

Yuri Vega Mere*

Amor, familia, unión de hecho y relaciones patrimoniales

41

Y sobre cómo y desde cuándo se debe considerar constituida la comunidad de bienes entre concubinos

*Love and marriage
 Love and marriage
 They go together
 Like a horse and carriage
 This I tell ya, brother
 You can't have one
 Without the other
 Love and marriage
 Love and marriage
 It's an institute
 You can't disparage
 Ask the local gentry
 And they will say it's elementary
 Try, try, try to separate them
 It's an illusion
 Try, try, try and you only come
 To this conclusion ...*

(Love and marriage, canción interpretada por Frank Sinatra)¹

* Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María (Arequipa).

1 Para quienes no lo recuerden, la canción interpretada por Frank Sinatra fue el tema que caracterizó la serie *Married with children* (Matrimonio con hijos), una comedia que salió al aire por primera vez en Estados Unidos el 5 de abril de 1987 por FOX y que fue muy exitosa en todo el mundo. Aún hoy se emite por algunas señales abiertas o de cable. La serie describe la vida de los Bundy, una familia disfuncional que vive en Chicago, Illinois, conformada por Al (Ed O'Neil), Peggy (Katey Sagal), Kelly (Christina Applegate), Bud (David Faustino) y el perro Buck. La serie representó la típica familia norteamericana de los años 80: un marido al que poco le importaba su familia; la señora, una compradora incontinente; la hija, que era el estereotipo de "rubia bella y tonta"; y el hijo, un perdedor que busca ser atractivo.

1. Objeto de este ensayo

Nada más ajeno a la realidad que pensar que el amor como relación afectiva se pueda hallar únicamente dentro de un matrimonio como dice la famosa canción interpretada por el talentoso e insuperable Frank Sinatra (“The Voice”). Para muchos, como quien escribe, el mejor cantante de Jazz de todos los tiempos.

El amor trasciende el matrimonio. Existe antes, dentro, fuera y después de él. Y es por ello que al lado de las uniones conyugales existen, entre otras expresiones familiares, las uniones de hecho, a las que se protege constitucionalmente. El manto de tutela, por lo demás, se extiende a otras formas familiares, como sucede de reciente con las familias ensambladas².

Al lado del amor, que es una necesidad afectiva que soporta, por sobre todo, la constitución de una familia, encuentran espacio las necesidades materiales y tanto los cónyuges como los convivientes se ven precisados a valerse de bienes y cosas de todo género que deben adquirir con el fin de colmar ciertos requerimientos.

La conformación del patrimonio conyugal, en términos generales, no suele presentar inconvenientes en la medida que las reglas del régimen patrimonial y sus alternativas (la sociedad de gananciales o la separación de patrimonios) cuentan con reglas bastante desarrolladas, sin perjuicio de pocos mas necesarios ajustes que en esta oportunidad no nos interesa señalar. Los problemas, o las soluciones no siempre acertadas, se advierten, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, respecto del tratamiento jurídico de las relaciones patrimoniales entre concubinos. Es curioso: si los convivientes escapan (a veces no conscientemente) de la regulación del matrimonio, dada la urgencia de dar respuesta a las controversias que pueden surgir en la pareja a propósito de sus adquisiciones, éstas terminan recibiendo un tratamiento similar (y, a veces, como veremos, igual) al que se da a la unión conyugal. Es la paradoja que deriva de muchas razones, entre las cuales se encuentra la mayor aceptación que hoy en día tienen los concubinatos, la inconveniencia de dejar librados a su suerte a los convivientes y, claro está, el principio constitucional de protección de la familia que permitirá, al operador y al jurista, interpretar la legislación ordinaria de acuerdo con los valores y principios recogidos en la Constitución.

Las dudas, las diferencias de opinión o los vacíos sobre la forma en que se debe tratar –jurídicamente– las relaciones patrimoniales entre convivientes

atraviesa por tener presente que las normas del Código civil no pueden leerse más por medio del prisma de la Constitución de 1979 que estuvo vigente al momento de la promulgación de dicho Código sino, por el contrario, a la luz de los valores y principios que quedaron plasmados en la Constitución del año 1993.

Bajo tales premisas debo indicar que el objeto de estas líneas es esbozar –muy ajustadamente– algunas pautas de interpretación que puedan, de una vez por todas, dar respuesta sobre el régimen normativo que debe regir las relaciones patrimoniales de la pareja concubinaria. Aunque me cueste decirlo, ha percibido que la labor de la jurisprudencia en esta materia no ha contribuido a estructurar un adecuado tratamiento legal.

Una vez que hayamos pasado revista a las intenciones de los constituyentes del año 1979 y de lo que se quiso con las normas del Código civil en la materia que nos ocupa (intentando descubrir el posible origen de los problemas que subsisten hasta hoy) veremos cómo ha de variar el enfoque desde el año 1993. Luego, dedicaré unas líneas a la Resolución del 3 de julio de 2008 (Exp- N° 462-08) de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, y otras (las finales) a ideas adicionales y conclusivas sobre las relaciones personales entre los convivientes.

2. La protección de la familia matrimonial. El origen del régimen normativo sobre la sociedad de bienes entre concubinos: una mirada a los debates de la Asamblea Constituyente de 1978-1979

Para empezar, recordemos que el artículo 5 de la Constitución de 1979 rezaba:

“El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia”.

De una atenta lectura de dicho precepto resultaba evidente que para el constituyente y la Constitución de aquel año el principio de protección de la familia se centraba en la tutela que dicha Carta dispensa-

2 VEGA MERE, YURI. *La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*. En: Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Grijley, Lima, Junio 2008, N° 06, p. 35 ss. o bien en Jurisprudencia casatoria, Motivensa, Derecho civil y procesa civil, Lima 2009, Tomo III, pp. 33 y ss.



“Es curioso: Si los convivientes escapan (...) de la regulación del matrimonio, dada la urgencia de dar respuesta a las controversias que pueden surgir en la pareja a propósito de sus adquisiciones, éstas terminan recibiendo un tratamiento similar (...) al que se da a la unión conyugal.”

ba, con carácter exclusivo, a la unión basada en el matrimonio. Si bien el matrimonio no es ni ha sido una institución natural, si fue una institución fundamental para el constituyente. El modelo de la familia matrimonial (que además se encontraba recogido en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derechos civiles y políticos de la época³) respondía a la tradición y a la tabla de valores que prevaleció en los debates para la redacción la Constitución de aquel entonces.

El *favor matrimonio* se explica por las notas características que tiene dicha unión: (i) el carácter estable y cierto de la relación por la forma y ceremonia que rodea la celebración desde los actos previos a dicho momento; (ii) la –en principio– indisolubilidad del vínculo; (iii) la mejor y más sencilla determinación de las relaciones que se derivan del matrimonio entre los esposos, los hijos y los familiares de los cónyuges con éstos y su descendencia, que no son otra cosas que el surgimiento inmediato de efectos legales entre los nombrados; (iv) el ser el espacio legitimador de las relaciones sexuales; (v) el ser soporte de una serie de presunciones de paternidad y maternidad (que la ciencia luego pondría en cuestión); etc.

Las uniones no matrimoniales no eran bien consideradas y, en todo caso, eran vistas con desconfianza y con reparos morales por ciertos sectores (los más conservadores) del medio. Siempre se les adjudicó como nota señalativa su carácter precario, efímero; el ser falso legitimador de relaciones íntimas al margen del matrimonio o escenario de encuentros furtivos que no exhibían la dosis de compromiso que deriva del

carácter formal del matrimonio, entre otras tantas cosas sobre las que me he ocupado en otro lugar.

Por esa razón, podemos comprobar que en la discusión sobre el concubinato durante los debates de la Asamblea Constituyente de 1978-1979, además de delimitarse la polémica al concubinato propio o perfecto⁴, también se redujo todo intento de recepción del mismo a aspectos puramente patrimoniales.

Cuando la referida Asamblea Constituyente discutía lo que fue el artículo 9 de la Constitución de 1979, encontramos algunas sorpresas⁵. Así, advertimos que en un primer intento no sólo se aludía a la unión como monogámica sino que además (por error y no por intención alguna) se propuso aplicar al concubinato el régimen de la *sociedad conyugal* y no el de la *sociedad de gananciales*, con lo cual se hubiere equiparado la unión de hecho al matrimonio como lo hizo notar el constituyente Alayza Grundy. La consigna 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 o distribuir el patrimonio adquirido con el esfuerzo de ambos.

Resulta interesante comentar que el Sr. Valle Riestra fue el único que, en mi opinión, entendió que no se podía imponer a los concubinos como único y excluyente el régimen de la sociedad de gananciales. Valle Riestra se preguntaba: “¿Pero, por qué tenemos que crear una sociedad de gananciales cuando realmente dentro del matrimonio común y normal

3 Si se revisa el *Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*, Lima, Publicación Oficial, Tomo I, pp. 316-317, en efecto, se puede advertir que el constituyente Andrés Aramburú Menchaca alude a que en el proyecto del artículo relativo a la protección de la familia y el matrimonio se recogía los preceptos de las declaraciones y pacto sobre derechos humanos, razón por la cual no hubo mayor fundamentación.

4 Cuyas notas son: a) La unión debe ser voluntaria y debe revelar el *afectio maritalis*, aunque voluntad y afectos sean distintos pero claramente complementarios; b) debe tratarse de una unión entre un hombre y una mujer; c) debe existir monogamia; d) se entiende que la pareja debe tener una comunidad de vida estable y duradera; e) la pareja debe compartir un techo común y además cohabitar; f) los miembros de la pareja, además, deben encontrarse libres de impedimento matrimonial; g) la convivencia debe cumplir funciones análogas al matrimonio; h) la unión debe ser notoria, pública, cognoscible por los terceros; i) la unión carece de las formalidades que se requieren para la celebración del matrimonio. No es requisito el que la pareja tenga hijos, aunque sea un indicio de convivencia o de relaciones maritales. Sobre el particular, *in extenso*, VEGA MERE, Yuri. *Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho*. En: *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, Segunda edición, Colegio de Abogados de La Libertad, 2005, pp. 141-146.

5 En lo que sigue me baso en las discusiones de los días 12 de setiembre de 1978 y 20 de diciembre del mismo año del *Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*, Publicación Oficial, Lima, Tomo I, pp. 315-349.

hoy al amparo de la ley puede tener un régimen de separación de bienes? ¿Por qué ir a eso cuando hay tendencia en el mundo a que los matrimonios no tengan una comunidad por medio de capitulaciones? ... Yo estoy unido libremente. ¿Por qué? Porque no quería tener gananciales con mi cónyuge, con mi compañera; pero si la Constitución de la República está creando una serie de gananciales, pues de esta parte dejo a mi mujer y a mis hijos para que no pidan nada; o sea que el intento en lugar de ser productivo, va a ser contraproducente y vamos a tener mayores abandonos en el Perú”⁶.

