

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



**“LA INCORPORACIÓN DE LOS PACTOS CONVIVENCIALES EN  
LA UNIÓN DE HECHO: SU TRATAMIENTO PARA LOS BIENES  
DE LOS CONCUBINOS”**

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho  
Civil que presenta:

***Daniel Francisco Ramos Gutti***

Asesor:

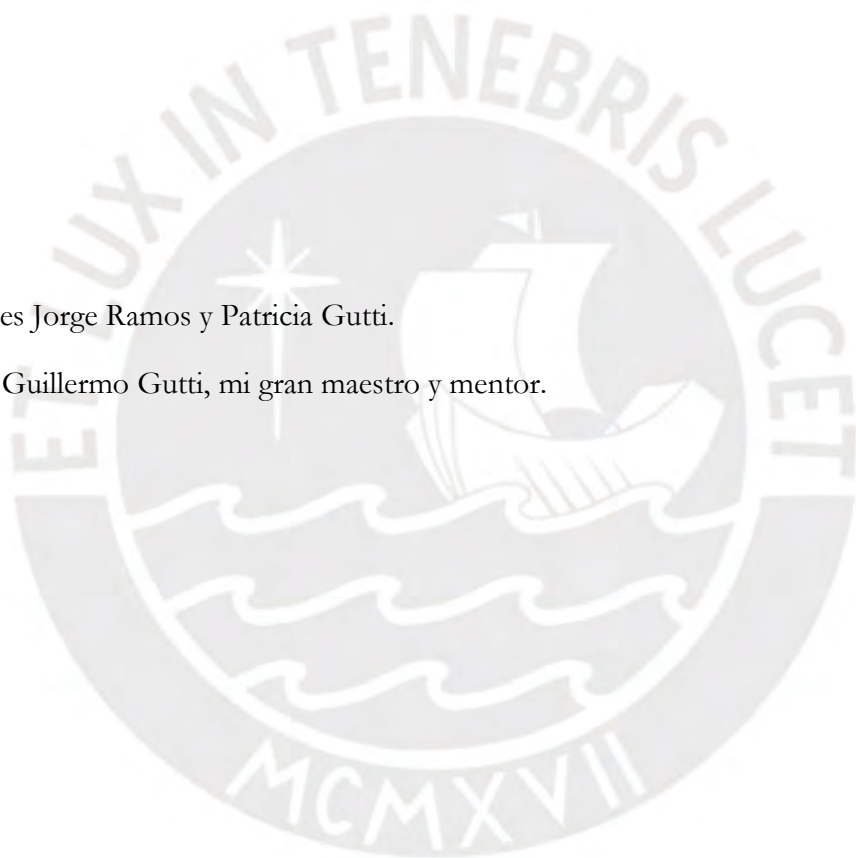
***Jose Luis Gabriel Rivera***

Lima, 2022

## DEDICATORIA

A mis padres Jorge Ramos y Patricia Gutti.

También a Guillermo Gutti, mi gran maestro y mentor.



## RESUMEN

La investigación se avoca a una de las instituciones que por situaciones reales sus conceptos se han variado durante el paso del tiempo. La evolución de las creencias y costumbres del ser humano han reflejado diversas figuras que se han suscitado en ampliar el concepto actual de familia que se viene manejando dentro de nuestro marco normativo.

Como primer objetivo es investigar las modificaciones que no se han visto reflejadas dentro de nuestra legislación; sin embargo, han sido empleadas por legislaciones comparadas que han reflejado criterios positivos en la aceptación de las distintas sociedades.

Asimismo, también indagamos la manera en que nuestro ordenamiento está reaccionando a las nuevas tendencias de la unión convivencial desde su concepto hasta las propuestas de cambio que se deben realizar.

Como finalidad buscamos la reflexión por parte de nuestros legisladores para una adecuada aplicación de los resultados de la presente investigación en la que se necesita una comprensión sobre los nuevos retos que vienen generando efecto dentro del marco normativo.

El método empleado como parte del estudio de las normas jurídicas nacionales y comparadas es el exegético que con el análisis de cada legislación conllevará a homologar criterios con países tanto europeos como americanos.

También se utiliza el método dogmático que nos permitirá estudiar las posturas investigativas y la propia apreciación para generar nuevos criterios

Por último, se propone desarrollar una figura autónoma al concepto, así como un tratamiento autónomo que permita utilizar los diferentes criterios generando independencia, armonía e interés de la población nacional.

## ÍNDICE

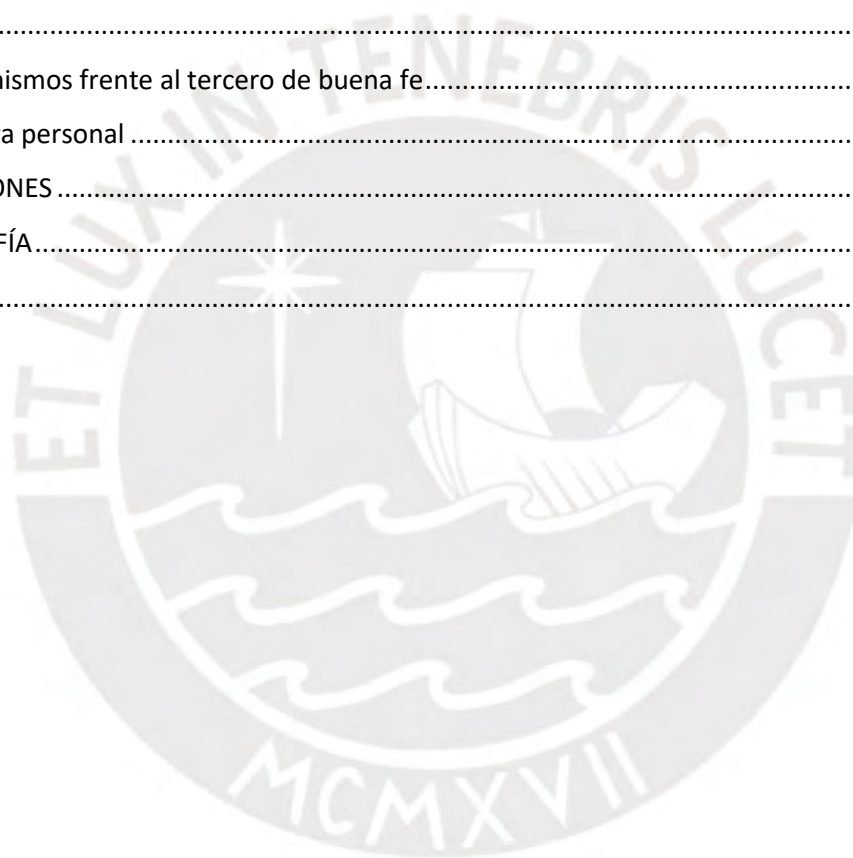
RESUMEN .....	ii
ÍNDICE.....	iii
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I .....	3
DEFINICIÓN Y CONSIDERACIONES SOBRE LA UNIÓN DE HECHO .....	3
1.1 Definición de Unión de Hecho.....	4
1.1.1 Constitución de 1979 .....	8
1.1.2 Análisis del artículo 326 .....	9
1.2 Derechos sucesorios en la unión de hecho.....	13
1.2.1 Tercio de libre disposición.....	14
1.2.2 Legítima del concubino .....	15
1.2.3 Derecho de habitación .....	15
1.2.4 Derecho de usufructo.....	15
1.2.5 Concurrencia del concubino.....	16
1.2.6 Sucesión exclusiva .....	16
1.3 Inscripción de la unión de hecho .....	17
1.4 Unión de hecho o unión de derecho.....	20
1.5 Censo y las Uniones de hecho .....	22
CAPÍTULO II .....	24
NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES .....	24
2.1 Teoría de la propiedad exclusiva.....	24
2.2 Teoría de la personalidad jurídica .....	24
2.3 Teoría del patrimonio autónomo afecto a una finalidad .....	25
2.4 Teorías comunitarias.....	26
2.4.1 Indivisión tipo romano .....	27
2.4.2 Comunidad mano en común.....	27
2.5. Teoría societaria.....	30
2.6 Bienes .....	36
2.6.1 Bienes propios.....	38
2.6.2 Bienes sociales .....	42
2.7 Liquidación en sociedad de gananciales .....	47
CAPÍTULO III .....	53

LA UNIÓN DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO .....	53
3.1 La unión de hecho en el derecho ecuatoriano.....	54
3.1.1 Fin de la Unión de hecho.....	55
3.1.2 Matrimonio entre los concubinos.....	56
3.1.3 Derechos Sucesorios .....	56
3.1.4 Derechos a quienes establecieron la unión de hecho .....	56
3.1.5 Opinión sobre la Unión de Hecho en Ecuador .....	56
3.2 Unión Civil en Argentina.....	59
3.2.1 Las medidas de acción positiva .....	60
3.2.2 Código Civil y Comercial de la Nación .....	60
3.2.3 Ámbito de aplicación.....	61
3.2.4 Requisitos .....	61
3.2.5 Registro y pruebas.....	62
3.2.6 Registro de Uniones Convivenciales .....	62
3.2.7 Contribución a las cargas del hogar durante la vida en común .....	64
3.2.8 La atribución del hogar común, en caso de ruptura .....	64
3.2.9 Representación .....	65
3.2.10 Efectos del pacto convivencial frente a terceros .....	66
3.2.11 Relaciones patrimoniales .....	67
3.2.12 Responsabilidad y protección de la vivienda familiar .....	68
3.2.13 Cese de la Unión convivencial.....	71
3.2.14 La voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro.....	71
3.2.15 Compensaciones económicas .....	73
3.3 La unión de hecho en Colombia.....	74
3.3.1 Temporalidad .....	76
3.3.2 Partes iguales .....	77
3.3.3 Disolución .....	77
3.3.4 Ley 979 de 2005 .....	78
3.3.5 Sentencia C-075/07 .....	79
3.3.6 Opinión.....	79
3.4 Unión de hecho en Chile .....	81
3.4.1 Separación de patrimonios .....	84
3.4.2 Derechos sucesorios.....	84

3.4.3 Fin de la Unión Civil .....	84
3.4.4 Compensación Económica .....	84
3.5 Unión de Hecho en Venezuela .....	85
3.6 Unión de hecho en España: Aragón .....	88
3.6.1 Respecto a la Ley 6/1999 de 26 de marzo .....	90
3.6.2 Régimen de convivencia y normas de aplicación supletoria.....	90
3.6.3 Obligaciones frente a terceros .....	91
3.6.4 Extinción, causas y efectos .....	92
3.6.5 Desequilibrio patrimonial.....	93
3.6.6 Fallecimiento y adopción .....	94
3.7 Unión de Hecho en España: Cataluña .....	95
3.7.1 Unión Estable Heterosexual .....	96
3.7.2 Pactos de convivencia .....	96
3.7.3 Beneficios Públicos.....	97
3.7.4 Anulabilidad de los actos.....	98
3.7.5 Extinción y compensaciones .....	99
3.7.6 Extinción Unilateral .....	100
3.7.7 Unión estable homosexual.....	100
3.7.8 Sucesión .....	101
3.8 Unión de hecho en Francia.....	103
3.8.1 Pacto Civil de Solidaridad .....	104
3.8.2 Ayuda mutua .....	105
3.8.3 Bienes .....	105
3.8.4 Disolución .....	105
3.8.5 Restricciones al pacto civil .....	106
3.8.6 Vínculos familiares .....	106
3.8.7 Derechos Sucesorios .....	106
3.8.8 Adopción .....	107
3.8.9 Impuestos.....	107
3.8.10 Concubinato .....	107
3.9 Unión civil en Italia .....	108
3.9.1 Concepto de familia .....	109
3.10 Unión de hecho en otros países de Europa .....	111
3.10.1 Unión de hecho en Suecia.....	112

3.10.2 Unión de hecho en Dinamarca.....	115
3.10.3 Unión de Hecho en Países Bajos .....	116
3.10.4 Unión de Hecho en Bélgica .....	117
3.11 Unión Civil y la doctrina peruana .....	118
3.11.1 Acuerdos premaritales y maritales .....	119
3.11.2 Contrato prematrimonial en Perú.....	121
3.12 Opinión personal.....	122
CAPÍTULO IV .....	125
INCORPORACIÓN DEL PACTO CONVIVENCIAL DENTRO DE NUESTRO RÉGIMEN NORMATIVO	125
4.1 La autonomía de la voluntad.....	128
4.2 Pacto, Contrato o Convenio .....	129
4.2.1 Pacto.....	129
4.2.1.2 Pactos en los artículos del Código Civil .....	130
4.2.2 Convenio.....	133
4.2.2.1 Convenio en los artículos del Código Civil.....	133
4.2.3 Contrato .....	134
4.2.3.1 Contrato en el Código Civil.....	135
4.2.4 Consideración del Pacto Convivencial dentro del Código Civil .....	137
4.2.5 Consideración del Pacto convivencial y su influencia dentro de la Constitución Política del Perú .....	137
4.2.6 Consideraciones en la vigencia del Pacto Convivencial .....	138
4.2.7 Pactos en otras Leyes peruanas .....	138
4.2.8 Nulidad e Ineficacia en los pactos.....	140
4.2.9 Impacto práctico de los pactos .....	140
4.3 Pacto convivencial y su influencia extrapatrimonial.....	140
4.4 Pacto convivencial y el sistema financiero.....	140
4.5 Unión convivencial .....	141
4.6 Modificación de artículo o cambio integral .....	142
4.7 Relaciones de hecho e inscripciones.....	143
4.8 Lineamientos previos hacia una nueva modificación .....	144
4.9 Características a considerar frente a un nuevo marco normativo de la Unión de Hecho ..	145
4.9.1 Regímenes patrimoniales a considerar .....	146
4.9.2 Sociedad de gananciales .....	146
4.9.3 Separación de patrimonios .....	147

4.9.4 Bienes de interés familiar.....	149
4.9.5 Pacto Convivencial .....	150
4.9.6 Publicidad e inscripción.....	152
4.9.7 Separación y situación patrimonial .....	154
4.9.8 Derechos sucesorios.....	154
4.10 Proyectos de ley referentes a la Unión Civil en Perú .....	155
4.10.1 Proyecto de Ley N° 718/2016-CR.....	155
4.10.2 Proyecto de Ley N° 961/2016-CR.....	157
4.11 Pacto convivencial e ideología de género.....	158
4.12 Propuesta de modificación del Marco Normativo de Unión Convivencial con relación al patrimonio.....	159
4.13 Mecanismos frente al tercero de buena fe.....	160
4.14 Postura personal .....	162
CONCLUSIONES .....	165
BIBLIOGRAFÍA.....	167
ANEXO .....	177





## INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Civil menciona que la regulación jurídica de familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú. Nuestra sociedad viene evolucionando y no somos ajenos a que diversas figuras van variando y provocando que se establezcan criterios que vayan acorde al desarrollo de tal.

Los vínculos entre personas son voluntarias, parten de la autonomía de cada uno para consolidarla y establecer vida en común, la unión de hecho no es ajena a ello. La Casación. N° 3242-2014 JUNIN, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República menciona los siguientes requisitos que citamos a continuación:

“a) Cohabitación, al formar los convivientes un hogar de hecho, implica una comunidad de vida que se instaura cuando ambos convivientes comparten un domicilio en común, sin las cuales no se podría sostener la existencia de dicha unión; b) Notoriedad, en concordancia con la tesis de la apariencia del matrimonio, dicha comunidad de vida, c) La exclusividad y/o unión estable, d) Ausencia de impedimentos matrimoniales, por lo cual se hace diferencias entre una unión de hecho propia o impropia cuando no existe impedimento matrimonial y e) Voluntariedad, elemento indispensable en la unión de hecho que se desprende de la cohabitación, exclusividad y permanencia; esto lo podemos tomar de una manera similar al matrimonio. (El Peruano 2014: 80532 – 80533)”.

En un Estado donde la sociedad se viene desarrollando y estableciendo nuevas tendencias, el soportar una figura tan importante como es la unión de hecho dentro del desarrollo de un solo artículo cuyas modificaciones no son suficientes para lo que viene ocurriendo en las situaciones reales, indica que necesita una reestructuración y un tratamiento autónomo a una figura que por hechos viene siendo tendencia pero por derecho se ha quedado dentro de un estudio que se ha limitado en considerarlo como una parte de instituciones positivizadas y con su propia legislación.

Esto es amparable bajo el manto de las legislaciones comparadas que de acuerdo con la sociedad en la que se desenvuelven han optado por otorgar un espacio dentro de sus leyes para darle importancia a una figura que también es considerado dentro de la esfera de familia.

Sin embargo, nuestro marco legal aún no lo comprende de esa manera y durante el transcurso del tiempo las controversias, así como los criterios de los tribunales han provocado que se vaya reglamentando una figura que el legislador no le otorga la importancia debida y simplemente lo homologa con otros artículos dejando a la interpretación de cada uno de los juzgadores al momento de emitir alguna resolución.

Es por ello que vemos necesario establecer un tratamiento autónomo que brinde los lineamientos necesarios que permitan el conocimiento adecuado de los derechos y deberes de cada uno de los intervinientes.

La presente investigación, se centrará en el ámbito patrimonial de la unión de hecho y los retos que tendría para mejorar el esquema que actualmente se viene configurando y no brinda opciones adecuadas con el objetivo de que las personas sientan que es una figura atractiva en la que le permita conocer los derechos y obligaciones de cada uno partiendo de un concepto de familia.

Asimismo, se analizarán los esquemas que actualmente son parte de los marcos legislativos de los diferentes países, tanto latinoamericanos como europeos donde esta tendencia tiene una mayor incidencia dentro de su sociedad.

Bajo esta línea, se analizará actualmente como se viene tratando la unión de hecho en nuestro sistema nacional y que propuestas se van a hacer para que se considere como una figura que, bajo diversos estándares, permita a las personas poder analizar si es que se puede acoplar a nuestra realidad.

