecho. Esto se debe a que las personas que viven bajo este supuesto no violentan las normas morales y las buenas costumbres; todo lo contrario, es una forma de familia más que se ha creado con el pasar de los tiempos.

3.4.3 La forma y eficacia de los pactos convivenciales.

En cuanto a la forma de los pactos, nuestra legislación nacional adopta el principio de libertad de forma previsto en el artículo 143 del Código Civil, pudiendo otorgarse a través de un documento público o privado. No obstante, nuestra propuesta de lege ferenda, sobre la incorporación de los pactos para el cambio del régimen patrimonial en las uniones de hecho en el artículo 326 del Código Civil es que, estos pactos se otorguen en escritura pública, puesto que si el pacto contenido en un documento privado fuera elevado a escritura pública y

luego inscrito en el registro de las Uniones de Hecho de los Registros Públicos, se otorgará el beneficio a los convivientes de contar con un título cuya ejecución, de mantenerse discrepancias entre ambos, se haría judicialmente exigible.

Mientras que si los pactos lo encontráramos solamente en documento privado, su eficacia exigirá una previa sentencia para lo cual habría que acudir a un procedimiento judicial declarativo dependiendo de la cuantía. En consecuencia, si se logra establecer mediante la modificación del artículo 326 del Código Civil, la obligatoriedad de que los pactos se celebren bajo una forma solemne como es una escritura pública, tal forma debe respetarse bajo sanción de nulidad; y como se ha mencionado, estos pactos deben encontrarse inscritos en Registros Públicos, con la finalidad de brindar una seguridad jurídica a terceras personas, que pudieran realizar actos jurídicos sobre el patrimonio de los concubinos.

Así pues, como estamos hablando de contratos se aplicaran las Disposiciones Generales sobre Contratos en General del Libro VIII “Fuentes de las Obligaciones”, Por otra parte, los pactos aunque su forma es libre mayoritariamente pueden ser pactos expresos o tácitos, aunque es preferible que sea un acuerdo expreso, lo cual proponemos en nuestra investigación, porque en el supuesto de que fuera tácito, sería muy complejo averiguar si estamos ante un supuesto derivado de una convivencia o si ha existido por parte de los convivientes un verdadero compromiso de asumir obligaciones; por ello, los pactos tácitos solo podrán deducirse por evidencias y comportamientos claros que demuestre la existencia de la voluntad de las partes. Así por ejemplo, en la legislación española, respecto a la aceptación de los acuerdos tácitos, la Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 18 de mayo del 2008 dispuso que: “No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso.

Esta sala ha admitido los pactos tácitos, que se pueden deducir de los facta concludentia”. Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 5 de

Diciembre del 2005, dice que: “habrán de ser los convivientes a través de un pacto expreso o tácito manifestado en la aportación continua y duradera de las ganancias de su trabajo al acervo común, los que evidencien su inequívoca voluntad de ser comunes todos o algunos de los bienes adquiridos a título oneroso mientras duró la unión de hecho”.

Igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de septiembre del 2005 establece en su fundamento primero que: “También hay que decir que en la unión de hecho en cuestión no existe una plasmación de un pacto expreso en este sentido. Pero, ahora bien, si se puede afirmar la admisibilidad de unos pactos tácitos *facta concludentia* en el presente caso, y así se infiere del exhaustivo análisis hermenéutico efectuado en la sentencia recurrida, que por su racionalidad y lógica debe ser mantenida en esta fase procesal”. Y aún dice más: “Y así es, si se parte de dos premisas, como son, uno, que la duración de la unión al menos diez años y otra, la explotación comercial en común una venta de artesanía, con todo un juego de cuentas bancarias en común. Como conclusión, hay que decir que hay datos suficientes para determinar que en dicha unión de hecho existía la voluntad de creación de un patrimonio común que corresponde dividir”.

Cabe citar entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provisional de Coruña del 8 de Julio del 2010 que rechaza la aplicación del régimen económico matrimonial al no existir hechos que evidencien la voluntad de los convivientes de someterse a dicho régimen, al obtener ingresos cada uno por cuenta ajena y por el hecho de que adquirieron un inmueble bajo expreso régimen de comunidad ordinaria cuando la voluntad era la de compartir. A raíz de dicha sentencia, se puede señalar la posibilidad de aplicación del régimen de sociedad de gananciales cuando exista una aportación duradera y continuada de sus ganancias o de su trabajo al acervo común, es decir, cuando existan hechos concluyentes a través de los cuales se pueda deducir un pacto y atendiendo siempre a las circunstancias de cada caso. De este modo se señala en dicha sentencia lo siguiente: “No se requiere que el pacto regulador de las

consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso, admitiéndose los pactos tácitos que se pueden deducir de los facta concludentia, debidamente probados durante el procedimiento (SSTS de 4 de junio de 1998, 26 de enero del 2006 y 8 de mayo de 2008)

3.4.4. Contenido de los pactos

Señala que este es un contrato que celebrado por dos personas mayores buscan organizar vida en común que se va a caracterizar por la búsqueda de estabilidad y continuidad entre los contratantes, así mismo los Pactos son susceptibles de ser registrado para que sea oponibles a terceros, este contrato busca otorgar derechos sucesorios, prestación de servicios sociales, la prestación de ayuda mutua y material, responder solidariamente de deudas, así como de regular los motivos por los cuales el pacto quedaba sin efecto es decir por muerte de una de las partes, por abandono, etc. (Carrillo Secién, 2014)

El contenido de los pactos ha de ser exclusivamente patrimonial y que a través de ellos no pueden regularse los efectos personales que regulan la convivencia, mientras que existen otros autores que amplían el contenido de los pactos entre convivientes, donde también pueden abarcar las cuestiones de índole personal; el tema está más relacionado con los límites propios de la libertad de pactos que con los derechos y deberes propios del matrimonio, es decir, que abría que admitir pactos personales siempre que no atenten contra la moral, el orden público o las leyes.