En defensa de la imposición de un régimen social al cual aplicar supletoriamente el de la sociedad de gananciales se manifestaron distintos constituyentes, entre ellos el Sr. Polar y el Sr. Cornejo Chávez, luego Ponente del Libro de Familia del Código Civil. El argumento que usaron ambos durante los debates fue el mismo: que el hombre se burla de la concubina cuando es abandonada pues el varón toma los bienes que fueron adquiridos por ambos. Es, curiosamente, el mismo argumento que utilizaría Cornejo Chávez cuando explicó la implantación de la comunidad de bienes de la pareja no matrimonial que finalmente sustentó –en su momento, como veremos- la redacción del artículo 326 del Código Civil⁷. A ese argumento se sumó el constituyente Rivera Tamayo cuando sostuvo: “ ... he visto que estos concubinos cuando han adquirido bienes, todos están a su nombre y adquieren sobre todo un gran patrimonio; entonces abandonan a la concubina y la dejan en la miseria ... [...] ... yo creo que este dispositivo constitucional en la forma como está redactado, con alguna modificación que pueda hacerse, me parece que debe establecerse con un criterio de justicia y sobre todo pensando en la realidad del país. La realidad del país es que hay más concubinatos, hay más servinacuy que matrimonios y que, efectivamente, se cometen abusos por parte del

concubino ... ”⁸ a lo que el Sr. Malpica añadió que la consideración de bienes comunes ya existía en la Ley Agraria y en la Ley de Barriadas⁹.

Las opiniones de los constituyentes, como era de esperarse, no eran coincidentes inclusive frente a la propuesta de norma que se discutía que, hasta ese momento era: “Artículo 9°.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, dará lugar a una sociedad de bienes, que se sujetará a las regulaciones de la sociedad conyugal en cuanto fueren aplicables”.

Y digo esto porque si bien Alayza Grundy había advertido que se debería hacer mención a la sociedad de gananciales y no a la sociedad conyugal, sin embargo sostuvo que: “La familia natural ... constituida con las condiciones que dicte esta ley, debe ser asimilada lo más posible salvo estas circunstancias que impiden su asimilación plena a la familia legalmente constituida ... ”.

Ante la defensa de la consagración del régimen patrimonial de bienes comunes para los concubinos, nuevamente, en una sensatísima intervención, Valle Riestra dijo: “Estamos aquí legislando para una posibilidad, que parece no coincidir mucho con la peruana; estamos hablando del aspecto no humano, sino del aspecto económico de los concubinatos ... ”¹⁰ (la cursiva es mía).

Pese a ello, se impuso el punto de vista defendido por el Sr. Cornejo Chávez cuando sostuvo que no se quería establecer un matrimonio de segundo grado y que la propuesta en discusión se reducía a los efectos patrimoniales sin incorporar los personales, al menos en el momento (es decir, la época) de la discusión¹¹, acogiendo la necesidad de que se precise que la comunidad de bienes queda sujeta a la sociedad

6 *Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*, cit., Tomo I, pp. 326-327.

7 Es más, CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar peruano*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 66 y ss, sostiene que permitir la separación de bienes generaría abusos entre concubinos, ¿Y acaso ello no podría ocurrir entre esposos?. Lo secundan en cuanto al hecho de que se trata del único régimen patrimonial ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX, *El derecho de familia y los contratos*, en *La familia en el derecho peruano*, Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 272; ARIAS SCHREIBER, MAX; ARIAS SCHREIBER, Angela y PLÁCIDO, Alex. *Exégesis del Código civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, Tomo VII, p. 264; BIGIO CHIREM, *El concubinato en el Código civil de 1984*. En: Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor, Cultural Cuzco, Lima, 1992, pp. 156 y 157; PLÁCIDO, Alex, *Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho en la doctrina y en la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 386; CASTRO PÉREZ-TREVINO, Olga María, *La sociedad de gananciales y las uniones de hecho en el Perú*. En: *Derecho y Sociedad*, Revista Publicada por los alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pp. 343 a 347, entre otros.

8 *Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*, cit., Tomo I, pp. 328-329.

9 En efecto, el artículo 39 de la Ley N° 13517 (Ley de Barriadas) señalaba: “Artículo 39.- Cuando el adquirento [debió decir adquirente] de un lote marginal con fábrica o sin ella, que sin tener en cuenta el estado civil de casado, esté ocupándolo en compañía de la mujer con quien hace vida marital, siempre que ésta tampoco tenga impedimento legal para contraer matrimonio, el bien que adquiriera será de propiedad de ambos, en cuyos nombres deberá extenderse el título correspondiente.

En caso que alguna de las personas mencionadas contrajera matrimonio con persona distinta, el bien se sacará a remate con la limitación establecida en el artículo 9 a fin de que el precio del mismo sea distribuido por partes iguales entre sus propietarios”.

Como resulta evidente, se imponía una suerte de copropiedad.

A su turno, el artículo 88 del Decreto Ley N° 17716, Ley de Reforma Agraria señalaba:

“Artículo 88.- Cuando falleciera el adjudicatario de una unidad agrícola familiar sin haber cancelado su precio, caducará el contrato de compra-venta, considerándose lo que hubiera abonado a aquel como la merced conductiva por el tiempo que hubiera conducido la parcela y, en tal caso la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural adjudicará gratuitamente la misma a la cónyuge o compañera permanente y a los hijos menores de 18 años, quienes estarán obligados a liquidar el condominio cuando el último de los hijos cumpla 18 años de edad, o adquiriera capacidad civil”.

10 *Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*, cit., Tomo I, p. 331.

11 *Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*, cit., Tomo I, p. 335.

de gananciales y no a la conyugal¹² que advirtiera el constituyente ultra conservador Alayza Grundy¹³.

Así nació el régimen relativo a las relaciones patrimoniales entre los concubinos y la exclusión de la pareja no matrimonial del concepto y de la protección constitucional de la familia, limitaciones que fueron agravadas por el Código Civil, quizá por tratarse —en buena parte— de la obra de una misma persona. Nadie dijo en ese momento en qué consistía esa sociedad de bienes o si se diferenciaba de la copropiedad pues, como era claro, tampoco era una sociedad de gananciales en la medida que el régimen de ésta únicamente aplicaba (y aplica) a las relaciones patrimoniales entre personas casadas. El recurso al régimen de bienes conyugales fue obra de la poca inventiva que se mostró en la discusión de la Constitución y la legislación ordinaria quedó amarrada a ello. Nadie puso en cuestión que las normas constitucionales y ordinarias puestas en vigencia le habían dado la espalda a la realidad pues si se creyó que con ellas desaparecerían los concubinatos, los años sucesivos (y la inveterada costumbre de una buena parte de la población) demostrarían lo contrario.

Finalmente, el texto aprobado por dicha Constitución fue:

“Artículo 9.- 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”.

3. La regulación de la convivencia en el Código Civil y su conformidad con la Constitución de 1979

El Código Civil perpetuó los valores y prejuicios del constituyente de 1979 en materia de concubinatos. Su

art. 326, aún vigente con la misma redacción original, reza:

“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”.

Siendo claro que el legislador ordinario no tuvo como intención instaurar un régimen de protección al concubinato, pues su “ideal” era lograr su paulatina disminución y eventual desaparición y no crear un matrimonio de segunda clase¹⁴ (que quedará en simples deseos si se revisan las estadísticas del censo del 2007, pues casi 25% de la población vive en concubinato), el artículo 326 del Código Civil reconoce algunos efectos —en principio patrimoniales— al concubinato “propio” o “perfecto”, que conviene explicar para tener una idea clara de los alcances de

12 *Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*, cit., Tomo I, p. 338.

13 Y digo esto porque en el Diario de Debates, Tomo I, p. 339, este desaparecido político señalaba que: “Estamos entregando una de las piezas fundamentales de una institución que esta muy cerca de ser atentatoria del derecho matrimonial”.

En la sesión de aprobación de lo que finalmente sería el artículo relativo a la unión de hecho hubo algunas otras opiniones de otros constituyentes que hoy en día generarían un inmediato rechazo por encontrarse teñidas de prejuicios y argumentaciones que se entenderían como discriminatorias. Así, por ejemplo, encontramos (Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, Tomo IV, pp. 432 y 433) la discusión que sigue:

“El señor Aramburú.- Consecuente con la opinión que di cuando se discutió este artículo, creo que es una disposición que debilita el matrimonio. Responde efectivamente a la realidad en algunos casos no tan frecuentes como se supone, porque generalmente estas uniones irregulares no son casos de gente en los cuales haya mucho bienes que distribuir; en cambio, aquí estamos estableciendo la institución de la barraganía que existió en el Fuero Juzgo y que llegó hasta las Siete Partidas, pero que ninguna otra ley posterior volvió a contemplarla ... Generalmente estas uniones ilegales son entre gentes modestas y en realidad no las ampara ni las protege en nada este artículo, que sí, más bien, debilita la institución del matrimonio”.

[...]

“El señor Rivera Tamayo.- Señor Presidente: No estoy de acuerdo con el doctor Aramburú, porque precisamente este artículo tiene un fondo de justicia, especialmente en la sierra y en la caja de selva, donde se ven casos de concubinarios (sic) que al principio carecían de bienes y con el tiempo adquieren fortuna o bienes en pequeña o gran cuantía. Eso no importa, lo esencial es el aspecto humano, porque sucede entonces que el concubino o conviviente abandona a la concubina y ésta tiene que seguir un juicio por enriquecimiento ilícito o indebido y después de muchos años, a veces obtiene algo o nada.

De modo que este artículo tiene un gran fondo de justicia y yo, Señor Presidente, pido que se mantenga su texto en la forma en que está redactado”.

[...]

“El señor Ortiz de Zavallos.- Señor Presidente: Estuve de acuerdo y estoy de acuerdo con el doctor Aramburú. Voté con él y perdimos la votación ...”

[...]

“El señor Polar.- Que subsista tal como está. Tiene que subsistir porque fue aprobado por amplia mayoría y por abundantes razones, como ha recordado Rivera Tamayo; es un artículo de justicia a la gente modesta y debe respetarse”.

14 CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar peruano*, cit., pp. 66 y ss

su regulación civil¹⁵. No está demás comentar que la Exposición de Motivos del art. 326 es bastante lacónica y sólo enfatiza que la intención fue reconocer únicamente efectos patrimoniales a la unión de hecho. Es más, Cornejo Chávez propuso que el plazo para el surgimiento de la sociedad de bienes fuera de cinco años¹⁶.

El artículo en cuestión se incardinó dentro de un régimen legal que, como lo hemos sostenido en otra oportunidad¹⁷, obedeció al concepto cerrado de familia, al concepto tradicional asentado en el matrimonio; opción que, además, estuvo plagada de prejuicios. En efecto, la visión del grupo familiar asentado sobre el matrimonio respondía al viejo modelo y anhelo de la unión controlada por el Estado y por la moral laica que heredó la misión legitimadora del sexo de la Iglesia Católica y que pretendió erigirse como el único medio autorizado para la descendencia. En cualquier caso, resulta evidente que los prejuicios del Constituyente de 1978-1979 sobre el concubinato como unión de segundo rango (que hacía peligrar el matrimonio) y que asomaba en los sectores económicamente deprimidos, parece haber sido trasladada con esas mismas coloraciones ideológicas al Código civil que, al menos hasta el día de hoy –sin contar con las reformas introducidas luego de 1984– se ha mostrado tercamente opuesto a los cambios que se han dado en la colectividad y en sus convicciones. Nadie duda en la actualidad que el concubinato ha recibido serias y amplias adhesiones desde que la cuarta parte de la población vive en familias sin matrimonio y que, a diferencia de todos aquellos prejuicios que no pueden ser sostenidos más por nadie, las uniones de hecho no pertenecen a ningún estrato en particular. No son pocas las parejas que pertenecen a los denominados Sectores A y B de la población (por su mayor nivel de ingresos) que viven en uniones de hecho por las más variadas razones que en nada guardan relación con la pobreza o la riqueza.

No quisiera anticiparme al cambio que se produjo en 1993. Por ello, quizá convendría, en esta parte, detenerme en intentar desentrañar el significado de la “sociedad de bienes” y su relación con la sociedad de gananciales.