Por lo que se estudiarán los marcos del derecho comparado y se analizará si es viable considerarlo dentro de nuestro ordenamiento priorizando principalmente el concepto de familia, que en la actualidad esa unión entre dos personas viene siendo tratada y privilegiada por una única figura que bajo la realidad ya no tiene la misma incidencia que en tiempos anteriores.

Nuestro objetivo es que nuestro ordenamiento se vea no solamente fortalecido valorando a las nuevas tendencias respecto a la unión familiar, sino que facilite tener una serie de lineamientos que permitan principalmente a las personas que optan por la unión de hecho tener reconocidos sus derechos y principalmente que la libertad sea uno de los pilares para que la convivencia sea armoniosa.



## CAPÍTULO I

### DEFINICIÓN Y CONSIDERACIONES SOBRE LA UNIÓN DE HECHO

La institución de la unión de hecho viene siguiendo un proceso en el cuál durante la evolución del ser humano ha tenido presencia dentro de las situaciones consuetudinarias; sin embargo, el largo camino de regularlo en la legislación ha provocado diferentes propuestas que se mantienen reacias a instaurar un tratamiento autónomo de esta figura; varias posiciones sitúan a la unión de hecho como una manera híbrida de la institución matrimonial.

Si bien la unión de hecho no es una institución novedosa, para la legislación actual y bajo ciertos criterios aceptar dicha figura supondría un retraso en el que, la mayoría de las parejas modernas optarían por esta situación y no por el matrimonio.

Sin embargo, esto depende de la libre voluntad de las partes en las que tienen el derecho de acogerse a la institución que más crean conveniente privilegiando sus intereses, ya que tener conocimiento de las diferentes instituciones permitiría adecuarse en un régimen que se acomode a sus necesidades.

La sociedad conyugal, siempre se ha comparado con las sociedades comerciales, y es que existen algunas similitudes; sin embargo, en el caso de las segundas, la ley ofrece un amplio bagaje que permite escoger a los socios según sus necesidades. En caso de la institución del derecho de familia no existe una manera en la cual uno pueda realizar de acuerdo con sus necesidades ya que el matrimonio es la única institución por excelencia. Asimismo, dentro del derecho de familia los intereses son sumamente diferentes ya que su punto de partida no son las relaciones comerciales como sucede en las sociedades.

En caso de la unión de hecho, este se encuentra reconocido solamente en el artículo 326 del Código Civil, donde con la definición que procederemos a analizar más adelante, tiene diversos criterios que finalmente necesita ser complementado por otras normas o analizadas en jurisprudencias que al final evocan conceptos diferentes que no siguen un mismo criterio.

Esto provoca que, partiendo de solamente el artículo 326 y de acuerdo a la situación que pueda ocurrir, se debe recurrir a diferentes artículos que no están propiamente diseñados para la unión de hecho a diferencia de la institución matrimonial, en la que es más clara la posición al momento de surgir alguna duda frente a la interpretación de algún artículo; que si bien debe ser mejorado, tomemos en cuenta que dentro de nuestra legislación no se encuentran contempladas absolutamente todos los supuestos que deberían ocurrir y esto es lógico porque a medida que el ser humano va evolucionando, el tiempo abre nuevas puertas a otras situaciones en las que se somete a diferentes interpretaciones; sin embargo, la mayoría de estos se pueden relacionar al mismo libro del derecho de familia y en el caso de la unión de hecho solo está contemplado un artículo en el que la redacción del mismo no indica que cualquier situación se complementa con los demás artículos señalados en el libro de familia, aunque por defecto debería entenderse de esa manera.

El cuestionamiento principal es si el otorgar la similitud de derechos con la institución matrimonial y si la unión de hecho debilitaría al primero, ya que se estaría incentivando a optar por la segunda institución sin generar compromiso alguno, pero si los trasladamos a la realidad y bajo un sistema que no se encuentra fortalecido con una legislación que lo pueda amparar, genera que las parejas opten por la institución de unión de hecho y bajo presupuestos que una de las partes pueda desconocer, podría generar el aprovechamiento de la otra para que una de ellas pueda salir perjudicada ante una situación en especial.

El matrimonio siendo la institución por excelencia, pasa por una serie de procesos el cual se encuentra detallado en el Código Civil. Esto a comparación de la unión de hecho, necesita tener una estructura legal que se complementa con los diversos artículos a los que se refiere cada libro de nuestro código sustantivo que, al no estar dentro de un solo libro genera una búsqueda en la que posiblemente se vuelva más dificultosa y no permita tener un sencillo entendimiento ya que es uno de los objetivos de nuestro Código.

Uno de los efectos más resaltantes del matrimonio es que generan derechos y deberes, que como punto más relevante de la pareja le permite tener una sociedad en la cual se convierte un patrimonio autónomo, es decir que en cada acto que realicen los esposos debe ser con el consentimiento de ambas partes.

Esto siempre y cuando se opte por el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, el cual cuando se declara la unión de hecho este se materializa por dicho régimen que mencionamos.

Hay posiciones y creemos que sobre todo del legislador, que si la unión de hecho se fortalece este será la selección predeterminada de las parejas ya que, para la institución matrimonial el cual sigue una serie de pasos, puede generar mayores costos de transacción refiriéndonos en términos económicos.

En efecto, la unión de hecho podría generar menores costos y esto podría ser una elección para la mayoría de parejas y coincidimos que esto podría ser un peligro para la institución de la familia, ya que el matrimonio es la institución por excelencia que genera derechos, deberes, y convirtiendo a la sociedad como patrimonio autónomo de acuerdo al régimen seleccionado; sin embargo, esto también genera que los sujetos no tengan la libertad de poder elegir por cuál institución creen que es la más conveniente de acuerdo a sus necesidades.

### **1.1 Definición de Unión de Hecho**

Elizabeth Amado define a la unión de hecho como “Un hombre y una mujer conviven sin estar casados legalmente, o sea sin constituir una unión legal o derecho, como sí lo es el matrimonio, aunque actualmente produce efectos legales, debido a la gran cantidad de parejas que optan por no casarse y prefieren vivir juntos pero sin atadura legal, tal vez por el costoso trámite de divorcio si la pareja no llegará a funcionar, o simplemente por no creer en la institución matrimonial” (Amado 2013: 126-127).

La autora indica en la primera parte de su definición es la convivencia entre el hombre y la mujer en el cual no se encuentran vinculados jurídicamente desde un principio en la que la pareja opta inicialmente es generarse una serie de compromisos, pero sin estar amparado por el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, depende únicamente de la decisión de la pareja que al momento de fortalecer sus lazos se opta por la decisión del matrimonio o la de la unión de hecho que aún no es declarada.

En este caso la autora define al matrimonio como una unión legal, pero no tiene consideración alguna respecto a la unión de hecho en el sentido que indica que si bien no es una unión legal, tampoco no es asertiva en su posición sobre la unión de hecho ya que en un inicio indica que es entre un hombre y una mujer. No vamos a profundizar sobre el tema que vamos a tocar, pero en la actualidad hay distintos tipos de parejas que optan por una convivencia la cual no se encuentra regulada en nuestro sistema; sin embargo, estos sucesos se dan en la realidad.

Respecto a la primera afirmación de la autora, podría considerar a la unión de hecho cuando “Dos personas conviven sin aún obtener los derechos y deberes matrimoniales” (Amado 2013:123); ya que de esta manera podríamos englobar lo que sucede en la realidad. Creemos que colocar solo hombre y mujer se estaría parcializando una situación que se da de manera distinta que en efecto no vamos a profundizar, pero sí podría ser un punto de partida para iniciar un cambio de visión hacia una nueva realidad.

Por otro lado, la autora menciona que produce efectos legales. En este apartado inicialmente no los produce, ya que desde un inicio no existe una sociedad conyugal y no hay un patrimonio autónomo; simplemente dos personas se juntaron para hacer su vida en común bajo diferentes criterios que los unen sentimentalmente; es decir, que cuando toman la decisión de juntarse y vivir en un mismo lecho tienen derechos y deberes, pero de manera individual ya que no existe algo que los vincule actualmente por lo indicado en el Código.

Asimismo, el indicar que la unión no es legal podríamos presumir que está aduciendo que nos encontramos frente a una unión ilegal; sin embargo, en todas las uniones de hecho no significa que exista ilegalidad ya que confiamos que la libre voluntad de las partes y por otro lado, para que sea ilegal debe declararse de esa manera, que cuando las partes se unen no generan ningún tipo de ilegalidad; pero al mismo tiempo no hay legalidad, ya que al ser pareja no hay derechos y obligaciones como tal entre ellos, esto debe ser declarado.

Sin embargo, hay un punto de la autora que complementa la idea que tiene sobre unión de hecho, en el cual indica que hay “varias parejas y prefieren convivir sin atadura legal” (Amado 2013:123). Y es que la realidad refleja medidas más reflexivas respecto a la unión y la separación, en el sentido que ahora existe un mayor índice de cambio de opinión frente a las parejas, posiblemente para otras experiencias o no quieren establecer un compromiso expreso reflejado en un documento legal, que sea más engorroso el trámite al momento de la separación.

Esto lo podemos evidenciar al momento de la unión y es que el convivir sin la “atadura legal”, significa que cualquiera de las partes pueda tomar decisiones inesperadas o ambos obligarse sin generar ningún tipo de sociedad conyugal o patrimonio autónomo.

Por una parte, se fortalece la libertad, pero esta puede llegar al aprovechamiento de uno de ellos si es que no hay un límite por el marco legal; si bien hay normas que podrían amparar

situaciones que pueden perjudicar a la unión de hecho; sin embargo, consideramos que una regulación propia permitiría ampliar el conocimiento de las partes respecto al régimen que se van a someter.

Seguimos coincidiendo con la autora que el trámite de divorcio puede ser engorroso y que algunas parejas no guardan creencia sobre la institución matrimonial. La mayoría de las personas ve el matrimonio como el máximo compromiso entre las parejas, ocasionando que por diversas razones no opten por tal. Asimismo, los nuevos tiempos han evidenciado que para las parejas no es necesario el matrimonio para poder realizar juntos una vida en común ya que, de acuerdo con las antiguas creencias era necesario casarse para que una de las personas, sobre todo la mujer, pueda salir del domicilio en el que se encuentra para hacer vida en común con su esposo. En la actualidad, es de libre decisión y ambas partes acuerdan en compartir domicilio juntos en el sentido que se imita prácticamente todo lo que por hecho sucede en una convivencia matrimonial sin la necesidad de optar por dicha institución o requerir alguna formalidad.

La definición de la autora, se ha enfocado medianamente en la realidad o únicamente se ha centrado en lo que ocurre en nuestro país, en el sentido que la unión de hecho genera un menor costo, en todos los sentidos, ya que solamente basta con la voluntad de las partes en hacer vida en común; y de esa manera, si existe alguna discrepancia o controversia entre ellos que no pueda solucionar opte por una separación sin necesidad de un documento legal; es claro también que este tipo de convivencia, previo al estado de temporalidad que indica la ley es totalmente legal y depende únicamente de las personas que conforman la pareja.

La realidad es un indicador que debería permitir el avance de la legislación actualizando las normas que permitan establecer criterios primarios para tener un esquema amplio de la protección que se le podría otorgar a esta institución.

Citamos textualmente a Benjamín Aguilar Llanos, el cual sostiene que:

Para que se pueda estar ante la figura del concubinato, esta debe tener una comunidad de vida, lo que implica una convivencia entre un hombre y una mujer, compartiendo mesa y lecho, la misma que debe ser permanente, prolongada en el tiempo, esto es que sea estable y duradera, debe ser consensual, voluntaria aceptada por los dos, notoria y pública, a la vista de todos, las relaciones con terceros lo hacen como si fueran casados, y por último, singular que significa una relación de pareja exclusiva y excluyente. (Aguilar 2015: 13-14)

Esta definición al ser más estructurada explica de una manera inicial que debe existir una convivencia entre hombre y mujer; es decir, a diferencia de la definición de Elizabeth del Pilar, no indica un criterio de legalidad, el cual es un punto importante ya que para el autor dentro de su definición prevalece los criterios de hecho, en el que prima la voluntad de las partes, donde por criterio y convencimiento de cada uno de ellos optan por este régimen de hecho.

Punto importante de la definición de Benjamín Aguilar es que le da una calidad en el tiempo, es decir que esta debe tener un criterio de temporalidad el cual es un punto importante para considerar una unión de hecho dentro de los lineamientos legales y el punto de la realidad (2015:13).

El autor establece características que nos permite una visión amplia sobre cómo se debería considerar la unión de hecho dentro de nuestra legislación.

Sin embargo, uno de los puntos que son más importantes pero que es más complicado de establecer es el tiempo ya que si partimos de la definición no establece un criterio temporal específico, a comparación de la norma que indica que son dos años. Es un punto importante que destacar, pues el autor da a entender que establecer un criterio de tiempo no sería tan sencillo como lo ha aplicado el legislador ya que, para algunos el tiempo de dos años puede ser prudente mientras que otras posiciones podrían otorgar menor o mayor tiempo incluso. Esto depende incluso de la cultura de donde se pueda encontrar ya que las creencias de cada país y principalmente el nuestro son variables, mientras que algunos ven el matrimonio como el sacramento ideal para acceder a los nexos conyugales creando derechos y deberes de la pareja frente a terceros, otros ven esta formalidad como un proceso en el cual se podría prescindir y no realizar todos los trámites para que la finalidad sea la misma.

Debemos valorar la finalidad la cual busca la unión de hecho en el sentido que también busca una convivencia armoniosa entre las partes, ya que al momento que se decide optar por este régimen, creemos que la pareja no tiene el conocimiento de los efectos que se podría generar en el sentido que se basa en la búsqueda de que ambas partes vean adecuado optar por la unión sin conocimiento de que tanto apoyo tendrían por la legislación.

En conclusión, ambas definiciones tienen criterios válidos pero la de Benjamín Aguilar se acerca más a la realidad en el sentido que de alguna manera, se busca una unión armoniosa entre ambas partes; por otro lado, respecto al tiempo es algo que deberíamos evaluar si es que se debe mantener o no dentro de la definición citada en el artículo 326 del Código Civil.

Benjamín Aguilar sostiene que “el mayor problema de la aplicación de esta norma la constituye la probanza de la vida concubiniaria, habiéndose establecido por repetidas ejecutorias, que el juicio de distribución de ganancias habidas dentro de una unión de hecho, presupone previamente haber acreditado la existencia de un concubinato regular” (Aguilar 2015: 17).

Lo que sostiene Benjamín Aguilar es algo que ocurre en la realidad, que si bien existe el artículo 326, pero el cuestionamiento es como constatar que existe o considerar una unión de hecho establecida, ya que es complicado sin ningún pronunciamiento de la autoridad estatal que se pueda convalidar esta institución en el sentido que cuando se entra en temas controversiales le permiten a la otra parte, incitar que no se tuvo ningún vínculo y que no hay algún efecto legal que los una de manera obligacional.

Citamos textualmente a Benjamín Aguilar que indica:

En el caso de concubinato irregular, aquel que no cumple con las exigencias de la falta de impedimento o de la vida en común no menor a dos años, en esos supuestos al no poderse equiparar la sociedad de la unión de hecho a la sociedad de gananciales, queda el recurso al concubino perjudicado de accionar por enriquecimiento indebido; sobre el particular, resulta ilustrativo la Resolución Casatoria 5-95 que señala que la acción de enriquecimiento sin causa, tiene como finalidad proteger de los abusos y apropiaciones ilícitas de uno de los convivientes sobre el otro; en tal sentido se ampara el derecho del conviviente sobre el inmueble adquirido

cuando las partes tenían una unión de hecho aunque esta no genere una sociedad de gananciales. (Aguilar 2015: 17)

El legislador tiene como uno de los puntos principales el cómputo del tiempo como en el caso que se acaba de citar; por lo que, si ocurre algún suceso controversial previo al cumplimiento o a la declaración de la unión de hecho, es más complicado para el concubino perjudicado poder probar que existió una unión de hecho, lo que hace más sencillo el aprovechamiento de la parte que tiene mayor conocimiento y puede obrar de mala fe dentro de la relación concubina. En el caso en concreto, al no generarse sociedad de gananciales provoca que cada una de las personas puedan realizar sus actos y a pesar de que exista la participación del otro como un patrimonio autónomo, ambas partes pueden atribuirse la calidad de tal sin que la norma los haya reconocido.

Es necesario que el sistema establezca la manera de proteger al concubino perjudicado en la que este pueda sentirse amparado por el ordenamiento jurídico; ya que, al ser la unión de hecho establecido en la realidad, esto únicamente se refleja en un artículo del Código Civil y se toma los presupuestos de la sociedad de gananciales cuando los criterios de temporalidad son el eje principal para darle la validez a la unión de hecho.

El tiempo que establece la ley para generar la sociedad de gananciales, provoca que exista una brecha en la que puede generar aprovechamiento por la parte que realiza actos de mala fe y puede perjudicar al otro concubino.

### **1.1.1 Constitución de 1979**

El artículo 9 de la Constitución de 1979 establece que “La Unión establece 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 en la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

La Constitución de 1979 fue el punto de partida hacia los nuevos lineamientos de la unión de hecho, es en efecto el primer modelo en el que se reconoció dentro de la legislación, donde indica en primera línea que un varón y una mujer se unen cuando no tienen impedimento matrimonial y donde Elizabeth del Pilar utiliza como referencia dicha Constitución para establecer su definición.

El punto importante que parte de la definición establecida por la Constitución es donde indica como participantes al varón y la mujer como punto principal de partida para la unión; sin embargo, es en una época donde se desarrollaba la libertad de las partes era totalmente diferente a la manera que sucede en la actualidad.

Estamos de acuerdo con la definición de la Constitución es acorde a una visión primaria de la unión de hecho, incluso en el apartado donde considera que no exista algo que impida la convivencia entre la pareja donde su voluntad le permita la libertad de decidir sin que algún tercero salga perjudicado.

