

La Unión de Hecho en el Código Civil Peruano de 1984:

Análisis de su conceptualización jurídica desde la perspectiva exegética y jurisprudencial

CÉSAR FERNÁNDEZ ARCE

Catedrático de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

EMILIA BUSTAMENTE OYAGUE

Catedrático de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Recién con la Constitución Política de 1979 se reconocieron los efectos jurídicos sobrevinientes a la unión de hecho o concubinato en el ordenamiento jurídico peruano.

Así, el artículo noveno expresaba:

“La unión estable de un varón y una mujer, libre 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”.

Disposición que, en su esencia, ha sido adoptada por la vigente Carta Constitucional de 1993, en cuyo artículo quinto dice:

“La unión establece 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”.

Se observa que, mientras en la Constitución Política de 1979 se dejaba a una ley específica la determinación del tiempo y las condiciones que debía tener la unión de hecho para surtir efectos jurídicos; aquella disposición ya no se consigna en el art. 5° de la vigente Constitución de 1993, lo cual se encuentra justificado pues le correspondió al Código Civil de 1984, es-

tablecer la regulación específica de la materia, desarrollando el precepto constitucional. Por otro lado, se aprecia en la Carta de 1979 la calificación de los bienes de la unión de hecho como “sociedad de bienes”, mientras que en el texto vigente, se los denomina “comunidad de bienes”, término que está más acorde a la naturaleza jurídica de la unión de hecho, como se verá más adelante.

El Código Civil de 1984 desarrolló en el art. 326 el tratamiento normativo sobre esta forma de unión concubinaria, a la que denomina como “unión de hecho”. Hasta ese entonces, no se había plasmado el reconocimiento a una problemática real en nuestras leyes civiles.

El presente estudio se propone acercarnos a la conceptualización jurídica de la unión de hecho en el Código Civil peruano y los alcances del régimen jurídico que establece tomando en cuenta la perspectiva del análisis exegético y jurisprudencial. En este sentido, el trabajo se divide en dos partes: la primera, enfocada a los elementos doctrinales del concubinato como objeto de protección y regulación jurídica; y la segunda, que presenta la aplicación del análisis exegético y jurisprudencia de la unión de hecho adoptada en el art. 326 del Código Civil.

I. TRATAMIENTO DOCTRINARIO DEL CONCUBINATO

Para el desarrollo de esta primera parte del trabajo, se tratarán los antecedentes de su regulación; las acepciones de concubinato; su definición; los elementos condicionantes, entre los cuales se encuentra: la cohabitación y comunidad de lecho; comunidad de vida; notoriedad, singularidad y permanencia; para finalmente, conocer acerca de la posesión del estado de concubino y la naturaleza jurídica del concubinato.

1.1. Antecedentes

En Roma, las uniones de hecho fueron permitidas, aunque no eran bien vistas, porque el concubinato era una forma de unión legal pero de carácter inferior al matrimonio, donde la cohabitación debía darse sin *affectio maritalis* de un ciudadano con una mujer de baja condición, como podría ser una esclava o liberta. En los pueblos germanos se admitieron las uniones de hecho entre libre y siervos. En el antiguo derecho español se admitió la institución conocida como "barraganía", que era una unión de naturaleza inferior parecida al concubinato romano, en la cual resaltaba como característica que la barragana debía ser una sola, que no debía existir impedimento matrimonial, y que quien tomaba barragana debía hacerlo ante testigos, para impedir que fuera considerada como esposa legítima en virtud de matrimonio clandestino. En cambio, en el antiguo derecho francés no sólo se limitó a desconocer efecto jurídicos al concubinato sino que, además, adoptó una serie de medidas tendientes a combatirlo.

Entre las legislaciones que regulan las uniones de hecho, algunas las equiparan al matrimonio, tal como es el caso de Bolivia, Cuba, Guatemala, Panamá, Honduras, El Salvador, y Yugoslavia, mientras que en otros ordenamientos jurídicos se les concede ciertos efectos jurídicos como en algunos estados mexicanos, Paraguay, Venezuela, Suecia, Inglaterra, algunos estados de Estados Unidos de América, Holanda, entre otros¹. Entre los derechos que, por lo general, se le reconocen a la concubina y a sus hijos están los derechos alimentario y hereditario, el intentar la investigación de la paternidad y el hacer valer una presunción de filiación en favor de los hijos. Una tercera posición, aparece a partir del Código de Napoleón, que es denominada como abstencionista, y que omite cualquier tratamiento legislativo del concubinato y las consecuencias que de él se puedan derivar. En esta línea se

encuentra Argentina, que por la fuerza de la realidad ha debido señalar soluciones especiales para diversos problemas que se deriven del concubinato².

"En el concubinato, el demandante debe probar la vida en común, que la ley no presupone, de lo que se deriva su derecho a participar por partes iguales el patrimonio común"

Es importante la observación que formula NOIR-MASNATA sobre las legislaciones que regulan la unión libre, pues no se trata de una situación ilegal completamente ignorada por el Derecho, ya que se puede decir, incluso, que es aceptada con bastante tolerancia. No obstante, queda como una forma de vida marginal al ser el matrimonio la regla comúnmente aceptada³.

1.1.1. Concubinato y el Derecho Peruano

Acerca de la legislación del concubinato, refiere CORNEJO CHÁVEZ que la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 llegó a abordar el problema de

¹ Al respecto, véase: BELLUSCIO, Augusto. "La Distribución patrimonial en las Uniones de Hechos". En: Revista La Ley 1991-C. Buenos Aires, 1991, p.958-961).

² BOSSERT, Gustavo y Eduardo Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*. Cuarta edición. Buenos Aires: ASTREA, 1996. p.426.

³ NOIR-MASNATA, Catherine. *Los efectos patrimoniales del concubinato y su influencia en el deber de sostenimiento entre esposos separados*. Madrid: Ed. Reunidas, 1982. p.52

las uniones de hecho sin llegar a regularla expresamente pues, se consideró que la situación de la mujer abandonada por su concubino podría resolverse mediante la aplicación de aquella norma que señala "aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a la restitución"⁴.

Aún así, los derechos de la concubina sobre los bienes adquiridos durante la unión de hecho, le fueron reconocidos durante la vigencia del Código Civil de 1936, en ese sentido se pronunció el Tribunal Agrario el 16 de julio de 1970, amparando la pretensión de una mujer concubina a quien se le otorgó el 50% de los bienes adquiridos durante el período de convivencia, porque: "... en el concubinato, el demandante debe probar la vida en común, que la ley no presupone, de lo que se deriva su derecho a participar por partes iguales el patrimonio común, sin que tampoco tenga que probar la ayuda y colaboración prestada a su conviviente, que se presume por razón de la vida en común"⁵.

Entonces, aun cuando el concubinato no se encontraba regulado expresamente, los tribunales reconocieron los derechos patrimoniales de los concubinos en relación a los bienes comunes obtenidos mientras duró la convivencia.⁶

Hasta que la Constitución Política de 1979 consagra el régimen de sociedad de bienes de los concubinos, previa determinación de una serie de requisitos como: que sea una unión estable, sostenida entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial y que formen un hogar de hecho en el tiempo y condiciones que establezca la ley. El plazo de duración mínima de dos años continuos y otras condiciones requeridas para surtir los efectos jurídicos de unión de hecho fueron precisados recién, tal

como se señalara, en el art. 326 del Código Civil de 1984.

1.2. Acepciones del concubinato

Se distinguen dos acepciones del concubinato: una **amplia**, también denominada concubinato impropio, según el cual habrá concubinato allí donde un varón y una mujer hagan, sin ser casados, vida de tales; y otra **restringida**, que exige la concurrencia de ciertos requisitos para que la convivencia marital tenga el carácter de concubinario.