4. La llamada “sociedad de bienes” o “comunidad de bienes”: Reglas para resolver un misterioso concepto¹⁸

El Código Civil, inspirado en el artículo 9 de la Constitución del año 1979, denomina *sociedad de bienes* a esa realidad conformada por las propiedades de los concubinatos “propios” o “perfectos”, mientras que el art. 5 de la actual Constitución de 1993 la califica como *comunidad de bienes*: “La unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”¹⁹. Este régimen de bienes no ha sido, en mi concepto, suficientemente explicado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Lo primero que debe quedar claro es que para la creación de la sociedad de bienes debe cumplirse con los requisitos del art. 326, especialmente en lo atinente al plazo. En consonancia con ello, no se puede dudar que los bienes que adquieren los convivientes hasta antes de que se supere los dos años serán bienes propios si son adquiridos por uno de ellos o sujetos al régimen de copropiedad si fueron adquiridos por ambos.

Es cierto que también podría sostenerse que el plazo de dos años no importa a efectos de la constitución del régimen de sociedad de bienes; que ésta surgiría desde que se produce la convivencia sin esperar los dos años y que, una vez que se cumpla dicho plazo, recién resultará aplicable el régimen de la sociedad de gananciales (que pertenece al matrimonio) a la comunidad de bienes de la pareja concubinaria. Esta lectura, sin embargo, me parece errada o, en todo caso, sin utilidad práctica, pues si sólo se aplicarán tales reglas al satisfacerse el requisito del plazo antes indicado, de nada sirve que se predique la existencia de una sociedad de bienes que no estará integrada por ningún bien pues hasta antes de los dos años los bienes serán de propiedad exclusiva de los convivientes o se adquirirán en copropiedad, al igual que los frutos o productos que deriven de ellos.

15 Efectos que se justifican excepcionalmente para no fomentarlas, como dicen Max Arias Schreiber Pezet, Angela Arias Schreiber Montero y Alex Plácido V., *Exégesis del Código civil peruano de 1984*, Tomo VII, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 263-264.

16 Ver, CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Exposición de Motivos y comentarios al Libro de Familia del Código civil de 1984*, en Código civil, Exposición de Motivos y comentarios, Comisión Encargada del estudio y revisión del Código civil, Compiladora: Delia Revoredo, Lima, 1988, IV, pp. 473-479.

17 VEGA MERE, Yuri. *La familia por venir: entre lo público y lo privado, entre la tradición y la modernidad (o postmodernidad)*, en mi libro *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, Segunda edición, Colegio de Abogados de La Libertad, 2005, p. 39.

18 En lo que sigue he intentado basarme en VEGA MERE, Yuri. *Sobre el derecho de los convivientes a ordenar su patrimonio mediante acuerdos de separación de bienes y la urgencia de definir la llamada “sociedad de bienes”*. Y sobre la necesidad de modificar la jurisprudencia de la Corte Suprema, en Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, Septiembre 2003, pp. 83-94. Sin embargo, introduzco ajustes de especial gravitación que posiblemente mi posición resulte más clara en el presente trabajo que en el ensayo que cito en esta nota.

19 Por lo demás, no encuentro nada relevante en la discusión del denominado Congreso Constituyente Democrático que tuvo a su cargo la redacción de dicha norma cuando se discutía el nuevo texto constitucional. Vid. *Debate Constitucional, Pleno – 1993*, Congreso Constituyente Democrático, Diario de los debates, Publicación Oficial, Lima, Tomo I, pp. 353 y ss.

En sintonía con mi interpretación de los requisitos establecidos por el artículo 326 del Código civil, los bienes que adquiere la unión de hecho a título oneroso una vez superado los dos años (el día uno del tercer año de convivencia) pasan a integrar la comunidad o sociedad de bienes sin que los bienes que se hubieren adquirido antes (como propios o en copropiedad) cambien de naturaleza. También la integrarán los frutos o productos de los bienes propios (o en copropiedad) de los convivientes.

Pero, ¿qué significa que esa comunidad o sociedad de bienes queda sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable según el mandato constitucional o de conformidad con lo dispuesto por el legislador ordinario? ¿Qué naturaleza tendrán los bienes adquiridos luego de los dos años? ¿Son bienes sociales o son bienes comunes?

Parece que no tiene sentido considerarlos como bienes que quedan sujetos al régimen de copropiedad dado que ello no guardaría coherencia con la norma constitucional. Por tanto, una primera regla que debemos considerar es que dichos bienes son “sociales” (pertenecen a la sociedad o comunidad) y no bajo copropiedad, razón por la que no admiten la participación a través de cuotas ideales como en la tantas veces referida copropiedad, independientemente de que exista o no reconocimiento judicial de la unión de hecho al inicio de la vigencia de aquella comunidad de bienes entre concubinos, como veremos luego.

Si, por tanto, tienen naturaleza similar (o quizá idéntica) a la de los bienes “sociales” de la sociedad de gananciales, ¿es aplicable el artículo 301 del Código civil que prescribe: “*En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad*”?

Si fuera de aplicación la norma antes citada, la sociedad o comunidad de bienes estaría constituida por las adquisiciones a título oneroso de ambos convi-

vientes que entonces serán considerados bienes “sociales” -que adquieren desde el primer día del tercer año de compartir mesa, techo y lecho- y por los frutos o productos provenientes de los bienes propios o en copropiedad adquiridos por los convivientes hasta antes de cumplirse los dos años de vida en común.

Si seguimos bajo la misma línea de razonamiento, la sociedad o comunidad de bienes debería tener ese mismo temperamento envolvente de la sociedad de gananciales y, por tanto, resultarían de aplicación los artículos 302²⁰, 310²¹ y 311²² del Código civil, sin perjuicio de otras normas que luego veremos.

El problema, en realidad, está dado por las expresiones “... en cuanto sea aplicable ...” de la Constitución o “...en cuanto le fuere aplicable ...” del Código Civil dado que a partir de ellas se debe definir la aplicación del régimen de sociedad de gananciales. Pero, ¿quién determina qué normas se aplican? Sin duda, tendrá que hacerlo la jurisprudencia, las Cortes, coincidiendo o no con la doctrina, pues ésta sólo exhibe intuiciones u opiniones que, para mala fortuna, no coinciden. Así, por ejemplo, Cornejo Chávez²³ entiende que resultan aplicables a la sociedad de bienes concubinaria las normas sobre la determinación de bienes propios; las relativas a la administración, disposición y gravamen a título oneroso o gratuito de los bienes propios; las normas sobre las deudas de cada concubino; a las normas sobre administración, gravamen y disposición sobre bienes que corresponden a ambos concubinos (lo que hemos llamado bienes “sociales” por extensión); las reglas relativas a las presunciones para determinar la naturaleza de los bienes comunes (de la sociedad o comunidad de bienes); las normas sobre contratación de bienes comunes y las normas sobre las cargas a la que están sujetos los bienes de la sociedad o comunidad de bienes. En cambio, no son aplicables, según el mismo autor, las normas referidas al fenecimiento de la sociedad de gananciales.

20 Artículo 302.- Son bienes propios de cada cónyuge:

- 1.- Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales.
- 2.- Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla.
- 3.- Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito.
- 4.- La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.
- 5.- Los derechos de autor e inventor.
- 6.- Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.
- 7.- Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio.
- 8.- La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio.
- 9.- Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

21 Artículo 310.- Son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión; así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso.

22 Artículo 311.- Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes :

- 1.- Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.
- 2.- Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.
- 3.- Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.

23 CORNEJO CHÁVEZ. *Derecho familiar peruano*, cit., pp. 291-292

Si revisamos la opinión de otro destacado jurista, el Prof. Alex Plácido, encontraremos algunas ideas algo diversas. Así, Alex Plácido sostiene que cuando se cumple los dos años de convivencia ello no importa la conversión de la comunidad de bienes en sociedad de gananciales²⁴. En verdad, recién nace la sociedad de bienes; de allí que no resulte exacta la apreciación del autor. En opinión de dicho autor, la determinación de la pertinencia o no de la aplicación de las reglas de la sociedad de gananciales a la comunidad de bienes se realiza considerando la naturaleza del régimen patrimonial de las uniones de hecho.

Además Alex Plácido sostiene que es impertinente la aplicación del art. 312 del Código civil²⁵ por cuanto en una comunidad de bienes se puede disponer en cualquier momento de la cuota ideal respecto de los bienes comunes²⁶. Ello da a entender que este autor asume que la comunidad de bienes se rige por el régimen de la copropiedad, asunción que –reitero– comparto pues ello sería tanto como echar por la borda la creación de un régimen de titularidad especial para los concubinos. La razón que alega Alex Plácido sobre el carácter restrictivo del art. 312, que aplicaría también para el art. 315 y otros del Cód. civ., y su colisión con la prohibición de aplicación analógica de normas restrictivas o prohibitivas (art. IV de Título Preliminar del Cód. civ.) es errada. Lo que importa es la naturaleza (¿y el destino²⁷?) de los bienes en cuestión y en ello tengo una posición que valida la aplicación de tales normas a los concubinatos pues las reglas en cuestión tienden a proteger la participación de la pareja en actos que afecten sus bienes sociales y el interés familiar, por lo que no veo diferencia entre una y otra unión para tales efectos.

Por ello, soy de la opinión que la sociedad de bienes comparte igual naturaleza que la sociedad de gananciales y, por ende, comprende los bienes propios de cada concubino (o en copropiedad) y los bienes co-

munes o sociales, que no son susceptibles de división ideal como bien sugiere el Prof. Plácido.

Comparto, sí, la idea de que en caso de impertinencia de alguna norma de la sociedad de gananciales habrá que ver si es posible aplicar otro régimen, pero aplicar sin más las reglas de la copropiedad es invocar dos regímenes incompatibles: lo que creo es que los bienes comunes o sociales en ambos casos no tienen posibilidad de quedar sujetos al tratamiento de la cotitularidad, copropiedad o condominio.

Por otro lado, también es cierto que no se puede aplicar en bloque, sin ningún tipo de filtro o análisis, las normas de la sociedad de gananciales. La aplicación no puede ser automática, debe ser razonable.

Por supuesto, no llego al extremo de compartir o hacer mío ese disparate jurídico alojado en el Código Procesal Civil según el cual la sociedad de gananciales es un patrimonio autónomo²⁸. Primero, porque en todo caso, la naturaleza jurídica objeto de discusión no es propiamente ni la sociedad de gananciales (ni la sociedad de bienes del concubinato) sino la naturaleza de los bienes sociales (de los esposos o de los concubinos) que integran, junto con los bienes propios de la pareja, la referida sociedad de gananciales (o sociedad de bienes de los convivientes). Segundo, porque en aplicación de lo dispuesto por los artículos 301, 306²⁹, 308³⁰ y 317³¹ resulta evidente que no existe autonomía de los patrimonios personales y a que, llegado el caso, los derechos (no divisibles idealmente) que le corresponden a uno de los esposos sobre los bienes sociales pueden dar lugar a medidas cautelares inmediatas que afectarán –desde que se traban– los derechos que le corresponderán bajo título de propiedad exclusiva cuando se liquide la sociedad de gananciales³².

Por ello es que la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, que en mi opinión es compartida por la sociedad o comunidad de bienes del concubinato

24 PLÁCIDO, Alex. *Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho en la doctrina y en la jurisprudencia*, cit., pp. 386.