Por otro lado, el artículo establece un criterio de tiempo el cual no es definido por la Constitución y el Código Civil de 1936 donde indicaba que “las uniones de hecho eran una



sociedad de hecho en el que el hombre y la mujer conservan su independencia social y económica, en el que están vinculado dichos aspectos”.

En este caso no se establece un criterio de tiempo exacto, por lo que podríamos inferir que esto se queda a criterio de los jueces. Además, se tendría que analizar cada caso en concreto y referente al sustento de cada una de las partes respecto a que el criterio se evalúe conforme a los hechos nos permite inferir que no es el legislador que coloca la temporalidad concreta, sino que lo deja a criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

Sin embargo, tanto la Constitución de 1979 y el Código de 1936 solo dedican un artículo y no se realiza un estudio profundizado del tema. Esto posiblemente porque en aquellos tiempos el matrimonio era la institución por excelencia por la cual se inclinaba y todos adoptaban esa decisión; sin embargo, el paso del tiempo y las nuevas libertades las cuales ha tomado la persona ha permitido que amplíe sus horizontes y opte por decisiones que le permita acelerar procesos y no opte por instituciones que lo comprometan de una manera que su desvinculación sea más engorrosa.

Por ello, consideramos que se le debe dedicar un apartado dentro de la legislación civil a la unión de hecho donde se identifiquen todas las condiciones y las obligaciones que se puedan otorgar frente a dos personas que configuren los elementos de esta figura; sin embargo, actualmente no se encuentra declarado o reconocido este tratamiento autónomo en la legislación nacional. Por lo que conviene introducir cambios que establezcan los deberes de cada uno, así como las consecuencias que podrían surgir al no seguir los lineamientos aprobados por las partes.

### **1.1.2 Análisis del artículo 326**

Citamos el artículo 326° del Código Civil de 1984 que indica lo siguiente:

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

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

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

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

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y

825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

Una de las primeras características es que se realiza de manera voluntaria; es decir, que es inicialmente por la voluntad de las partes las cuales tienen libertad para optar por la decisión de ser concubinos. Su libertad de decisión les permite evaluar si establecen la unión de hecho u optan por la institución matrimonial.

El establecer que es entre un varón y una mujer ha seguido la línea de la Constitución de 1979, el cual establece los géneros quienes intervienen en la presente institución. Como hemos mencionado en puntos anteriores no vamos a emitir opinión alguna respecto a las especificaciones del género que establece la norma ya que el desarrollo del contexto era distinto en esos tiempos y si bien existe libertad para cada persona, la legislación ha sido tajante en establecer el criterio, incluso dentro del libro de familia referente a los artículos del matrimonio.

La libertad del impedimento matrimonial es un criterio fundamental para que sea una unión de hecho propia ya que la decisión de optar por la institución de hecho no debe afectar a terceros que puedan salir perjudicados materia de dicha unión.

Este es uno de los puntos más importantes del artículo ya que el generar una convivencia sin impedimentos es la partida para que se constituya una unión de hecho propia que serviría para los nuevos criterios de la legislación que se debería proponer.

La finalidad y deberes semejantes al matrimonio que se consigue en la unión de hecho es principalmente con las características que definen la similitud frente a esta institución. Es evidente que ambos buscan lo mismo, en el sentido que uno debe pasar por una serie de formalidades mientras que el otro parte únicamente de la autonomía de la voluntad y la concertación de ambos, no realizando ningún procedimiento previo para llegar a la misma finalidad.

Si se cumplen con los presupuestos mencionados en el apartado anterior, el artículo menciona que origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales lo que le va otorgando un matiz sobre lo que se va a adoptar, en el que el único régimen el cual puede conllevar la unión de hecho es el de la sociedad de gananciales. Este es un apartado en el cual no nos encontramos de acuerdo, ya que no le da la libertad a las personas que intervienen poder escoger el régimen que crean conveniente y de acuerdo a lo que beneficie mayormente a los criterios adoptados de familia.

La norma indica que sea por “2 años continuos”. Una de las primeras cuestiones que se podrían dar es desde cuando se marca el inicio del cómputo del plazo. Esto es porque no hay una definición exacta desde qué momento se podría otorgar lo mencionado; ya que no se especifica el punto de partida de tal.

La decisión que podrían tomar las partes puede generar uno o tal vez desde el inicio de la convivencia, pero no hay un momento exacto que defina la norma y que implique una apertura del conteo que permitiría tener una mejor noción de la Constitución de la unión de hecho.

El otro punto es la continuidad que configuren esos dos años en la Constitución de 1979 donde mencionaba la palabra “ininterrumpidos”, terminología que genera incertidumbre al evaluar algún momento en que se pueda interrumpir la convivencia; es decir, si uno de los concubinos decidía irse por unos días del domicilio que comparte con el otro se podría inferir que se estaría interrumpiendo la convivencia, por lo que no eran claros los límites en el cual las consideraciones permitían propiciar una evaluación adecuada a los hechos.

Respecto a la continuidad conforme indica el artículo, es necesario determinar en qué momento deja de ser continuo previo a los dos años que indica el mismo, ya que es este período el determinante para la configuración de la unión de hecho.

Este es el punto principal para que se configure la unión porque no tener este tema con claridad implica que no exista un conteo específico para poder computar el inicio de plazo; sin embargo, aún los términos son nublados en el sentido que no tenemos ni pronunciamientos los cuales nos permitan tener los cimientos sobre los criterios que deberíamos adoptar. Creemos que este debe ser uno de los criterios más claros si es que se contempla dentro del artículo. Por ejemplo, si nos vamos a los términos procesales el computo del plazo corre una vez llegada la notificación; en este caso en específico no hay notificación alguna que permita establecer ya que sí por ejemplo nos remitimos a un documento que tenga calidad probatoria, podríamos inferir que podría ser un contrato de arrendamiento por el nuevo domicilio o una compraventa; sin embargo, tampoco podría iniciar un plazo porque al momento de la firma y de adquirir las obligaciones, no hay una manera de poder establecer que desde ese suceso se pueda iniciar debido a que no existe alguna manera de poder corroborar si efectivamente al momento de firmar el contrato se encuentran en el nuevo domicilio.

Entonces, el cuestionamiento viene de qué documentos podrían acreditar el tiempo exacto de dos años para poder configurar la unión de hecho. A pesar de que el artículo tenga un prolongado tiempo dentro de nuestra legislación, no da certeza sobre el inicio del plazo ya que uno no tiene la manera de probar la exactitud de esos dos años que exige el Código.

Esto nos conlleva al siguiente párrafo del artículo, que menciona los medios probatorios que son admitidos para poder corroborar que ha existido unión de hecho; sin embargo, si desde un inicio es complicado computar el plazo haciendo que los medios probatorios sean más complejos de presentar ya que tenemos la idea que al momento de presentar uno, tendría que ser mayor al tiempo cumplido por ley para poder tener algún sustento en el que pueda potenciar su posición.

Por lo que, al no tener la claridad necesaria tenemos la idea que referente al tema procesal y probatorio existe aún mayor vacío de poder establecer una manera en el que permita probar el inicio del tiempo de la unión de hecho ya que las partes para tener una mayor seguridad tratan de que el plazo real sea mayor al exigido por ley, para no incurrir algún tipo de desestimación.

Como criterio importante, vemos necesario el inicio del plazo para empezar a computar la unión de hecho, si bien es cierto no hay un documento que pueda dar fecha cierta como el matrimonio, pero podría existir algún otro que pueda dar inicio al cómputo de plazo, donde

los trámites no ocupen algún mayor tiempo. A través del estudio proponemos un documento modelo que sea facilitado por el legislador el cual pueda ser otorgar la fecha cierta sin algún tipo de procedimiento como la institución matrimonial siempre que la unión de hecho sea propia. Esto permitiría alguna manera que se cumpla a cabalidad los requisitos de la unión de hecho, principalmente para cumplir el requisito de temporalidad que permita un verdadero cómputo de plazo el cual permita otorgar un medio probatorio más sólido y que no exista alguna desestimación por parte de los jueces.

Otra opción podría ser que sea a criterio de cada juez el cómputo del tiempo en el que conforme a la evaluación de los sucesos pueda declarar la unión de hecho; sin embargo, creemos que el análisis del juez y la realidad de la carga procesal no permitiría que se realice una estimación apropiada para que en cada caso que exista esta pretensión frente a la evaluación de cada situación y respecto a las pruebas presentadas, regresaríamos al punto inicial que demuestra que el elemento del tiempo viene siendo fundamental pero no se encuentra totalmente claro para un respectivo conteo adecuado.

El artículo indica las causales del fin de la unión de hecho las cuales son similares a las del matrimonio donde se establecen una serie de causales que no guarda relación con el artículo 333 del Código Civil, el cual se refiere a las causas de separación de cuerpos donde enumera en cada uno de ellos situaciones en las cuales se vuelve producto de lo establecido en el artículo 349.

Un punto importante en la redacción del artículo 326 es lo referido a la decisión unilateral la cual le da una puerta abierta a diversas situaciones que podrían ocurrir como el abandono repentino al hogar de hecho. Este efecto podría provocar que incluso no se pueda determinar cuándo es un abandono definitivo por lo que el momento fundamental de la decisión unilateral es saber cuándo realmente opera dicha decisión, el tiempo que puede transcurrir para tener la certeza que la decisión unilateral es conforme a la terminación de la unión de hecho.

Asimismo, se menciona conforme al artículo que el juez podría conceder a elección del abandonado una cantidad de dinero por indemnización o una pensión de alimentos, concepto por el cual creemos que debería asimilarse al artículo 345-A del Código civil, donde el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho. Esta situación se podría equiparar a comparación de la elección que se le da al concubino perjudicado por el abandono en el cual consideraríamos que el artículo se debería redactar en el sentido que tendría que ser sujeto a una indemnización así como la pensión de alimentos correspondiente considerando a ambos ya que el concubino también tiene derechos y obligaciones como la de un cónyuge; sin embargo, también pensamos que el otorgar mayores beneficios podrían generar que no exista tanto interés en optar por la institución patrimonial; sin embargo, también creemos que es evidente que a los concubinos se les debe otorgar una fundamental protección ya que al tener medios probatorios más complicados que presentar deja a la pareja perjudicada con menores posibilidades en la que ya se disminuyen desde un principio por la temporalidad.

En este apartado somos de la opinión que el legislador debe analizar y proponer la manera en que el concubino perjudicado pueda obtener ambos presupuestos tanto la indemnización

como con la pensión de alimentos, ya que la realidad refleja que se comporta de la misma manera que una persona que se encuentra dentro de la sociedad de gananciales. Es por ello que debería obtener el mismo tratamiento que una persona que se encuentra dentro de la institución patrimonial.

Por otro lado, la legislación abre la puerta cuando menciona sobre los derechos que le corresponda de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, en donde se pueden considerar los artículos 301 en adelante en lo que corresponda, por lo que podría generar un reconocimiento por el juez para utilizar la valoración en el que pueda atribuir derechos que se encuentran dentro del Capítulo Segundo del Libro de Familia, en el que se podría decidir sobre criterios relevantes que le permitan favorecer al concubino que pueda salir perjudicado de la unión de hecho.

El legislador otorga una salida al momento de que la unión de hecho no reúna con las condiciones que se detalla en el artículo, y esto es cuando no se consiga declarar la institución de la unión de hecho se puede demandar el enriquecimiento indebido, que conforme al artículo 1954 del Código Civil menciona lo siguiente: “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas del otro está obligado a indemnizarlo”, en el que si el concubino por hechos en la cual aumenta su patrimonio a expensas del otro tiene la posibilidad de accionar civilmente solicitando una indemnización.

En primer lugar, establecer una medida en el cual el concubino perjudicado pueda exigir una indemnización por el aprovechamiento del otro, puede interpretarse como una manera de proteger en caso no exista alguna declaración de unión de hecho de por medio; sin embargo, también somos del pensamiento que cuando la pareja establece una unión de hecho no declarada, ambos han aportado parte de su patrimonio y de acuerdo a ello han obtenido ganancias que provoca que la unión obtenga frutos y productos motivados por los aportes realizados por lo que los réditos es por parte de ambos. Esto nos lleva a inferir que el enriquecimiento no es por uno solo ya que el beneficio fue para ambos contrastándolo con la sociedad conyugal, en el que cuando existe una separación de cuerpos que conlleva al divorcio donde es por mutuo acuerdo. El patrimonio autónomo se liquida de acuerdo a una evaluación y se distribuye a cada uno de ellos. Es diferente cuando existe una causal donde el cónyuge perjudicado se queda con los bienes producto de la sociedad de gananciales.

En efecto, consideramos que el legislador le ha tratado de dar una salida al no declararse la unión de hecho; sin embargo, el comportamiento de los concubinos es similar a lo de los cónyuges y si la unión de hecho no declarada por diversos motivos existe alguna separación por la decisión unilateral del otro, podría provocar que cualquiera de ellos pueda accionar el enriquecimiento indebido ya que no se especifica quién podría interponer la acción sino que simplemente menciona al interesado por lo que da las posibilidades que cualquiera de ellos pueda accionar y no necesariamente sea el perjudicado.

## **1.2 Derechos sucesorios en la unión de hecho**

Uno de los puntos que el legislador introdujo por medio de la ley N° 30007, publicado el 17 de abril de 2013 se reconocen los derechos sucesorios respecto a las uniones de hecho ya que, previa a la publicación de la norma dejaba un vacío en el cual al momento de la muerte

de uno de ellos al no estar contemplados dentro de la masa hereditaria, provocaba que por ley no sean considerados como herederos ocasionando que al momento de repartir dicha masa no exista la participación del que por hecho se consideró como cónyuge pero no fue declarado por el derecho, lo que genera que éste se vea perjudicado al momento de repartir la masa hereditaria.

Por lo que, eso provocó que se genere un punto de inflexión ya que conforme al paso del tiempo a pesar de que la unión de hecho viene aumentando en la realidad, este no es considerado aún por el legislador como una institución que deba ser considerado en un apartado del Código Civil y a pesar que tenga una mayor participación dentro de nuestra legislación ésta aún se complementa por otros artículos, pudiendo tener un apartado donde se pueda reconocer los derechos y obligaciones de los concubinos y donde su regulación sea más detallada.

Las disposiciones que se contienen en cada artículo que vamos a citar son los que se incorporan dentro el nuevo párrafo de la legislación, el cual nos permite tener una correlación de la manera de cómo se podría relacionar en cada caso con la unión de hecho.

### **1.2.1 Tercio de libre disposición**

Uno de los primeros artículos que se indican es por el tercio de libre disposición donde indica que si tiene hijos u otros descendientes o cónyuge puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes.

En este caso también se agregaría al concubino, pero creemos que ello ocurriría cuando ya se encuentre declarada la unión de hecho. Sin embargo, cabe mencionar los siguientes casos:

- El primero es cuando la unión de hecho no ha cumplido los 2 años correspondientes o posiblemente se ha cumplido, pero no hay prueba fehaciente escrita que permita corroborar el tiempo de la convivencia. Creemos en este caso que, desde la perspectiva del tiempo analizado si no existen los medios probatorios correspondientes, el concubino que enviuda puede no tener participación dentro de la masa hereditaria.
- El segundo es en el caso que al momento de finiquitar la unión de hecho no declarada y uno de ellos muere, le correspondería los derechos hereditarios ya que al no existir algún documento que pueda corroborar que ha existido la separación, se mantendría vigente la unión.
- Por último, si la persona muere en medio del proceso judicial que declara que la unión de hecho ha finiquitado, creemos que mientras no exista algún pronunciamiento que pueda declarar que ya no existe, el concubino supérstite mantiene sus derechos hereditarios.

Por otro lado, el artículo 727° del Código civil habla sobre la disposición total de los bienes en el que, si el sujeto no tiene concubino ni ascendientes, hijos o descendientes puede disponer la totalidad de sus bienes. En este caso no hay mayor estudio en el sentido que si la persona no tiene herederos tiene todo el derecho de disponer de la totalidad de sus bienes, por lo que este apartado dentro del artículo de la unión de hecho creemos que ha sido para

complementar la posición del legislador respecto a la delimitación de los derechos sucesorios de cada persona.

### **1.2.2 Legítima del concubino**

El artículo 730 habla sobre la legítima del cónyuge el cual es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales provenientes de la liquidación de la sociedad de bienes de la unión de hecho; por lo que, el tener una unión de hecho declarada permitiría que también su derecho como concubino tenga el mismo privilegio que un cónyuge supérstite.

Por lo que se debería realizar un inventario de los bienes que conformaron la unión de hecho y al momento de la declaratoria de herederos le correspondería al sobreviviente independientemente de su posición como concubino, también como heredero.

### **1.2.3 Derecho de habitación**

El artículo 731 del Código Civil refiere al derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite “en caso concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa (...)”. En el caso del concubino, surgiría la misma figura donde si hay una concurrencia de herederos por el hogar que compartió con la pareja y su cuota no alcanza lo necesario para poder disfrutar de ella podrá utilizar el derecho de habitación con el objetivo que no se quede sin un lugar donde poder establecer su domicilio.

Creemos que esta medida es adecuada en el sentido que busca no dejar sin domicilio al concubino supérstite; sin embargo, es importante resaltar que la unión de hecho debe encontrarse declarada y tener todos los criterios de validez que le permitan establecer los efectos jurídicos a la declaración.

Entonces, en este caso es sumamente importante que antes de la muerte de la pareja se tengan claros que la unión de hecho ha sido declarada, pero en la realidad la mayoría de los concubinos no declaran la unión y algunos a pesar de cumplir con los requisitos no tienen las pruebas necesarias para poder probar dicha convivencia.