Con relación a la acepción **amplia** del concubinato cabe diferenciarlas de aquellas uniones de pareja de carácter esporádico como la unión sexual ocasional y el libre comercio carnal o el caso de las uniones libres, dado que en el concubinato siempre debe existir cierto carácter de permanencia o habitualidad en la relación de pareja.

La acepción **restringida** o conocida como concubinato **stricto sensu** es aquella convivencia habitual, esto es, continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimentos para transformarse en matrimonio.⁷

1.3. Definición

Zannoni define el concubinato como: "la unión estable de un hombre y una mujer en estado conyugal aparente o de hecho, esto es sin atribución de legitimidad pero con aptitud potencial a ella"⁸.

Por concubinato se entiende aquella convivencia de un hombre y una mujer que viven juntos bajo un mismo techo, a la manera de personas casadas y de for-

⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Octava edición. Lima: Studium. 1991. T.I. p.78

⁵ Citado en *Ibid*, p.79

⁶ Incluso durante la vigencia del Código Civil de 1936 se expidieron normas que, de algún modo, reconocían la unión de hecho, entre las cuales se encuentran: Ley N° 8439 del 20 de agosto de 1936, Ley N° 8569 del 27 de agosto de 1937, el Decreto Ley N° 17716 del 24 de junio de 1969 así como el Decreto Ley N° 20598 del 30 de abril de 1974.

⁷ *Ibid*, p.71

⁸ ZANNONI, Eduardo citado por MÉNDEZ COSTA, María y Daniel D'Antonio. *Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1990. T.I, p.73

ma permanente. Quienes sin estar unidos por matrimonio mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los esposos.

Como el concubinato es una imitación del matrimonio, se trata de una unión marital entre dos personas de distinto sexo. Así, dicha vida en común ofrece la apariencia de un hogar tradicional, en el que ambos asumen las mismas tareas. Para sus amigos, para sus padres, este hombre y esta mujer forman una pareja: tienen un alojamiento propio, reparten sus alimentos, y ponen, probablemente, sus recursos en común. En buena cuenta, podría definirse al concubinato como un matrimonio al que le falte la correspondiente inscripción en los Registros del Estado Civil.

Sobre si se requiere que este hogar de hecho deba tener hijos, NOIR-MASNATA señala que importa poco, aun cuando es de notar que algunas decisiones jurisprudenciales observan que la presencia de hijos se constituye en un factor de estabilidad, haciéndolo un elemento de prueba importante para determinar la existencia de la unión concubinaria⁹.

En suma, la definición que se asume del concubinato como objeto de tratamiento jurídico, se encuentra referida a esa situación de precaridad, circunstancialidad y extralegalidad en que descansa la unión voluntaria entre un hombre y una mujer. Donde ambos, el hombre y la mujer están ante una situación al margen de la ley porque su unión como pareja no se basa en el vínculo que produce el matrimonio civil.

1.4. Elementos condicionantes

Se consideran como requisitos o elementos condicionantes del concubinato la cohabitación y comunidad del echo; comunidad de vida; notoriedad,

singularidad y permanencia; elementos que de manera conjunta y concurrente deben reflejar la vida en común de la pareja, de modo que represente en lo sustancia la unión de sus vidas con el propósito de formar un hogar.

1.4.1. Cohabitación y comunidad de lecho

En el concubinato existe un deber natural de cohabitación semejante al deber legal de los cónyuges; no obstante, el incumplimiento unilateral de esta obligación ocasionará la terminación de la unión de hecho, al desaparecer la convivencia que es fundamento de su vigencia¹⁰.

La voluntad de la pareja conviviente que comparte el mismo lecho, que desarrolla vida marital, y tiene un proyecto de vida en común, se traduce en hechos concretos, como se señalara en el acápite precedente, los que serán llevados a cabo en un **hogar común**, ante la vista de terceros, quienes los vincularán tal como si fueran "esposos". De ahí, la importancia del elemento de la cohabitación que significa el vivir juntos en **hogar de hecho**.

Mientras que, en la regulación matrimonial se entiende que ambos cónyuges se encuentran dotados de idéntica capacidad de derecho y de obrar, así ambos esposos son hábiles para fijar su domicilio. Este principio, según MÉNDEZ se encuentra afectado por el deber de cohabitación que impone a los cónyuges el de convivir en una misma casa¹¹. En cambio, en la unión concubinaria dada la voluntad de la pareja que decide compartir su vida, no existe la facultad de establecer el domicilio, pues el **hogar de hecho** dependerá de ambos; de modo que, la fijación del mismo tendrá vigencia en tanto dure la relación convivencial.

Asimismo, acerca de las normas que regulan la relación matrimonial, debe tenerse en cuenta que en algu-

⁹ NOIR-MASNATA, Catherine, Op. Cit., p.27

¹⁰ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Maz. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997. T. VII p.201

¹¹ MÉNDEZ COSTA, María y Daniel D'ANTONIO. *Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1990. T.I, p.14

nas legislaciones se independiza la noción de domicilio con el deber de cohabitación, como el artículo 108 del Código Civil Francés que según la ley del 11 de junio de 1975 estatuye que “el marido y la mujer pueden tener domicilios distintos sin que por ello se atente contra las reglas relativas a la comunidad de vida”. Incluso el sistema italiano en concordancia con lo dispuesto por los artículos 454 y 144 del Código, según la redacción de la ley del 19 de mayo de 1975, dispone que, cada uno de los cónyuges tiene su propio domicilio en el lugar en el que ha establecido la sede principal de sus propios negocios e intereses y los cónyuges acuerdan entre sí la dirección de la vida familiar y fijan la residencia de la familia según las exigencias de ambos y las predominantes de aquella¹².

En cambio, en el caso de la convivencia no resulta de aplicación la diferencia anotada entre los conceptos de domicilio y cohabitación, dada la nota de voluntariedad que caracteriza la unión concubinaria, en la que siempre deberá coincidir el hogar de hecho en un solo lugar: aquel donde la pareja cohabita, comparte una comunidad de vida en común, y convive tal como si fueran marido y mujer.

Por otra parte, la comunidad de lecho es uno de los vínculos de hecho que ligan al hombre y a la mujer que han unido sus vidas en convivencia, a semejanza del matrimonio. Por lo que no será concubinato aquella unión sexual circunstancial o momentánea entre varón y mujer.

1.4.2. Comunidad de vida

Es el elemento esencial y fundamento de la unión voluntaria, que debe ser hecha para durar, por dos

compañeros. En relación a esta comunidad de vida, NOIR-MASNATA encuentra el fundamento de su afirmación acerca de la posible existencia de uniones libres sin relaciones sexuales, cuando expresa:

“No vemos, por tanto, el por qué se harían derivar efectos jurídicos de una unión libre que comporte relaciones sexuales y por qué se rechazarían estos mismos efectos bajo el pretexto de que tales relaciones no existiesen. Lo cual no quita, al menos, que constituyan un elemento que deba la existencia de una verdadera unión libre a la vista de otras circunstancias a considerar (en cada caso concreto)”¹³.

Sobre este aspecto debe precisarse que la mujer conviviente debe ser la auténtica compañera de su pareja y no su simple amasía o amante, “querida” o como se le quiera llamar. No se trata en consecuencia, de

toda mujer con quien se tengan relaciones sexuales, ni siquiera de aquella a quien se sostiene en todo y por todo y se le pone casa en forma –la llamada “casa chica” en la harta connotativa expresión popular– y con quien hasta se tienen hijos, pero

a quien sólo se visita ocasionalmente, o un día sí y otro no, o inclusive todos los días, o se queda el hombre a vivir con ella por temporadas, sino de la mujer con quien se convive realmente, con quien se hace vida en común en forma plena, absoluta, sin reserva, del mismo modo que se hace con la mujer legítima, con la esposa; de ahí que se diga que se requiere que la mujer sea la auténtica compañera del hombre¹⁴.

