

La Sociedad de Gananciales y las Uniones de Hecho en el Perú

Olga María Castro Pérez - Treviño *

*Catedrática de la Pontificia Universidad Católica del Perú
y Universidad Femenina del Sagrado Corazón*

1. Breves Consideraciones Acerca de las Uniones de Hecho¹

Como punto de partida nos parece pertinente señalar que en la comunidad internacional, a nivel social, en la doctrina jurídica e incluso en la legislación, las uniones extramatrimoniales heterosexuales se consideran un tipo de familia cada vez más extendido en la que los dos miembros asumen una voluntad de continuidad en una relación afectiva y sexual con el objeto de alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio bajo ciertas condiciones: cohabitación, exclusividad, estabilidad, vocación de perdurabilidad y publicidad en la convivencia. Respecto a las uniones homosexuales el panorama no es uniforme, pues la consideración de familia a este tipo de uniones no esta recogida legislativamente ni consolidada socialmente en todos los países.²

En nuestro país, el consenso social en este aspecto es indiscutible respecto de las uniones de hecho heterosexuales nacidas con la intención de conformar un núcleo familiar sin embargo. No queda claro si existe la misma conformidad social para considerar como familia a las uniones de hecho homosexuales. Legislativamente solo es objeto de reconocimiento la convivencia de parejas heterosexuales.

«Para comprobar qué es lo que ha ocurrido en el Perú en los últimos años, tomamos las cifras de la Encuesta Demográfica de Salud Familiar (ENDES) realizada en el 2000 y del Censo Nacional del 1993: las últimas dos investigaciones en las que se incluyó la categoría de «conviviente» o «unido» al preguntar sobre

el estado civil. Ambas abarcaron todos los sectores sociales, pero la ENDES sólo se hizo entre mujeres.

Comparando sus resultados vemos que, entre 1993 y el año 2000, las mujeres que se declararon casadas pasaron de ser el 35.6 por ciento al 31.3 por ciento. Mientras tanto, las que dijeron ser concubinas fueron 20.4 por ciento en 1993 y 24.8 por ciento en el 2000. Es decir, la relación se invirtió con una diferencia de más o menos 5 por ciento.

Esta primera comparación se refiere a mujeres entre los 15 y los 49 años, pero si se toma sólo de mujeres entre 25 y 29, la edad más propicia para contraer nupcias, se tiene que, entre 1993 y el 2000, el porcentaje de casadas bajó de 38.3 a 27.6 por ciento; y, durante los mismo años, la de mujeres que convivían subió de 28.7 a 37.3 por ciento. Una relación inversa en casi diez puntos».³

En términos generales la doctrina nacional⁴ distingue dos tipos de uniones de hecho:

- (i) *«La unión de hecho **impropia o el concubinato en sentido amplio**, (las negritas son nuestras) supone la convivencia marital con cierta permanencia o habitualidad entre personas que pueden o no tener impedimentos matrimoniales para contraer matrimonio. Algunos autores hablan en un sentido más restringido de concubinato impropio previsto en la parte final del artículo 326° del Código Civil. Al concubinato impropio o unión de hecho impropia, la definen como aquella que no reúne las condiciones relativas a diversidad de sexo,*

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidata a Magíster en Derecho Civil con mención en Familia, Docente en las Facultades de Derecho y Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón en el área de Derecho de Familia y Derechos de los Niños y Adolescentes

1 En lo referente a la terminología que se va a emplear en este trabajo, emplearemos indistintamente las expresiones de uniones de hecho, uniones concubinarias o uniones extramatrimoniales.

2 Al respecto puede consultarse la legislación de Holanda, Francia, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley de Cataluña y la Ley de Aragón en España.