25 Artículo 312.- Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

26 PLÁCIDO, Alex. *Regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho en la doctrina y en la jurisprudencia*, cit., pp. 389. En otro trabajo, siguiendo la sentencia del Tribunal Constitucional STC 498-99-AA, el mismo autor sostiene que a la sociedad de bienes se aplican las normas de la sociedad de gananciales y en caso de impertinencia las reglas de la copropiedad; vid. PLÁCIDO, Alex. *Familia, matrimonio, convivencia y Constitución*, en *Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Grijley, Lima, Junio 2008, N° 06, pp. 133-136. Si mi lectura es exacta, no suscribo esa opinión.

27 O sea, el interés familiar.

28 Código Procesal Civil, Artículo 65.- Representación procesal del patrimonio autónomo.- Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.

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, siendo de aplicación, en este caso, el Artículo 93.

Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto en el Artículo 435.

El que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 4.

29 Artículo 307.- Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor.

30 Artículo 308.- Los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia.

31 Artículo 317.- Los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de éstos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad.

32 Puede consultarse, útilmente, ARATA SOLÍS, Rómulo Moisés. *Cuidado con lo que gasta su cónyuge*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, N° 8, enero-febrero 1998; CANALES TORRES, Claudia. *Responsabilidad patrimonial por deudas en la sociedad de gananciales*, Gaceta Jurídica. Lima, 102, 2007, pp. 119-132.

perfecto, parece mejor explicada por medio de la comunidad germánica a la que se refiere Díez-Picazo, caracterizándola como una comunidad inspirada en una visión comunitaria o colectivista del mundo, en la que no prima el derecho del individuo representado por la cuota sino el interés de la comunidad representado por el todo y, por ende, no existen comuneros con derechos individuales y distintos, los cuales no tienen, por lo demás, el derecho de disolver la comunidad mediante una *action communi dividundo*. La comunidad germánica –además– deriva de relaciones personales, familiares o sociales, mientras que la comunidad romana (que sí admite división y protege el interés de los comuneros) es una situación abstracta en la que tales relaciones son indiferentes y permite, por ende, la transmisión de las cuotas³³. En realidad, poco importa que se trate de una figura importada. También lo es aquella del patrimonio autónomo. Lo que interesa es cuál explicación da mejor cuenta de la naturaleza jurídica del patrimonio social (reitero: del patrimonio social, no de la sociedad de gananciales).

La aplicación del régimen de la sociedad de gananciales a la comunidad de bienes del concubinato es posible en la medida en que los bienes sociales de ambas formaciones tienen condición de propiedad indivisible jurídicamente y en razón que la comunidad en cuestión (al igual que la sociedad de gananciales) se conforma de los bienes propios y con bienes sociales. Es en este punto en el que, esclarecido el alcance de la compatibilidad entre uno y otro régimen (lo que no excluye que alguna norma de la sociedad de gananciales en particular no se aplique de la sociedad de bienes), conviene delimitar desde cuándo son sociales los bienes que adquieren los concubinos y, por ende, conviven bienes propios y sociales dentro de esa sociedad de bienes.

5. Cómputo del nacimiento de la sociedad de bienes. Naturaleza de la sentencia que acoge la prueba de la unión de hecho

En jurisprudencia y doctrina encontramos la división a la que me refiero enseguida.

Respecto a los derechos personales, como es el caso de la pensión alimenticia o del pago de la indemnización en caso de cese de la unión por decisión unilateral, el reconocimiento del concubinato se puede llevar a cabo en el mismo proceso en el que se ejerzan

tales pretensiones³⁴. Ejemplo de ello lo constituye la sentencia de la Corte Suprema del 7 de junio de 1993, entre tantas otras.

En el caso de los derechos patrimoniales entre convivientes y de efectos frente a terceros, se sostiene que es necesario acreditar en un proceso previo y específico la convivencia y reclamar tales derechos patrimoniales en un segundo proceso. El énfasis recae de manera particular en el caso de ejercerse alguna pretensión ante los terceros a fin que éstos cuenten con seguridad³⁵ y, por ello, no basta que en un juicio en el que se ve involucrado un tercero los convivientes, sin haber acreditado en un proceso previo la cohabitación, convengan en que son pareja no casada.

Con relación a la necesidad de un juicio previo para ejercer una pretensión de orden económico por uno de los convivientes ante el otro, se ha pronunciado la Corte Suprema mediante sentencia de 1 de julio de 1996 que resolvió un caso en el que se demandó la partición de un bien inmueble adquirido por los concubinos. Sin embargo, no siguió el mismo criterio en la causa 3952-97 resuelta el 21 de mayo de 1998 en la que en el mismo proceso en que se probó la cohabitación se ordenó la división y partición de un inmueble. Pero, como he señalado, en relación a los efectos de la unión de hecho frente a terceros la misma Corte ha afirmado la necesidad de un proceso previo en el que se declare la existencia del concubinato; así lo ha resuelto mediante fallos de 12 de setiembre de 1996, 4 de junio de 1998 y 10 de marzo de 1999.

Debo confesar mi desacuerdo con la exigencia, proveniente de doctrina y jurisprudencia, en relación al proceso previo en el caso en que uno de los consortes reclame al otro derechos de naturaleza patrimonial. Al parecer se ha perdido la brújula de aquel principio de la economía procesal. Si de lo que se trata es de ejercer una pretensión de tal naturaleza y en el mismo litigio es posible acreditar la existencia de un concubinato, no entiendo por cuál razón atendible se posterga la necesidad de tutela de los justiciables. Bajo este argumento, que no traduce ninguna necesidad de seguridad o garantía del conviviente emplazado, se genera una innecesaria y viciosa duplicidad de juicios, de pleitos, de gastos, de esfuerzo, de pérdida de tiempo que puede conducir a que el concubino que pretenda ser astuto disponga, en el entretanto, del bien o bienes, con un grave perjuicio del otro. Este criterio jurisprudencial debe ser prontamente abandonado, pues nada justifica esa insólita distinción en la relación de la pareja.

33 DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1978, Vol. Segundo, pp. 758-759.

34 PLÁCIDO. Ob, cit., p. 392.

35 PLÁCIDO. Ob, cit., p. 395.

En el caso de terceros es comprensible que en un proceso en que alguien ajeno a la familia no casada reclame a uno de los miembros de ésta un derecho no baste que su pretensión se pueda ver afectada con la alegación de un tercero procesal (el concubino no emplazado y, a la larga, el afectado). Sin embargo, esta solución es una ilusión. Si alguien contrata con uno de los consortes y luego el otro reclama, pese a que se cuente con un pronunciamiento judicial previo que reconoció el concubinato, el tercer adquirente se verá protegido por los artículos 948³⁶ o 2014³⁷ del Código Civil, según se trate de bienes muebles o inmuebles. Baste para ello revisar lo resuelto por la Corte Suprema en la causa 1620-98 mediante sentencia del 10 de marzo de 1999. La exigencia de juicio previo para oponer derechos a terceros es ociosa, a no ser que se le dé adecuada publicidad.

Para tratar de dar adecuada publicidad ante terceros, en la sentencia del 12 de setiembre de 1996 (quinto considerando) expedida por el Tribunal Supremo (causa 688-95) se dijo textualmente:

“Quinto.- Que, en ese sentido el doctor 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”³⁸

Sin una adecuada publicidad toda exigencia de juicio previo es inútil. En suma, el que se ejerza dentro de un mismo proceso derechos de naturaleza patrimonial ante terceros no impide reconocer la convivencia pero ello no enervará la protección que la ley dispensa a los terceros que actuaron de buena fe y que confiaron en la publicidad que les dio la posesión o la inscripción de un bien a nombre de uno solo de los convivientes.

Sin embargo, creo que existe un tema de mayor importancia que complementa lo que acabo de decir. Cuando el artículo 326 del Código Civil dice: “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”, lo que está diciendo es

que se probará un hecho que existe desde antes de la sentencia, de lo que deriva, en mi opinión, que dicha sentencia reconoce una realidad y, por tanto, tiene efectos declarativos.

Si ello es así –y, francamente, no encuentro razonable ninguna otra solución- los bienes que se adquirieron desde que se superaron los dos años y se cumplió con los requisitos demandados por la Constitución y la ley ordinaria, los bienes adquiridos [aun cuando no sean publicitados así] tienen la condición de sociales y entre los convivientes desde ese momento (día uno del año tres, para otros el día final del segundo año) se generó una sociedad o comunidad de bienes en la que coexistirán los bienes propios o en copropiedad y bienes sociales, es decir, los que se adquieran a título oneroso desde ese instante y los frutos o productos de los bienes propios de cada cual que se compraron o recibieron hasta cumplirse los dos años.

Es de vital importancia que la jurisprudencia tenga una posición sumamente clara, categórica, sobre dicho extremo, pues de no tener naturaleza declarativa la sentencia que reconoce la unión de hecho, entonces no quedaría ninguna otra solución que adjudicarle carácter constitutivo, con lo cual dejamos en desamparo a uno o a ambos convivientes respecto de los bienes que se habrían adquirido como sociales antes de la emisión del fallo. En otro lugar he aludido a este hecho bajo la idea de la retroactividad³⁹. El efecto es exactamente el mismo que el que deriva de una sentencia que declara propietario a quien ha acumulado el plazo prescriptorio según el tipo de bien o si actuó amparado amparado en justo título y con buena fe, o en ausencia de ellos.

6. ¿Es posible que los concubinos opten por un régimen de bienes distinto al de la sociedad de bienes?⁴⁰ La necesidad de dar un vistazo a la Constitución de 1993 para descubrir la incorporación de nuevos principios

La jurisprudencia de la Corte Suprema y algunos *obiter dicta* de ciertos fallos del Tribunal Consti-

36 Artículo 948.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

37 Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

38 En efecto, CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar peruano*, cit., p. 74, sugirió que el juez notifique a terceros. Me pregunto, ¿se tendrá que notificar a toda la sociedad?

39 VEGA MERE, *Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho*, en mi libro *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, cit., p.163

40 Sobre este tema ya me he pronunciado en VEGA MERE, *Sobre el derecho de los convivientes a ordenar su patrimonio mediante acuerdos de separación de bienes y la urgencia de definir la llamada “sociedad de bienes”. Y sobre la necesidad de modificar la jurisprudencia de la Corte Suprema*, cit., pp. 83-94.

tucional, así como la doctrina, coinciden unánimemente en que los concubinos quedan sujetos al régimen de la sociedad de bienes, conclusión que no he compartido ni comparto (en opinión aislada) pues, al contrario, he promovido y sigo siendo partidario de promover una interpretación distinta que permita a la pareja regular sus relaciones patrimoniales por medio de pactos que eviten la aplicación del régimen de la sociedad o comunidad de bienes y, a la postre, de la sociedad de gananciales.

De reciente, Alex Plácido considera que mi planteamiento es desacertado pues se limita a un análisis civil ordinario de un tema tratado a nivel constitucional⁴¹. Añade el autor que la tesis es defendible en Italia pues su Constitución no tiene una norma similar a la que tenemos nosotros sobre la unión de hecho.

Nada más ajeno a mi intención que pretender justificar mi posición en la doctrina italiana. Pude, igualmente, haberme valido del ejemplo dado por la jurisprudencia de los Estados Unidos. En este país, en 1976, la Corte Suprema de California decidió el caso *Marvin v. Marvin*⁴², que es considerado uno de los casos más importantes en el Derecho de familia en dicho país. El caso reconoció una realidad social inculcable como lo reconoce Sanford Katz⁴³. Se trataba de la convivencia sostenida por el actor Lee Marvin con su compañera Michelle, quienes vivieron como pareja pese a que el actor estaba casado con otra mujer, de la que luego se divorció. Vivieron seis años juntos sin casarse. En los Estados Unidos, existía el denominado common law marriage, que era un matrimonio informal que exigía vivir juntos como una pareja y comportarse como una comunidad, como si estuvieran casados. Pero California había abolido ese status en 1895 y no deseaba resucitarlo.