En esa línea de ideas, consideramos que iguales características debe darse en relación al varón conviviente, cuya participación en la unión concubinaria debe reflejar su rol de pareja, muy similar al que le compete cumplir a un “esposo” cualquiera.

“La comunidad de vida se verá representada en los actos diarios que desarrolle la pareja durante su convivencia, los valores y las perspectivas de proyecto de vida en común que compartan, demostrándose esa comunidad de vida en la adquisición de bienes”

¹² Ibid, p. 15

¹³ NOIR-MASNATA, Catherine, Op. Cit., p. 30

¹⁴ ORTIZ URQUIDI, Raúl. “El matrimonio por comportamiento”. En: Centenario del Código Civil. Madrid: Fundación Erol Beler. 1989. p.264

En suma, la comunidad de vida se verá representada en los actos diarios que desarrolle la pareja durante su convivencia, los valores y las perspectivas de proyecto de vida en común que compartan, demostrándose esa comunidad de vida en la adquisición de bienes como, por ejemplo, desde las elementales, compras domésticas, de la casa en la que cohabitan, o las cuentas bancarias, etc.; así, también contraen deudas con terceros, obligaciones que son asumidas por la pareja durante la etapa convivencial.

1.4.3. Notoriedad, singularidad y permanencia

La unión del hombre y la mujer consistentes en un comunidad de hecho, habitación y de vida debe ser susceptible de público conocimiento, no debe ser ocultado por la pareja.

En este sentido, refiere SOLARI que la manceba, la novia, la mantenida, no son concubinas. Este rasgo de la notoriedad debe darse en la actitud que los concubinos asumen frente a la gente una actitud típicamente matrimonial, procurando ocultar el concubinato y aparentando estar casados. Por ello, juntos van de compras, juntos a pasear, juntos a espectáculos públicos, juntos al club, juntos a veranear. Lo que fingen es ser cónyuges; a veces incluso llegan a creerlo¹⁵.

Sobre la singularidad del concubinato, el estado del concubino viene a traducirse en el hecho de una unión monogámica. Donde cada uno de los convivientes se encuentre libre de lazos matrimoniales, y que, asimismo, ellos no convivan simultáneamente con otras personas. De ahí que, se afiance la idea que el concubinato representa una unión de hecho estable y permanente entre un hombre y una mujer.

BOSSERT al tratar este aspecto de la singularidad de la unión señala que ello no obsta, a que cualquiera de los convivientes pudiese mantener, momentánea o

circunstancialmente, relaciones sexuales con tercer persona, las cuales no trascenderán más que como "relaciones fugaces y breves (simples contactos pasajeros) sin consecuencia de otro orden"¹⁶.

En cuanto a la singularidad como elemento del concubinato, señala Arias Schreiber que en la unión de hecho se presenta el deber natural de fidelidad; que de inobservarse en cuanto la continencia sexual, provocará la terminación de la unión de hecho por el conviviente ofendido¹⁷.

La doctrina califica de "aparente" la fidelidad recíproca, pues se trata de una condición moral aplicada a las relaciones entre concubinos, quienes deberán mostrar el afecto a su concubino o una aparente fidelidad

Al tratarse de una unión estable, permanente y singular, la fidelidad queda también implicada; y así como en el matrimonio puede darse la infidelidad sin que por ello pierda su carácter de tal, del mismo modo en el concubinato puede darse la infidelidad de uno de los concubinos. Obviamente, si cualquiera de ellos no ha guardado la apariencia de fidelidad, y sus diversas relaciones sexuales son públicamente conocidas, se estaría entonces afectando la singularidad de la unión, que es un elemento caracterizante del concubinato¹⁸.

Además debe tratarse de una unión duradera, permanente y mostrando estabilidad, imitando al matrimonio en este rasgo. Como señala NOIR-MASNATA, si el hombre y la mujer ponen casa con la idea de vivir juntos toda su vida, de compartir su existencia como pareja casada, hacen tácita o expresamente las promesas a las que se obligan los esposos casándose ante un juez encargado del Registro Civil¹⁹.

La unión de hecho debe reunir este carácter de permanencia, que muestre continuidad en el tiempo

¹⁵ SOLARI, Juan. "Uno de los requisitos esenciales para que exista el concubinato". En: Revista La Ley 1983-C. Buenos Aires, 1983, p.815-81

¹⁶ BOSSERT, Gustavo, y Eduardo ZANNONI. Op. Cit., p.424

¹⁷ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. Cit., p.202

¹⁸ Ibid., p.424-425

¹⁹ NOIR-MASNATA, Catherine. Op. Cit., p.30

durante el cual los concubinos han asumido vivir en pareja y con finalidades semejantes al matrimonio.

Al igual que en el matrimonio pueden presentarse alejamientos momentáneos de los cónyuges, también en el concubinato pueden haber breves rupturas, momentáneas separaciones seguidas de pronta reconciliación, sin que ello afecte el carácter permanente que la relación pueda presentar.

1.5. *Poseción de estado de concubino*

Se entiende la posesión de estado como el ejercicio de los derechos 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.

Por otro lado, el título de estado viene a ser la prueba legal del estado de familia. Por ejemplo, es título del estado de cónyuge la partida de matrimonio; de hijo matrimonial la partida de nacimiento; del hijo extramatrimonial la partida de nacimiento con la constancia del reconocimiento o la sentencia judicial de reconocimiento; del adoptado la partida con la inscripción respectiva de la adopción; del cónyuge divorciado la partida de matrimonio con la anotación de la sentencia que declaró el divorcio, entre otros.

Es normal que exista una concordancia plena entre posesión de estado y título de estado, así quien vive en su condición de hijo, padre o cónyuge, por ejemplo, verá respaldada dicha vivencia con la prueba legal que posea a su alcance. De ahí, que la concordancia que exista entre la posesión de estado y el título de estado determinan la situación regular de una persona en relación a su estado de familia.

Sin embargo, por circunstancia ajenas a la voluntad de una persona, o como consecuencia de su propia

conducta, a veces se carece del título de estado, entonces la posesión de estado tiene importancia fundamental pues, su acreditación hará presuponer la efectiva existencia del título y de ahí la importancia de su acreditación.

En el Derecho de familia, la posesión de estado permite acreditar y sustentar el estado de familia de cualquier persona, por ejemplo la condición de hijo probada en un proceso de filiación de un hijo extramatrimonial, llevará al asentamiento del reconocimiento del hijo en su partida de nacimiento.

En el tema del concubinato o de la unión de hecho, es fundamental la prueba de la posesión de estado de la pareja concubina; además, esta prueba deberá estar sujeta a los requisitos que prevea cada ordenamiento jurídico.

Entonces, en el concubinato hay una **situación de estado**, reflejada en el nombre, trato y fama de la pareja de convivientes. Ambos se muestran ante la sociedad como unión marital con finalidades similares a las del matrimonio, que reciben el trato de pareja y donde ellos se reconocen como tales, cuya convivencia se desarrolla cotidianamente en un **hogar de hecho**. Donde a diferencia del matrimonio, ellos carecen del vínculo legal.

1.6. *Naturaleza Jurídica*

En los ordenamientos jurídicos que regulan el concubinato o unión de hecho, al reconocerles determinados derechos se ha aplicado la teoría de la apariencia jurídica. Esta teoría fue elaborada a partir de la enunciación en el Digesto, Libro I, Título XIV, Ley 3 de la máxima **error communis facit ius**, cuyo propósito estaba dirigido a resguardar actos cumplidos ante la creencia de que el sujeto poseía un estado civil idóneo, siendo esta teoría desarrollada luego en el antiguo derecho francés²⁰.