3 Diario La Republica, 4 de Noviembre de 2004 www.larepublica.com.pe/contenido_suplemento_pasado.

4 Al respecto puede consultarse: CORNEJO CHAVEZ Héctor, Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal, T I, Lima, Librería Studium, 1985; CORNEJO FAVA Maria Teresa, La Unión de hecho: solución para un enriquecimiento indebido, Ius Et Praxis, Lima, Enero - Diciembre 2000; BIGGIO CHERM, Jack. El concubinato en el Código Civil de 1984, en Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor, Lima 1992.

monogamia y a la libertad de impedimento matrimonial.»⁵

- (ii) La unión de hecho **propia o el concubinato en sentido estricto**, es aquel en que un varón y una mujer que no son casados, pero que legalmente podrían casarse (se encuentran libres de impedimentos matrimoniales), hacen voluntariamente vida de tales; es decir, su unión reúne los siguientes elementos: cohabitación, exclusividad, estabilidad, vocación de perdurabilidad y publicidad en la convivencia. Esta figura se encuentra regulada en los tres primeros párrafos del artículo 326° del CC.

Para un sector de la doctrina estarían incluidos dentro del concubinato en sentido estricto los casos de matrimonio exclusivamente católicos que a partir del año 1930 son considerados como concubinatos y los del llamado Servinakuy. (CORNEJO FAVA, María Teresa)

La Constitución de 1979 por primera vez contempla el caso de las uniones de hecho y lo hace otorgándole efectos jurídicos a las relaciones patrimoniales entre concubinos, al someterlas al Régimen de la Sociedad de Gananciales en lo que le es aplicable. La norma constitucional se refería sólo al **concubinato en sentido estricto** y lo alcanza en el aspecto patrimonial, mas no en lo personal.⁶

Decía el artículo 9° de la Carta Magna de 1979 lo siguiente:

«La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.»⁷

El artículo mencionado, remitía a la ley su regulación en cuanto al tiempo y las condiciones en que debería funcionar este tipo de unión de hecho para que se pueda generar una sociedad de bienes entre los concubinos, la misma que como se ha dicho, quedará sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en lo que le es aplicable. Fue al legislador del Código Civil de 1984 que le tocó reglamentar esta forma de concubinato y lo hizo como ya se ha señalado en el artículo 326° primero, segundo y tercer párrafos.

El régimen de la sociedad de gananciales está previsto en nuestro ordenamiento como el régimen legal supletorio que rige las relaciones patrimoniales de las parejas matrimoniales si es que éstos no acuerdan expresamente, antes de la celebración del matrimonio o durante él, que regirá entre ellos el régimen de *Separación de Bienes*.

No está previsto en nuestra legislación que los concubinos puedan optar por regular sus relaciones económicas con un régimen distinto al de la sociedad de gananciales ni modificar este convencionalmente. Consecuentemente, no se les reconoce el derecho a optar por el régimen de separación de bienes, como si se les reconoce a las parejas matrimoniales.

2. Delimitación del Tema

Como punto de partida, nos parece pertinente señalar que vamos a limitar el objeto de nuestro estudio a las parejas de hecho que de acuerdo a nuestra doctrina nacional conforman una unión de **hecho propia o concubinato en sentido estricto**, pues es únicamente a ellas a las que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce efectos patrimoniales regulados por las reglas de la sociedad de gananciales, en lo que les fuere aplicable.

3. La Unión de Hecho Propia y la Sociedad de Gananciales

Como ya hemos señalado, fue la Constitución de 1979 la que por primera vez se ocupó de contemplar a las uniones de hecho y lo hizo reconociéndole efectos jurídicos únicamente a las relaciones patrimoniales emergentes de la «unión de hecho propia» o «concubinato en sentido estricto», sometiéndolas al régimen de la sociedad de gananciales en lo que le fuere aplicable. De esta manera el texto constitucional remitía su regulación a la ley.