Los pactos patrimoniales entre concubinos que tiene como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos. Nada nos indica que ellos sean nulos o inválidos. Si descendemos a aquello que podría ser el contenido de tales convenios podríamos incluir los acuerdos sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia necesidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico, la adquisición conjunta de bienes o la

adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar. Inclusive, no veo inconveniente para que se pacte la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos, aun después de la conclusión de la unión. También puede estipularse regalías para la administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo

En el principio constitucional de que toda persona tiene derecho a la libertad y de lo que no está prohibido está permitido (Constitución Política del Perú, artículo 2 núm. 24 literal a), concordado con el art. 2, núm. 14, donde toda persona tiene derecho a: contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Adicionalmente a estos acuerdos, se pueden celebrar pactos sobre los bienes que se adquieran como comunes y luego inscribirlos en el registro personal de Registros Públicos, (previo reconocimiento notarial o judicial de la convivencia), con la finalidad de que se brinde seguridad jurídica, otorgándoles publicidad sobre la titularidad y de su contenido ante terceros, que pudieran haber celebrado actos jurídicos con los convivientes. También se podría pactar que sobre un bien social, un concubino transfiera su cuota o porcentaje y el otro quede obligado a hacerla con la propia; siempre claro está, que no derive de ello, un abuso de derecho por parte de uno de los concubinos. De esta manera, al tener la obligación de registrar la convivencia en el registro público mencionado, se podría celebrar pactos sin ningún problema sobre la disposición de un bien social en las uniones de hecho, mediante la analogía del art. 315 del Código Civil, respecto a la intervención de los dos convivientes para la transferencia de un bien social, primando así, la autonomía de la voluntad de ambas partes.

Por tanto, como ahora ya se encuentran inscritas las uniones de hecho, no podría un tercero que adquiriera bienes muebles o inmuebles de uno de los concubinos, alegar el desconocimiento de la propiedad, por ejemplo, decir que tiene la propiedad del bien mueble por haberlo adquirido de buena fe, conforme lo establece el artículo 948 del Código Civil,

sobre la adquisición a non dominus, ni tampoco el otro concubino presente una demanda de tercería de propiedad o nulidad del acto jurídico sobre disposición de los bienes comunes. En el Perú por existir la teoría de la equiparación del matrimonio al concubinato, según la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre pensión de viudez de los convivientes supérstites y encontrarse publicitadas las uniones de hecho, nada impediría que los pactos o contratos se configuren como típicos, donde posiblemente resolverán mejor las controversias patrimoniales entre los convivientes interesados, por permitirles organizarse de manera adecuada y anticipada. En esta misma línea, considero admisible que los concubinos puedan sustituir o apartarse de la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgarse un documento, mediante escritura pública, en el cual establezcan aquellos bienes que adquirieron y estipulen la forma en que se liquidara tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc.

Es claro que los pactos a los cuales se alude, se presenta como una mejor solución a la aplicación de una presunción legal de circunscribir a los convivientes, de forma obligatoria, un solo régimen patrimonial de la comunidad de bienes, que en el fondo es el de sociedad de gananciales, pudiendo estos acuerdos resolver mejor las controversias patrimoniales entre los interesados por permitirles organizarse de manera adecuada y anticipada.

CAPITULO IV

Metodología de la Investigación.

Esta investigación se ha desarrollado con la finalidad de demostrar la importancia que debe existir otro régimen para la figura de unión de hecho propia; puesto que no está regulado en el ordenamiento jurídico civil el régimen de separación de bienes en la figura de la convivencia. De ahí que se considera esta investigación, fue realizada bajo el enfoque cualitativo y que sirva al lector tener en cuenta lo señalado, así mismo mencionar que en la presente investigación no era necesario elaborar un consentimiento informado, toda vez que no involucro algún requerimiento de permiso; siendo así; mencionar que se ha respetado estrictamente las autoría de las fuentes consultadas y por consiguiente se ha realizado el uso de la cita que corresponde.

En tal sentido El presente trabajo se encuadró dentro de la investigación dogmática-jurídica ya que apuntó al análisis de incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia. Para esta investigación vamos a empezar con el análisis de la Resolución N° 086-2021-SUNARP-TR, amparado en la Resolución N° 993-2019-SUNARP-TR-T de fecha 19 de Diciembre del 2019, emitida por la Cuarta Sala, para precisar lo que el tribunal Registral establece sobre este tema.

4.1 Tipo de investigación

La investigación es de tipo *lege ferende* ya que se busca solucionar vacíos legales en el ordenamiento jurídico peruano.

4.2. Diseño de investigación

Con respecto al diseño, este será no experimental, por cuanto no se manipulará las variables, simplemente observar el problema de investigación, a fin de obtener datos que se analizará y proponer una solución.

4.3. Área de investigación

Derecho y Ciencias Jurídicas Civiles.

4.4. Dimensión temporal y espacial

4.4.1. Temporales

La presente investigación se realizó en una dimensión longitudinal correspondiente a los años 2017-2021.

4.4.2. Espacial

El estudio se realizará en el ámbito territorial del Perú.

4.5. Unidad de análisis, población y muestra

Analizar la incorporación del régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia en el Ordenamiento Jurídico

4.6. Métodos

El método que se utilizó en la presente investigación fue la hermenéutica y dogmática ambas jurídicas:

4.6.1. Hermenéutica jurídica

Es el que “busca el verdadero sentido de los textos interpretándolos; sin embargo, utiliza otros elementos, como el contexto social en el que se elaboró la norma jurídica a interpretarse. (Zamora Ramos, 2011. p 42).

Se ha utilizado este método porque se basa en la interpretación de tres normas; referentes a la vulneración de derechos fundamentales que son el derecho a la igualdad jurídica, el derecho a la libre elección y el derecho a la autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta la evolución de la unión de hecho propia dentro de territorio nacional peruano.