²⁰ MÉNDEZ COSTA, María. Op. Cit., p.74

Asimilada esta teoría en el Derecho de Familia, se entiende que el estado objetivo de familia alcanza su expresión más delicada en el concubinato, debiendo tratarse de una pareja que viva exteriormente como un matrimonio, presentándose entonces la objetividad como un estado de apariencia siendo, en sí misma, un valor jurídico que las leyes toman de la realidad de los hechos y al que se le atribuye –al menos en ciertas situaciones– importancia fundamental²¹.

Reunidos los elementos que configuran el concubinato, entonces se crea un estado aparente de familia, en cuya situación la pareja tiene posesión de estado de concubinato, careciendo del vínculo jurídico matrimonial.

II. ANÁLISIS EXEGÉTICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA REGULACIÓN CONTENIDO SOBRE UNIÓN DE HECHO EN EL ART. 326 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Presentamos a continuación nuestro análisis que, desde la perspectiva de los enfoques exegéticos y jurisprudencia, se ha elaborado acerca del texto del artículo 326 del Código Civil.

La metodología utilizada para el desarrollo de esta parte, se inicia con distinción de los componentes de las normas contenidas en los cuatro párrafos del citado art. 326; distinguiéndose en cada norma, el supuesto de hecho, el nexo normativo y la consecuencia en cada norma, el supuesto de hecho, el nexo normativo y la consecuencia jurídica; luego, se plantea el análisis exegético de la norma de estudio; y el alcance que desde la jurisprudencia peruana se ha encontrado sobre la manera en que se han aplicado e interpretado las normas en estudio.

2.1. Primer párrafo del art. 326 del CC

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libre de impedimento matrimo-

nial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Del texto de la norma se distingue el supuesto de hecho que se compone, a su vez, de los siguientes elementos: 1) una unión de hecho; 2) voluntariamente realizada; 3) mantenida por un varón y una mujer; 4) quienes se encuentren libres de impedimento matrimonial; 5) que persigue alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; 6) y que haya durado por los menos dos años continuos. El nexo normativo se encuentra en la expresión: “origina”, refiriéndose a la creación de una relación jurídica. Finalmente, la consecuencia jurídica: está dada en que reunidos los elementos del supuesto de hecho, entonces se origina: 1) una sociedad de bienes; y 2) que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable.

En esta norma se establece la creación de una relación jurídica de orden patrimonial entre los bienes que origina la unión de hecho, cumplidos todos los elementos del supuesto de hecho. Debe anotarse que, el tiempo de duración mínima de la convivencia, forma parte de los componentes del supuesto de hecho, y que ha sido colocado al final del texto de la norma.

Son cuatro los aspectos que merecen estudiarse de esta norma: la acepción de concubinato **stricto sensu** que adopta, la teoría de la apariencia jurídica que recoge, los elementos condicionantes del concubinato, y el régimen patrimonial que establece.

2.1.1. Concubinato stricto sensu

La norma jurídica contenida en el primer párrafo del art. 326 del Código Civil, en primer término establece la definición de unión de hecho en torno a la acepción restringida del concubinato **stricto sensu**.

²¹ DIAZ GUJJARRO, Daniel citado en Ibid.,

De los elementos que constituyen el supuesto de hecho de la norma analizada, se infiere que se trata de la convivencia sostenida entre un hombre y una mujer que podrían casarse legalmente, donde ambos no tengan impedimentos matrimoniales.

Así, mediante esta norma se protege a las personas unidas de hecho, a diferencia del Código Civil de 1936 que no regulaba esta figura. Merece resaltarse que, mediante esta nueva institución de "unión de hecho", el legislador del Código Civil de 1984 tomó en cuenta la situación fáctica de la familia peruana, que en parte se ha formado en base a uniones voluntarias, asimismo se cumplió con la disposición constitucional prevista en el art. 9° de la Carta de 1979 que, como señaláramos, reconociera por primera vez la regulación de la unión de hecho.

2.1.2. Teoría de la Apariencia Jurídica

La norma, además, recoge la teoría de la apariencia jurídica pues señala que con la unión de hecho se persigue alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio²².

Resulta evidente que nuestro ordenamiento ha desechado la idea de equiparar al concubinato con el matrimonio y reconocerle los mismos efectos jurídicos. Aunque, debe tenerse en cuenta la opinión de CORNEJO CHÁVEZ cuando señala que, la adopción de la unión de hecho como institución en el Libro de Familia está dada con el propósito de buscar su extirpación y sustitución por la unión matrimonial ajustada a ley²³.

2.1.3. Presencia de los elementos condicionantes

En cuanto a los requisitos exigidos para la determinación de la situación jurídica de la unión de hecho, flu-

ye del texto del artículo, los siguientes: que sea una unión entre un hombre y una mujer, que estén libres de impedimento matrimonial, que la unión pretenda alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, y que ellos convivan un plazo mayor a dos años continuos.

Obviamente, estos requisitos cumplieron con la disposición constitucional prevista en el art. 9° de la Constitución de 1979 que dejaba a la ley el establecer el tiempo y las condiciones para atribuir la existencia de una unión estable entre un varón y una mujer, que libres de impedimento matrimonial, formen un hogar de hecho que da lugar a una sociedad de bienes. Por ello, entendemos que a la unión de hecho a la que se refiere la norma en estudio, como unión fáctica, debe exigírsele el cumplimiento de los elementos condicionantes del concubinato **stricto sensu**, entre los cuales tenemos: la cohabitación, la fidelidad y la asistencia como caracteres del hogar de hecho²⁴; así como: comunidad de lecho, comunidad de vida, notoriedad, singularidad, y permanencia. En suma, que la unión de la pareja sea expresión de un **hogar común** que voluntariamente se ha configurado como un **hogar de hecho**.

No obstante, discrepamos de la propuesta de REVOREDO quien señala que en la regulación del concubinato cabría puntualizarse sobre la nota de voluntariedad en la decisión de los interesados y precisar la cohabitación, la fidelidad y la asistencia como caracteres del hogar de hecho²⁵. Pues, consideramos correcta la opción adoptada por el legislador, de modo que, no hay nada que precisar dada la configuración conceptual del concubinato **stricto sensu**, tal como hemos visto en la primera parte de este trabajo sobre el tratamiento doctrinario del concubinato. En este sentido, la norma considera como unión de hecho, aquella unión que persigue alcanzar finalidades

²² Acerca de la aplicación de esta teoría de la apariencia en nuestra legislación, por las que se reconocen determinados efectos previa la acreditación de la condición del conviviente, véase: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. Cit., p.202-203

²³ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor Op. Cit., p.79

²⁴ REVOREDO, Delia. Código Civil. *Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima, 1985. T. IV. p.403

²⁵ *Ibid.*, 0.403

y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, señalando de modo claro y preciso cuáles son los requisitos para su existencia y la siguiente atribución de efectos patrimoniales. Además, dicha unión convivencial debe ser expresión de la presencia de los elementos condicionantes del concubinato adoptado, tales como: cohabitación y comunidad de lecho; comunidad de vida; notoriedad, singularidad, y permanencia.

Estamos de acuerdo con ARIAS SCHREIBER cuando expresa que al no producir la unión de hecho los mismos efectos que el matrimonio, el tratamiento y las consecuencias jurídicas de los deberes familiares emergentes de una unión de hecho son diferentes a los de aquel²⁶.

Es esa diferenciación de tratamiento entre concubinato y matrimonio, la que nos lleva a tratar la importancia de la determinación del hogar de hecho, esto es, el lugar o residencia donde se desarrolla la relación de pareja, que decide vivir junta y compartir actividades, vivencia comunes y responsabilidades, tal como si fuera un hogar "con todas las de la ley".