El Artículo 326° del Código Civil de 1984 reglamentó esta norma en los siguientes términos:

«La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable

5 CABELLO MATAMALA Carmen Julia, El Concubinato, en Derecho de Familia, selección de textos. PUCP, Lima, 2004 p 172.

6 CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. Cit. Pág. 403.

7 CHIRINOS SOTO, Enrique. «La Nueva Constitución al alcance de todos». Lima, Octubre 1980. Talleres Gráficos de Editorial Andina S.C.R.L. Pág. 50.



siempre que dicha unión haya durado por los menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso el Juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de 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».

En consecuencia, de acuerdo al artículo 9° de la Constitución de 1979 y al artículo 326° del Código Civil, para que se origine una sociedad de bienes⁸ y fuera posible reclamar efectos patrimoniales entre los concubinos y entre estos y terceros, la unión concubinaria debía reunir las siguientes requisitos:

- (i) Tratarse de una unión de hecho propia o un concubinato en sentido estricto
- (ii) La unión debía haber durado por lo menos dos años continuos.
- (iii) Los concubinos debían emplazar el reconocimiento judicial de la posesión constante de estado concubinario para poder reclamar efectos patrimoniales entre ellos y terceros. La posesión constante se acreditaba mediante la presentación de instrumentos públicos o privados, de los cuales se desprendería inequívocamente tal situación.⁹

Cumplidos estos requisitos, se originaba una sociedad de bienes con efectos entre los cónyuges y

frente a terceros, sujeta al régimen de la sociedad de gananciales.

Debe tenerse presente que hasta la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, no era posible aplicar el mandato constitucional a las relaciones patrimoniales entre concubinos libres de impedimentos matrimoniales, pues no se contaba con una norma regulatoria de los requisitos de tiempo y condiciones como lo requería el artículo 9° de la derogada Constitución.

La Constitución vigente (1993) en su artículo 5°, a diferencia de la Constitución de 1979, no remite a la ley la regulación en cuanto al tiempo y las condiciones que debe existir en esta unión de hecho

“(...) no era posible aplicar el mandato constitucional a las relaciones patrimoniales(...)”

para que la comunidad de bienes (el nuevo texto cambia el nombre de «sociedad de bienes» por el de «comunidad de bienes») se genere y puedan los concubinos reclamar efectos entre ellos y frente a terceros, de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales. En consecuencia, de acuerdo a la fórmula constitucional vigente bastaría que se trate de una «unión de hecho propia», liberándose de los otros dos requisitos – el transcurso del plazo de dos años y el emplazamiento judicial del reconocimiento de la posesión constante de estado concubinario - que debía reunir la unión de

hecho de acuerdo al artículo 9° de la Constitución de 1979 y al artículo 326° del Código Civil.

El artículo 5° del actual texto constitucional precisa que «*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 sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable*». Cabe señalar que la declaración de «estabilidad» referida en el artículo 5° de la actual Constitución no requiere la comprobación de un plazo, por lo que bastaría con verificar que no se trata de uniones esporádicas, sino con condición de permanencia o habitualidad es decir que se presentan a la sociedad como una unión dotada de estabilidad y apariencia de familia.

⁸ Nótese que ambas normas refieren que se origina una «sociedad de bienes» que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, cuando en estricto esta regula un patrimonio social, conformado por activo (bienes) y pasivo (obligaciones y cargas).

⁹ Al respecto léase CORNEJO CHAVEZ Héctor op cit. p. 80.

Por vía jurisprudencial se ha establecido, aún cuando el texto constitucional vigente no lo señala, la exigencia de que los concubinos emplacen judicialmente su estado de familia concubinario y la posesión constante mínima de dos años como elemento previo para reconocer la existencia de una comunidad de bienes (CAS. N° 1824-96, CAS N° 1620-98, CAS N° 2623-98). Tal reconocimiento es un requisito de procedibilidad de la demanda en el caso de una pretensión de orden económico, planteada por uno de los concubinos ante el otro y frente a terceros. Se admite acumular tal pretensión al pedido de reconocimiento de la unión de hecho.