4.6.2. Dogmática jurídica

Es la que busca la interpretación del texto normativo no sea aislada, sino que busca uniones entre ellas. Esta nueva forma de concebir la actividad del jurista. (Ramos Núñez, 1997, p. 34)

Se ha utilizado este tipo de método porque se ha interpretado las normas y se ha descrito la problemática; donde se ha encontrado un vacío legal en tres distintos tipos de norma. Teniendo en cuenta que se ha agrupado estos tres tipos de normas para la incorporación de su respectiva modificación, donde se busca la unión y respaldo de estas razones jurídicas para la incorporación de un régimen de separación de bienes en el ordenamiento jurídico nacional; donde aún no se regula y conlleva a la vulneración de derechos fundamentales para la mayoría de la sociedad peruana que optan por la unión de hecho propia.

4.7. Técnicas de investigación

La técnica que se utilizó en la presente investigación, es la de llevar a cabo una recopilación de datos, análisis documentales y observación documental ya que a través de estos nos llevara a un acercamiento, referido al presente proyecto.

4.8. Instrumentos

En el presente trabajo se utilizó la recopilación de documentos, resoluciones, libros, páginas web; la cual su finalidad de este instrumento fue recoger información del derecho comparado y nacional sobre el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia.

4.9. Limitaciones de la investigación

Las dificultades que se ha presentado en lo referente a la solución del problema de investigación fueron:

- Dificultad bibliográfica del tema tratado.
- Dificultad económica para comprar libros necesarios y no encontrados en la web.

CAPÍTULO V

Análisis del Artículo 326° del Código Civil – 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 la 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 la sociedad de gananciales. Tratándose de una unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

El mismo legislador, que fue reticente y retrechero con las familias no conyugales, no pudo evitar reconocer que las parejas no casadas se unen para forjar una comunidad de vida,

desde el momento mismo en que el artículo 326 del Código civil señala que la unión de hecho se decide para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Por ello, Bigio considera que el comportamiento de la pareja deberá ceñirse a las pautas generales que el Código señala: respecto de las relaciones personales entre los cónyuges. Ello implicará, en línea de principio, fidelidad y asistencia mutuas (artículo 288); especialmente lo primero, dado que es usual perfilar la figura sobre la base de la exclusividad o monogamia. Se ha dicho, siempre con relación al matrimonio, que en el estatuto previsto para éste, la indicación de los deberes principales entre los cónyuges, es decir, la consagración de standars compartidos por la comunidad globalmente considerada, en temas de solidaridad, asistencia, fidelidad, protección, responsabilidad social, etc., tiene un valor simbólico profundo y constructivo. Y que, la objeción derivada de lo que acontece en la práctica, que traiciona el modelo, y por tanto amenaza de ineffectividad las indicaciones del orden jurídico, no es determinante.

Aquello que vale en tales órdenes se asegura es la "potencialidad", la actitud que puede devenir fuerza reguladora de la generalidad y de la normalidad de las relaciones intersubjetivas. Si ello es así en el matrimonio, extender este tipo de deberes a la unión libre complica el panorama por atentar contra la reivindicación de autonomía que se manifiesta en ésta. (De Vita, Note por una comparazionc, p. 170.)

A partir de la Constitución de 1979, se reconoce que la unión de hecho genera una sociedad de bienes (así la calificó el artículo 9 de dicha Constitución) entre los convivientes, que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. La misma previsión proviene del artículo 326 del Código civil. La actual Constitución, en cambio, se refiere a una comunidad de bienes (calificación más adecuada según Cornejo). A raíz de esta disposición, quienes se han ocupado del tema consideran que, cumplidos los requisitos que a

ley exige al concubinato, se entiende configurada ipso iure esa sociedad (comunidad) de bienes.

Además, se señala unánimemente que los convivientes no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales. Sólo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen. (Arias Schreiber Pezet, Max, 1992, p. 272)

Para ello, partimos de la premisa de la inexistencia de prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales. Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y sólo en ese momento (cumplidos los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes.

Los pactos patrimoniales entre concubinas, que tienen como fin garantizar recíprocamente los aspectos económicos de la convivencia, resultan ser válidos. (Plácido, p. 386.)

Nada nos indica que ellos sean nulos o inválidos. Si descendemos a aquello que podría ser el contenido de tales convenios podríamos incluir los acuerdos sobre la obligación recíproca de contribuir a la necesidad del menaje familiar, la puesta a disposición de los bienes que sean de uno o de ambos, la puesta a disposición de la propia capacidad laboral y los réditos que genere o la contribución que derive del trabajo doméstico, la adquisición conjunta de bienes o la adquisición separada, sin desatender las necesidades del hogar. Inclusive, no vemos inconveniente para que se pacte la asistencia económica en caso de estado de necesidad por encontrarse la pareja imposibilitada de generar ingresos, aun después de la conclusión de la unión. También pueden estipularse reglas para la

administración de los bienes o sobre el uso de la casa común cuando no exista más comunidad de techo. A estos acuerdos se pueden añadir estipulaciones sobre los bienes que se adquirirán como comunes y que así serán publicitados ante terceros.

El problema, en todo caso, es que tal acuerdo tendría que ser incluido en cualquier contrato que se celebre con terceros para que pueda ser eficaz dado que, como es obvio, las convivencias no se inscriben en ningún registro, o bien se podría convenir que si uno transfiere su cuota el otro queda obligado a hacerlo con la propia, siempre que no se derive de ello un abuso. Por lo demás, aun cuando se adquiriera de manera conjunta y se publicite así en un registro específico (en la medida que el bien acceda a un registro, claro está), dado que la cohabitación no genera estado civil oponible (e inscrito), es claro que cualquiera de los miembros de la pareja podría vender su cuota, con lo cual se hace inútil predicar que, cumplidos los requisitos del concubinato, se protegerá a los concubinas aplicando el régimen de la sociedad de gananciales y el artículo 315 del Código. ¿Cómo puede saber un tercero que los propietarios son consortes si en su título de adquisición (ni tampoco en la información registra!) aparecen como casados? Todo parece indicar una de dos cosas: o bien el artículo 315 no tendrá efectividad y, por ende, el conviviente afectado tendrá que reclamar una indemnización, o bien se hace necesario modificar el sistema legal y registra! para dar adecuada publicidad. Hasta la fecha el numeral Citado resulta, a todas luces, inoperante, inútil.