Existencia del hogar de hecho

Particularmente, el contenido del deber de cohabitación a exigirse a los concubinos debe darse en algún lugar: el hogar de hecho, que viene a representar tanto a la vivienda donde la pareja comparte el mismo lecho, como a la unión realizada voluntariamente por ambos, con el propósito de realizar un proyecto de vida en común, a la luz de la sociedad, y con la característica de reflejarse como una unión permanente y estable. Evidentemente, la pareja debe haber determinado el lugar donde se asentará y desarrollará la

unión, esto es, el hogar de hecho; y dadas las características anotadas, resulta inaplicable la noción del domicilio conyugal, porque el hogar de hecho debe ser aquel lugar donde se desarrolla la unión concubinaria, aún cuando la pareja hubiera cambiado de residencia más de una vez.

Por consiguiente, tenemos por un lado, el lugar donde se asienta el hogar de hecho, que por propia concepción del articulado, y de acuerdo a los preceptos constitucionales que reconocen a la unión de hecho, no puede equipararse jurídicamente al domicilio conyugal, y por otro lado, que el referido hogar de hecho viene a representar la concurrencia de los elementos fundamentales para la existencia de una unión de hecho.

"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 este modo, el concubinato stricto sensu que regula la norma contenida en el primer párrafo del art. 326 del Código Civil como unión de hecho coincide con la denominación de "hogar de hecho" que pro-

claman las Cartas Constitucionales de 1979 y 1993, en su art. 9° y 5°, respectivamente, cuando establecen: "La unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, que forman un **hogar de hecho(...)**".

La expresión **hogar de hecho**, entonces comprende los elementos condicionantes del concubinato regulado, por la norma bajo análisis, como unión de hecho, entre los cuales tenemos: comunidad de lecho y cohabitación en un mismo lugar de residencia; comunidad de vida, asumiendo roles como marido y mujer con finalidades semejantes a un matrimonio y compartiendo un proyecto común de vida; notoriedad, singularidad, y permanencia, al poder ser identificados por terceros como pareja que vive de forma permanente y estable, o incluso apreciados por terceros

²⁶ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. Cit., p.250

como una familia, en el caso que tuvieren hijos o personas dependientes a su cargo.

2.1.4. Régimen patrimonial de la unión de hecho

A la unión de hecho entre un hombre y una mujer, como relación personal y que reúna los requisitos concurrentes, nuestra legislación establece la existencia de una sociedad de bienes, en el aspecto patrimonial de la relación.

Dicha **sociedad de bienes** se encuentra sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. De la norma se deduce que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso, que ese régimen es uno de sociedad de bienes, y que, además, debe observar las reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuere pertinente. Resultando, así, por remisión aplicable los artículos del capítulo II "Sociedad de Gananciales" del Título III sobre "Régimen Patrimonial" del Libro III de Derecho de familia del Código Civil.

Por otra parte, la declaración de sociedad de bienes, como calificación jurídica de los bienes de la unión de hecho, es una de carácter *iuris tantum*; pues, una vez constituida la unión concubinaria, luego de transcurrido el plazo mínimo de dos años, se debe presumir el carácter común de los bienes. Por tanto, le corresponderá al concubino interesado, demostrar la calidad de bien propio, esto es que, el bien solamente pertenezca a uno de ellos.

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 Civil²⁷.

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, 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 concubinos forman un patrimonio común; otros, en cambio, suponen que se trata de un régimen patrimonial intermedio en que coexisten bienes propios de cada concubino y bienes comunes de la sociedad concubinaria²⁸. 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 concubino y, luego, cuáles son los bienes comunes.

Al existir en la unión de hecho bienes propios de cada concubino y bienes comunes de la sociedad de hecho, entonces los caracteres del régimen de bienes son: a) los concubinos conservan facultades de administración, disposición y gravamen sobre sus bienes propios; b) ambos administran el patrimonio común y deben intervenir para disponerlos o grabarlos; c) 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 d) fenecida la sociedad por muerte, ausencia, acuerdo mutuo o por decisión unilateral procede la liquidación de la comunidad de bienes²⁹.

²⁷ Véanse los arts. 302, 310, 311 del Código Civil de 1984.

²⁸ PERALTA ANDÍA, Javier, *Derecho de Familia en el Código Civil*. Segunda edición. Lima: Idemsa. 1966. p.523

²⁹ *Ibidem*.

Creemos que en la medida que el art. 5° de la Constitución peruana de 1993 se refiere a la “comunidad de bienes” como aquél régimen que emerge de la unión de hecho, se hace necesario adecuar esta terminología a la redacción actual del art. 326 del Código Civil, que continúa utilizando el término de “sociedad de bienes”, derivado de la terminología adoptada en el art. 9° de la Constitución de 1979.

2.2. Segundo Párrafo del art. 326

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.

En cuanto a esta segunda norma, distinguimos que, el supuesto de hecho es: la posesión constante de estado a partir de fecha aproximada; sunexo normativo lo descubrimos en el término “puede que remite a la concesión de una facultad; por último, la consecuencia jurídica: [puede] probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

Entonces, por la norma consignada en el segundo párrafo del art. 326 se establece un derecho, al atribuir una facultad a favor de cualquiera de los concubinos, para acreditar la posesión constante de estado concubinario.

Son varios los aspectos a analizar de esta norma, como el objeto de la prueba, la obligatoriedad del recurso a la vía judicial, el principio de prueba escrita y los efectos de la declaración judicial.

2.2.1. Objeto de la prueba

El tema de la prueba de la unión de hecho es fundamental para la determinación de las consecuencias jurídicas que prevé la norma. Obviamente, la pareja de concubinos al iniciar su relación no firma ningún documento que los acredite en tal condición, por la

nota característica de ser una unión formada fuera del marco de la ley, entonces el **status jurídico** de concubinos no puede ser acreditado con una partida del Registro de Estado Civil.

Entonces será la prueba de la posesión constante del estado de concubinos la que posibilitará la obtención del título de estado de familia de unión de hecho. Por lo cual, se deberá seguir la vía judicial para acceder a dicho título, mediante la declaración judicial de reconocimiento de unión de hecho.

Para los tribunales peruanos resulta importante la acreditación de los elementos configurantes de la unión de hecho, tomando los medios probatorios idóneos, como se puede apreciar en la siguiente ejecutoria que versa acerca de una demanda sobre reconocimiento judicial de unión de hecho y sociedad de bienes, que interpuso la concubina contra la sucesión de su exconcubino, ya fallecido. La Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, se pronunció en el siguiente sentido:

“**TERCERO.-** que, asimismo, la denuncia por maltratos formulada a fojas ciento ochentitrés por la demandante contra su entonces conviviente don Cirilo Carbajal Jesús, (...), gráfica la relación convivencial entre la actora y el de cujus, que igualmente la manifestación de Pedro Carbajal Jesús rendida en la manifestación policial del distrito del Rímac el treinta de julio de mil novecientos noventicuatro, relacionada con el fallecimiento de don Cirilo Carbajal Jesús, al contestar la sexta pregunta preció que el motivo por el cual su hermano tomó la determinación de quitarse la vida obedece a que la exconviviente del fallecido de nombre Irene Gamboa C. hacía dos meses aproximadamente viajó a los Estados Unidos de Norteamérica, agregando que la demandante había convivido con su mencionado hermano veintidós años aproximadamente, motivando que su hermano se dedicase a ingerir licor continuamente y se encontraba en un estado de abandono moral y económico, conforme se aprecia fojas treinticinco y doscientos veintiuno vuelta;

CUARTO.- que la manifestación de Pedro Carbajal Jesús a fojas ciento ochentiocho con motivo de su solicitud presentada ante la Prefectura de Lima el veintitrés de agosto de mil novecientos novecicuatro al contestar la séptima pregunta se refiere a la demandante como conviviente de su hermano fallecido Cirilo Carbajal Jesús y le atribuye ser la causa del suicidio de éste, pues manifiesta que su hermano en vida le comentó que la accionante se había ido al extranjero separándose de él.³⁰

Los medios probatorios sustentaron la existencia de la "unión de hecho" establecida entre la concubina accionante y el concubino fallecido, al tomarse en cuenta que, la denuncia por maltratos que hiciera la misma demandante contra su conviviente revelaba la vida en pareja que sostenían, así como las manifestación de los dos hermanos del conviviente, a raíz del fallecimiento de éste, el 30 de julio de 1994, en las cuales ambos coincidieron en reconocerla como conviviente de su hermano, precisando uno de ellos incluso que la convivencia había durado 22 años, asimismo, ambos también, concordaban en la imputación de la muerte de su hermano a causa del abandono moral y económico de la conviviente.