El Tribunal Registral mantiene el mismo criterio jurisprudencial señalando que a efectos de inscribir la adquisición de un bien con la calidad de social, debe acreditarse ante el Registro el reconocimiento judicial mediante el cual se declare que la misma origina una sociedad de bienes (Resoluciones N° 329- 99-ORLC/TC y N° 363 – 2000 – ORLC/TR).

En consecuencia y de acuerdo a esta postura jurisprudencial, mientras no se obtenga la sentencia que reconozca el título de estado de familia concubinario 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 regirán 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 jueces deberían evaluar únicamente estas condiciones por cualquiera de los medios de prueba aceptados por la ley procesal, cuando se invoca la existencia de una unión de hecho y en base a ellas declarar el estado de familia concubinario en un proceso abreviado. La

declaración judicial del estado de familia concubinario resulta de vital importancia para la inscripción registral de un bien como social y en esa calidad oponerlo a terceros¹⁰. Entre los cónyuges, tal inscripción tendría efecto declarativo.

Bajo este supuesto se evitaría la circunstancia de que alguno de los concubinos, generalmente el más fuerte, aparezca como titular formal exclusivo de algún bien adquirido antes de los dos años, aun cuando materialmente constituiría un caso de copropiedad entre ambos pues ha habido una auténtica colaboración económica de dos convivientes, ya sea en servicios (dedicación exclusiva a las tareas del hogar) o en bienes. De acuerdo a nuestra propuesta, si aplicamos las normas de la sociedad de gananciales, el mismo bien tendría el carácter de social y podría dividirse por mitad entre los concubinos a la resulta de la liquidación de la comunidad de bienes.

De mantenerse el criterio jurisprudencial señalado debe entenderse, además, que la sentencia que reconoce el estado de familia concubinario y la posesión constante mínima de dos años tiene carácter declarativo y en consecuencia las normas de la sociedad de gananciales se aplican a todo el tiempo en que se ha acreditado la posesión constante de estado, debiendo presumirse el carácter social de los bienes salvo prueba que demuestre la calidad de bien propio. De lo contrario, los bienes que se hubieran adquirido durante la convivencia, pero con anterioridad al reconocimiento judicial de la posesión constante de estado concubinario, quedarían excluidos de la «comunidad de bienes», con el consiguiente perjuicio para el concubino que se encuentra al margen.

La Comunidad de Bienes (sociedad de bienes de acuerdo a la constitución de 1979) fenece cuando termina la unión concubitaria. No es aplicable en este caso la regla general referida al finecimiento del régimen de la Sociedad de Gananciales (Artículo 318° del CC.), sino sólo las reglas específicamente contenidas en el Artículo 326° del Código Civil¹¹.

10 La Sala Suprema mantuvo la siguiente postura: CAS N° 2280-2001-TACNA 7 de mayo de 2004: (...)

« Respecto a la causal de inaplicación de normas, la recurrente señaló que no se consideró los preceptos que recogen los principios de publicidad y prioridad de inscripciones, por cuanto no se tomó en cuenta que la inscripción del embargo se realizó cuando el obligado (cónyuge actual de la tercerista) aún era soltero y así figuraba inscrito en Registros Públicos y que la inscripción de la declaración judicial de estado convivencial fue realizada con fecha posterior a la del embargo, por lo que no podía prevalecer sobre la primera.

Sobre este punto, la Sala Suprema señala que el bien era social en virtud de su adquisición durante la relación convivencial y que dicho acto se realizó antes de que se trabare el embargo. En ese sentido, en el caso de autos, no rigen los principios de publicidad y prioridad registral, toda vez que en caso de conflicto entre un derecho personal (crédito) y un derecho real (propiedad), prima este último por tener carácter persecutorio, erga omnes.

Por lo expuesto, el Tribunal declaró infundado el recurso de casación «El Peruano 1° de diciembre de 2004).

El criterio recogido en esta Casación, vulnera los principios registrales de publicidad y prioridad, afectando la seguridad jurídica que el registro ofrece a los terceros.