Es claro que un adquirente de buena fe se verá protegido por el artículo 948 en el caso de bienes muebles o por el numeral 2014 en el caso de inmuebles. ¿De qué sirvió pregonar la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales si nada garantiza a los propios convivientes sus derechos patrimoniales? Por tal razón, mientras no se encuentra acreditada (o publicitada) la convivencia, serán improductivas las acciones que pueda seguir uno de los convivientes cuando un tercero agreda los bienes que figuran sólo a nombre de

uno de ellos y el otro pretende ejercer una acción de tercería o de nulidad de disposición de los bienes comunes.

En esta misma línea, considero admisible que los concubinas puedan sustituir o apartar la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de la comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgar un documento en el cual den cuenta de aquellos bienes que adquirieron y estipular la forma en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc.

Posiblemente se basó en el hecho mismo de la convivencia, que no bastará en algunos casos en el que los convivientes no han querido llegar a acuerdos que serían impuestos por medio de presunciones. Por ello, se ha sugerido que además de la vida en común sino se debe evaluar la forma en que ésta se ha desarrollado, ya sea porque uno de ellos asumió voluntariamente los gastos y el otro se dedicó sólo al hogar, o se dedicó a apoyar a quien trabaja fuera del hogar abandonando un puesto en el mercado laboral, etc.

CAPITULO VI

Razones Jurídicas para Incorporar el Régimen de Separación de Bienes en la Unión de Hecho Propia

Las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia en la legislación peruana fueron las siguientes:

6.1. El principio de la igualdad jurídica, para que los integrantes de la unión de hecho propia puedan gozar del derecho de regímenes patrimoniales como lo poseen los integrantes del matrimonio.

Gozar de los derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, para que los integrantes de la unión de hecho propia puedan ejercer el principio a la igualdad jurídica a la vez que es importante porque se habla de aquel principio que propugna la igualdad de trato de las personas, pues bien, aunque estos no estén casados, no significa que sean tratados de diferente manera al prescribir en el mismo código la similitud se mantiene, ya que no solo se merecen el mismo trato como personas sino también se dé la exigencia de protección ante la ley, por ello se ha demostrado que ante la unión de hecho se debe tratar similar que el matrimonio.

Una parte de la doctrina fundamenta, con acierto, la constitucionalidad de la regulación autonómica en el hecho de que la generalidad de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho toma como punto de partida el hecho de que las parejas aun siendo parecidas al matrimonio, en realidad son diferentes. (Bercovitz Rodríguez Cano, R. 2003 p.62)

Tenemos que entender que la legislación peruana si bien es cierto protege el vínculo conyugal desde el ámbito matrimonial, en nuestro país la mayoría de la población las parejas están unidas por la afectividad, que a dichas parejas la ley no les protege de tanto y cuanto a

sus bienes patrimoniales, en los actos y negocios jurídicos que celebran los integrantes de la unión de hecho propia.

Por ello, en el capítulo 1 de la Constitución Política del Perú, los derechos fundamentales de la persona en el Art.2° inc. 2 indica: La igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, sexo, raza, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

En nuestra opinión, carece de sentido equiparar matrimonio con unión de hecho. Si una persona desea unirse en matrimonio con otra asume todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Cuando una persona opta por la mera convivencia con otra no está asumiendo los compromisos legales que del matrimonio se deriva. Ahora bien, desde el momento en que dos personas conviven en pareja, mantienen relaciones con consecuencias jurídicas, y realizan actos y negocios jurídicos, todo ello debe tener un tratamiento legal que proteja las distintas situaciones sobrevenidas y no atenten contra el principio de igualdad.

6.2. El derecho a la libre elección al incorporar el régimen de separaciones de bienes en la unión de hecho propia

El Elegir voluntariamente el régimen al que quieren acogerse, donde describe la oportunidad y la autonomía de los integrantes de unión de hecho propia para realizar una acción seleccionada de al menos dos regímenes disponibles, sin restricciones por parte de la Ley.

La libertad de elección describe la oportunidad y la autonomía de un individuo para realizar una acción seleccionada de al menos dos opciones disponibles, sin restricciones por parte de terceros.

A propósito del estudio de la sociedad de gananciales, señalamos que este sistema fue el único en los códigos civiles de 1852 y 1936. Por lo tanto, es un régimen que se ha entronizado en el alma del pueblo peruano y no llama la atención de que la gran mayoría de

los matrimonios civiles que se contraen o de los que ya existen estén bajo ese régimen y sólo una minoría haya optado por el de la separación de patrimonios.

Como sabemos, con la legislación anterior solo existía el régimen de sociedad de gananciales, el mismo que operaba automáticamente por el hecho del matrimonio. No había opción pues había un único régimen. Es cierto que se previó la separación de bienes, pero solo como resultado de un proceso judicial por un abuso de las facultades de administración que causaba perjuicio al otro.

El vigente Código Civil de 1984 otorga a los futuros contrayentes la posibilidad de escoger entre el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios. Esta posibilidad sigue existiendo durante el matrimonio, y en las oportunidades que los cónyuges deseen, bastando solo el acuerdo de ambos, debiendo precisarse que no se ha dejado de lado la separación de bienes, como resultado del proceso judicial por perjuicio económico al cónyuge solicitante.

De lo antes dicho, la unión de hecho propia se encuentra como en un principio con un solo régimen al igual que el matrimonio, es por ello que en la actualidad al encontrarse la unión de hecho con un solo régimen también se encuentra perjudicando económicamente a los integrantes de dicho régimen, al no poder elegir entre ambos regímenes.

El derecho a la libertad de elección es un derecho fundamental amparado por la Constitución Política del Perú.