Todas estas pruebas crearon convicción en la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que se pronunció confirmando la sentencia apelada que había declarado fundada la demanda y reconoció la existencia de una unión de hecho y una sociedad de bienes entre la conviviente demandante y el concubino ya fallecido³¹.

2.2.2. *Obligatoriedad del recurso a la vía judicial*

El texto del artículo es bastante claro en la remisión a la vía judicial para la obtención de la declaración ju-

dicial de la unión de hecho y la sociedad de bienes. Al respecto, CORNEJO CHÁVEZ señala que, aún cuando los mismos interesados se encuentren de acuerdo en el hecho de su unión, no debería obligárseles a litigar para demostrarlo, al menos para las relaciones entre ellos. Por ello considera que la fórmula empleada por el Código Civil resulta obligatorio a los concubinos en todo caso y para todos los efectos a probar dentro de juicios su condición de tales³².

En efecto, la jurisprudencia de la materia se ha pronunciado por exigir que, para que se reconozca el derecho del concubino abandonado a que el otro lo indemnice o le pase alimentos, debe previamente declararse judicialmente fundada la demanda de "reconocimiento de unión de hecho"³³.

2.2.3. *Principio de prueba escrita*

Nuestro Código Civil establece la exigencia de la prueba escrita en el proceso judicial de acreditación de la unión de hecho.

En relación a la prueba escrita, ARIAS SCHREIBER cuestiona la exigencia del requerimiento de la prueba escrita la que califica como excesiva si se considera la dificultad de contar con documentos escritos, en una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia; siendo, precisamente, la prueba testimonial la que asume mayor relevancia en asuntos de derecho de familia. Por ello, considera que debería eliminarse dicho requerimiento³⁴.

No obstante, es innegable la importancia de la prueba escrita que permite sustentar la existencia de la

³⁰ Sentencia de la Sexta Sala Civil - Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. No. 301-97. Lima, 17 de junio de 1997. En: PODER JUDICIAL. *Pleno Jurisdiccional de Familia. Resoluciones Judiciales y Doctrina Jurídica*. Cajamarca, setiembre de 1998, p.201 y ss.

³¹ E integrando la sentencia, la Sala Casatoria dispuso que la juez a quo en vía de ejecución de sentencia, realice la liquidación de la sociedad de gananciales con arreglo a ley.

³² CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. Cit., p.80

³³ Sentencia de la Sala Especializada de Familia, de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. No. 1089-98. Lima, 04 de junio de 1998. En: PODER JUDICIAL. Op. Cit., p.204

³⁴ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. Cit., p.251

unión concubinar, tal como se verá en el siguiente caso, que trata de una demanda de reconocimiento de unión de hecho y de una sociedad de bienes, solicitándose la declaración del 50% de los gananciales a favor de la concubina demandante, resultantes del proceso de liquidación de los bienes adquiridos durante la vigencia del concubinato. Señala la ejecutoria:

“SÉTIMO.- Que de los documentos escritos que corren de fojas cuatro a fojas once, se aprecia que la unión de hecho del de cujus con la demandante, tenía por finalidad cumplir con los deberes semejantes a los del matrimonio otorgándole el causahabiente a la actora las atribuciones de participar en el patrimonio del difunto en la época en que se iniciaban las actividades de la “Fábrica de Licores Noche Buena Sociedad Anónima”, conforme se detalló en el testimonio de la Constitución de dicha Sociedad Anónima del tres de setiembre de mil novecientos setenticuatro, que corre de fojas ciento setentiuno a fojas ciento ochenticinco, donde se consigna a la actora como esposa del que cujus don Germán Mena Pérez, recibiendo cuatrocientas acciones por su participación y se la nombra miembro del Directorio de dicha empresa; que, asimismo, en el testimonio de compra-venta del terreno, hoy Fundo Agrícola ubicado en Chancay, de fecha dieciséis de febrero de mil novecientos setentiocho que corre de fojas doce a diecinueve, repetido de fojas ciento ochentiséis a fojas ciento noventinueve, se consigna a la actora como esposa del mencionado causante, registrándose expresamente ante el Notario Galindo Pardo la traslación de dominio a favor de las referidas partes denominándola “sociedad conyugal”, documentos que constituyen la prueba escrita que exige el artículo 326 del Código Civil”;

En el proceso se presentaron diversos documentos tales como la acreditación de la concubina con 400 acciones de la empresa constituida por su concubino y su nombramiento en el Directorio de la misma, el 3

de setiembre de 1974; además, el haber participado en el testimonio de compraventa de un terreno agrícola adquirido conjuntamente con su concubino el 16 de febrero de 1978; ambos instrumentos revelan ante terceros la apariencia de estado conyugal entre los convivientes, observándose que en dichos documentos se señala –sin serlo– como “esposa” a la concubina accionante. Así, los concubinos hicieron de público conocimiento su unión de hecho, como hombre y mujer, que compartían una comunidad de vida, lecho y cohabitación, además de la notoriedad, singularidad y permanencia, todos elementos condicionantes de la existencia de la unión de hecho. Debe rescatarse, el hecho que el fallecido conviviente le atribuyera a la concubina la representatividad en el patrimonio social de la empresa que constituyeron juntos, cual revela ese grado de confianza que, entre convivientes, crea la comunidad de vida, tal como si se tratara de un matrimonio.

Además, a los indicados documentos, se adicionan otros dos más, como refiere la Sala de Familia:

“NOVENO.- Que de las copias certificadas que corren de fojas ciento diecinueve a fojas ciento veintitrés y del cuaderno de facción de inventarios acompañado que se tiene a la vista, se aprecia a fojas once que con fecha quince de marzo de mil novecientos noventicuatro los hermanos Mena Iberico ya citados y don Aldo Mena Salas, reconociendo que la actora había convivido con su padre don Germán Mena Pérez durante más de treinta años solicitaron conjuntamente con ella dicha facción para asegurar el patrimonio común; similar reconocimiento le otorgan doña Aida Betty y doña Elizabeth Mirian Mena Sotelo hijas del de cujus cuando solicitan la declaración de sucesión intestada de su padre conjuntamente con la actora, en abierto reconocimiento del derecho de ser considerada como co-heredera, conforme se aprecia de las copias que corren de fojas veinte a veintiuno; pruebas éstas que también contienen el principio de pruebas escrita exigido por nuestro ordenamiento civil (...)”.³⁵

³⁵ Resolución No. 2312-5 de la Sexta Sala Civil - Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. No. 738-97. Lima, 16 de setiembre de 1997. En: PODER JUDICIAL. Op. Cit. p. 192 y ss.