Bajo el derecho familiar tradicional, Michelle no habría tenido a la mano ningún remedio legal a disposición. De todos modos, el abogado de Michelle Marvin inició un proceso para determinar la posición contractual y propietaria de su cliente. En el juicio alegó que la pareja tenía un acuerdo verbal para comportarse como matrimonio y compartir beneficios económicos. Michelle buscaba que la Corte reconociera la existencia de una relación fiduciaria que obligase a Lee Marvin a compartir con su conviviente los bienes que este había adquirido a su nombre. Cuando se denegó tal pedido, Michelle apeló y la Corte Suprema californiana revocó la decisión al existir incumplimiento del contrato de cohabitación y reenvió el caso para una nueva decisión.

Dos argumentos de la Corte merecen destacarse como lo hace Katz:

“Nuestra opinión no excluye la evolución de adicionales remedios para proteger las expectativas de las partes de una relación no matrimonial en los casos en que los remedios existentes son inadecuados; la perseguibilidad de tales remedios puede ser determinada en casos posteriores a la luz de los hechos dentro de los cuales surgen”.

“Nosotros no nos detendremos sobre la cuestión de si, en ausencia de un expreso o implícito acuerdo contractual, una parte de una unión no matrimonial está legitimada a exigir pagos de la otra luego que la relación termina”.

El primer argumento dio a Michelle oportunidad de buscar remedios adicionales (*equitable remedies*⁴⁴) a los contractuales. La Corte Superior, a pesar de no tener convicción sobre la existencia de un acuerdo, concedió a Michelle una suma de dinero para que se pudiera re-educar para poder conseguir empleo, a lo que Lee apeló (ante la Corte de Apelaciones), la que revocó la decisión de la Corte Superior basándose en que no existía doctrina alguna que sustentara la concesión del remedio.

Tras años de litigio, la *Supreme Court of California* reconoció que las parejas que viven juntos sin casarse pueden generar consecuencias legales; en particular, la Corte reconoció el poder a las uniones de hecho, el poder para celebrar acuerdos con los cuales regulen su convivencia recurriendo para ello a los principios contractuales y la concesión de *equitable remedies* si los hechos lo permitían.

Pese a que la Corte californiana no aplicó las reglas del divorcio para la conclusión de la cohabitación, otros Estados de la Unión americana sí lo han hecho. En *Wilcox v. Trautz*⁴⁵, el Vocal de la Corte Suprema de Massachusetts, Greany, señaló que:

“Las costumbres sociales en relación con la convivencia de parejas no casadas han cambiado drásticamente en los últimos años y las condiciones de vida que alguna vez fueron criticadas son relativamente comunes y aceptadas. Con la prevalencia de relaciones convivenciales, hay hoy un número considerable de personas que viven juntos sin el beneficio de las normas de derecho que rigen la propiedad, las finanzas y otros asuntos en una relación matrimonial (...). Por lo tanto, hacemos

41 PLÁCIDO. *Familia, matrimonio, convivencia y Constitución*, p. 134 nota 58.

42 557 P. 2d 106 (Cal. 1976).

43 KATZ, Sanford N. *New Directions for Family Law in the United States*, Boston College Law School Faculty Papers, Year 2007, Paper 202, pp. 3-6.

44 La frase alude a las decisiones que históricamente eran concedidas por la jurisdicción de la *Equity* a cargo del *Chancellor*, pero que fueron fusionadas como parte del *common law* tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos y que trataban de mitigar la dureza de las soluciones que provenían de los jueces ordinarios.

45 693 N.E.2d 141 (Mass. 1998).

bien al reconocer los beneficios que pueden obtenerse al fomentar a las personas no casadas a celebrar acuerdos escritos respetando estas cuestiones, así como las consecuencias que para cada una de las partes pueden ser considerables a la terminación de la relación o, en particular en el caso de la muerte de uno de ellos (...). Esto puede ser especialmente importante en una jurisdicción como Massachusetts, donde no se reconoce el matrimonio de derecho común⁴⁶, no se extiende a las parejas de hecho los derechos que poseen los casados cuando se divorcian, y rechazan los remedios equitativos⁴⁷ que podrían tener el efecto de dividir la propiedad de los bienes entre las partes no casadas”.

Como bien dice Katz, no se trata que las familias americanas no prefieran el matrimonio. La decisión en el caso *Marvin v. Marvin* fue un hito sumamente importante en el derecho familiar norteamericano que vale la pena mirar pues motivó una tendencia jurisprudencial en diversos Estados de la Unión al permitir los contratos de cohabitación sin que existiera, en defecto de dichos acuerdos, un modelo presuntivo, y sin desconocer que tales contratos también pueden colocar a una de las partes en situación desventajosa. El caso *Marvin*, por lo demás, generó la aparición de registros para parejas no casadas en los Estados Unidos⁴⁸.

Por otro lado, no niego que la tesis actualmente acogida por la doctrina y la jurisprudencia que impondría la sociedad de bienes a los convivientes se ve sustentada en las discusiones del Diario de Debates de la Constitución de 1979 a las que me referido en estas líneas.

Pero quiero dejar sentado que no soy ni textualista ni originalista⁴⁹ y que nada de aquella vieja discusión se repitió cuando se discutió el art. 5 de la Constitución de 1993⁵⁰.

Por el contrario, mi posición puede ser sustentada bajo dos vías que no son excluyentes sino opciones

que fundamentan las razones que, en mi concepto, permitirá que los convivientes regulen sus relaciones patrimoniales antes o después del surgimiento de la sociedad de gananciales. Debo dejar a salvo que independientemente del momento en que se pueda llegar a celebrar el acuerdo respectivo, resultará necesario el reconocimiento judicial del concubinato con el efecto declarativo al cual me he referido precedentemente.

A diferencia de la Carta de 1979, la actual Constitución incorporó el principio de protección de la familia del art. 4 de la Carta:

“Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

Aún cuando las discusiones del llamado Congreso Constituyente Democrático que tuvo a su cargo la discusión del texto de la actual Constitución no aportan grandes luces sobre el cambio de rumbo, pues la protección de la familia quedó desvinculada de la existencia del matrimonio, vale la pena revisar algunas opiniones de aquellos debates. Es paradójico descubrir que contados constituyentes de 1993 tuvieron claridad sobre los principios que, finalmente, quedaron plasmados en el actual texto constitucional.

Resulta curioso que el Sr. Carlos Torres y Torres Lara sostuviera que los actuales artículos 4 y 5 (con una redacción inicialmente distinta) estaban orientados a regular dos situaciones dadas: “... la familia consolidada a través del matrimonio (sic); y la unión de hecho ...”⁵¹.

Mayor lucidez mostró el constituyente Sr. Henry Pease cuando reclamó los derechos consustanciales a

46 Se refiere al *common law marriage* al cual aludí cuando evocamos la decisión de la Corte Suprema californiana en el caso *Marvin v. Marvin*.

47 Nuevamente se refiere a los remedios equitativos, ver nota 45.

48 KATZ, *New Directions for Family Law in the United States*, cit. p. 6: “Registered domestic partnerships began as a status recognized by cities and municipalities and were designed to give employees of local government economic benefits ordinarily reserved for married couples. For the most part, individuals who registered were living in a same-sex relationship and would not be able to marry, thus preventing them from receiving the benefits of marriage, primarily health insurance. (...) By 2007 at least seven American jurisdictions, California, Connecticut, the District of Columbia, Hawaii, Maine, New Jersey, and Vermont have enacted some form of registered domestic partnership statute ...”

49 El originalismo estadounidense es una corriente interpretativa relacionada con la posición que debe asumir el Juez en la interpretación de la Constitución. El originalismo es la tendencia más radical del *interpretivism* o *stric constructionism* que anula (o pretende anular) la discrecionalidad de los Jueces y que los obliga a actuar mediante criterios neutrales para acoger, sin contaminarlos, los valores recogidos por la Constitución y que fueron incorporados por los *Framers* o *Founders*. Vid. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 51 ss; así como CHERMERINKSY, ERWIN, *Seeing the Emperor's clothes: Recognizing the reality of constitutional decision making*, en *Boston University Law Review*, Vol. 86, 2007, pp. 1070-1077.

50 Ver *Debate Constitucional, Pleno – 1993*, Congreso Constituyente Democrático, Diario de los debates, Publicación Oficial, Lima, Tomo I, pp. 353 y ss. A lo sumo, el constituyente Sr. Donayre Lozano (pp. 356 y 357) fue el único que mencionó algo relativo a la unión de hecho, pero –en mi opinión– con una visión errada pues como veremos más adelante no entendió el principio de protección de la familia cuando reclamó mayor protección al concubinato. Así, cuando aludió al artículo relacionado al concubinato sostuvo que: “Por otro lado, no se dice la verdad cuando se afirma que el artículo 5º ampara la unión de hecho. De ninguna manera la ampara; lo que ampara y protege es el régimen de gananciales, mas no a la familia que surge de la unión de hecho, que es una realidad en el Perú. A veces esas uniones de hecho tienen más fortuna en el amor, en el entendimiento, que aquellas que pueden exhibir un papelito llamado partida de matrimonio. Por consiguiente, también hay que proteger a la unión de hecho, porque, de esa manera, estaremos hablando el vocabulario del pueblo peruano”.

51 *Debate Constitucional, Pleno – 1993*, Tomo I, p. 353.

la familia añadiendo que cuando se refería a aquella aludía a toda familia, a la que necesita protección y no sólo a la que está plena y bien constituida⁵².

Mayor perplejidad mostró el constituyente Donayre Lozano por (según entiendo) no llegar a captar la esencia del principio de protección de la familia cuando sostuvo con relación al art. 4 de la Constitución (en su versión preliminar⁵³):

“En este artículo, referente a la familia, se dice: ‘El Estado protege el matrimonio y la familia ...’

¿Qué dice el proyecto de la mayoría? El proyecto de la mayoría dice lo siguiente, Señor Presidente: ‘El Estado protege la familia y promueve el matrimonio ...’. Quiere decir que la palabra ‘protege’ es separada en dos: de un lado, protege a la familia; y, de otro, promueve el matrimonio.

La palabra ‘protege’, de acuerdo con el diccionario de Cabanellas, también significa ‘promover’, tiene la misma acepción, es sinónima. Si es sinónima, ¿por qué la separamos, señor?; ¿sólo con el propósito de hacer aparecer ante la opinión pública que estamos creando algo nuevo?⁵⁴; ¿acaso, señor Presidente, al hacer esto, no estamos ocasionando un daño al vocabulario permanente del pueblo?

¿Qué es lo que busca una constitución cuando nace? Que se perennice en el tiempo; y se busca que dure más tiempo porque, de esta manera, el pueblo hace suyo el vocabulario constitucional. Pero, cuando venimos a una Asamblea Constituyente como ésta y queremos utilizar una palabra sinónima, separándola simplemente por el prurito –no por otra razón– de hacer parecer que estamos aportando algo nuevo, no hacemos sino dañar algo que está en el vocabulario del pueblo.