La libertad es un valor esencial e imprescindible del sistema democrático, y a la vez un derecho subjetivo fundamental, que se traduce de un conjunto de libertades específicas consagradas en las normas constitucionales y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Sánchez Agesta, Luis nos dice que libertad: “significa sustancialmente tres cosas: exención o independencia o autonomía, por la que constituye una esfera de autonomía

privada, de decisión personal o colectiva protegida frente a presiones que puedan determinarla. (Sánchez Agesta, 1985).

En las uniones de hecho no es factible modificar el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. El régimen patrimonial de las uniones de hecho que es la sociedad de gananciales, es forzoso y los convivientes no tienen derecho de elección como los cónyuges ni tampoco existe un mecanismo legal para que los convivientes puedan ejercer el derecho de sustitución voluntaria

El Tribunal Registral considera que las uniones de hecho propias no están facultadas por el Código Civil para la variación del régimen de sociedad de gananciales por una separación de patrimonios, siendo que este último caso solo procede en las uniones matrimoniales.

Mediante la Resolución N° 343-98-ORLC/TR, el Tribunal Registral establece claramente que la facultad de sustitución voluntaria del régimen patrimonial es exclusiva de la pareja matrimonial, excluyendo a la unión de hecho porque esta última, la sociedad de gananciales es un régimen forzoso establecido por Ley: Que, el Artículo: 295° del Código Civil prevé la posibilidad de elección del régimen patrimonial, debiendo ser entendido este Artículo aplicable solo a los matrimonios, ya que si bien establece la posibilidad de que los futuros contrayentes opten por el régimen de separación de patrimonios o el de la sociedad de gananciales, debe ser entendido ello como una facultad otorgada a los futuros cónyuges como beneficio que la ley otorga a aquellos que deseen acogerse al matrimonio, asimismo, el régimen de separación de patrimonios solo va a elegir si es que se celebra el matrimonio (condición suspensiva).

La registradora de Registro de personas naturales argumentó su denegatoria en los siguientes términos:

Solo pueden optar por el régimen de sociedad de gananciales o de separación de patrimonios quienes van a contraer matrimonio o los que habiéndolo contraído quieren variarlo por otro, esto es que, solo los casados y los contrayentes. En el caso específico, los que pretenden constituir un régimen patrimonial se encuentran unidos de hecho, no encontrándose en los supuestos aludidos. Cabe indicar que el Artículo: 326° del Código Civil establece para los convivientes, que entre otros supuestos estén unidos por dos años, una sociedad de bienes que se sujetara al régimen de sociedades de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, vale decir, no precisamente constituye para ellos el régimen de sociedad de gananciales, ni se les faculta a variarlo por otro. Menos aun si todavía no han cumplido dos años de unidos. En consecuencia, no resulta inscribible el acto solicitado.

6.3 Del derecho a la Autonomía de la Voluntad

Aquella capacidad donde los convivientes tomen decisiones propias, controlen y afronten por propia iniciativa a cual régimen patrimonial desea uno pertenecer.

La autonomía de una persona es la capacidad o condición de desarrollar tareas de una manera independiente. Este concepto ético se basa en la creencia de que el individuo es soberano de sí mismo y, por tanto, el único capacitado para tomar las decisiones que a él conciernen. “Es la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias; así como de desarrollar las actividades básicas en la vida diaria”. La autonomía es el uso de la libertad en forma responsable. Esto es, entender la autonomía como la capacidad para gobernarse así mismo, saber aprovechar las posibilidades y oportunidades de obrar libremente.

En las uniones de hecho, una vez reconocidas, el derecho debe encontrarse orientado a favorecer la voluntad de los convivientes, a fin de permitir el desarrollo de la institución familiar en concordancia a las leyes reguladas en equiparación al matrimonio. Sin embargo, esta protección que implica el reconocimiento de las uniones de hecho a nivel legislativo ha

contraído con ella la desprotección de los derechos patrimoniales de los convivientes, al limitar su derecho de elegir el régimen patrimonial al que deseen someterse, al regular taxativamente el régimen a someterse en el Artículo 326 del código Civil, que prescribe expresamente “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 fuera aplicable”; restringiendo la posibilidad de someterse al régimen de separación de bienes. Como se puede advertir de esta norma jurídica solo se permite aplicar normas de sociedad de gananciales a las uniones de hecho que hayan durado por lo menos dos años continuos.

En consecuencia, entendemos que no son de aplicación a unión de hecho las normas de separación de patrimonios ni la posibilidad de que los convivientes opten antes ni durante la convivencia por este régimen patrimonial del matrimonio. (Simón Regalado, Patricia; Lastarria Ramos, Edgard, 2016, pág. 36).

Si bien es cierto entendemos que nuestra normatividad no trata de equiparar la unión de hecho al matrimonio, sino de elevar a aquella a la categoría matrimonial por su estabilidad, singularidad con finalidad generacional; adquiriendo por ese estado aparente de matrimonio, determinados y exclusivos efectos personales y matrimoniales que permite al régimen de separación de bienes, y que la unión de hecho propia cuenta con un régimen ´patrimonial que corresponde a la comunidad de bienes. Aquí tenemos que entender este régimen en el aspecto formal nos menciona que las personas unidas o que están juntas solo se les concede este derecho siempre y cuando estén casados, mas no cuando ellos solamente estén en el ámbito de convivencia única y exclusivamente.

La libertad es un derecho fundamental y natural de todo ser humano, en cuanto se configura como derecho esencial y natural de todo hombre, más aún si este es considerado un

sujeto de derecho; por esto, el ordenamiento jurídico debe incluir derechos que contemplen ejercicios de voluntad.

El poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo, puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que se es o ha de ser parte. La autonomía privada es la libertad individual. (Diez Picazo y Gullón)

La autonomía de la voluntad es el poder que se expresa principalmente a través del contrato, entendiéndolo como el instrumento jurídico de la autonomía privada, porque él le permite a ella crear relaciones jurídicas, autorregular la vida privada de los sujetos”. (Martin Pinedo Aubian)

Existe un espacio en el cual la causa fuente de las relaciones jurídicas no es el ordenamiento jurídico, dentro del cual las personas, ejercen de manera libre su voluntad, pudiendo crear, regular, modificar o extinguir sus relaciones jurídicas; es decir, las partes se autorregulan. Ese, es el espacio de la autonomía privada. Así tenemos que en nuestro sistema jurídico la autonomía de la voluntad tiene un rol trascendental en el derecho de familia, que es el de crear actos jurídicos familiares, como el consentimiento para convivir y formar una familia, hacer uso del mecanismo legal para el reconocimiento de su unión de hecho, etc. Así por ejemplo en el contenido de los efectos personales, referente a las relaciones jurídicas de las uniones de hecho y también en el matrimonio, ante la ausencia de regulación sobre la forma de cumplir con dichos deberes y ejercicio de sus derechos, la autonomía privada lo tendrá que determinar. Así, por ejemplo, el artículo 288 del Código Civil establece que los cónyuges se deben recíprocamente asistencia, cuestión que, en sentido material, se traduce en los alimentos. Empero, la ley no señala cómo se cumplirán estos deberes familiares surgidos de las uniones de hecho y conyugales, de qué manera se atenderán las necesidades

alimentarias con los ingresos percibidos por ellos. Esto corresponde a la autonomía privada y, de hecho, resulta imperceptible por ser una cuestión ordinaria, que es de todos los días.

En los últimos años, los Derechos Humanos han influido de manera directa en las legislaciones de América Latina, modificando criterios y normas en el Derecho de Familia de estos países, constituyendo un medio para la protección de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar.

Alguna de las características de la posmodernidad en materia de derecho de familia son el pluralismo y la autonomía son los propios miembros de la familia quienes se encuentran en mejores condiciones para decidir respecto de los asuntos que los afectan”. (Andrés Gil Domínguez).

Los convenios patrimoniales entre convivientes son fuente de obligaciones que surgen de la autonomía privada de la voluntad y sus límites son los límites normales para todo tipo de acuerdo, ello implica que no pueden ser contrarios a la moral y buenas costumbres”. (Graciela Medina)

Se debe considerar que estos pactos pueden regular aspectos que contengan efectos patrimoniales y personales, ya sea durante la vigencia de la convivencia, tales como la contribución a las cargas que surjan de la unión de hecho o los gastos de la vivienda familiar; y efectos que surjan después de la convivencia o llamada también ruptura de la convivencia, como son: la atribución de la vivienda, la liquidación del posible patrimonio común, pensiones de alimentos a favor de sus hijos e indemnización o compensación a favor de las partes. Recordando cómo se ha dicho anteriormente que, los pactos serán válidos siempre que no sean contrarios al orden público (ley) y las buenas costumbres (moral).

Se ha sostenido tradicionalmente que una de las características del derecho de familia es que la mayoría de sus normas son de orden público, por estar referidas a la organización de la familia y del matrimonio y, que, por tal motivo, la autonomía privada está casi totalmente

restringida en este campo del derecho civil, asumiendo, relevancia jurídica solo al momento de la creación de los actos jurídicos familiares, al haberse contemplado los efectos de estos por el orden público familiar de manera concreta. (Vallejo Ortiz, Claudia, 2017, p. 21)

Sin embargo, a pesar de reconocer, que el orden público es fundamental para establecer límites a la voluntad, no es menos cierto también, que la naturaleza del orden público es dinámica, ya que es movable en tiempo y en espacio, desplazándose acorde con los avances científicos que reflejan las diferentes vicisitudes de la vida familiar, por tanto es posible que la misma protección que se le da al matrimonio para que los contrayentes cambien su régimen patrimonial, conforme al artículo 329 del Código Civil se pueda extender a la institución convivencial que también son un modelo de familia, siendo el Perú un país donde el número de parejas de hecho es cada vez mayor.

CAPITULO VII

**FORMULAR UN PROYECTO DE LEY QUE REGULE LA INCORPORACIÓN
DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN LA UNIÓN DE HECHO
PROPIA**

7.1. Proyecto de Ley

Teniendo en cuenta que la presente investigación centra su objetivo tanto en el contexto social y jurídico, pero de este último es donde prima la relevancia para que pueda tener consecuencia positiva el aspecto social dentro de nuestra realidad peruana.

Y lo decimos con justa razón, porque a través de los informes censales del Instituto Nacional de Estadísticas e Informática INEI, así lo corrobora respecto al incremento de uniones de hecho en la población peruana, y que esto es consecuencia de la idiosincrasia que se ha vuelto más una costumbre para las parejas en una convivencia más informal distinta a la figura que se da en el matrimonio, y eso también por el peso que implica el matrimonio desde la perspectiva documentaria lo cual se da desde aspectos administrativos hasta los deberes que se tienen que se tienen que tener en cuenta cuando uno forma parte del matrimonio. Entonces creemos que en la Legislación Peruana si debe de incorporar este régimen para que en la realidad estas parejas opten por otro régimen de separación de bienes de acuerdo a su situación convivencial o que en efecto cuando quieren hacer vida en común.



CONGRESO DE LA REPÚBLICA

PROYECTO DE LEY

**QUE INCORPORA DE MANERA EXPRESA
EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN
LA UNIÓN DE HECHO PROPIA EN LOS
ARTÍCULOS 326° DEL CÓDIGO CIVIL Y
ARTÍCULO 46° DE LA DE LA LEY DE
COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO
CONTENCIOSOS – LEY N° 26662.**

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

**LEY QUE INCORPORA DE MANERA EXPRESA EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN
DE BIENES EN LA UNIÓN DE HECHO PROPIA EN LOS ARTÍCULOS 326° DEL
CÓDIGO CIVIL Y ARTÍCULO 46° DE LA DE LA LEY DE COMPETENCIA
NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS – LEY N° 26662.**

Artículo 1. Incorporación del artículo 326°

En el mismo sentido, la incorporación del texto del Artículo 326 del Código Civil,
debe quedar bajo los siguientes términos:

Art. 326.- Uniones de hecho

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes, pudiendo optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir siempre que

dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos acreditándose la calidad de convivientes con la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho en el Registro Personal.