De los hechos del caso, fluye que de la relación convivencial de unión de hecho sostenida entre la demandante y el concubino no hubieron hijos. Sin embargo, los seis hijos de concubino –habidos de compromisos anteriores– reconocieron en la actora a la conviviente de su padre. Así, aparece de la facción de inventarios solicitada conjuntamente por la concubina con los hijos del fallecido concubino, así como de la solicitud de declaración de sucesión intestada presentada por la accionante con dos hijas del fallecido.

Con tan categóricos medios probatorios, la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda y que reconoce a la demandante su unión de hecho en estado de concubinato por una duración aproximada de veintiocho años, la misma que terminó con la muerte del concubino; en ese sentido, se dispuso que a la actora le corresponde el cincuenta por ciento de los bienes gananciales, resultantes del proceso de liquidación de los bienes adquiridos durante la vigencia del concubinato.

2.2.4. Efectos de la declaración judicial

En relación a la declaración judicial de la unión de hecho y sus efectos oponibles a terceros, ya en la Sentencia de Casación de la Corte Suprema del 12 de setiembre de 1996 se reconoce que:

“CUARTO.- Que, sobre el particular debe tenerse en cuenta lo señalado por el ponente del Libro III del Código Civil doctor Héctor Cornejo Chávez, en el sentido que fue el temperamento de la Comisión Revisora del Código Civil que para poder oponer la existencia del concubinato a terceros éste debía ser

declarado judicialmente en la forma prevista por dicha norma.

QUINTO.- Que, en ese sentido el doctor Héctor Cornejo Chávez indicaba que el medio que tienen los concubinos para dar a conocer a los terceros la existencia de la unión, es hacer que el Juez ante quien han acreditado su unión, notifique con dicha sentencia a los terceros que ellos indiquen, finalidad que también se consigue inscribiendo dicha resolución registralmente en las partidas correspondientes a los bienes comunes”.³⁶

Al tratarse de una demanda sobre tercería excluyente de dominio, interpuesta por la concubina y dirigida contra el Banco Regional del Norte y su

concubino, se pretendía oponer al banco la existencia de la sociedad de bienes derivada de su unión convivencial sostenida por la demandante con el concubino codemandado. Pero, al sustentar su título en la

“Se requiere de una declaración judicial previa de la existencia de la sociedad de gananciales para poder oponer a terceros la existencia de la unión de hecho, y en su caso, el poder interponer con éxito la acción de tercería excluyente de dominio contra terceros”

presentación de la copia de la demanda de otro proceso accionado por ella misma contra su concubino para que se declare la existencia de la sociedad de bienes, el juez observó que dicho documento no acreditaba su condición de concubina y, por tanto, los derechos que le correspondería a la recurrente sobre parte de los bienes, por ello el juez declaró improcedente la demanda de tercería excluyente de dominio. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Superior y habiendo llegado a la Corte Suprema mediante recurso de casación presentado por la concubina, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al pronunciarse como Corte de Casación determinó que se requiere de una declaración judicial previa de la existencia de la sociedad de gananciales para poder oponer a terceros la existencia de la unión de

³⁶ Sentencia de Casación N1° 688-95, Sala Civil de la Corte Suprema. En: RONCALLA VALDIVIA, Lino. *El Recurso de Casación en materia civil*. Lima: Gaceta Jurídica editores. 1997. Parte II, p.309

hecho, y en su caso, el poder interponer con éxito la acción de tercería excluyente de dominio contra terceros por la parte de los bienes que le pertenecían a la demandante.

Entonces, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la demandante concubina, contra la resolución de vista que confirmó, a su vez, la resolución apelada que declaró improcedente su demanda sobre tercería excluyente de dominio.

Una vez obtenido el reconocimiento judicial de la unión de hecho, ha señalado la Corte Suprema de Justicia, no se requiere un nuevo reconocimiento cuando el derecho del concubino ha quedado firme, con autoridad de cosa juzgada, así lo expresa la Sentencia del Casación del 1° de julio de 1996:

*“Al expedirse la sentencia de vista, se ha interpretado de manera errónea el artículo noveno de la Constitución Política de mil novecientos setentinueve, al pretender desconocer sus alcances al caso de autos, cuando ya ha quedado firme, con autoridad de cosa juzgada el derecho de la demandante, fundamento que ha sido recogido por la sentencia apelada”.*³⁷

De este modo, se tomó en cuenta la sentencia que, en calidad de ejecutoriada, había establecido el derecho de la concubina accionante derivado de su estado de concubinato, el cual fue declarado sujeto al régimen de la sociedad de gananciales. Por ello, la Corte se pronunció declarando la improcedencia del cuestionamiento a las condiciones de validez respecto a la sentencia que declaraba la existencia de la unión de hecho.

Entonces, actuando en su facultad casatoria la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la demandante concubina contra la resolución de vista que revocando la apelada, declaró improcedente su deman-

da de división y participación de bienes dirigida contra los hijos de su concubino ya fallecido. De ese modo, se anuló la sentencia de vista porque ésta había desconocido la autoridad de cosa juzgada que tenía el derecho de la concubina demandante, en virtud a la declaración de unión de hecho que había obtenido judicialmente, y actuando en sede de instancia, declaró fundada la demanda, pronunciándose sobre la división y partición de los bienes, estableciendo la siguiente proporción: cincuenta por ciento para la demandante y el doce punto cinco por ciento para cada uno de los cuatro codemandados (hijos del concubinato fallecido).

2.3. Tercer párrafo del art. 326

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.

Precisemos, en primer lugar los elementos de esta norma jurídica que, tiene como supuesto de hechos: aquellas formas de terminación de la unión de hecho, como: 1) la muerte; 2) la ausencia, 3) el mutuo acuerdo; o 4) la decisión unilateral. El nexos normativo está referido al momento en que se produce la finalización de la unión de hecho y los efectos que correlativamente emergen. Siendo la consecuencia jurídica: 1) la terminación de la unión de hecho; y 2) que a la sociedad de bienes generada durante la unión de hecho, se le debe aplicar las reglas de la sociedad de gananciales para su correspondiente liquidación. Asimismo, una consecuencia jurídica aplicable sólo al supuesto de hecho de la terminación de la unión de hecho por la decisión unilateral de cualquiera de los concubinos, es que el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los

³⁷ Sentencia de Casación N° 312-95, Sala Civil de la Corte Suprema. En: *Ibid*, Parte II, p.227

derecho que le correspondan sobre la sociedad de bienes, de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Mediante esta norma se regulan los efectos de la terminación de la unión de hecho por cualquiera de los supuestos señalados, disponiéndose la expresa aplicación de las normas referidas a la sociedad de gananciales para la liquidación de la sociedad de bienes, constituida durante del concubinato.

Como se señala, en el caso de producirse la decisión unilateral de cualquiera de los concubinos que conviene a entender como concluida la unión de hecho, se concede la facultad al concubino abandonado para interponer una demanda solicitando una indemnización o una pensión de alimentos, alternativamente. En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado en exigir la acreditación del abandono unilateral del hogar conyugal como presupuesto para asignación de la pensión de alimentos a cargo del concubino culpable del abandono, así:

“DÉCIMO OCTAVO.- Que en el acto de la Audiencia que obra a fojas ciento veintisiete a ciento veintinueve, el demandado al responder a la segunda pregunta del interrogatorio, declara que no ha sido su decisión personal dar término a la Unión de Hecho mantenida con la demandante, sino que ha sido decisión de la familia de la demandante al despojarlo de su hogar;

DÉCIMO NOVENO.- Que, tal afirmación es corroborada por la propia declaración de la demandante en la audiencia antes indicada, cuando al ser preguntada por la Representante del Ministerio Público respondió que al día siguiente de que el demandado dejó el hogar, ella por consejo de su abogada cambió de chapa a la puerta de ingreso a la casa, y que no pensaba reconciliarse con el demandado;