Si al pueblo se le pregunta qué es promover, diré que, en opinión de ellos, es alentar. Y, en efecto, también significa alentar. Y nosotros no podemos alentar el matrimonio, sino proteger el matrimonio ...”⁵⁵

Quizá quien reparó en la diferencia entre familia y matrimonio mejor que nadie fue el Sr. Tudela Van Breugel-Douglas cuando sostuvo:

“Creo que los artículos sobre familia tienen que establecer las pautas; no las nor-

mas, no regular, no decir ‘tal tipo de unión está protegida por la ley’, sino lo que tiene que decir es: ‘éstos son los estándares ...’; en castellano, ‘éstas son las pautas que el Estado protege’

En este sentido, primero quisiera hacer una distinción totalmente aristotélica: la familia es la institución natural; el matrimonio, en una Constitución secular, laica, como la que se está haciendo hoy en día en el Perú, es una institución del derecho civil, y, en sus aspectos privados, es una institución religiosa. Se trata, esencialmente, de un vínculo civil.

Sin embargo, la familia, más allá de la institución que el derecho civil o el matrimonio cree, es un hecho que se da y que se ha dado a lo largo de toda la historia de la humanidad, exista o no exista el matrimonio. Entonces, para tratar de superar esta distinción, que yo encuentro nefasta, quisiera proponer tres artículos en lugar de los que están en discusión ...”⁵⁶

En efecto, la propuesta del constituyente Tudela procuraba unificar los principios de protección de la familia sin sustentarla en el matrimonio al cual no se promovía. La propuesta no fue acogida pero vale la pena que se tenga presente.

Por su parte, el constituyente Róger Cáceres Velásquez entendía que la propuesta estaba orientada a que con la “promoción” del matrimonio se regularicen las uniones irregulares y opinó a favor de la propuesta⁵⁷.

Finalmente, el constituyente Tord Romero captó –al igual que Tudela– el sentido de la propuesta bajo discusión cuando señaló:

“Se ha subrayado el porqué se dice: ‘El Estado protege la familia y promueve el matrimonio’. En la Comisión de Redacción ... entendimos que lo que había querido decir el legislador de la Comisión Principal de Constitución era –o es– que el Estado protege a la familia; y que promover el matrimonio significaba que hoy, cuando en la sociedad contemporánea ocurren muchas formas de vinculación entre los sexos, nuestra tradición occidental impulsaba, desde el punto de vista occidental y cristiano, una forma superior de vinculación: la del matrimonio.

52 *Debate Constitucional, Pleno – 1993, Tomo I, p. 355.*

53 En la versión objeto del debate al que me vengo refiriendo, el texto del artículo 5 era: *“El Estado protege la familia y promueve el matrimonio. Los reconoce como instituciones naturales y fundamentales. La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley”* Ver *Debate Constitucional, Pleno – 1993, Tomo I, cit., p. 353.*

54 Como en efecto ocurrió, según veremos.

55 *Debate Constitucional, Pleno – 1993, Tomo I, cit., p. 356.*

56 *Debate Constitucional, Pleno – 1993, Tomo I, cit., p. 362.*

57 *Debate Constitucional, Pleno – 1993, Tomo I, cit. p. 363.*

Por lo tanto, de las diferentes maneras de vincularse existentes hoy, la del matrimonio es la que la Constitución debería promover. De ahí el término. Aparentemente, aquí estaría bien puesto eso de alentar, promover, estimular la forma del matrimonio entre las diferentes maneras que hoy existen de vinculación entre el sexo masculino y el femenino ...”⁵⁸.

Creo que lo que sostuvieron los Sres. Tudela y Tord es lo que mejor se aproxima a la incorporación del principio de protección de la familia que finalmente quedó consagrado a nivel constitucional.

Si a ello sumamos que la Constitución tiene valor normativo y que ocupa una posición central en el ordenamiento jurídico⁵⁹ y a que la Constitución desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento, un aspecto inicial a tomar en cuenta es el de la interpretación constitucional del orden jurídico que ha de afectar, entre otros, al derecho privado⁶⁰.

Bajo esta inicial apreciación habría que determinar si la regulación de la familia por obra el Código Civil se ve afectada por el principio de protección integral a la familia sin más (haya o no matrimonio) y si con ello desactualiza la mezquina regulación de la familia de hecho. La respuesta es afirmativa. No sólo con relación a la unión de hecho, por cierto, pero es la que ahora concentra mi atención.

Ciertamente, en tanto principio, inclusive de rango constitucional, el principio de protección de la familia debe ser “informador” del ordenamiento, como usualmente se ha reconocido, pero ello no niega que, a la vez, pueda tener valor normativo dada la multifuncionalidad de los principios y a que su aplicación directa no está descartada para resolver conflictos jurídicos⁶¹.

Bajo estas premisas he de retomar el hilo conductor de la afirmación que formulé líneas atrás cuando sostuve que encuentro dos vías que fundamentan las razones por las que, en mi concepto, se puede permitir a los convivientes regular sus relaciones patrimoniales antes o después del surgimiento de la sociedad de gananciales.

La primera vía de explicación parte de la consagración del principio de protección de familia en el texto del actual art. 4 de la Constitución y entiende que el art. 5 fue una repetición no meditada del numeral 9 de la Constitución de 1979 sin mayor debate y sin

advertirse (sólo por contadísimos constituyentes) que el mosaico que resultaría de la redacción de ambos textos implicaba un cierto contrasentido dado que las razones que justificaron el art. 9 de la derogada Ley Fundamental habían sido superadas y, a la luz del principio de protección (“integral”) de la familia, la protección de la unión de hecho no podía quedar reducida a aspectos patrimoniales ni podía ya entenderse—aun con su redacción limitativa— como la imposición de un régimen económico que se sustentó en el temor a las burlas y mentiras del concubino varón que usaron como justificación los constituyentes de 1978-1979.

Por cierto, al artículo de la actual Constitución se plasmó con el siguiente texto:

“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”.

Los principios éticos de la sociedad que vio nacer la Constitución de 1979 han mutado, razón por la cual resultaba y resulta imposible leer del mismo modo el numeral 9 de aquella Carta que el art. 5 de la actual Constitución. De esa manera, llegamos al concepto de mutación constitucional.

La mutación constitucional no altera el texto de una norma constitucional, pero modifica su contenido desde el momento en que el significado que se le atribuye es otro. Pese a tratarse de textos similares (el actual no alude a plazos ni a requisitos legales para que se surja una sociedad de bienes en la unión de hecho), la mutación constitucional puede ser el resultado de un proceso de interpretación imperceptible como puede serlo la interpretación considerada desde el punto de vista, más general, de la evolución jurisprudencial en la aplicación del derecho, según sostiene Balaguer⁶². Claro está que esa interpretación puede ser propuesta desde la doctrina y se convertirá en una opción válida si la acoge la jurisprudencia. La idea es sumamente atractiva pues se trata de un mismo texto, reinterpretado por una nueva realidad socio-política, que destaca otro sentido de la letra escrita, que responde a una realidad que es mutable⁶³.

La segunda vía por la que creo posible permitir la celebración por los concubinos de pactos que regulen sus relaciones patrimoniales tiene relación con la compresencia de principios opuestos (o aparentemente opuestos) al interior de la misma Constitución.

58 *Debate Constitucional, Pleno – 1993*, Tomo I, cit., pp. 366-367.

59 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1985, p. 49.

60 BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico*. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 42-45.

61 BALAGUER, Ob. Cit., pp. 125-133.

62 *Ibidem*, pp. 33-34.

63 *Ibidem*, p. 34.

De ese modo no queda otro camino que contraponer el principio de protección integral e incondicionada de la familia (de todo tipo de familia) que penetra y atraviesa el derecho de familia y lo colorea insuflándole contenidos y sentidos (art. 4 de la Constitución), con el principio de protección únicamente patrimonial (art. 5), a lo cual he de sumar, en defensa de mi tesis, el principio de autonomía de las personas como derecho fundamental (inciso 14 del art. 2 de la misma Constitución⁶⁴). Estos casos nos conducen a una suerte de búsqueda de criterios para “jerarquizar” los principios en colisión. Balaguer sostiene que no puede hablarse de jerarquía entre principios más que en un sentido impropio y que ello no determina la invalidez de los presuntamente inferiores, por lo que sugiere hablar de preferencia aplicativa⁶⁵.

Si esa fuera la pauta que nos permitiera resolver el nudo gordiano puesto en evidencia, es claro que considero que el principio de protección de la familia aunado al principio de autonomía tienen conjuntamente aplicación preferente frente a la protección patrimonial del concubinato traducida en la imposición de un único régimen económico que, de esa forma, sin que quede derogado o inaplicado, cede ante

la fortaleza y justicia de los otros dos principios facilitando la posibilidad de que los convivientes regulen sus relaciones patrimoniales mediante acuerdos expresamente celebrados para ello y, en defecto de pacto entre dichos concubinos, se aplicará y regulará sus relaciones económicas.

Son dos vías, reitero, las que me permiten, desde la perspectiva constitucional (y no del régimen civil ordinario) replantear mi vieja tesis.

7. La Resolución del 3 de julio de 2008 (Exp- N° 462-08) de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima⁶⁶

La sentencia que motiva el presente apartado de estas reflexiones es una sentencia bastante pobre en fundamentación pese a que llega al mismo resultado al que habría llegado utilizando los argumentos que he esbozado en precedencia.

Si el lector quiere entender lo que sostengo sobre el resultado de la sentencia sin haber leído lo que he afirmado en los apartados previos debo advertirle

64 “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

...

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”

Si se leen los comentarios de DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Libertad de contratar*. En: AAVV, La Constitución comentada, Gaceta Jurídica, Lima. 2005, pp. 162 a 165, se podría concluir que la libertad de contratar tiene como límite la licitud así como el no agredir el orden público. La licitud está marcada por el ámbito dentro del cual puede actuar el particular, marcado por el ordenamiento jurídico, en tanto que el orden público (a la postre) es identificado por DE LA PUENTE con normas inderogables por la voluntad de las partes. Coincide, en términos generales, RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999, Tomo I, pp. 341 a 344. No paso por alto que a mi propuesta de sumar el principio de autonomía privada al principio de protección de la familia frente al principio de tutelar las relaciones patrimoniales de los concubinos no escapa al hecho de que la libertad de contratar tiene los dos referidos límites: (i) la licitud y (ii) la imposibilidad de pactar contra normas que importen al orden público. Entonces, como parte de la crítica que se formulará se me dirá que el art. 5 de la Constitución y el art. 326 del Código civil imponen, como normas inderogables, un régimen patrimonial a los convivientes contra el cual no se puede pactar. Si esa fuera la respuesta, la crítica estaría omitiendo considerar la importancia del principio de protección de la familia que (en caso de tener que desistir de anular a aquel el principio de autonomía de los particulares) se muestra —en mi opinión— como un principio de mayor entidad o acogida que el de limitar la tutela a los concubinos (que también son una familia) a los aspectos puramente patrimoniales de la relación entre ellos. No debe perderse de vista, por ninguna razón, que no postulo una equiparación entre el matrimonio y el concubinato. Ya he comentado en el texto principal las notas que diferencian al matrimonio y el hecho inocultable de ser, precisamente, la única institución familiar (frente al concubinato) que permite que los efectos legales entre los contrayentes surjan con certidumbre, de manera inmediata (como lo ha destacado ALEX PLÁCIDO en *Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio*, en AAVV, La Constitución comentada, Gaceta Jurídica, Lima. 2005, pp. 366 y 367) es una de las razones por las cuales no se ha equiparado el tratamiento entre el matrimonio y el concubinato. Sin embargo, cuando se protege a la familia entiendo que parte de esa protección tiene directa relación e incidencia en las decisiones de la pareja misma para decidir cuál mecanismo o forma de organizar su patrimonio y las relaciones económicas entre los concubinos en miras de encontrar la más lograda protección que se deriva del principio constitucional. Si quisiera ir más allá de los antecedentes de la Constitución del año 1979 (cuyos debates sí aludieron al carácter forzoso de la sociedad de bienes, hoy comunidad) o de los comentarios contenidos en la Exposición de Motivos simplemente propondría separar toda interpretación de ellos o tomar las razones como pautas no vinculantes (como en efecto no lo son) para convenir con F. GENY en que la ley tiene vida independiente y es a veces más inteligente que su autor.