### **1.2.4 Derecho de usufructo**

Se menciona en la legislación que si en el caso en concreto el supérstite no pueda hacerse cargo de la manutención del lugar donde domiciliaba con el causante, este con autorización judicial puede arrendar para que de esta manera con la renta que obtiene es para sí mismo y la diferencia que exista entre el valor del bien y los derechos que obtiene por los conceptos de legítima y gananciales tiene los demás derechos del usufructuario. Este artículo le permite a que en caso el concubino no tenga los medios necesarios para poder sostener el hogar y con la renta tendría un ingreso donde pueda sostenerse.

Por otro lado, si se encuentra afectado por derechos de habitación o usufructo, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar. Igualmente, creemos que es una medida adecuada que permite obtener la manera de sostenerse y no quedar sin ningún

amparo por la ley constituyendo dentro del inmueble el patrimonio familiar el cual es inembargable e inalienable.

Aunque la medida es adecuada, en el caso del concubino debe tener su unión de hecho declarada ya que, si no reúne las pruebas necesarias para sostener que tuvo una relación con el causante y si no se declara la mencionada unión, el escenario resultaría más complicado para poder solicitar el derecho de usufructo.

### **1.2.5 Concurrencia del concubino**

El concubino declarado, tiene el mismo tratamiento en este caso que el cónyuge donde concurre con hijos o con otros descendientes del causante heredando la parte igual a la de un hijo. Este punto le otorga los mismos derechos que el cónyuge siempre que la unión de hecho esté declarada; sin embargo, si nos vamos al lado opuesto en donde aún no se encuentre la declaración tendría una desventaja ya que posiblemente ni siquiera podría participar de dicha concurrencia con los hijos y no se parte de la herencia.

### **1.2.6 Sucesión exclusiva**

En caso el causante no haya dejado ningún sujeto con derecho a heredar, la herencia correspondería al concubino sobreviviente. Sin embargo, hacemos hincapié en el tema de que sucedería si no se declaró la unión de hecho y el concubino supérstite no tiene ningún medio probatorio que le permita acceder a la herencia.

En efecto, respecto a los derechos sucesorios, se han concedido una serie de derechos que permitan que el concubino supérstite tener la manera de poder ser considerado en la herencia del causante. Esto es un gran avance en el que le otorga más derechos al concubino; sin embargo, todavía existen brechas en la cual el cónyuge tiene una serie de ventajas al momento que tiene el matrimonio declarado y eso le da una prueba totalmente fehaciente para que pueda tener todos los derechos sucesorios disponibles.

En el caso de la unión de hecho, los requisitos solicitados y principalmente el factor de temporalidad, le deja una brecha de tiempo el cual existe un criterio híbrido a interpretación que podría perjudicar al presunto heredero.

Asimismo, si han compartido gran cantidad de bienes que sale del patrimonio de ambos con una visión de poder legalizar la unión de hecho y uno de ellos fallece antes del cumplimiento del plazo genera un vacío en la ley que no permite establecer si también concurre con los otros herederos. Aun así, creemos la posibilidad de que el supérstite pueda quedar sin algunos de los derechos mencionados anteriormente, ya que nuestro sistema legal exige todas las pruebas necesarias para poder declarar la unión y en caso esta persona no lo ha hecho y fallece, resultaría más complicado en solicitar la herencia ya que no tendría relación alguna y aumentaría más la posibilidad en caso no tengan herederos descendientes que complicaría aún más en un proceso de declaratoria de herederos, donde este concubino podría no obtener parte de la legítima, aunque por hecho le corresponda.

En conclusión, es un artículo que el legislador ha ido complementando durante el tiempo, variándose de situaciones fácticas que lo ayudan a analizar lo que en la realidad sucede e ir modificando respecto a los derechos hereditarios; sin embargo, somos de la idea que todavía



se encuentra renuente en dedicar un apartado a la unión de hecho, donde podría establecer todos los criterios correspondientes y darle una individualidad a esta institución. Asimismo, podría establecer medios probatorios más sólidos e implementar maneras céleres que permita un documento el cual se pueda establecer la unión de hecho y no esperar este criterio de temporalidad que en algunos casos puede generar incertidumbre. Si en la actualidad existen separación de cuerpos de manera más rápida en la que los trámites se encuentren simplificados creemos que una unión de hecho si se simplifican todos estos procedimientos, tendría una mayor atención a las parejas en tratar de declararlas ya que por situaciones reales esto sucede; sin embargo, al momento de adquirir las pruebas correspondientes se hace más dificultoso en el sentido que las partes no tengan manera de cumplir cabalmente los requisitos exigidos, principalmente el de temporalidad, que el hecho de esperar un tiempo si bien podríamos establecerlo como una especie de penalidad por no tomar la institución matrimonial, en el derecho de familia donde esto es lo más fundamental tendría que ser orientado al bienestar de tal, tratando de ser lo mayormente flexibles para que se puedan declarar los derechos correspondientes.

### **1.3 Inscripción de la unión de hecho**

Una vez que se han cumplido los requisitos para constituir la unión de hecho procede la inscripción de tal, con el objetivo de que este documento pueda servir como sustento probatorio del vínculo entre estas personas.

Bajo este presupuesto, es el momento para perfeccionar la unión de hecho, donde ambos consiguen un régimen similar a la de sociedad conyugal, otorgando los derechos y obligaciones.

La declaración de convivencia puede ser de manera judicial o notarial, esto es depende de la decisión de ambos convivientes La manera más célere es por vía notarial; sin embargo, existen casos en que las circunstancias conllevan a que se realice la declaración de manera judicial; ejemplo de ello es cuando el concubino ha fallecido y se exige la declaración de la unión de hecho, como en el caso que se cita a continuación respecto a la casación N° 605-2016 Lambayeque donde dice lo siguiente:

Por tanto, estamos ante indicios concurrentes de la relación convivencial (declaración en la expedición del DNI, consignación de domicilios en escrituras públicas, relación sentimental probada, certificado que guarda relación con el conjunto de indicios señalados y testigos), de lo que solo se puede colegir por su consistencia en los años que si hubo tal convivencia y que debe ampararse la demanda presentada. Hay que advertir que los indicios son signos o actos debidamente acreditados y que en conjunto otorgan certeza en torno a hechos desconocidos, conforme lo expone el numeral 276 del Código Procesal Civil (El Peruano 2016:108155).

Estos criterios que se solicitaron en el caso de una señora que pidió el reconocimiento de la unión de hecho con el que fue su concubino donde no tuvieron hijos, pero este falleció.

Los puntos que se ha citado con la mencionada Casación son los que se consideran como medio de prueba para que se pueda otorgar la unión de hecho; sin embargo, dentro de todo el proceso existieron situaciones en las que la decisión de los jueces era que no reunía las pruebas necesarias para una declaración. Tomemos en cuenta que el caso citado la señora

convivió con el fallecido durante 20 años y tuvo que ir hasta la instancia suprema para la declaración. El caso citado es uno que puede suceder en varios procesos en las que el concubino superviviente a pesar de haber cumplido con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico las decisiones judiciales no le permiten la respectiva inscripción, lo cual nos da un mayor motivo en que se establezca medidas para que la declaración de la unión de hecho no vaya a instancias judiciales con un procedimiento en el que sea más célere y permita que en el Perú donde aún no se tiene claridad sobre las normas, puedan otorgarse soluciones que no tomen un tiempo mayor donde sea la corte suprema quien realice la interpretación.

Por otro lado, la unión de hecho también tiene un procedimiento notarial, el cual tiene mayor celeridad y les permite a ambas personas poder inscribir la unión de hecho dentro de los Registros Públicos.

Conforme a la página web de Registros Públicos, se indica lo siguiente

El primer paso para formalizar una unión de hecho es acudir a un notario público. Aquí se tramita la unión según los siguientes requisitos:

- Solicitud que incluya los nombres y firmas de ambos solicitantes, así como el reconocimiento expreso que conviven no menos de dos años de manera continua.
- Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.
- Certificado domiciliario de los solicitantes.
- Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el Registro de Personas Naturales de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.
- Declaración de dos testigos indicando que los solicitantes conviven dos años continuos o más.
- Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos años continuos.

Posteriormente, el notario público extenderá la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los convivientes, la cual remitirá al Registro de Personas Naturales de la Sunarp del lugar donde estos domicilian. (SUNARP Noticias 2018)

Los requisitos citados son los que se requieren para la inscripción de la unión de hecho por el procedimiento notarial. En efecto, es más sencillo que el judicial y donde los documentos a presentar es una manera no tan complicada para la declaración; sin embargo, aún no es tomado en cuenta por la mayoría de los concubinos posiblemente por falta de información o por decisión de las partes, lo cual se complica cuando le sucede algo a uno de los sujetos como citamos el caso judicial.

Registros Públicos otorga las facilidades, pero creemos que no hay un sistema fortalecido respecto a este tema; las cifras mostradas el 04 de septiembre de 2018 que citamos a continuación nos indican lo siguiente:

ZONA REGISTRAL	NÚMERO DE INSCRIPCIONES
Zona Registral Lima	600
Zona Registral Trujillo	347
Zona Registral Arequipa	280
Zona Registral Huancayo	255
Zona Registral Tacna	215
Zona Registral Chiclayo	174
Zona Registral Moyobamba	137
Zona Registral Pucallpa	127
Zona Registral Piura	122
Zona Registral Cusco	110

Fuente: <https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2018/09/04/convives-asi-puedes-inscribir-tu-union-de-hecho-y-garantizar-tus-derechos-como-conviviente>

Estas cifras, tomadas de la nota de prensa de Registros Públicos nos indica que aún no hay la tendencia de inscripción al registro de las uniones de hecho, lo cual nos permite inferir que si bien es cierto existen las facilidades ya que el procedimiento se podría realizar ante un notario, al parecer no tiene el impulso que debería obtener respecto a las cifras que se indican en el muestreo.

Esto nos indica que se debe fortalecer este sistema en el que se permita una mayor facilidad a la que a diferencia del matrimonio, se adquieren los derechos y obligaciones al momento de la celebración por lo que, a medida que ha pasado el tiempo en otras instituciones objeto de estudios y jurisprudencia se ha podido llegar a conclusiones donde se otorguen mayores facilidades a los sujetos. La institución de familia, respecto a las personas que conviven, deberían tener un apartado donde se pueda establecer los derechos y obligaciones de cada uno de ellos, y donde la declaración sea de una manera más simple ya que los concubinos se comportan como tal desde el primer día que empiezan su relación de convivencia dentro del mismo domicilio.

Tenemos claro que impulsar a la unión de hecho podría generar que se fortalezca esta institución y se debilite la unión matrimonial que es uno de los puntos más importantes que se preocupa el derecho de familia, pero la realidad nos indica que esta nueva tendencia asciende, pero no se refleja en los Registros Públicos y es donde podríamos fortalecer nuestro sistema otorgando otras maneras o posibilidades en el cual la pareja tenga la facilidad de poder realizar un registro de unión de hecho, principalmente por el inicio del conteo del

tiempo si es que sigue perdurando este criterio. Es evidente que es uno de los factores principales y de acuerdo a la cita realizada por la Corte Suprema respecto a la casación, hay eventos que generan complicaciones o simplemente la pareja no declara en el momento apropiado provocando controversias judiciales donde lo principal en la tendencia del derecho de familia es la celeridad ya que somos de la idea que el derecho de familia debe ser un tema con mayor prioridad en nuestro sistema.

Esta institución debe ser una de las más fortalecidas y dedicarle un apartado a la unión de hecho donde se base en una serie de criterios y no solamente un artículo que conlleven a otros y no hay un estudio real del impacto de la unión de hecho, permitiría que los sujetos que se inclinen por este régimen tengan un mayor conocimiento e incluso otorgar la posibilidad que de acuerdo a un documento se pueda otorgar la unión de hecho sin considerar el criterio de temporalidad, tratando de asemejar a la institución matrimonial pero donde no pase por la serie de procedimientos de dicha institución, permitiría a los sujetos que opten por el modelo que crean conveniente y donde las posibilidades de que exista un concubino perjudicado disminuyan con el conocimiento de sus derechos.

#### **1.4 Unión de hecho o unión de derecho**

Han existido varias discusiones sobre cómo se le debe considerar a esta figura; en cada país recibe un nombre distinto ya sea unión convivencial, pareja de hecho, cohabitación legal, entre otras que han provocado la discusión en cómo se debería considerar dentro de la legislación.

Uno de los puntos interesantes es que cada legislación le otorga un matiz distinto; no solamente se produce la variación de nombre, sino el desarrollo de una normativa con características particulares.

Sin embargo, dentro de nuestro ordenamiento se considera a la palabra “unión de hecho”, para denominar a esta institución; de acuerdo a diferentes corrientes, utilizar el término indicado no es adecuado.

Y es que, para colocar el término adecuado, se debe consideraren primer lugar, la necesidad de establecer dentro de nuestra legislación una situación de hecho; ello, estaría desnaturalizando la regulación de esta.

Una situación de hecho es producto de lo natural, de la costumbre que toman las personas para que esta dentro de la sociedad ocasione que se realice y de acuerdo con el desarrollo que tome cada una se va regulando de acuerdo a su comportamiento.

Hasta este punto, no hay intervención del derecho, ya que el comportamiento inició sin un incentivo legal. Tomemos en cuenta que cuando interviene el ordenamiento es porque existe un supuesto de hecho previo, por lo que de acuerdo con el análisis que se realiza el legislador evalúa si es conveniente considerarlo dentro del ordenamiento. Esto tiene mayor énfasis cuando la jurisprudencia tiene mayores decisiones respecto a los casos que puede dar pie a lo que establece este hecho generador.

La unión de hecho aparece como una situación en la cual dos personas se unen para realizar vida en común, esto quiere decir que la premisa del hecho es que de acuerdo con nuestro Código Civil donde se considera al hombre y la mujer establecen una situación en la que no forman dicha unión bajo los criterios jurídicos que contempla el Código Civil.

Es por ello que algunas posturas hacen mención a considerar la unión de hecho dentro de nuestro ordenamiento sería darle una calidad jurídica dentro de un ámbito que es netamente fáctica, donde incluir esta situación y otorgar una figura legal provocaría que la institución regulada caiga en un debilitamiento ya que al tener una similitud prácticamente en todas sus aristas, el ser humano optaría por lo más sencillo y no ir acorde a lo que indique el ordenamiento.

Pero, nuestra Constitución protege el derecho a la familia y por ello, no se puede dejar de lado una situación tan importante en el que confluye la participación de dos personas que se unen para realizar una vida en común, y en la que existe un compromiso entre las partes que comparten situaciones en las que unen sus vidas hacia un objetivo. La falta de formalización para establecer de manera autónoma, la situación de su unión es valorada por nuestra carta magna. A pesar de que no se haya cumplido el requisito esencial para la declaración de la unión de estas personas, debería darse una regulación más completa en nuestro ordenamiento. Ello permitiría proteger esencialmente los derechos de la familia y eso viene acompañado principalmente de las situaciones patrimoniales.

Las uniones de hecho son consideradas también como familia donde existe unión de dos personas las cuales tienen derechos; sin embargo, somos de la postura que dentro de la legislación debería manejarse determinados criterios de uniones convivenciales ya que coincidimos con la doctrina expuesta por diversos juristas, quienes indican que, al regular las situaciones de hecho, ya las convierte en uniones de derecho.

Por ello, indicar una situación de hecho, dentro de un ordenamiento legal donde establezcan los lineamientos y bases sobre los derechos que obtienen las personas cuando optan por esta figura resultaría contradictorio. Si bien algunos lo llaman como unión de hecho, trasladarlo al ordenamiento como en los países europeos y otros latinoamericanos se debería establecer bajo la figura de unión convivencial.

Es por ello que, bajo la tutela de la Constitución, creemos que hay una manifestación respecto a la protección del derecho de familia, que coligue a que no solamente existe la familia matrimonial que está contemplada dentro del ordenamiento, sino que existen nuevas figuras que conforme al paso del tiempo han ido apareciendo por la situación cambiante del comportamiento de las personas. Creemos que regular el derecho de familia es el punto de partida para tomar en cuenta que las variables frente a esta situación son conforme a lo que se vive en la realidad y esta puede ser cambiante en diversas maneras. Depende mucho de los individuos que se encuentran bajo las uniones y respecto a la formalidad que le quieren otorgar a su relación.

En la actualidad, las nuevas generaciones ven al matrimonio como una situación de compromiso; de acuerdo con sus percepciones, el procedimiento es una manera no atractiva para validar su unión y por tal razón, optan por figuras más sencillas o simples en las cuales

puedan juntar sus vidas y tener compromisos entre ellos, sin la participación del ordenamiento.

Sin embargo, la legislación no debe desamparar esta figura y por ello, consideramos que no bastan los artículos dedicados a la unión de hecho; en comparación con otros países latinoamericanos y europeos en el Derecho peruano, no se le ha otorgado un trato autónomo, sino que con sus características lo asemejan a la sociedad de gananciales. No obstante, el Derecho comparado, establece que pueden existir diferentes formas de establecer la unión convivencial e incluso generar obligaciones contractuales entre ellos.

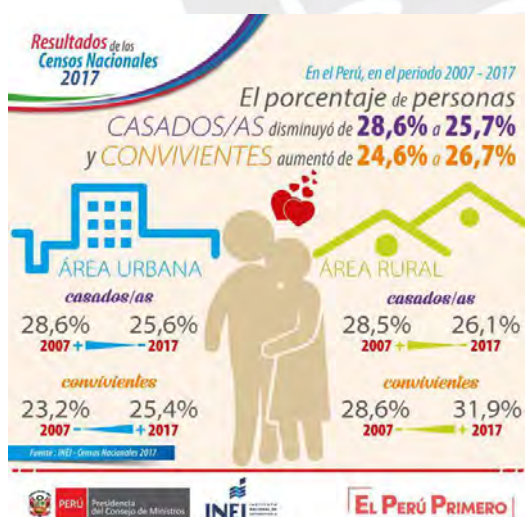
En conclusión, creemos que el nombre debería modificarse a unión convivencial; se debería otorgar un tratamiento autónomo a la institución y, si bien ella puede asemejarse a la figura matrimonial, puede darse un matiz diferente donde la inscripción sea más sencilla y donde se otorguen derechos y obligaciones entre ambas partes.