Artículo 2. Incorporación del artículo 46-A°

De este modo la incorporación del Artículo 46-A de la nueva Ley 29560, Ley de competencia Notarial en asuntos No contenciosos, debiendo quedar bajo los siguientes términos:

Art. 46.- La solicitud debe incluir lo siguiente:

1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.
2. Reconocimiento expreso que conviven no menor de dos (02) años de manera continúa.
3. Declaración expresa del régimen patrimonial de su elección.
4. Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.
5. Certificado domiciliario de los solicitantes.
6. Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.
7. Declaración de dos (02) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (02) años continuos o más.
8. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (02) años continuos.

Art. 46-A.- Sustitución del régimen Patrimonial

Durante la unión de hecho, los convivientes pueden sustituir un régimen patrimonial por el otro, mediante otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal; el nuevo régimen rige desde la fecha de la inscripción.

7.2 Disposiciones finales

Primera. - DERÓGUESE toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de .

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los días del mes de

7.3. Exposición de motivos

La presente propuesta normativa surge producto del incremento de union de hecho propia que existen en torno a las personas que optan por estas uniones en la región de Cajamarca, a pesar de que nuestro Estado ha suscrito en la Constitución 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 e inclusive hay normas que regulan las consecuencias jurídicas, existen aún deficiencias respecto al acceso que tienen estas personas al derechos a la libre elección, al derecho a la igualdad jurídica y el derecho a la autonomía de la voluntad; como es el caso de elegir un régimen patrimonial más como es el de separación de bienes; por lo que, aquí se propone un enfoque progresivo de incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia, dado que se ha advertido que si bien los Gobiernos Locales y Regionales apoyados por el Gobierno Central realizan determinadas actividades por promover el matrimonio, ello no es suficiente si queremos garantizar el acceso y trato igualitario a las personas que optan por la unión de hecho propia que existen en el Perú. Aunado a ello, esta propuesta legislativa se cimienta en un estudio dogmático jurídico que aborde este tema, desde un enfoque internacional, nacional y regional; en ese orden de ideas, la presente

propuesta de ley busca dar determinados alcances, para mejorar la protección de los derechos de los convivientes en el Perú.

7.4. Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

El presente proyecto de Ley amplía en estricto el Art. 326 del Código Civil, así como el Art. 46 de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en asuntos no contenciosos.

7.5. Análisis costo beneficio

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata de una ampliación normativa.

CONCLUSIONES

1. En la presente investigación se ha podido concluir que las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia son: el principio de igualdad jurídica, el derecho a la libre elección y el derecho a la autonomía de la voluntad.
2. De lo investigado se puede señalar que mediante el análisis de la regulación jurídica peruana de la unión de hecho propia, se tendría que modificar la normativa teniendo en cuenta la propuesta legislativa para generar seguridad jurídica del patrimonio de los concubinos y en los contratos realizados por terceros.
3. Luego de haberse analizado el estudio del régimen de la unión de hecho propia y los regímenes del matrimonio en el derecho comparado, de la cual se desprende que si se podría incorporar el régimen de separación de bienes patrimoniales y salvaguardar la economía y el patrimonio de los concubinos, como también dar un mejor enfoque legal en la legislación Peruana.
4. Finalmente el Proyecto de Ley para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia dentro de la legislación peruana, requiere modificar el Artículo 326° del Código Civil, como el Artículo 46° de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos Ley N° 29560, al incluir la opción de elegir el régimen patrimonial reguladas en nuestro ordenamiento jurídico al que desee acogerse a la unión de hecho reconocida, es posible y necesario.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los futuros estudiosos del derecho llevar a cabo una investigación jurídica minuciosa en relación a verificar y realizar un análisis de los posibles vacíos y/o deficiencias legales que puedan existir en la protección patrimonial de la unión de hecho propia.

2. Se recomienda, a futuros investigadores, lleven a cabo una investigación jurídica referente a la posibilidad de incorporar a lo prescrito en el artículo 5° de la Constitución Política del Perú el Régimen de Separación de Bienes en las uniones de hecho propias; teniendo en cuenta que se tendría la posibilidad de optar por el régimen de comunidad de bienes o el régimen de separación de bienes siempre y cuando se hubiese cumplido con los requisitos para el reconocimiento de tal unión.

LISTA DE REFERENCIAS

- AZPIRI, Jorge O; 2003, “Uniones de Hecho” Editorial Hammurabi S.R.L.
- BELLUSCIO. César Augusto; 1968, “Nociones de Derecho de Familia” T. V. Bibliográfica Omeba.
- BONNECASE JULIEN; 1997, “Tratado Elemental del Derecho Civil”, Traducción de Enrique Figueroa Biblioteca Clásicos del Derecho, Vol. 1, Editorial Harla, México.
- BOSSERT, Gustavo A.; 1990, “Régimen Jurídico del Concubinato”, 3era. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima; 2014, “Análisis Legal y Jurisprudencial de la Unión de Hecho”, Fondo Editorial Academia de la Magistratura, Lima.
- CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo; 2015, “Uniones de Hecho”, -Efectos Patrimoniales, Personales, Derechos Sucesorios y su Inscripción Registral-, ADRUS D&L EDITORES S.A.C., Lima.
- CÓDIGO CIVIL FRANCÉS – CODE CIVIL-; 2005, Traducción de Álvaro Núñez Iglesias, Editorial Marcial Pons, México D.F. 2005.
- CONSTITUCIÓN, CÓDIGOS Y LEYES DEL PERÚ, 1942, recopilados y concordados, por Eduardo García Calderón, 4ta Edición, librería e imprenta GIL, S.A. Lima.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; 1985, “Derecho Familiar Peruano”, Tomo I, 1ra.Edición, Librería Studium S.A., Lima.
- CORNEJO FAVA, María Teresa; 2000 “Matrimonio y Familia”, Su Tratamiento en el Derecho, Editorial Tercer milenio, Lima.
- CORVETTO VARGAS, Aníbal; 1954, “Derecho Civil Peruano -Personas Familia-”, Editorial Lumen S.A., Lima.