11 La unión concubitaria, de acuerdo al Artículo 326° del Código Civil, termina:

(i) Por muerte (real o presunta)
(ii) Por ausencia judicialmente declarada



Entre los concubinos se considera que el fenecimiento de la sociedad de bienes se produce en la fecha de la muerte (real o presunta) o en la fecha de la declaración de ausencia.

Tampoco es de aplicación el Artículo 319° in fine, pues en nuestro país no es posible inscribir en el Registro Personal las uniones de hecho ni las consecuencias que se deriven de ella en el orden patrimonial,¹² situación que de revertirse, proporcionaría una mayor seguridad jurídica al tráfico patrimonial con los terceros pues estos estarían amparados por el principio de publicidad registral.

Producido el fenecimiento de la sociedad de bienes, se procede a su liquidación de acuerdo a las normas que rigen la Sociedad de Gananciales, con el objeto de que los gananciales se dividan por mitad entre ambos concubinos o sus respectivos herederos.

4. Reflexiones Finales

1. Se debe tomar en cuenta la propia literalidad de la previsión constitucional vigente (artículo 5°, Constitución de 1993) y adecuar el artículo 326° del Código Civil a ella. En concordancia con lo señalado 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 jueces deberían evaluar únicamente estas condiciones por cualquiera de los medios de prueba aceptados por la ley procesal cuando se invoca la existencia de una unión de hecho y en base a ellas declarar el estado de familia concubinaria en un proceso abreviado, cuando este sea requerido.
2. Para dotar de una mayor seguridad jurídica tanto a los concubinos como a los terceros, se debe posibilitar la inscripción en el Registro Personal de las uniones de hechos y de las consecuencias patrimoniales que se deriven de ella.
3. La declaración judicial del estado de familia constituye un requisito previo obligatorio para la inscripción registral de un bien como social y

en esa calidad oponerlo a terceros. Entre los cónyuges tal inscripción tendría efecto declarativo. El carácter declarativo de la inscripción registral entre los concubinos implica atender al acuerdo voluntario de la pareja para iniciar su relación concubinaria.

BIBLIOGRAFIA:

BIGIO CHERM, Jack. El concubinato en el Código Civil de 1984, en Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor, Lima 1992.

CABELLO MATAMALA Carmen Julia, El Concubinato, en Derecho de Familia, selección de textos. PUCP, Lima, 2004.

CORNEJO CHAVEZ Héctor, Derecho Familiar Peruano, Sociedad Conyugal, T I, Lima, Librería Studium, 1985.

CORNEJO FAVA Maria Teresa, La Unión de hecho: solución para un enriquecimiento indebido, Ius Et Praxis, Lima, Enero – Diciembre 2000; CHIRINOS SOTO, Enrique. «La Nueva Constitución al alcance de todos». Lima, Octubre 1980. Talleres Gráficos de Editorial Andina S.C.R.L.

GALLEGOS DOMÍNGUEZ, Ignacio. «Las Parejas no casadas y sus efectos Patrimoniales». Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid 1995.

PADILLA ROLDÁN, Antonio. «Estatuto Jurídico de las Relaciones Extramatrimoniales». Anuario de la Escuela Judicial. Madrid No. 8. 1970.

Revista de Derecho Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Técnica de Oruro. Año VI, Tomo I, Oruro-Bolivia, Octubre 1964.

Revista Uruguaya de Derecho de Familia. Fundación de Cultura Universitaria. Año VIII. N° 10. Montevideo-Uruguay 1995

(iii)Por mutuo acuerdo.

(iv)Por decisión unilateral. En este caso el juez puede conceder a elección del abandonado o abandonada, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le corresponden de conformidad con el Régimen de Sociedad de Gananciales.

12 A la fecha se han presentado varias iniciativas legislativas proponiéndose el registro de las uniones de hecho sea en el registro personal o creando uno especial a cargo de RENIEC.