### 1.5 Censo y las Uniones de hecho

El año 2017 se elaboró un censo nacional emitido por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, donde dentro de las consideraciones se establecieron las estadísticas referentes a la comparación entre las personas casadas y los convivientes.

Esto se puede evaluar como un punto de partida sobre el impacto que tendría la figura de la unión de hecho dentro de nuestro país, así como la necesidad de tener una regulación autónoma de la figura por lo que conforme al censo se debe evaluar si es que es de interés las modificaciones de las normas que en la actualidad rigen dentro de nuestro ordenamiento.

En el siguiente cuadro obtenido de la página del Instituto Nacional de Estadística e Informática procederemos a observar la evolución de la unión de hecho frente al matrimonio, según datos del Censo del año 2017.



Fuente: <https://www.inei.gob.pe/>

La estadística arrojada por el INEI es respecto al período 2007 al 2017, hace una comparación sobre lo que ocurre en el área urbana y el área rural.

En esta imagen, se puede observar que el porcentaje de casados disminuyó mientras que la figura de convivencia aumentó a un 26,7%, donde en el área urbana aumentó a 25,4%. En caso de las áreas rurales el incremento fue considerable ya que para el 2017 el porcentaje es de 31,9%, comparando al 26,1% de los que optaron por el matrimonio.

Esto es un indicador que el ciudadano peruano ha optado por tomar las nuevas tendencias que van marcando y estableciendo que exista una reglamentación autónoma ya que, si bien esto es lo que ha arrojado el 2017, la tendencia a que siga aumentando su porcentaje en el próximo censo indicaría que las personas prefieren la unión de hecho antes que contraer matrimonio.

Es por ello y al observar la evolución que va ocurriendo con la unión de hecho se debe considerar que darle una mayor importancia a la unión de hecho y no estar considerado en un solo artículo y soportado en otros los cuales se dan una interpretación de una manera análoga, por lo que darle un tratamiento autónomo como lo realizan los demás países no solo europeos sino latinoamericanos donde se le otorga la importancia debida dentro de un apartado de su legislación considerando sus propios derechos y deberes que son el punto de partida para poder formar la unión convivencial.



## CAPÍTULO II

### NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La sociedad de gananciales principalmente se rige por su régimen patrimonial, es decir que las obligaciones en las cuales se encuentran dentro de ellas son piezas importantes que permiten establecer los límites entre cada una de las partes. Esta figura ha existido en todas las comunidades y regímenes donde es conveniente establecer las teorías que versaron junto a la evolución de esta figura.

La doctrina nos menciona diversas teorías las cuales vamos a desarrollar a continuación.

#### **2.1 Teoría de la propiedad exclusiva**

Esta teoría indicaba principalmente concebía que el propietario del universo de bienes era el marido, quiere decir que todo lo que recae sobre propiedad era exclusivamente de él; por lo que la cónyuge del marido no tenía ningún derecho sobre tal. Esto evidentemente desnaturaliza el concepto primigenio de sociedad de gananciales ya que no existe ningún tipo de patrimonio autónomo, solo se le otorgaba a una de las partes.

La propiedad exclusiva era del marido, que a pesar de que la mujer pueda obtener bienes privativos estos debían ser probados, sino entraba a la sociedad de gananciales que al final era propiedad del marido. Por lo que, si el marido adquiría alguna obligación, él al tener la potestad de disponer y administrar los bienes no necesitaba autorización alguna ya que esta se podría considerar como una sociedad de gananciales parcializada.

En el caso de liquidación de estos gananciales, “el efecto de comunicación recién se desplegaba al momento de la liquidación del régimen sobre los remanentes que quedasen tras haber satisfecho el marido el crédito de sus acreedores. Debido a esto afirmaron los sostenedores de esta teoría que la esposa no era propiamente socia, sino que tenía la esperanza de serlo” (Arata 2011: 518).

Conforme a esta primera teoría referida a la sociedad de gananciales, notamos que existe una clara desigualdad entre ambos cónyuges donde evidentemente solo uno de ellos tenía el poder absoluto referente a los bienes. Esto permitía que pueda realizar los actos que crea conveniente sin autorización del cónyuge, lo que claramente en la actualidad ya no es válido debido a los criterios constitucionales recientes y la igualdad entre las partes, donde se necesita la autorización de ambas partes para poder realizar actos de administración y disposición.

En conclusión, esta teoría inicialmente era una manera de dar un poder, pero no guardaba relación con el objeto de la sociedad de gananciales el cual es considerado principalmente un patrimonio autónomo.

#### **2.2 Teoría de la personalidad jurídica**

El patrimonio de la sociedad de gananciales se podría tomar como propio, distinto a los de cada cónyuge y como menciona Arata “con un patrimonio propio, separado del patrimonio personal de cada cónyuge, integrado en su aspecto activo por los bienes gananciales y en su



lado pasivo por las deudas comunes a cuyo cumplimiento quedaban sujetos los bienes gananciales” (Arata 2011:518).

Josserand determinó las consecuencias a las que conllevaría la admisión de la teoría de la personalidad jurídica indicando que “los acreedores de la comunidad tendrían como una garantía propia los bienes que la componen y sobre los cuales tendrían derecho preferente sobre los acreedores personales de los esposos, lo mismo que los acreedores de una sociedad cualquiera, siempre que esté personificada, son pagados del activo social sin que hayan de temer el concurso de los acreedores personales de los asociados”.

Esta teoría es algo ambigua ya que trata de separar el patrimonio de la sociedad de ganancial entre sus activos y sus pasivos, considerando que la personalidad jurídica es diferente a la sociedad de gananciales es algo complicado tratar de relacionarlo ya que se estarían formando patrimonios distintos y a cuál le correspondería cada titularidad.

Esta teoría no es utilizada en la actualidad debido a los criterios ambiguos que maneja y no realizar una diferenciación sencilla que al momento de distinguir no sea tan complicado establecer y manejar un criterio.

### **2.3 Teoría del patrimonio autónomo afecto a una finalidad**

Ripert y Boulanger fueron los precursores de esta teoría afirmando que “concibieron a la comunidad de gananciales como una masa de bienes afecta a una finalidad específica, que son el levantamiento de cargas matrimoniales”.

En esta teoría el patrimonio sería considerado como algo especial que conforme a las actividades realizadas en el matrimonio como las obligaciones que se puedan tomar, tales como deudas, entre otros, la comunidad de gananciales estaría establecida únicamente a cumplir con todo lo contraído, por lo que si está destinado a una única finalidad, creemos que esta teoría se encuentra algo incompleta debido a que el patrimonio autónomo de la sociedad de gananciales no solamente se encuentra dirigido a lo mencionado anteriormente, sino tiene mayores vertientes las cuales le permitan un mejor desenvolvimiento. En efecto, esta teoría podría tener una validez parcializada pero no es del todo completa ya que no abarca todos los campos de una sociedad de gananciales específica, sino que únicamente se limita a la finalidad de cargas matrimoniales las cuales son una parte del todo el patrimonio autónomo correspondiente.

Messineo (1986) consideraba que es un patrimonio de destinación a una finalidad imperfecta, donde va a coexistir con el patrimonio privativo de cada cónyuge como una masa patrimonial independiente a ellos pero que no solamente va a responder por las obligaciones contraídas para el cumplimiento de la finalidad a la que se destina ya que habrán supuestos en los que los acreedores de uno de los cónyuges estarán facultados para perseguir los bienes de la comunidad y viceversa.

Coincidimos con lo que menciona Messineo a que, al momento de constituir la sociedad de gananciales cada una de las partes tiene un patrimonio privativo el cual también existe la posibilidad que acreedores se encuentren pendiente de estos y asimismo existirán acreedores

que perseguirán el patrimonio común, por lo que se debe tener clara la distinción para saber que bienes tienen una finalidad común y cuales tienen una individual.

Citamos a Arata donde nos indica lo siguiente:

La teoría del patrimonio autónomo imperfecto tiene la virtud de destacar: (i) La no subjetividad de la comunidad de gananciales; (ii) La separación objetiva entre los activos comunes y los activos de los patrimonios privativos de los cónyuges; y (iii) La relatividad de esa separación en el aspecto pasivo porque no es extraño a la comunidad de gananciales la existencia de supuestos como el previsto en el artículo 307 de nuestro Código Civil en el que reconociéndose que la deuda contraída por uno de los cónyuges con anterioridad a la vigencia del régimen es una deuda personal se prevé que en caso de haber redundado dicha deuda en beneficio del futuro hogar y de no ser suficientes los bienes propios del deudor, entonces es posible afectar a los bienes comunes o en el previsto en el artículo 317 del mismo Código en el que se señala que por todos los supuestos de deuda común, si no fuera suficiente el patrimonio especialmente afecto al fin de solventarlas, esto es el patrimonio común, se pueden afectar los bienes privativos. Sin embargo, resulta oportuno señalar que siendo ciertas las conclusiones a las que permite arribar la teoría del patrimonio autónomo imperfecto, también es verdad que esta no resulta suficiente para explicarnos diferencias internas que puedan existir, tipo de titularidad que se ostenta (cuota determinada o indeterminada); modelo de gestión (conjunta, solidaria o mayoritaria) de los activos y pasivos; el tiempo de vida estimado para el patrimonio (vocación de perdurabilidad o de extinción); etc., entre el patrimonio común de los cónyuges y la estructura interna de otros patrimonios colectivos, como podría ser el caso de la comunidad hereditaria, y menos aún, con respecto a los denominados patrimonios de destino, como podría ser el caso del patrimonio fiduciario. (Arata 2011: 518)

Por lo tanto esta teoría genera una separación entre los bienes propios así como gananciales y como lo mencionamos en la cita anterior, cuando una deuda es contraída por uno de los cónyuges y esta se utiliza en beneficio de la sociedad de gananciales, existe la posibilidad de ir contra los bienes sociales; sin embargo, el cuestionamiento podría surgir en relación a la probanza si es que efectivamente se utilizó para tal beneficio y si lo indicado por el legislador podría ser lo más justo porque podríamos estar bajo el supuesto que una de las partes no tenía conocimiento de los ingresos o las deudas que se estaban contrayendo antes de constituir la sociedad de gananciales y posterior a ello se da cuenta que su patrimonio común puede verse disminuido solamente por omisión de una de las partes.

Establecer el momento de diferenciación de estas situaciones es lo más recomendable; esta teoría si bien es cierto cobra más fuerza y se relaciona mucho más con la legislación actual, se debe tener en cuenta el equilibrio que se debe tomar en el sentido que, al momento de contraer las obligaciones se debe tener en cuenta claramente con que patrimonio se está garantizando para que no surjan las controversias posteriores.

#### **2.4 Teorías comunitarias**

Estas teorías se centraron en los derechos reales otorgando un matiz a la sociedad de gananciales, las cuales se centran en la comunidad.

### **2.4.1 Indivisión tipo romano**

El derecho que se tiene sobre un bien se fragmenta entre varios comuneros correspondiendo una cuota o alícuota y en el cual el comunero tiene dominio sobre tal como un propietario natural en la que puede administrar y disponer de tal por lo que puede gravar o disponer sin la autorización de los demás comuneros.

En este tipo de teoría, cada comunero tiene la plena propiedad de una parte de un bien que pertenece a toda la comunidad, la diferencia es que este puede realizar los actos que crea conveniente para la administración y disposición de tal. Esto guarda más relación con la copropiedad, pero haciendo la salvedad que dentro la última figura mencionada se necesita acuerdo de los demás copropietarios para actos de administración y disposición el cual es distinto en esta mención.

Planiol y Ripert entienden la comunidad de gananciales como “una copropiedad sujeta a reglas propias de origen muy remoto, que contribuyen a hacerla una institución original. Es un patrimonio que pertenece colectivamente a los esposos, sin que sea posible, antes de la disolución, determinar la cuota parte de uno y otro” (1946:194).

Sin embargo, debemos entender que la sociedad de gananciales en la actualidad va mucho más allá que una copropiedad en la cual las partes al tener un patrimonio autónomo, lo podemos establecer como una manera en la cual para administración y disposición se necesita el acuerdo de ambas partes y que se encuentren conforme con las obligaciones que van a asumir.

### **2.4.2 Comunidad mano en común**

Teoría tomada por la comunidad germánica en la cual tiene cierta similitud con la teoría de indivisión de tipo romano, en la cual varias personas tienen la titularidad sobre una cosa.

Citamos a Arata textualmente donde sostiene que:

Pese a que este tipo de comunidad de bienes es descrita por los autores como un fenómeno, por decirlo de algún modo, de paternidad germánica, esta no aparece en ordenamiento jurídico alguno como una institución, es decir, “no es una comunidad concreta regulada por algunas leyes concretas de algún concreto pueblo para una concreta ocasión, sino una síntesis arbitraria realizada sobre los ordenamientos jurídicos de muchos pueblos en diversas épocas, y además asumiendo notas características de algunos tipos de comunidad, sobre todo de las familiares que faltan. Debido a esto, tal y como afirma Lacruz, la comunidad germánica o en mano en común “es una abstracción, un modelo teórico, pero no un instituto real operante, en términos generales, en un tiempo y lugar determinados (Arata 2011: 518).

De la teoría mencionada se desprenden una serie de características entre las cuales tenemos las siguientes.

#### **2.4.2.1 Organización de la titularidad del derecho**

Esta característica a diferencia de la indivisión en el Derecho Romano se refiere a que si bien es cierto en la teoría anteriormente explicada donde cada uno tenía la titularidad sobre una parte de la cosa, en el caso de la mano en común no hay división de cuotas ideales lo que

quiere decir que la titularidad es colectiva por lo que no se puede disponer y administrar del bien bajo la propiedad individual, ya que esto pertenece a un colectivo.

Conforme a la historia la mano en común estaba compuesta por las personas unidas por vínculos personales, así como de parentesco. Por lo que la indivisión no se consideraba necesaria debido a que lo principalmente se deseaba era la protección de los bienes de la familia.

En este caso, no existe una cuota individual sobre el bien por lo que todos tienen la misma propiedad y derechos sobre la misma cosa, teniendo que compartirse con los demás comuneros para poder ejercerlos plenamente.

#### **2.4.2.2 La colectividad como titular de derecho**

Al establecer que el bien era de propiedad común y que ninguno tenía facultades individuales hacia él, el colectivo era titular de los derechos sobre tal; asimismo, para disponer de tal se necesitaba el consentimiento de la colectividad ya que la comunidad debía tomar conocimiento si el interés de no era el de disposición; asimismo, aparte de tomar el mencionado conocimiento tenían que autorizar esta transacción, por lo tanto la comunidad es el que tiene mayor poder, dejando de lado la voluntad individual y dependiendo del colectivo.

##### **2.4.2.2.1 Patrimonio común**

El patrimonio de la comunidad era entendido como un patrimonio autónomo, el cual contiene activos y pasivos; por lo tanto, surge el cuestionamiento de como intervienen los acreedores el cual consideramos que la persona tendría un patrimonio privativo el cual se podía administrar y disponer. Por lo que las deudas que contrae la comunidad son asumidas con el patrimonio común, pero en el caso que individualmente asuma alguna obligación, solamente se ejecutaría con el patrimonio individual de la persona.

##### **2.4.2.2.2 Derecho de acrecer**

Al notar que la propiedad pertenece a la comunidad, quiere decir que no existe alguna cuota individual respecto a cada propietario; es decir, cada uno tiene el dominio del todo ya que no existe por lo que nadie tiene una prioridad respecto al dominio mencionado. En el ejercicio consideramos que no se puede acrecer; sin embargo, si uno de los propietarios muere su parte como el todo de la comunidad queda disponible, pero tengamos en cuenta que si este sujeto tiene masa hereditaria, entonces los herederos podrían cubrir su lugar; sin embargo, si nos vamos al otro supuesto en el cual no tenga heredero alguno, el acrecimiento de los demás comuneros se podría dar ya que si uno falta dejaría disponibilidad de la propiedad, ahora lo que es más complicado distinguir es sobre una cuota específica pero al ver el sentido de la figura toda la comunidad tendría la propiedad sobre lo que dejó el último propietario de la cosa.

##### **2.4.2.2.3 Disolución de la comunidad**

En la disolución es donde aparecerán las cuotas individuales. Es ahí donde se establece una separación y se computa la cuota que le pertenece a cada una de las partes. Menciona Arata (2011):

Se reconoce en Beseler y Gierke a los sostenedores de la teoría de la comunidad en mano común para explicar la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales. Aceptada como opinión dominante en su país de origen pronto, la teoría de la comunidad en mano común, para los fines que fuera propuesta, alcanzó gran predicamento en Francia, Italia y España, país este último, en el que incluso fue considerada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y, especialmente, de la Dirección de Registros y del Notariado.

Dentro del Derecho Francés, Josserand discrepó con la teoría de la indivisión del tipo romano concluyó que la comunidad de gananciales era una propiedad en mano común, tras entender que bajo dicha concepción se explicaba que el Código Civil Francés haya considerado a la comunidad conyugal como un patrimonio independiente. Asimismo, consideró a la comunidad de gananciales “como una masa de bienes y deudas, dotadas de vida propia, tendente a in objeto que se le asigna y hacia el cual se dirige por decirlo así ella misma, en virtud de la impulsión que le ha sido dada, y sin órgano representativo, sin personificación: es una comunidad activa y no personificada, dotada de cierta individualidad y perteneciente a dos personas físicas, los esposos”.