DENISSE ROUILLON, Almeida; 2010, “Bases Romanas Justinianas Del Concubinato Actual”, Fondo Editorial de la UNMSM, Lima.

DU PASQUIER. Claude; 1994, “Introducción al Derecho”, Editorial jurídica Portocarrero, 5ta edición, Lima.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan; 2005, “Los Principios contenidos en el Título Preliminar en el Código Civil Peruano de 1984”, Fondo Editorial 2005, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo; 1962 “Diccionario de Derecho Romano”, Editorial SEA, Buenos Aires.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; 1961, “Derecho Constitucional de Familia”, editorial Ediar, Argentina, 2006 GÓMEZ, José. J.; “Régimen de Bienes en el Matrimonio”, Editorial Temis, Bogotá.

GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO, Faustino; 1982 “Diccionario de Derecho Romano”, Editorial Reus S.A., Madrid.

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

HERNÁNDEZ CANELO, Rafael; 1994, “Derecho Romano -Historia e Instituciones-”, Editorial Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2014. IGLESIAS, Juan; “Derecho Romano” Historia e Instituciones-, undécima edición, Editorial ARIEL, S.A., Barcelona.

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

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

LEÓN BARANDIARÁN, José; 1991 “Tratado de Derecho Civil”, Tomo I (concordado con el Código Civil de 1984), WG Editor, Lima.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo; 1988, “Reforma del Título Preliminar del Código Civil”. En Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas, INDEJ y Gaceta Jurídica, Lima.

MEDINA GRACIELA; 2001, “Uniones de Hecho Homosexuales” Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina.

MESSINEO, Francesco; 1979, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Tomo I, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Ejea, Buenos Aires.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, PRESIDENCIA DE LA NACIÓN; “Código Civil y Comercial de la Nación”, Presidencia de la Nación: Dra. Cristina Fernández de Kirchner, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica.

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

NORBERTO BOBBIO; 1999, “Teoría General del Derecho”, 3 ed., editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá - Colombia.

PERALTA ANDÍA, Javier Rolando; 2002, “Derecho de Familia en el Código Civil”, 2 da. Edición, Editorial IDEMSA E.I.R.L., Lima.

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

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

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

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

QUIÑONES ESCAMEZ, Ana; 2007, “Uniones Conyugales o de Pareja: Formación, Reconocimiento y Eficacia Internacional”, Editorial, Atelier, Barcelona.

RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (Coordinador); 2006, “Comentarios al Código Civil”, Editorial Thomson Aranzandi, S.A., Navarra, pág. 2100.

RUBIO CORREA, Marcial; 1992, “La Invalidez del Acto Jurídico - Nulidad y Anulabilidad”, biblioteca para leer el Código Civil, VOL. IX, Fondo Editorial 1992, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

SOLÓRZANO FLORES, Ana María; 1999, “La Familia en la Jurisprudencia en el Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2015 SOLARI, Néstor E.; “Liquidación de Bienes en el Concubinato”, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, pág. 256

TORRES PAREDES, René; 1988, “Código de Familia”, con modificaciones y concordancias, Editorial los Amigos del Libro, La Paz – Cochabamba – Bolivia.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; 2001, “Introducción al Derecho – Teoría General del Derecho”, Editorial Temis S.A., Bogotá- Colombia.

VALENCIA ZEA, Arturo; ORTIZ MONSALVE, Álvaro; 1995, “Derecho Civil”, Tomo V - Derecho de Familia-, 7ma. Edición, Editorial TEMIS S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia.

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

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; 2012, Tratado de Derecho de Familia, Tomo III, 1ra. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.

VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda; 1998, “Derecho de Familia”, Tomo I - Sociedad Conyugal, Editorial Huallaga, Lima.

VÁZQUEZ Y DEL ÁRBOL, Esther; 2014, “Derecho Civil Comparado Aplicado a la Traducción Jurídica- Judicial”, Editorial, Dykinson, S.L., Madrid.

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

VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO; 2005, “El Acto Jurídico”, 6ta. Edición, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima.

VON HUMBOLDT, Lucrecia Maisch; 1998, “Código Civil Sumillado”, Editorial Ital Perú S.A., Lima, 1977. ZANNONI, Eduardo A.; “Derecho Civil – Derecho de Familia”, Tomo II, 3ra. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aire.

ANEXO: MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	VALORES
¿Cuáles son las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia?	Objetivo general: Determinar las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia.	Las razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la Unión de Hecho Propia	¿Qué son criterios jurídicos?		Normas Nacionales Doctrina nacional e internacional	Optima
			Razones jurídicas para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de hecho propia	SOCIAL JURÍDICO	Protección de los concubinos frente a la imposición de un solo régimen de comunidad de bienes en las	Deficiente

<p>jurídica de las uniones de hecho propias en el sistema jurídico peruano.</p> <p>b. Analizar el régimen patrimonial de la unión de hecho propia y los regímenes patrimoniales del matrimonio.</p> <p>c. propuesta legislativa para incorporar el régimen de separación de bienes en la unión de</p>	<p>autonomía de la voluntad.</p>				<p>uniones de hecho propia.</p> <p>Artículo 5° de la Constitución Política del Perú.</p> <p>Artículo 326° del Código Civil Peruano.</p> <p>Artículo 46° - A de la nueva ley N° 29560, Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos.</p>	<p>Deficiente</p> <p>Regular</p>
					<p>Debemos considerar que</p>	

	<p>hecho dentro de la legislación peruana.</p>				<p>son aplicables algunas de las normas relativas a la sociedad de gananciales reguladas para el matrimonio y otras pueden ser impertinentes, por ejemplo el artículo 312 del Código Civil referido al derecho a contratar entre los cónyuges solo sobre los bienes propios o el 324 del Código Civil que establece la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable de la separación de</p>	
--	--	--	--	--	---	--

					hecho, no son aplicables a la uniones convivenciales (Plácido 2001, 256)	
--	--	--	--	--	--	--