65 BALAGUER, *Interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico*, cit., pp. 129 a 131.

66 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

CUARTA SALA CIVIL

EXP. ° 462-08.

RESOLUCION N°:

Lima tres de julio del dos mil ocho.-

VISTOS: la apelación formulada por Vitaliana Domínguez Vega a fojas ciento seis a ciento ocho, contra la sentencia contenida en la resolución número diez; interviniendo como Ponente el Señor Vocal Rossell Mercado; y, CONSIDERANDO, además:

MATERIA DEL RECURSO:

Es materia de grado la sentencia contenida en la resolución número diez, su fecha veintitrés de noviembre del dos mil siete, obrante de fojas noventa y siete a cien, que declaró infundada la pretensión contenida en la demanda de fojas veintiuno a veintiséis, subsanada a fojas treinta, referida a la nulidad de acto jurídico por la causal de falta de manifestación de voluntad y no revestir la forma prescrita, interpuesta por la demandante Vitaliana Domínguez Vega contra Severina Cuillar Blanco y Sixto Velarde Sánchez.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Los agravios invocados por la recurrente en el escrito de apelación a folios ciento seis a ciento ocho, entre otros, son: **a)** que erróneamente se computa el plazo del reconocimiento de convivencia o unión de hecho, esto es, a partir de la expedición de la sentencia, cuando según afirma, comenzó desde el año 1983, con la vigencia de la Constitución Política del Estado de 1979, norma que la reconoce como institución, por lo que, según alega, debe ser computada desde aquella fecha, en aplicación del artículo III del Título Preliminar del Código Civil, referida a la Teoría de los Derechos Adquiridos, que aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, y **b)** que en el presente caso el a-quo no ha aplicado y/o interpretado correctamente las normas invocadas, en consecuencia, sostiene que, la sentencia es nula, conforme a la sentencia Casatoria N° 3243-2000, La Libertad del 01-08-2001.

CONSIDERANDOS:

Primero.- De la demanda obrante de fojas veintiuno a veintiséis, y subsanada a fojas treinta, se aprecia que la accionante, invoca las causales de falta de manifesta-

que no lo logrará. Y que es por esa razón que destinaré pocas líneas al análisis de la sentencia pues creo haber sentado todas las pautas e ideas para resolver un caso como el resuelto por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

El caso es como sigue: La concubina demandó la nulidad del contrato de mutuo hipotecario y su inscripción registral que afectó un inmueble presuntamente social que pertenecía a la comunidad de bienes de la pareja concubinaria y, como era de esperarse, emplazó al concubino y al acreedor. La convivencia, según la actora, se remontaba al año 1983 en tanto que el acto impugnado era del año 1999. La unión de hecho había sido reconocida previamente en otro proceso (307-2005) que fue material probatorio. Ese otro proceso terminó en conciliación y se reconoció que el concubinato existía desde 1983 que –al parecer- se mantuvo hasta el 22 de marzo de 2006, fecha en que los convivientes conciliaron quedando probado que entre ellos existía –o existió, la sentencia no es clara- una unión de hecho.

La demandante afirmó que para la validez del acto impugnado se requería la intervención de ambos, es decir [pese a que la sentencia no lo dice expresamente], invocaba el art. 315 del Código Civil⁶⁷.

El error de la sentencia, en mi opinión, se encuentra en el fundamento cuarto pues señala que el reconocimiento del concubinato fue posterior a la constitución de la hipoteca⁶⁸ lo que, en cualquier caso, es indiferente entre concubinos, según lo que hemos visto en el apartado 5 precedente pues la sentencia de reconocimiento del concubinato tiene efectos declarativos y los bienes que se adquirieron desde que se satisfacen los requisitos constitucionales y legales pasan a tener la condición de sociales e integran la sociedad o comunidad de bienes y, por tanto, no tiene sentido aludir a la prohibición de retroactividad (del art. III del Título Preliminar del Código Civil) como lo hace la Corte –huérfana de un adecuado análisis– en el mismo fundamento cuarto.

La verdadera razón por la que no se puede amparar la pretensión se encuentra en el fundamento o consi-

ción de voluntad y cuando no reviste la forma prescrita bajo sanción de nulidad, reguladas en los incisos 1° y 6° del artículo 219° del Código Sustantivo vigente, y pretende: a) *la nulidad del acto jurídico*, contenido en la escritura pública de mutuo con garantía hipotecaria, suscrita con fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, celebrado ante la Notaría Jaime A. Murguía Caverro, inscrita en la Partida N° 11141928, asiento D0002 del Registro de la Propiedad Inmueble, y b) *acumulativamente en forma accesoria, se deje sin efecto la anotación de inscripción de mutuo con garantía hipotecaria* inscrito en la Partida N° 11141928, asiento D0002 del Registro de la Propiedad Inmueble.

Sustenta su demanda, en el sentido que, con el demandado mantiene una relación convivencial, una unión de hecho de más de dieciocho años, y sin embargo, pese a que adquirió con esfuerzo y sacrificio conjuntamente - con el emplazado, el inmueble sito en Mz. F, Lote 3, Urbanización San Ignacio, Distrito de San Juan de Lurigancho, aquél sin su consentimiento, suscribió escritura de pública de mutuo con garantía hipotecaria con la demandada Severina Cuillar Blanco, con fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, habiendo dado en garantía hipotecaria el inmueble adquirido durante su convivencia; por lo que, considerando que para disponer o gravar los bienes se requiere la intervención de ambos, lo que no ha ocurrido en el presente caso, ni ha existido poder especial otorgado, en consecuencia, alega que la escritura pública cuestionada deviene en nula.

Segundo.- En autos obra el Testimonio de Escritura Pública de Mutuo con Garantía Hipotecaria, suscrito por doña Severina Cuillar Blanco y don Sixto Loreto Velarde Sánchez, con fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, conforme es de verse a fojas trece a dieciséis, advirtiéndose que el estado civil del demandado es “soltero”, la que a su vez se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble a fojas diecinueve.

Asimismo obra la Copia Literal, Partida N° 11141928 a folios diecisiete, de la que se aprecia, don Sixto Loreto Velarde Sánchez es el propietario del inmueble glosado.

Tercero.- Obra la copia certificada del Acta de Audiencia de Sanciamiento y Conciliación, respecto del proceso seguido por reconocimiento de unión de hecho, signado con el número 307-2005, a fojas once, y que fuera adjuntado por la actora a su demanda, y de la que se colige que, las partes procesales de dicho proceso doña Vitaliana Domínguez Vega y don Sixto Loreto Velarde Sánchez conciliaron en el sentido de haber iniciado una relación convivencial o unión de hecho desde el año de mil novecientos ochenta y tres hasta la fecha de la audiencia referida (veintidós de marzo del dos mil seis).

Cuarto.- Que sin embargo, frente al primer agravio expuesto, y advirtiéndose de la resolución apelada, que el Juez Civil no ha considerado -como afirma la recurrente-, el reconocimiento de convivencia o unión de hecho a partir de la expedición de la sentencia, sino que, resolvió en el sentido que, al celebrarse el mutuo con garantía hipotecaria, aquél fue realizado con fecha anterior a la declaración judicial de la existencia de unión de hecho, y en consecuencia, el bien inmueble sub litis, le correspondía únicamente al propietario co-demandado en aquella fecha; siendo así, y estando a que lo expuesto se corrobora con la copia de la escritura pública y acta de audiencia glosada, así como, con la copia literal de fojas diecisiete, en consecuencia, lo argumentado por la demandante, respecto a la nulidad del acto jurídico contenida en la escritura pública de mutuo con garantía hipotecaria glosada, merece ser desestimado.

En cuanto a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos y artículo III del Título Preliminar del Código Civil, cabe precisar que, si bien dicha normativa señala que la Ley se aplica a la consecuencia de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, también es que, precisa no tener fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú, lo que no ocurre en el presente caso, consideraciones por las cuales, no resultaría lógico aplicar dicha situación jurídica y sus consecuencias jurídicas a dicho hecho fáctico.

Quinto.- Respecto al segundo agravio invocado, y considerando que el a-quo no ha interpretado en forma errónea lo previsto en los artículos 315° y 1098° del Código Sustantivo, toda vez que, incluso el contrato de mutuo con garantía hipotecaria fue suscrito con la debida formalidad de ley, siendo así, estando a que la resolución apelada ha sido emitida conforme al hecho y derecho, lo argumentado merece ser desestimado.

Sexto.- Finalmente en cuanto a la pretensión accesoria, atendiendo la pretensión principal ha sido desestimada, en consecuencia la pretensión accesoria igualmente no merece ser amparada.

Séptimo.- Que al caso de autos, también le es aplicable la protección que brinda el artículo 2014° del Código Civil que consagra el Principio de la Fe Pública Registral “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.”, en consecuencia la codemandada Severina Cuillar Blanco celebró el contrato de mutuo con garantía hipotecaria al amparo del principio de la fe que da el Registro Público.

RESOLUCION:

Por los fundamentos expuestos, y habiendo reunido la resolución apelada los requisitos previstos en los incisos 3° y 4° del artículo 122° del Código Procesal Civil, **CONFIRMARON** la sentencia contenida en la resolución número diez, su fecha veintitrés de noviembre del dos mil siete, obrante de fojas noventa y siete a cien, que declaró infundada la pretensión contenida en la demanda de fojas veintuno a veintiséis, subsanada a fojas treinta, referida a la nulidad de acto jurídico por la causal de falta de manifestación de voluntad y no revestir la forma prescrita; en los seguidos por demandante Vitaliana Domínguez Vega contra Severina Cuillar Blanco y Sixto Velarde Sánchez, sobre nulidad de acto jurídico; y los devolvieron.

67 **Artículo 315.-** Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

68 La misma argumentación se aprecia en el considerando séptimo de la Casación N° 739-2007 (TACNA), sentencia de la Corte Suprema del 15 de mayo de 2007.

derando sétimo de la sentencia: la aplicación del art. 2014 del Código Civil pues en el Registro de predios sólo aparecía como titular el concubino.

Este caso muestra que:

- (i) De nada sirve la inútil diferencia de la Corte Suprema, avalada por la doctrina, cuando refiere que para reclamar derechos patrimoniales entre los convivientes o frente a terceros es necesario que el concubinato se reconozca en un proceso previo si con dicho proceso no se publicitó la condición de los bienes, que en este caso no era posible pues la hipoteca se había constituido de modo previo al reconocimiento del concubinato y de nada habría servido –insisto– en este caso.
- (ii) La imposición del régimen de sociedad de bienes ha terminado generando el efecto inverso al buscado por la Constitución de 1979 y la ley civil pues su intención de proteger a la concubina de los abusos del concubino se ha visto frustrada precisamente por las limitaciones impuestas mediante la aplicación de un único régimen patrimonial (la sociedad de bienes) con lo cual se consagra una suerte de indefensión de uno de los concubinos en desmedro del principio de protección de la familia que la actual Constitución no limita a la familia sustentada en el matrimonio. Por ello mi tesis ofrece mejores mecanismos de protección.
- (iii) Los Tribunales aún no han terminado de descifrar ni entender qué es una sociedad de bienes ni toman en cuenta que sus sentencias que reconocen un concubinato tienen efectos declarativos.
- (iv) La doctrina no ha ofrecido el socorro necesario a las Cortes al defender un único régimen que al excluir la posibilidad de otros (el de separación de patrimonios) ha generado mayores perjuicios a los concubinos.