En Italia, bajo la vigencia del Código Civil de 1865, Francisco Ferrara escribía lo siguiente: “Que en la comunidad conyugal se trata de una forma de comunidad de tipo germánico, está demostrado, porque en ella se encuentran todos los caracteres de tal institución. Tenemos una comunidad patrimonial que nace por influencia de un vínculo personal que envuelve a los sujetos y muere con la disolución de este vínculo. Durante esta comunión no existen cuotas parciales de derechos correspondientes a cada uno de los esposos, sino la delimitación se efectúa solo a la disolución. Consiguientemente, ninguno de los esposos, mientras dura la comunidad, puede enajenar su parte al patrimonio a favor de terceros, ni los acreedores particulares de aquellos pueden provocar la disolución para realizarla. Es excluida la acción de división. El patrimonio es disfrutado en común sin reparo alguno y la gestión es conducida por el marido en común provecho y pérdida. El patrimonio forma una masa única con responsabilidad propia”.

Castán Tobeñas, tras descartar la teoría de la sociedad de tipo especial y la de la persona moral o jurídica compuesta por los cónyuges, afirma que “la comunidad matrimonial de bienes supone un patrimonio colectivo sin personalidad” radicando el problema en determinar si se está frente a una comunidad de tipo romano o, por el contrario, ante una comunidad germánica o mancomunidad. Castán se inclina por esta última posición al señalar que: “La sociedad de gananciales y en general la comunidad de bienes, sea universal o limitada, no es en el fondo y en sus líneas generales más que una propiedad en mano común o de tipo colectivista, ya que marido y mujer son, indistintamente, titulares de un patrimonio, sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación ni pueda dar lugar a la acción de división, y sin que sea posible determinar concretamente la participación de los cónyuges en ese patrimonio, sin una previa liquidación.

En Latinoamérica, la concepción de la comunidad de gananciales como una especie de la comunidad de mano común o germánica, es defendida por Vaz Ferreira con referencia a la Ley Uruguaya de 1946.

Las críticas se dirigieron contra la teoría de la comunidad en mano en común pueden ser enfocadas desde dos perspectivas: la primera de estas es de carácter histórico, mientras que la segunda de carácter normativo. Desde la perspectiva histórica, se intentó hacer caer en descrédito a la teoría de la comunidad en mano común, argumentándose contra ella que

además de “representar una noción nebulosa e imprecisa, es extraña a los Derechos Latinos y no resuelve, en realidad, el problema de la naturaleza jurídica de la comunidad patrimonial, ya que no logra aclarar qué calificación jurídica merecen las participaciones de los comuneros en el objeto del consorcio”. De Ruggiero refiere la existencia de “vestigios” de la comunidad conyugal “en algunas regiones italianas se sustrajeron al influjo del Derecho Germánico”.

Para aquellos Códigos como el francés, la teoría era insostenible desde que, debido a los amplios poderes de disposición que se le conferían al marido como jefe de familia sobre el patrimonio ganancial, este quedaba confundido con los bienes privativos de él. (Arata 2011:518).

## 2.5. Teoría societaria

En esta teoría se pretende establecer a la sociedad de gananciales como una sociedad civil con características propias.

Para Legón, en la sociedad conyugal concurrían los elementos primordiales del contrato de sociedad: existencia de aportes, voluntad, interés egoísta, *animus lucrandi*, partición de beneficios, constitución de un fondo común distinto del patrimonio individual de los socios. La sociedad jurídica estaba provista de capacidad jurídica igual que las sociedades comunes. Para Guastavino, la sociedad conyugal era una especie de sociedad civil apoyada “en el elemento voluntario que genera el matrimonio y todas sus consecuencias personales y patrimoniales” (Arata 2011:518).

Notemos que la sociedad civil puede tener hasta en alguna parte relación con la sociedad de gananciales; sin embargo, debemos tomar en cuenta que las sociedades civiles manejan una estructura orgánica también tienen ganancias por las acciones realizadas por el objeto de esta. A diferencia de una sociedad de gananciales la cual no tiene órganos establecidos, sino todo se ciñe a las decisiones de la sociedad de gananciales, asimismo estos no están regulados por entidades nombradas por el Estado las cuales pretenden establecer límites frente a este tipo de personas jurídicas.

Como hemos podido notar la sociedad de gananciales tienen parte de las teorías descritas que han servido como base para establecer el criterio actual de las mismas utilizando principalmente el patrimonio el cual permite fijar lineamientos respecto a los derechos de cada uno de los cónyuges. La evolución ha provocado que se vaya perfeccionando el concepto y se base principalmente en la igualdad de la pareja, la cual puede aportar a la sociedad teniendo el conocimiento que se trata de un patrimonio autónomo. Asimismo, las obligaciones que tomen corresponderán a ambas partes las cuales permitan que al momento de contraer algún tipo de deuda los dos tengan el conocimiento a pesar de lo mencionado se generan controversias en las cuales uno de ellos podría salir perjudicado.

Las teorías fueron evolucionando conforme al paso del tiempo, donde desde sus inicios y conforme al avance de la historia se le dio la prioridad al hombre como la persona que podía tomar las decisiones sobre los que se podría relacionar con los bienes. Este fue uno de los elementos principales que definieron a la sociedad de gananciales y significa que si bien es cierto la sociedad de gananciales tienen sus elementos autónomos, son los elementos patrimoniales quienes lo han ido definiendo respecto a quién puede favorecer. Hemos

notado que desde un inicio favoreció en gran parte al hombre; sin embargo, esto fue cambiando a medida que los estudios y sobre todo la costumbre se fue modificando. El patrimonio inicialmente pertenecía a uno de ellos, a pesar de que la unión se dio por sociedad de gananciales donde todo necesitaba una aprobación por parte del marido.

El desarrollo generó nuevas medidas en la que las obligaciones se unificaban y donde se creaba lo que ahora conocemos como “Patrimonio autónomo” donde los derechos y obligaciones de ambos cónyuges frente a terceros se unificaron y el patrimonio se volvió determinado a una finalidad tal como lo menciona la teoría que está dirigida hacia un solo objetivo que si bien al principio no fue tan intrínseca, sirvió como punto de partida para que puedan desarrollarse teorías que se acercan a la realidad actual.

Actualmente, podríamos concluir que basados en los estudios tenemos una mixtura frente a las teorías que se fueron desarrollando, existiendo cambios en la que permitía la igualdad entre las partes donde sus alícuotas tenían una distinción previa al matrimonio y posterior a ella.

Esto genera un criterio ex – ante previa unión matrimonial. Cada persona antes de optar por la unión matrimonial tiene una masa de bienes la cual puede usar, disfrutar, disponer conforme a sus requerimientos; esto relacionado al artículo 923 del Código Civil donde identifica a la propiedad.

Relacionar el derecho de propiedad con el derecho de familia tiene sus aristas en las que guardan relación pero por otro lado pueden existir diferencias ya que antes de optar por esta institución la persona tiene el derecho de propiedad intacto, es decir, que puede decidir qué hacer con sus bienes; sin embargo, cuando se encuentra dentro de la institución de familia, la propiedad se vuelve de la sociedad de gananciales donde ambos tienen derechos y deberes, el patrimonio que se configura frente a los bienes es por los dos.

Una situación distinta surge cuando se cambia a la institución matrimonial ya que si nos referimos a la sociedad de gananciales genera que el patrimonio posterior al matrimonio sea de ambos.

Esto significa que los derechos y obligaciones que se genera es por un patrimonio común donde se rige en base a los criterios de la autonomía y la asunción es por parte de ambos.

Por lo que nos lleva a analizar parte de la historia si en efecto, al principio todo el patrimonio formado por ambos pertenecía únicamente al marido, también podríamos referirnos a las obligaciones que se asume cuando se encuentra dentro de la institución de la sociedad conyugal; es decir, la historia indica que el hombre era al que se le atribuían todos los derechos donde las decisiones y propiedad sobre el patrimonio las tomaba él; sin embargo, no hay una aclaración respecto a las obligaciones, o referente a las cargas que podrían existir así como los gravámenes en el que si asumía el poderío sobre todo, también era el responsable por los deberes que haya podido contribuir no solamente de él sino también de la esposa.

Por otro lado, otro cuestionamiento que surge es cuál es la finalidad actual de la sociedad de gananciales analizando los estudios teóricos, pero en la actualidad genera una conclusión

distinta a la que se pudo tomar desde su inicio ya que las modificaciones que se han ido realizando desde la perspectiva de la costumbre ha provocado que la visión sea diferente.

Empezando porque el patrimonio pertenece a ambos y cada uno aporta a que la masa se vaya extendiendo conforme a los ingresos que generan contribuye a la sociedad de gananciales y no hay una medición de quién es el que aporta más, sino que una vez realizado el ingreso es independiente el porcentaje o la cantidad que se haya proporcionado.

Por otro lado, las obligaciones se asumen por igual. En este punto no hay asunción de costos de manera individual, los créditos otorgados lo asumen ambos, así la posición económica de uno de ellos varíe frente al otro.

Con relación al crédito el cual se somete a una evaluación, es necesaria la participación de ambos para que pueda surtir efectos legales ya que, si uno de ellos asume y hay falta de conocimiento por el cónyuge este en un proceso judicial tiene un mecanismo de defensa para que el cobro de tal no se haga efectivo.

Similar es la situación en las garantías ya sean reales o personales, es necesaria la participación de ambos para que surta efectos. Imaginemos que dentro de una fianza solidaria no participe uno de los cónyuges y esto se podría interpretar incluso como un acto de mala fe ya que dentro del concepto de fianza conforme al artículo 1868 del Código Civil “el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor”; es por ello que cuando la persona garantiza con su patrimonio y si se encuentra dentro de la sociedad de gananciales, donde se considera autónomo, es necesaria la participación de quienes lo conforman, de lo contrario no se podría someter a cobro alguno ya que no se cumpliría con los requisitos de validez de tal.

El patrimonio autónomo provoca que todo el ingreso que reciba la sociedad de gananciales, así como las obligaciones que puedan tomar sea una institución donde se debe hacer efectiva la participación de ambos sujetos que como persona siguen manteniendo sus derechos, pero al optar por este régimen se necesita la decisión de ambos para optar por las obligaciones que van a tomar.

Somos de la opinión que esto es más complicado, pero a la vez es lo más justo sino entraríamos nuevamente a la teoría de la propiedad exclusiva, donde la evolución no tendría ninguna participación y todavía tendríamos conceptos en el cual se puede relacionar con el abuso por una de las partes.

Con relación a la unión de hecho frente a las teorías mencionadas las cuales se basaron principalmente en el matrimonio como institución principal tienen cierta relación con el primero en el sentido que la evolución teórica apuntó a otras vertientes y desde ella se desprende la unión de hecho.

Es por ello que conforme la historia seguía avanzando nuevas tendencias se iban acoplando al mundo donde se jugó un papel importante respecto a la interpretación del matrimonio y otras instituciones.



La unión de hecho puede asemejarse al conglomerado de teorías; sin embargo, cuando la pareja se junta no tienen por derecho la calidad de cónyuges y por lo tanto no se cumple un requisito esencial donde se considere el patrimonio autónomo.

Por lo tanto, los derechos y obligaciones se ven separados y es donde cada uno lo asume desde su propia posición y de manera personal. Evidentemente, por la costumbre una unión de hecho no cumpliría los fines que establece cada teoría, pero si lo vemos desde un aporte global la visión podría cambiar.

La situación central es dónde considerar el criterio de patrimonio autónomo coligando con las teorías y pudiendo incluirse dentro de una situación anómala que solamente se ciñe en la realidad donde lo similitud prima en la vida en común y teniendo criterios que se pueden relacionar con el matrimonio.

Sin embargo, la legislación tiene que participar de manera activa ya que el no crear una diferenciación ocasionaría que los criterios difieran y la institución que prima en nuestro Código Civil se vea opacado por esta nueva tendencia.

Esto se puede traducir en el pequeño artículo 326° donde habla específicamente de la unión de hecho; sin embargo, sus criterios interpretativos han dejado las puertas abiertas para no tener una senda uniforme y dentro de la historia, podemos notar que previa a la institución matrimonial ya existía la llamada unión de hecho. Entonces, si este era uno de los criterios en los cuales la consolidación terminaba en el matrimonio, creemos que conforme a las teorías hubiera sido congruente fortalecer la unión de hecho donde las cualidades tienen por finalidad la similitud matrimonial, se podría concluir que marcar un hito en la historia y partiendo de teorías que fortalecieran la unión de hecho, se consideraría que no sería necesaria establecer como primordial la unión matrimonial para que dos personas se puedan juntar, establecer una vida en común y sobre todo constituir un patrimonio autónomo frente a sus bienes.

Y es una de las diferencias primordiales el establecer el criterio de patrimonio autónomo ya que se deben cumplir ciertos requisitos para declararlo, dejando una brecha y no estableciendo las teorías que se puedan asemejar a esta institución ya que fue hecha mayormente por la historia y no por interpretaciones de estudios que no se tomaron en cuenta dentro de la línea de tiempo de la profundización de las teorías antiguas pero puede servir como un punto de partida para crear teorías modernas que tengan mayor similitud a lo ocurre en la realidad.

Relacionar las teorías a la unión de hecho, permite una visión mucho más específica de cómo se podrían generar criterios para la base de la investigación que en efecto, las teorías guardan gran relación con lo establecido dentro del vínculo matrimonial, pero se tiene como objetivo tratar de disociar y crear una corriente que sea autónoma para la unión de hecho.

Erika Irene Zuta Vidal establece tres teorías que se citan textualmente a continuación:

- a) Teoría Institucionalista: Partimos en reconocer que el matrimonio es una institución, en ese sentido, a la unión de hecho le correspondería una naturaleza jurídica similar, en razón de que es un acuerdo de voluntades y cumple los elementos propios del

matrimonio, como son los deberes de cohabitación, fidelidad y asistencia, generando consecuencias jurídicas. Esta teoría es la más aceptada y considera que la unión de hecho al ser fuente de familia debe ser considerada como una institución.

- b) Teoría Contractualista: La unión de hecho se presenta como una relación exclusivamente contractual, siendo el factor económico el sustento de la existencia de las relaciones convivenciales. Al igual que en el matrimonio, las razones por las cuales una pareja decide convivir no se ciñen al tema económico, sino que existen aspectos personales que trascienden las obligaciones propias del deber de asistencia y ayuda mutua.
- c) Teoría del acto jurídico familiar: Esta teoría pone énfasis en la voluntad de sus integrantes en generar relaciones familiares. El Tribunal Constitucional ha señalado que se “está ante una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo” (Plácido 2011, 386-387; Zuta 2018:188)

Estos criterios nos llevan a analizar cómo cada teoría se puede acoplar al espacio y tiempo en el que la unión de hecho va tomando una mayor fuerza consuetudinaria pero un gran reto legislativo.

Respecto a la primera teoría reconoce plenamente como parte primigenia al matrimonio, que desde ahí se puede partir para iniciar las demás corrientes considerando una parte a la unión hecho; sin embargo, creemos que dicha institución fue previa al matrimonio, solo que no tuvo la solidez para constituirse como una de los primeros estudios donde si bien existe un acuerdo de las partes y genera consecuencias jurídicas, no tendría caso considerarlo igual al matrimonio ya que no habría cuestión de estudiar esta institución que se ha venido desarrollando a medida que las parejas tomaron esa decisión.

En el caso de matrimonio, la cohabitación, fidelidad y asistencia se otorga apenas se opte por la institución nos referimos específicamente posterior al compromiso ceremonial que tomen las partes; sin embargo, en la unión de hecho el acuerdo de las partes podría generar los mismo deberes así como los efectos jurídicos similares; sin embargo, el criterio de la temporalidad es una de las grandes diferencias para esta teoría, por lo tanto podríamos aceptar que hay similitud, pero este provoca que queden en suspenso tanto los deberes como los efectos jurídicos, generando la inestabilidad, ya que no se constituye desde un inicio el patrimonio autónomo y no se tiene la certeza que dicha unión cumpla con los deberes que son estudiados por el matrimonio.

La segunda teoría tiene coherencia, al indicar que el factor económico es una de las principales razones para iniciar una convivencia. Creemos que dicho factor es un elemento el cual puede tener un carácter primordial para la toma de la decisión, pero no es determinante por lo que esta teoría no se asemeja a la realidad debido a que varias personas pueden optar por la unión de hecho, sin haber considerado la economía de las partes ya que una de ellas podría poseer un mayor ingreso o posiblemente ninguna de las dos personas lo hayan tomado por algo determinante.

Asimismo, en la institución matrimonial se contraen obligaciones, similar caso en la unión de hecho que antes de declararse formalmente conforme a los criterios del Código Civil ambos pueden contraer créditos, pero en estos casos sería a título personal y no considerando

el patrimonio autónomo ya que no se ha generado una declaración que le permita tomar las decisiones como tal.

Respecto a la última teoría hay un punto importante que resaltar en el que se indica que empieza desde una informalidad por lo que una consecuencia de ello es que parte de la autonomía de la voluntad de las personas para constituir la unión de hecho.

Podemos notar frente a la interpretación de esta teoría que parte de la voluntad de la persona de constituir la unión de hecho que la podríamos denominar como una “voluntad informal”, donde se establece criterios para generar un evento jurídico donde no busca una formalidad como la institución matrimonial, sino que se está dentro de un híbrido llamado unión de hecho donde se quieren tener los derechos otorgados por el matrimonio, pero no encontrándose dentro de él.

Creemos que es un criterio que llama la atención, pero es acertado desde el punto de vista legislativo porque la ley no le da su posición a la unión de hecho a pesar de tener gran acogida actualmente; sin embargo, genera la libertad de las personas por optar por esta institución en base a su autonomía que no es la finalidad que busca nuestro Código, pero le abre la puerta a que esta decisión posteriormente pueda generar efectos jurídicos.

Si nos basamos en el presente esta teoría se acerca más a la realidad, donde las personas toman la decisión de juntarse y cumplir con los deberes como el de cohabitación, fidelidad y asistencia, no quieren generar un compromiso de contraer matrimonio y que legalmente se adquieran estos derechos absolutos.

Sin embargo, no se toma en cuenta las consecuencias jurídicas que se podría obtener, ya que la unión de hecho también genera obligaciones, pero lo hace por cada una de las partes, contraviniendo a las teorías expresadas por Varsi respecto a la sociedad de gananciales, ya que no existe un aporte por las partes, sino que por temas de facto no se permite definir si ambos son responsables por alguna obligación en específico.