VIGÉSIMO.- Que para que proceda la solicitud de alimentos para la conviviente, debe darse el supuesto que la Unión de Hecho se terminó por decisión unilateral de una de las partes, y en el presente caso se puede colegir que fueron ambos los que decidieron dar por terminada dicha Unión;”³⁸

Al considerar el juez de familia que no se había acreditado el abandono unilateral de parte de uno de los concubinos, se pronunció declarando infundada la demanda de alimentos, interpuesta por la concubina demandante. Ya que, en efecto, de las propias declaraciones sostenidas en el proceso de alimentos, tanto por la demandante como por el demandado, ambos reconocieron que circunstancias ajenas a sus propias voluntades los llevaron a poner fin a su unión de hecho. Sin embargo, la Sala Especializada de Familia expidió sentencia, revocando la sentencia apelada que declaró infundada la demanda de alimentos, y declaró improcedente la misma al estimar que previamente debía declararse judicialmente fundada la demanda de “reconocimiento de unión de hecho”, y que luego recién procedería la demanda de alimentos.³⁹

2.4. Cuarto párrafo del art. 326

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

Llegamos, así, a la última norma objeto de estudio, cuyos elementos son: en primer lugar, el supuesto de hecho que está referido a aquella “unión de hecho” que no reúna las condiciones señaladas en la primera norma, pues no se han cumplido los elementos establecidos en su supuesto de hecho para constituir una “unión de hecho”, ya sea por ejemplo, porque uno de los convivientes tuviera impedimento matrimonial, o porque el tiempo de duración del concubinato no hubiera llegado al mínimo previsto por la ley, entre

³⁸ Sentencia del Décimo Tercer Juzgado de Familia. Exp. No.595-97. Lima, 22 de diciembre de 1997. En: PODER JUDICIAL. Op. Cit., p.197 y ss

³⁹ Sentencia de la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 1089-98. Lima, 4 de junio de 1998. En: Ibid., p.204

otros. El nexo normativo lo encontramos en la expresión "el interesado tiene", lo que nos muestra, el establecimiento de una facultad a cargo del concubino, interesado tiene expedita la acción de enriquecimiento indebido.

Por lo cual, de acuerdo a esta norma contenida en el último párrafo del art. 326 se establece un derecho a favor del concubino (a) que conformó el concubinato en su acepción amplia, esto es, aquel que no puede ser considerado como "unión de hecho" porque no se cumplieron con todos los supuestos de hecho necesarios para configurar como objeto de regulación jurídica.

De este modo, nuestro Código Civil no olvidó de regular aquellos casos en que se diera la figura del concubinato en su acepción amplia, en el cual no se estaría frente a una relación calificada en estricto como unión de hecho, dado que le faltaría alguno o algunos de sus requisitos. Sin embargo, no por ello el Código deja de llamarlo unión de hecho. En este supuesto, se deja a criterio de cualquiera de ellos –los concubinos– el interponer la acción de enriquecimiento indebido, obviamente esto se producirá cuando finalice de forma abrupta y unilateral la convivencia, exigiéndose que uno de los concubinos aprecie que su patrimonio ha sufrido un desmedro económico en perjuicio suyo.

Sobre esta acción de enriquecimiento indebido, tenemos el caso de una demanda de anulabilidad de acto jurídico que interpuso un concubino, con el propósito de cuestionar la adquisición de un inmueble realizada conjuntamente con su concubina, argumentando la existencia de dolo y error al momento de la celebración del acto jurídico de compraventa.

En el proceso quedó establecido que las partes mantenían una unión de hecho que si bien no generaba una sociedad de gananciales, por haberse establecido que la demandada tenía impedimento matrimonial por ser casada, esta situación no podía menoscabar

los derechos que le pudiera corresponder a la concubina demandada, al participar en la suscripción de un contrato de compraventa. Así, la Corte Suprema de Justicia expresó en su Sentencia de Casación del 28 de junio de 1996 lo siguiente: "El legislador con la finalidad de proteger de los abusos y apropiación ilícitas de uno de los convivientes sobre el otro ha proveído a éstos con la acción de enriquecimiento indebido a que se refiere el último párrafo del citado artículo trescientos veintiséis del Código Civil."⁴⁰

De modo que, se reconoció, en primer lugar que, al haber quedado establecido que al momento de adquirir el inmueble las partes mantenían una unión de hecho en su acepción amplia, ésta se encontraba amparada por la última parte del art. 326 del Código Civil, y, en segundo lugar que, no se había acreditado la existencia de dolo o error. Entonces, la Corte se pronunció declarando infundado el recurso de casación deducido por el demandante-concubino contra la sentencia de vista que, revocando la apelada, declaró infundada su demanda de anulabilidad de acto jurídico, y en consecuencia, no casó la sentencia de vista, dejándola en sus mismos términos.

En suma, en la parte final del artículo 326°, el legislador regula las consecuencias jurídicas de la unión de hecho en su acepción amplia, buscando no dejar desprotegido a ese concubino, quien si bien no formó una unión de hecho de acuerdo a los términos expresados en el primer párrafo de la norma, no por ello se deben desconocer sus derechos sobre los bienes que se hubiesen adquirido con su participación.

III. CONCLUSIONES

1. El concubinato **stricto sensu** tiene como elementos condicionantes y concurrentes: que se trata de una unión conformada por un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, que comparten un mismo lecho, desarrollando un proyecto de comunidad de vida, de forma públi-

⁴⁰ Sentencia de Casación N° 05-95, Sala Civil de la Corte Suprema. En: RONCALLA VALDIVIA, Lino. Op. Cit. Parte II, p.221

ca y notoria, con rasgos de singularidad, cumpliendo deberes de fidelidad, con carácter de permanencia y donde ambos cohabiten en un hogar común de hecho.

Dichos elementos deben darse conjuntamente y de forma interdependiente por la pareja, cuyas vidas maritales se asemejen a las de un matrimonio; donde cohabiten, compartan el mismo lecho y desarrollen sus vidas en su "hogar de hecho", del mismo modo como si fueran esposos pero sin vínculo matrimonial. Asentándose el hogar de hecho en el lugar de residencia habitual de la pareja.

El art. 326 del Código Civil distingue dos supuestos: la unión de hecho como expresión del concubinato **stricto sensu** y aquella que se configura en su **acepción amplia**. A la primera, le reconoce una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, así como el derecho a una indemnización o alimentos cuando se produzca su término por decisión unilateral de uno de los concubinos; en cambio a la segunda, no le reconoce ninguno de esos efectos jurídicos, dejando solamente a elección del conviviente interesado el ejercer la acción de enriquecimiento indebido.

4. La jurisprudencia peruana se ha pronunciado distinguiendo claramente ambos supuestos, y ha sido muy clara en apreciar los elementos condicionantes y declarar el reconocimiento judicial a la unión de hecho, **stricto sensu**, y los efectos jurídicos que emanan de dicha situación, aceptando entre los medios probatorios tanto la prueba escrita como la prueba testimonial.
5. La jurisprudencia peruana exige la declaración judicial del "reconocimiento de unión de hecho", de modo previo para resolver cualquier demanda de liquidación de los bienes comunes al fenecimiento de la unión de hecho, en la mayoría de los casos producido por el fallecimiento de uno de los concubinos, o en los procesos de alimentos ante el abandono unilateral de uno de ellos.
6. En la medida que el art. 5° de la Constitución peruana de 1993 se refiere a la "comunidad de bienes" como aquél régimen patrimonial que emerge de la unión de hecho **stricto sensu**, se hace necesario adecuar esta terminología a la redacción del art. 326 del Código Civil, que continúa utilizando el término de "sociedad de bienes", derivado de la terminología adoptada en el art. 9° de la Constitución de 1979. D⁸