8. Ideas adicionales y conclusivas: el plazo para el reconocimiento del concubinato, la declaración judicial, los registros para los concubinatos y las relaciones personales entre convivientes

No quisiera terminar estas líneas sin incidir en la urgencia de ofrecer un mejor tratamiento a la unión de hecho.

En primer lugar, quiero recordar las diferencias entre la Constitución de 1979 y 1993 sobre la unión de hecho:

Constitución de 1979

Artículo 9.- 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.

Constitución de 1993

Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Es fácilmente perceptible que la norma de la actual Constitución no exige ningún plazo para que se conforme la unión de hecho, plazo que hoy ha quedado dentro del art. 326 del Código Civil. ¿Ello implicaría, entonces, que el plazo para que se entienda conformada la unión de hecho es inexigible al aplicarse la norma constitucional sobre el concubinato?

No lo creo. Sin embargo, advierto que el Tribunal Constitucional viene mostrando su malestar por los efectos del plazo y exigencia de reconocimiento judicial del concubinato como lo ha hecho a través de un *obiter dictum* mas no por medio de alguna *ratio decidendi* o razón principal de un fallo con la que hubiere resuelto algún conflicto entre concubinos.

Así, en el Exp. N° 04777-2006-PA/TC, en los considerandos 14 y 15 de la sentencia de fecha 13 de octubre de 2008⁶⁹, tras analizar en el considerando 13 la jurisprudencia ordinaria que exige el reconocimiento judicial previo del concubinato para que surta efectos ante terceros, especialmente notificando a tales terceros o inscribiendo la sentencia en los registros en los que aparecen los bienes comunes, el Tribunal sostiene:

“14. Que, una solución de esa naturaleza no satisface el deber de garantizar la institución, (art. 5) puesto que condiciona los efectos de la convivencia a una declaración judicial, a pesar de que su reconocimiento se infiere directamente de la misma Constitución. Y constituye un trámite que por lo demás resulta mucho más engorroso que el matrimonio civil (art. 4 de la Constitución) constituyendo una traba que tiene efectos

⁶⁹ Este fallo, por lo demás, contiene algunas apreciaciones que no comparto. Así, por ejemplo, en el considerando 7 señala que el concubinato perfecto tiene como régimen patrimonial el de la sociedad de gananciales. Del mismo modo, en el considerando 8 refiere que la actual Constitución en su art. 5 ha prescindido del requisito de temporalidad, con lo que me parece que confunde lo que debiera corresponder a los efectos personales con lo que atañe a los efectos patrimoniales respecto de lo cual no existe ninguna incompatibilidad entre la actual norma constitucional y el plazo del numeral 326 del Código civil. En cualquier caso, el considerando en cuestión parece asimilar plenamente el concubinato al matrimonio y ello no es así si se tiene presente el principio de promoción del matrimonio del art. 4 de la Carta. Finalmente, en el considerando 8 recoge la tesis del patrimonio autónomo del Código procesal civil que, como hemos mencionado, parece un despropósito.

desalentadores para la unión de hecho. Además resulta claro que ambos sistemas, ya sea de la notificación de la resolución a terceros, así como el registro de la resolución judicial, resultan insuficientes, pues su notificación o inscripción, en determinados casos, puede terminar con generar la indefensión de alguno de los concubinos.

“15. Que, ya pues la falta de regulación sobre la publicidad registral de las uniones de hecho genera inseguridad jurídica y, adicionalmente, fomenta un inadecuado sistema de garantía del derecho de propiedad de los convivientes”.

A ello se suma el voto singular del Juez Constitucional Sr. Eto Cruz, quien considera que frente al mandato constitucional que protege a la unión de hecho, la inacción del legislador es evidente, por lo que sostiene que los mandatos constitucionales deben complementarse con la labor legislativa que materialice los valores constitucionales. Luego de ello considera que la creación de un registro de uniones de hecho parecería ser una respuesta adecuada y razonable, aludiendo al ejemplo de la Ordenanza de la Municipalidad de Breña⁷⁰.

A pesar que en algún momento he considerado que la creación de registros para las uniones de hecho es una solución interesante para efectos de probanza, no deja de ser cierto que esa probanza se focaliza en el momento en que se produce la inscripción de la declaración de los concubinos en el correspondiente registro (hoy existen tres Municipalidades que administran dichos registros), pero no prueba el plazo que exige la legislación ordinaria. Para ello será necesario el reconocimiento judicial mientras no se produzcan cambios en el tratamiento legal de la unión de hecho.

Por lo demás, debo advertir que la tan ansiado publicidad que proteja a los convivientes parece que puede alcanzarse sólo si su reconocimiento judicial se inscribe en algún registro de bienes mas no en el registro personal pues el Código Civil no da opción ni acceso a una declaración judicial de tal naturaleza, con lo cual, bajo el sistema legal actual, la sentencia

de reconocimiento no tiene sino escasas posibilidades de ser opuesta a terceros. Esa es la razón por la que parece deseable algún mecanismo distinto como los registros municipales o de distinta naturaleza. Sin embargo, en tal caso sería necesario modificar el régimen legal actual (inclusive el constitucional) para determinar cómo se adjudicaría efectos a tales registros, pero sin duda, de no adoptarse una decisión adecuada, ello podría ser incompatible con el principio de promoción del matrimonio.

Pasando a otro tema, debo insistir en señalar que cuando la Constitución se refiere a la protección de la familia no distingue –como la hacía la Carta de 1979- a qué clase de familia. Y el mismo legislador ordinario, pese a su propósito de restringir todo trato a los aspectos patrimoniales, no pudo evitar referirse al concubinato como la unión que se conforma para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio con lo que, a la postre, alude, quiérase o no, a la fundación de una familia.

Por ello es que tanto a la luz de la actual Constitución como de los Tratados internacionales que reconocen el derecho a fundar una familia (a los que se refiere Álex Plácido⁷¹) sin aludir al matrimonio como base (pues no todos lo hacen), la lectura del Código Civil en materia de concubinato debe ser distinta.

Lo he comentado antes, *in extenso*⁷²: la unión de hecho es una comunidad basada en afectos, emociones, en la fidelidad y asistencia mutuas; es una relación de afectividad que cumple las funciones educativas, socializadoras, moralizadoras y de sustento y soporte como se da en toda familia. Quienes son parte de esa familia concubinaria no diferencian ni esperan que el grupo familiar se comporte de modo diverso a la familia matrimonial.

El socorro, la asistencia, el apoyo material (además del afectivo, del amor que la motiva) y la complementación que se encuentra en toda unión familiar exige que la unión de hecho encuentre protección similar (no necesariamente igual en todos los diversos aspectos) que la pareja conyugal. Y por ello es que no me parece aceptable que, mientras el Tribunal Constitucional consagra el derecho a la pensión a la

70 Uno de cuyos argumentos es el siguiente: “Que, el Código Civil comentado por el Dr. Yuri Vega Mere en el acápite referente a la regulación de las uniones de hecho (pag. xxxciii Código Civil, Edición Grijley, Edición 2001, en su Estudio Preliminar “El Código Civil al inicio del Nuevo Milenio”) que reproducimos por ser de extraordinario interés, escribe así: “También se muestra como abiertamente insuficiente la actual regulación de las uniones de hecho. A favor de su restringida reglamentación se ha alegado toda serie de argumentos... La familia nacida de la conjunción voluntaria de varón y mujer sin ningún tipo de documentación es también una comunidad de afecto, de valores, de metas... Las uniones de hecho han encontrado un ambiente mas favorable en otras latitudes. Ejemplos como los de Bolivia, Costa Rica y Brasil son contundentes. También se aprecia un clima de insólita tolerancia en países como Francia, España o Portugal”, para añadir luego: “Que, ya situados en el artículo 326” del Código Civil podemos detenernos en su lectura que determina a 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, como aquella que origina una sociedad de bienes siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos; Que, es evidente entonces que la convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial sin haber recibido sanción legal, no esta regulada legalmente, ni tampoco prohibida en derecho: es ajurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del derecho; Que, es política del Gobierno municipal promover el desarrollo integral del distrito, propiciando las mejores condiciones de vida de su población; Que, en este sentido, resulta de vital importancia atender a las parejas de hecho que residen en el distrito de Breña, dando un primer paso en aras de eliminar la discriminación que puede producirse hacia parejas no legalizadas; Para tal efecto, es necesario establecer el Registro de Parejas de Hecho - REPAH - dentro de la organización municipal, concediendo medidas extraordinarias de carácter tributario y administrativo ...”. Vale la pena mirar la ordenanza.

71 Me parece que esa sería la posición de PLÁCIDO en su ensayo *Familia, matrimonio, convivencia y Constitución*, cit., pp. 85-99.

72 VEGA MERE, *Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho*, en mi libro *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, cit., pp. 132-141.

concubina supérstite (como ya ocurría en el Sistema previsional privado) y sostiene que sería una interpretación muy constreñida de la Constitución el concebir en una unión de hecho que no exista obligaciones de tipo alimentario⁷³, por otro lado, se sostenga que la obligación de alimentos entre cónyuges es una obligación natural⁷⁴.

Ya he comentado que una de las más incomprensibles soluciones del Código es que reconoce alimentos en caso de conclusión de la unión paramatrimonial cuando termina por la decisión unilateral de uno de los consortes, que abandona al otro, mas no reconoce dicha obligación durante la convivencia. Es más, ha criticado la absurda sentencia de nuestra Corte Suprema del 7 de junio 1993, que decidió que el cese de la unión de hecho no sólo consiste en la terminación de la convivencia bajo un mismo techo sino que, si ésta persiste, también se produce cuando uno de los concubinos se sustrae intencional y deliberadamente a las obligaciones emergentes de la unión de hecho. ¿Cuáles obligaciones? Sin duda, las alimentarias.

Puedo entender, sin aceptar, que el Derecho civil ha sido y sigue siendo excesivamente conservador (y hasta trasnochado) con relación al tratamiento de las relaciones personales entre convivientes. Pero ello no

puede sostenerse más tiempo bajo la aplicación del principio de protección de la familia que recoge la Constitución. En esa medida, me sorprende que se siga sosteniendo que no existe una obligación real, legal y no natural de alimentos entre los convivientes. ¿Es necesario que lo diga el Tribunal Constitucional a modo de fallo o *ratio decidendi*? No. Pero si le toca hacerlo urge que lo haga a la brevedad a instancia de algún interesado que no desee padecer la inanición derivada de la indiferencia del legislador común.

Como he querido remarcar en el título principal de este trabajo: amor, familia, unión de hecho y relaciones patrimoniales son inseparables y, por tanto, al ser familia la pareja concubinaria no existe mecanismo que impida extenderle el manto de tutela constitucional que debe traducirse en una lectura de reacomodo de las normas civiles sobre el matrimonio para determinar cuáles (sino todas) son aplicables a la familia de hecho, sin perjuicio de cumplirse con las condiciones exigidas para que se constituya la sociedad de bienes. Queda por definir, para otra ocasión, si al ser familia los efectos personales entre concubinos surgen desde el momento mismo de la convivencia. Mi posición favorece esa respuesta pero el tema merece más atención que estas pocas líneas.

73 Considerando 22 (a modo de *obiter dicta*) de la sentencia del 6 de noviembre de 2008 (Exp. N° 06572-2006-PA/TC).

74 PLÁCIDO, *Familia, matrimonio, convivencia y Constitución*, cit., pp. 132 y 133.