Entonces vamos formando el criterio que uno de los factores más importantes en la unión de hecho es la incertidumbre de cómo se asumen las obligaciones frente a terceros ya que no hay un patrimonio autónomo que lo pueda asumir, sino que son los patrimonios divididos y personales de cada uno de los integrantes quién se haga responsable.

Podemos notar que la asunción de deudas es de manera personal generando una gran fortaleza al criterio de que se caracteriza en su informalidad desde el inicio ya que la voluntad de las partes no se encuentra perfeccionada, así como su desarrollo porque las obligaciones no son tomadas por la sociedad de gananciales.

Estas teorías anteriormente indicadas por sí solas pueden tener incongruencias, pero considerando a las tres, frente a una teoría mixta se podría generar un nuevo criterio el cual pueda acercarse a la realidad donde se podría generar desde una informalidad, pero teniendo también la finalidad de establecer los deberes de cohabitación, fidelidad y asistencia y donde un punto importante sea el factor económico para cubrir las necesidades de ambas partes.

Por lo tanto, inclinarnos por una teoría nos dejaría vacíos respecto a lo que nos indica la realidad, aunque nos encontramos de acuerdo desde un punto de vista legislativo que podría tomarse desde un inicio por una decisión en la que las consecuencias no generarán absoluta validez, pero el compromiso externo por ambas partes iría provocando que se vayan formalizando y opten por generar mayores derechos.

Lo que no queda tan claro es que cuando una pareja opta por la unión de hecho, pocas veces la han consolidado con el matrimonio que permite la plenitud de los derechos, deberes y obligaciones que se puedan adquirir. Por lo tanto considerar la unión de hecho conforme a las teorías antes expuestas donde se establezca una mixtura, tiene un mayor énfasis respecto a lo que se podría generar donde partiendo de una decisión informal, ambas partes tienen derechos y deberes que se deben respetar, proyectándose a asumir obligaciones frente a un patrimonio en el que por el aporte de ambos pueda establecerse la autonomía y generando la asunción por parte de ambos en el cual uno de sus aspectos medulares es el económico sin dejar de lado la asistencia entre las partes.

## 2.6 Bienes

Los bienes en la sociedad de gananciales es algo dinámico ya que estos se van innovando, aumentando o disminuyendo. Son los aportes que hace cada una de las partes respecto a la sociedad que es el principal motor económico del patrimonio autónomo; asimismo, debemos tomar las diferencias que existe entre cada uno ya que hay bienes que se adquieren dentro de la constitución de la sociedad de gananciales, pero también existen bienes que cada una de las partes tenían antes de establecerse como tal. Tomemos en cuenta que cada uno de los bienes deben estar bien identificados para que de esa manera no exista algún problema posterior al tomar consideraciones sobre este. El patrimonio como se ha mencionado se encuentra conformado por activos y pasivos, los primeros referidos a los bienes y derechos y el segundo por cargas y deudas.

La doctrina nos ofrece las siguientes teorías según Enrique Varsi, las cuales citamos textualmente a continuación:

### Teoría Bipartita de patrimonios separados

El concepto general es que en la sociedad de gananciales existen bienes de uno y bienes del otro. Los primeros de los cónyuges denominados propios y los segundos de la comunidad, llamados sociales, que vienen a ser una contrapartida de los primeros.

Esta teoría asume el Código (art. 301) así como la jurisprudencia: “La sociedad de gananciales se encuentra conformada por el conjunto de bienes sociales y bienes propios de cada cónyuge, constituyéndose en un mecanismo de regulación de dicho patrimonio”

### Teoría Tripartita de patrimonios separados

Para otros existen tres patrimonios privativos: el del marido, el de la mujer y el social. Amplía la conformación patrimonial de bienes de la comunidad, haciéndola más real, en todo más práctico.

### Teoría Múltiple de patrimonios separados

En una comunidad conyugal existen más de dos y tres tipos de bienes.

Los bienes son diversos tal como heterogéneas las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y terceros. Resulta inconcebible creer, y sobre todo considerar, que un matrimonio con comunidad esté conformado por bienes de ellos y de esta. La diversidad de situaciones jurídicas lleva a que la sociedad de gananciales se conforme por toda una pléyade de bienes, cada cual con especiales características y naturaleza jurídica propia. Están contenidos en ella los bienes propios y sociales, hay también los bienes en copropiedad simple (un cónyuge con la sociedad de gananciales), copropiedad compleja (un cónyuge, un tercero y la sociedad de gananciales) así como bienes especiales (patrimonios fideicometidos y gananciales anómalos), además, a todos ellos, los bienes de los hijos. (Varsi 2012: 814)

Como hemos podido notar el patrimonio es variable y estas permiten que pueda ir acreciendo como decreciendo. Esto depende de cómo la sociedad de gananciales lo vaya llevando. Asimismo, el patrimonio se puede interpretar como el universo de bienes que maneja cada uno, no solamente al encontrarse dentro de la institución matrimonial sino desde antes en la cual, cada uno de los cónyuges entra a la sociedad de gananciales con determinados bienes, que se describirán posteriormente.

Los bienes que se acumulan posterior al matrimonio es lo que denominamos el patrimonio autónomo, donde la decisión pertenece propiamente a la sociedad de gananciales, pero partiendo de cada una de las teorías es como relacionar cada una de ellas a la actualidad y de acuerdo a la sociedad de gananciales y cuál es la que se asemeja más a la realidad actual y cual podría tener mayor cercanía con la unión de hecho.

Los aportes hechos a la sociedad son los finalmente determina el patrimonio autónomo de la sociedad de gananciales. Por otro lado respecto al análisis de las teorías y como su influencia de acuerdo a lo que indica Varsi en lo mencionado anteriormente, existiendo la contribución por cada una de las partes para que se pueda constituir el patrimonio, y donde el Código Civil indica se encuentra conformado por los bienes gananciales y propios de cada cónyuge establece que previa aportación cada uno de ellos hay una diferenciación generando un equilibrio combinando el patrimonio de ambas sujetos antes de optar por el matrimonio.

Pero como definirlo frente a una unión de hecho cuyo aspecto medular guarda semejanzas la sociedad de gananciales, que es el único régimen por el que se puede optar dejando de lado la separación de patrimonios, los aportes generados por ambas partes permiten visualizar un universo en el que no solamente participan los bienes sino también las obligaciones de cada uno.

Con relación a los bienes conviene que la unión de hecho solamente contemple los indicados en el Código Civil vigente. Esto tendría una tendencia a confirmar que el matrimonio sigue siendo la institución primigenia, pero dejando de lado las condiciones que puedan generar el optar por una unión de hecho sobre todo en relación a los bienes en los que los aportes se pueden generar desde el inicio de la convivencia y no esperar el criterio de la temporalidad contemplado en el artículo correspondiente del Código Civil vigente.

Debemos de tomar en cuenta que, dentro de la sociedad de gananciales pueden entrar todo tipo de bienes pudiendo ser propios si la pareja opta a que formen del patrimonio autónomo podría encontrarse dentro de él; sin embargo, partiendo de la premisa que los bienes dentro de la sociedad de gananciales se consideran de esa forma ya que se adquirieron después de estar constituida, se debe establecer en qué momento existe esa diferenciación, el cual se explicará en los siguientes puntos.

### **2.6.1 Bienes propios**

Enrique Varsi define los bienes propios de la siguiente manera: “Tienen la calidad de bienes propios todos los adquiridos con anterioridad al matrimonio, los adquiridos posteriormente sea por causa onerosa precedente o a título gratuito, los de naturaleza personal señalados en la ley y aquellos bienes que durante el régimen sustituyen o subrogan a otros bienes propios, sean estos corporales o incorporales, muebles o inmuebles, créditos o rentas”. (Varsi 2012: 814)

Es decir, estos bienes se tenían en dominio antes de constituir la sociedad de gananciales ya que en el caso de la unión de hecho esta después de dos años adquiere la figura mencionada anteriormente ya que antes de la constitución se podría considerar que la obligación tomada por cualquiera de ellos se asumiría como propia; sin embargo, se tiene que establecer en el momento que pueda tener consecuencias posteriores que afecten a los gananciales.

En el caso del artículo 302° inciso 1 del Código civil, menciona que son bienes de cada cónyuge los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales; por lo que se podría decir al iniciarse el régimen lo podría convertir en un bien social, en el sentido que si una de las partes está aportando algo a la sociedad y si lo relacionamos con la persona jurídica cuando se aporta un bien, este pasa a ser propiedad de ella, por lo que resulta incongruente mencionar un aporte a la sociedad de gananciales y posteriormente reputarlo como bien propio, evidentemente habría una clara contradicción.

El artículo 302, inciso 1 del citado Código, menciona a los bienes adquiridos durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella por lo que se podría decir que son los bienes cuyo derecho tenía uno de los cónyuges antes de establecer la sociedad de gananciales. Un ejemplo podría ser sobre algún bien futuro en el cual una de las partes adquiere un inmueble de un proyecto inmobiliario que estará listo para el siguiente año y cancelando el íntegro del precio, al momento de inscribirse la propiedad se consideraría como bien propio en el sentido que la relación jurídica se perfeccionó al momento en el que tenía su propio patrimonio, por lo tanto, esto se consideraría dentro de los bienes propios.

Por otro lado, los bienes que son adquiridos a título gratuito como por ejemplo las herencias o donaciones que por el resultado de las figuras mencionadas anteriormente el propietario del bien no sería la sociedad de gananciales sino solamente uno de ellos, otorgándole la propiedad única de este bien. Esto lo podríamos relacionar a los derechos sucesorios que adquiere cada persona en conforme a la herencia la cual le podría ser otorgada.

Citamos textualmente a Enrique Varsi, quién menciona lo siguiente

Respecto a la indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.

Son las indemnizaciones referidas a los daños personales (accidentes, seguro de vida, seguro de enfermedad). Los bienes producto de indemnizaciones por concepto de responsabilidad civil tienen la calidad de bienes propios. La razón es que responsabilidad civil tiene un carácter personalísimo constituyendo sus beneficios patrimoniales propios.

Respecto al quantum téngase en cuenta que no es toda la suma fijada como indemnización sino aquella que queda luego de restadas o deducidas para las primas pagadas con bienes de la sociedad (teoría del reembolso).

Como refiere Casto Pérez Treviño no se ha considerado el caso de las indemnizaciones por daños o pérdidas en los bienes propios de uno de los cónyuges, pero en aplicación del principio de subrogación real la indemnización tiene el mismo carácter porque reemplaza o sustituye el bien en el patrimonio personal del cónyuge. (Varsi 2012: 814).

Los derechos de autor e inventor son intransferibles, eso hace que sean personales, por lo que al tener estas características se consideran como bien propio; sin embargo, las rentas que se puedan percibir de estas, se le considera como un bien social. Debemos hacer notar la diferencia que no es lo mismo el percibir las rentas producto del derecho que este en sí mismo por lo que este último se considera como propio frente a la sociedad de gananciales.

Conforme al artículo 302 del Código Civil dentro de sus incisos 6 y 7 indica que son bienes propios: “Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sea accesorios de una empresa que no tenga calidad de bien propio, es decir que lo necesario para cumplir las obligaciones profesionales, tienen esa calidad de bien propio.

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”; sin embargo, hasta para la jurisprudencia ha sido complicado interpretar este criterio en el sentido que el legislador consideró ampliamente el carácter de revaluación por lo que se podría entender en un sentido como aumento de capital de las acciones propiamente dichas.

Enrique Varsi, según los estudios de bienes propios, indica lo siguiente que citamos textualmente a continuación:

Azpiri considera que son bienes propios las nuevas acciones adquiridas en virtud del derecho de suscripción preferente cuando esta deriva de acciones propias en razón de que el título es anterior al matrimonio. Díez –Picazo y Gullón sin propias porque la adquisición deriva de un derecho propio; además, la suscripción preferente no enriquece solo, y únicamente, preserva el valor de los derechos societarios y la cuota de participación. Respecto de este último criterio Montoya discrepa sustentando que la suscripción preferente enriquece per se; el socio tiene un valor patrimonial agregado.

Hernando Montoya considera que materia de suscripción preferente se presentan tres supuestos:

- (i) Cuando tengo el derecho de suscribir preferentemente mis acciones y ese derecho es negociable; es decir, no ejerzo el derecho, pero sé que puedo transferirlo. Lo que ingresa

por ese derecho es de la sociedad de gananciales por más que se derive de un bien propio.

- (ii) El accionista ejerce su derecho a suscribir nuevas acciones y hace nuevo aporte para suscribir las que le corresponden. En ese caso debe evaluarse el origen de los fondos comprometidos en la suscripción. Si suscribe y paga con fondos propios o si suscribe y paga con bienes sociales.
- (iii) Se ejerce el derecho de suscribir preferentemente acciones porque uno de los socios no ejerció el derecho oportunamente; entonces, el accionista casado decide suscribir la porción del otro socio que no suscribió.

El mayor valor que adquiere un bien propio beneficia al cónyuge propietario del mismo modo que lo perjudicaría si pierde valor. Tratándose de revaluación del activo, donde no existe una contribución o aporte del socio sino actualización del valor de activos. (Varsi 2012: 814).

El autor relaciona a los bienes con acciones donde determina que se da antes de entrar a la sociedad de gananciales se realiza un aporte propio como a un capital (tratando de relacionarlo con una empresa) y de acuerdo con ello se trata de que todo termine en un capital social y con eso se empiece a generar utilidades.

En principio, guarda relación los bienes propios asemejando a una constitución de empresa o a modificaciones de estatuto; sin embargo, los bienes aportados dentro del derecho de familia van más allá que los aportes de una sociedad comercial en el cual previamente la persona al ingresar a la sociedad no aporta propiamente los bienes a la comunidad ganancial, sino que entra y con ello conserva la propiedad única sobre dichos bienes.

El autor, si bien es cierto ha enfocado desde un criterio comercial las aportaciones respecto a los bienes propios debemos tomar en cuenta que el dominio exclusivo pertenece al sujeto propietario del bien, siendo este responsable por la administración, usos, disfrute, entre otros que ejerce un propietario frente al derecho real.

Sin embargo, en la teoría expuesta por el autor que lo relaciona al ámbito comercial tiene una parte el cual es sujeta a analizar donde no hay una adquisición o suscripción preferente frente a un accionista, pero en toda sociedad comercial existen utilidades.

Por lo que dichas utilidades podemos relacionar con los frutos y productos que son resultado de los efectos que puedan producir los bienes propios. Entonces, tenemos claro que las utilidades se dan cuando el desarrollo de la sociedad obtiene resultados favorables a los accionistas en el caso de una sociedad de gananciales donde estas riquezas se generan previamente al contribuir el matrimonio y cuando se encuentra dentro de él, por lo que las ganancias obtenidas son de la sociedad; sin embargo, el bien se sigue manteniendo propio.

Por lo que podríamos dilucidar que los resultados de los bienes propios pertenecen a la sociedad de gananciales; pero las cargas y gravámenes que se generen son de asunción propia del propietario quien es el sujeto que tiene a su favor el bien propio.

La legislación le da una posición al bien propio respecto frente a la sociedad de gananciales, e incluso indica que las utilidades que genere este será parte del patrimonio autónomo; sin embargo, respecto a las obligaciones que se puedan generar producto de este bien solo



contempla al único propietario no estableciendo criterios que le permitan asumir las deudas con la masa ganancial.

Con relación a la renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio conforme al artículo 302 inciso 8; tomando en cuenta que las rentas se fundamentan en el principio de gratuidad o de subrogación.

Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia están catalogados como personales en el sentido que estos solo se utilizan para fines en la misma persona. Por ejemplo, un diploma o condecoración pertenece a un logro realizado por la misma persona, entonces esto al recaer en uno es considerado como un bien propio. El mismo tratamiento surge con lo demás a lo que se refiere el artículo.

El propietario del bien tiene la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos conforme a lo señalado en el artículo 303, es decir que tiene la facultad de enajenarlos o gravarlos de acuerdo a lo que se crea conveniente; sin embargo, conforme a lo indicado por Varsi no es tan amplio por lo siguiente, que citamos textualmente:

- (i) Los frutos y productos de los bienes propios son sociales.
- (ii) Los bienes propios responden de las deudas sociales.
- (iii) Siempre está de por medio el interés familiar. (Varsi 2012:814)

Y en efecto, consideramos que esta administración se encuentra parcializada, debido a que en primera instancia siempre se encontrará el interés de la familia de manera primigenia sobre lo demás, así como las rentas gracias a las utilidades obtenidas en el bien propio. Esto es que cuando el sujeto disponga del bien y se dejen de percibir los frutos y productos del bien propio puede traer consecuencias y en ocasiones podrían disminuir considerablemente el patrimonio que al final formaría parte de la sociedad de gananciales.

Dentro de nuestro cuerpo normativo pueden ocurrir situaciones en las que se tiene que recurrir al juez para que pueda emitir alguna decisión como por ejemplo que los bienes que son propios obtienen frutos y estos después de optar por la institución de sociedad de gananciales la persona propietaria no contribuya al patrimonio autónomo, se puede solicitar mediante medidas judiciales para que dichos frutos sean aplicados al patrimonio ganancial. Esto depende como sostiene Varsi, el fin supremo al interés familiar el cual permitirá tomar los criterios más adecuados para su motivación.

Entonces, se sigue la línea que si bien tiene la propiedad y sus bienes se pueden considerar como propios dentro de la sociedad de gananciales, los frutos y productos de esta, se deben considerar como sociales de lo contrario, se puede solicitar judicialmente y el juez a su criterio considerará el tipo de garantía a establecer.

La disposición del bien pertenece al propietario, cuando tiene la calidad de bien propio puede optar por la decisión que requiera conveniente; sin embargo, surge la controversia porque si inicialmente partió como bien propio al momento de optar por la sociedad de gananciales los frutos y productos pasan a ser de los bienes sociales. Por lo que en principio la administración puede ser independientemente de la participación de cada uno; sin embargo,

al momento de disponer la decisión es únicamente del propietario. Entonces el cuestionamiento sería que dicha disposición también afectaría al patrimonio social ya que no se percibirían los frutos y productos derivados de tal por lo que, somos de la opinión que debería considerarse la participación del cónyuge no propietario para que tome conocimiento de la transferencia y no ocurra una situación de controversia posterior.

Conforme al artículo 304 del Código Civil los cónyuges no pueden renunciar a herencia o legado ni dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro.

Este artículo nos indica que si una de las partes no quiere aceptar las acciones mencionadas anteriormente necesita el asentimiento del otro; sin embargo, si esta persona acepta entraría a su masa como bien propio disponiendo, gravando entre otros. Si bien existe un consentimiento para la negativa, pero al ser positivo la otra parte podría disponer del objeto como desea. Esto lo podríamos relacionar únicamente con la figura que, al recibir el patrimonio en donación o herencia se podrían percibir frutos o productos los cuales beneficiarían a la sociedad de gananciales.

Un factor importante es como considerar a los bienes propios dentro de la unión de hecho, ya que desde el inicio y conforme se vaya estableciendo su desarrollo los bienes de cada individuo no se modifican incluso estando dentro de dicha unión, por lo que se consideraría bien propio hasta una declaración por parte de la autoridad de dicha unión.

Esta declaración se ciñe a cuando se solicite a la autoridad para que pueda perfeccionar; sin embargo, durante el tiempo donde no exista ninguna declaración los bienes siguen perteneciendo a la parte que lo tiene en su poder y este criterio que queda híbrido no define dentro de la unión de hecho cuando va a dejar de serlo.

La realidad indica que los sujetos no declaran la unión de hecho por lo que los bienes se siguen manteniendo propios, así como los frutos y productos. Por lo que aquí se puede establecer un punto en el que uno de los sujetos pueda optar por este régimen sin declararlo, ya que tiene el derecho absoluto sobre su bien, estableciendo que los resultados de este no contribuyan al fin común de la unión de hecho, en el que se necesita el aporte de ambos.

Este criterio puede resultar favorable al sujeto que no quiere realizar ninguna contribución a la sociedad perjudicando a la otra parte e incluso disponer del bien, cuando este tenga una participación efectiva para el desarrollo de la unión de hecho. El poder sobre el bien propio puede generar que uno pueda realizar lo que crea conveniente; sin embargo, cuando este se encuentra dentro una masa ganancial puede perjudicar a la otra parte ya que queda en la incertidumbre por el disfrute o cuál es su participación que podría realizar frente a ella.

### **2.6.2 Bienes sociales**

Conforme al artículo 310 del Código Civil nos menciona lo siguiente: “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 éste el valor del suelo al momento del reembolso”.

La Casación N° 838 – 96, LIMA, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia establece que “La jurisprudencia llegó a establecer que el bien adquirido en calidad de soltero pero cancelado de casado es social: El bien cuya declaración de bien propio pretende el recurrente fue adquirido con anterioridad a contraer matrimonio por compraventa a plazos y con pacto con reserva de propiedad; es decir, el vendedor se reservó el derecho de propiedad hasta que el comprador demandante cumpla con pagar totalmente el precio convenido. Habiéndose cumplido con cancelar dicho precio con posterioridad a la celebración del matrimonio en vigencia de la comunidad de gananciales, el bien resulta ser común”. (Varsi 2012:192).

Coincidimos con lo establecido con la jurisprudencia, pero el criterio en el cual se establece la mayor discusión es cuando obtiene el dominio del bien y en qué momento se le debería llamar propietario. Si bien es cierto se reputa como propietario cuando existe la sola obligación de enajenar; sin embargo, también puede existir pacto en contrario y esto es en el caso de la reserva de propiedad en el cual uno adquiere dicha propiedad cuando ha cancelado el saldo de precio correspondiente; por lo tanto, es ahí donde se le puede considerar como propietario y si esa cancelación de saldo de precio fue dentro de haberse constituido la sociedad conyugal, entonces el dominio de la cosa se establece cuando ya es social por lo que el criterio lo tomamos como el adecuado.

Varsi nos brinda el siguiente criterio, el cual citamos textualmente:

El hallazgo de un tesoro, entendido como el “conjunto escondido de monedas o cosas preciosas, de cuyo dueño no queda memoria pertenece al dueño del terreno en que hubiese sido hallado. En el contexto del Derecho de Familia según Krasnow, analizando el sistema argentino, dice que “el Código prevé el caso especial del descubrimiento de un tesoro, describiendo distintas posibilidades: cuando un cónyuge descubre un tesoro en el inmueble de un tercero, lo que obtenga por su participación será ganancial; cuando un tercero descubre un tesoro en el inmueble propio de uno de los cónyuges, la mitad que le corresponde al propietario es ganancial y cuando un cónyuge encuentra un tesoro en un inmueble propio o ganancial de alguno de los cónyuges la totalidad del tesoro será ganancial (art. 2560 CC)”. Para Borda, “(...) son también gananciales los bienes adquiridos por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas. Esta regla es también aplicable a los tesoros descubiertos por uno de los cónyuges en propiedad de un tercero. Sabido es que, en tal caso, el dominio del tesoro le pertenece la mitad al descubridor y la mitad al propietario. Aquella mitad es indudablemente ganancial, puesto que fue adquirida por un hecho fortuito. De igual modo es ganancial la parte que corresponde a uno de los cónyuges como propietario en el caso de que fuera un tercero el descubridor (art. 2560).

El premio ganado en un juego. Para Borda, “Debe reputarse comprendidos en esta disposición del artículo 1272 los premios obtenidos en concursos de preguntas y respuestas de la televisión”. Asimismo, Krasnow considera que los “(...) bienes adquiridos por hechos fortuitos: todo lo adquirido durante el matrimonio por hechos fortuitos es ganancial” (Art. 1272, 3° CC). Así también, todos aquellos reconocimientos económicos que reciba uno de los cónyuges. (Varsi 2012: 814).

Los bienes se consideran sociales, salvo prueba en contrario, por lo tanto, con relación a la duda en primera instancia se debe presumir social, esto es relativo, ya que el cónyuge que asegure que el bien es propio puede probarlo de manera que se establecería la probanza necesaria de que su bien no es social.

Citamos textualmente a Cornejo Chávez que nos indica lo siguiente

1. El patrimonio propio de uno de los cónyuges permanezca siempre en poder de su dueño, extrayéndosele del comercio de los hombres, lo que sería inadmisibles por perjudicar el desarrollo comercial.
2. El patrimonio propio de uno de los cónyuges se involucre paulatinamente en el patrimonio social, lo que sería injusto hasta el punto de significar un freno y consiguiente desincentivo al matrimonio; ello equivaldría al despojo de uno de los cónyuges y al enriquecimiento indebido de la sociedad del otro cónyuge.
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 (Cornejo 1999: 285).

Los cónyuges dentro de la sociedad de gananciales mantienen la administración o disposición de los bienes. Es decir, ambos se encargan de establecer la finalidad del patrimonio autónomo ligado a la unión de hecho el cual se ha declarado la sociedad de gananciales. Este también pertenece a la administración y disposición conjunta de ambos, solo en algunos casos como los reputados en los bienes propios, podría intervenir uno de ellos.

En relación a las administraciones se encuentran las ordinarias en el hogar, así como los de administración y conservación de la sociedad el cual se le llama poder doméstico y es ejercida por cualquiera de ellas. En cambio, si nos referimos a las administraciones extraordinarias donde es necesario por la calidad del acto la actuación de ambos sujetos será de esa manera debido a que se necesita el consentimiento de ambos para establecer los actos jurídicos correspondientes a cada situación de no intervenir uno de ellos, se podrían establecer dos situaciones:

- (i) La primera es que se obtenga un poder especial de la otra parte, por lo que, ejerciendo representación se puede actuar sin ningún tipo de problema.
- (ii) De no intervenir con poder de la otra parte, este acto podría devenir en ineficaz provocando que se generen vicios los cuales se necesita el pronunciamiento de un juez.

Por lo tanto, al momento de disponer los que forman la sociedad de gananciales tienen las facultades exclusivas para poder enajenar bienes que pertenecen a su patrimonio autónomo. Esto ocurre únicamente con la sociedad de gananciales porque si nos referimos a la separación de patrimonios cada uno puede disponer de sus bienes como crea conveniente, pero cuando se establece la sociedad de gananciales, en el supuesto de enajenación se necesita obligatoriamente la intervención de ambos.

Por otro lado, para gravar los bienes materia del patrimonio de la sociedad de gananciales se necesita la intervención de ambos, esto es para que tenga conocimiento en caso se ejecute la

garantía se tiene la manifestación de voluntad de todas las partes; por lo tanto, no se podría alegar el desconocimiento al momento de surgir una controversia.

Si uno de ellos tiene poder especial por parte del otro y se encuentra facultado, en su calidad de representante puede intervenir por la otra parte siempre que para el acto se encuentre específicamente la acción que se quiere realizar.

Sin embargo, el artículo 315 maneja una excepción mencionando lo siguiente: “(...) 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 en los casos considerados en las leyes especiales”.

Coincidimos con lo que asegura Luciano Barchi en el sentido que en los tiempos actuales existen bienes muebles que superan en relación calidad- precio a varios bienes inmuebles; citando su ejemplo que un auto puede llegar a un precio de más de 2 millones de dólares y una casa puede estar muy debajo de su valorización, por lo que al parecer en esos supuestos el legislador no se ha puesto a establecer si necesariamente debería existir la intervención de ambos ya que la norma es amplia y no menciona un límite de precio, por lo que se podría poner en juego el patrimonio autónomo adquiriendo obligaciones las cuales en la realidad se necesitaría el consentimiento del otro.

Consideramos que al ser la sociedad de gananciales un patrimonio autónomo, todos los actos que no se consideren como administración ordinaria debería intervenir ambos cónyuges, ya que es una puerta abierta a que se puedan establecer fraudes por una de las partes las cuales al final pueden ocasionar controversias.

Es necesario que, si no se cuenta con un poder especial se establezcan limitaciones al ejercicio de solamente uno ya que podrían ocasionar problemas no solo con la otra parte que podría salir perjudicada sino con los terceros de buena fe.

En los casos a las deudas garantizadas la Casación N° 3467- 2001 LA LIBERTAD menciona que “el hecho de que la Constitución de una deuda puesta a cobro haya contado solamente con la participación de uno de los miembros de la sociedad conyugal, no imposibilita que el banco ejecutante pueda pretender hacerse cobro con la ejecución del bien social perteneciente a la sociedad conyugal; puesto que precisamente fueron ellos quienes voluntariamente otorgaron en garantía hipotecaria dicho bien teniendo pleno conocimiento de que dicha deuda podía responder incluso por deudas asumidas por terceros y con mayor razón por las deudas asumidas por uno de los integrantes de la sociedad conyugal”(Corte Suprema 2004:282).

Discrepamos de lo que menciona la casación en el sentido que, si uno de los cónyuges intervino en la constitución de la hipoteca podríamos mencionar que la otra parte no tomó el conocimiento y por lo tanto no dio su consentimiento y si esta se encuentra inscrita y la otra parte no autorizó para su constitución, consideramos que el acto debería devenir en ineficaz.

La sociedad de gananciales respecto a los bienes propios y sociales manejan diversos criterios, es en estos donde se pueden establecer figuras las cuales permitan a uno de los cónyuges

realizar actos los cuales por desconocimiento del otro terminen en controversias. Esto ocurre de manera similar a la unión de hecho que al ser una figura que no se encuentra regulada de manera autónoma se relaciona con la figura de sociedad de gananciales y estos a su vez con los bienes propios y sociales por lo que se debe tener más cuidado al establecer los criterios y la intervención de las partes ya que por acciones de mala fe un acto puede devenir en ineficaz y las soluciones a encontrar son más complicadas porque el patrimonio social es mayormente protegido por nuestra legislación.

Benjamín Aguilar Llanos precisa los bienes sociales específicos de la siguiente manera que se cita textualmente a continuación:

- a) Los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión. Los ingresos que obtiene el cónyuge trabajador bajo cualquier denominación, sueldo, salario, remuneraciones, honorarios, haberes, se consideran sociales, o en palabras sencillas, no solo corresponde al cónyuge trabajador sino igualmente al otro cónyuge, pues ambos son consortes (“socios”) de la comunidad de bienes. Este bien social es el más importante de todos, no solo por su frecuencia y periodicidad, sino porque constituye el ingreso directo con el cual se solventan las necesidades del hogar.
- b) Los frutos y productos de todos los bienes propios son sociales, y con mayor razón, los frutos y productos de los bienes sociales. No ofrece duda alguna la calidad de bien social respecto de los frutos y productos del bien social. Sin embargo, algunos han objetado o reparado el hecho de que los frutos y productos de los bienes propios tengan la calidad de social. Lo hacen en función de las facultades que otorga el dominio sobre una cosa, usando la lógica elemental de que, si uno es propietario de un bien, y si ese bien genera frutos, tales frutos deben corresponderle al titular del bien.
- c) Las rentas de los derechos de autor e inventor. Al analizar los bienes propios, aludimos a los derechos de autor e inventor por su calidad de personalísimos. Ahora bien, en el supuesto bajo comentario, la referencia es a las rentas que produzcan tales derechos, pues estas son en realidad frutos, y por lo tanto reciben el mismo tratamiento que los frutos del bien propio.
- d) Los edificios construidos a costa del caudal social en el suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso. Es de observar que en este caso aparentemente estaríamos ante un bien mixto, propio en cuanto al predio, y social en lo referente a la fábrica levantada sobre el predio. Sin embargo, por seguridad jurídica y para no crear incertidumbre de estar ante parte de un bien que sea propio y parte que no lo sea, existe la presente regla de considerar social a estos edificios (entiéndase fábricas edificadas sobre el suelo). (Aguilar 2006:327-329)

La participación de los bienes sociales dentro de la unión de hecho genera las mismas consecuencias cuando está ya declarada, donde principalmente las utilidades obtenidas de los bienes propios pasan al patrimonio que genera la sociedad de gananciales.

Este es un punto importante donde como de un bien propio termina generando resultados el cual contribuyen al patrimonio autónomo, por lo que partiendo de un bien propio puede terminar en un producto social.

El aporte y esfuerzo de cada uno se refleja dentro de la masa independientemente de la cantidad de la contribución realizada por cada persona. En la unión de hecho la situación previa a la declaración tiene un resultado distinto ya que conforme a lo que sostiene el autor,

lo que genere cada uno de ellos será para su propio uso y disfrute, no realizando ningún aporte a la sociedad de gananciales.

Entonces, se genera una brecha en donde la unión de hecho de acuerdo a su naturaleza los bienes que se pueden adquirir previa declaración son considerados propios y cuando este se haya declarado entraría las utilidades generadas al patrimonio autónomo considerándolo sociales.

El tratamiento de los bienes es similar cuando se habla de la sociedad de gananciales y la unión de hecho, el criterio que los diferencia se basa en la declaración de tal mientras que en la unión matrimonial se tiene definido que se considera dentro de la sociedad de gananciales teniendo definido conforme a lo indicado en nuestro Código Civil; sin embargo, no hay una definición exacta frente a los bienes declarados posterior a la unión de hecho por lo que concluimos que tiene el mismo tratamiento que se le asigna a los bienes sociales dentro de la institución del matrimonio.

En conclusión, los bienes sociales tienen un mismo tratamiento dentro del matrimonio como en la unión de hecho. Uno de los criterios que genera la diferencia es el factor de la declaración ya que si no existe alguna los bienes no se pueden considerar como sociales, por lo que quedarían bajo la denominación de propios, incluyendo sus frutos y rentas que se podrían obtener de tal.

Esto es lo que genera la diferencia entre los bienes y la brecha que influye para considerarlos propios o sociales dentro de la unión de hecho.

## **2.7 Liquidación en sociedad de gananciales**

Como todo régimen la sociedad de gananciales tiene también un procedimiento de liquidación el cual se encuentra situado en el artículo 322° del Código Civil cuyo texto indica lo siguiente “Realizado el inventario, se pagan las obligaciones sociales y cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren”. Esto quiere decir que previamente a que se opte por este régimen, las personas que lo componen tuvieron bienes que se les califica como propios, de ser el caso.

En efecto, se realiza un inventario excluyendo lo que indica el artículo 321° del Código Civil referente al menaje en los que no se comprende dentro de la indicada liquidación.

El artículo 319° del Código Civil nos indica que “Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación de la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del Artículo 333, la sociedad de gananciales fenecce desde que se produce la separación de hecho”.

Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de inscripción correspondiente en el registro personal.

Inicialmente, se debe establecer un inventario en el cual se puedan identificar los bienes que serán comprendidos dentro de la liquidación separándolo de los bienes propios donde una vez culminado el inventario se pagan las obligaciones sociales y cargas. Posterior a ello se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedan, conforme al artículo 322 del Código Civil.

Por lo tanto, es necesario que para el procedimiento de liquidación se realice el inventario correspondiente y de acuerdo con ello, cancelar las obligaciones que se tienen pendiente hasta ese momento, así como las cargas correspondientes. Esto generaría que los acreedores se vean protegidos ante una eventualidad que pueda ocurrir si es que, por ejemplo, los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales garantizan alguna obligación contraída por los mismos.

Una vez efectuada la liquidación la masa sobrante posterior a las cancelaciones de las obligaciones y cargas que puedan efectuarse se reparte entre cada uno de los participantes los gananciales que le corresponden, así como sus bienes propios.

Dentro de esta perspectiva es evidente que si tal liquidación de gananciales ocurre dentro del matrimonio se establecerán los procesos conforme al Código Civil vigente; sin embargo, cabe resaltar que dentro de la unión de hecho al no tener una legislación establecida conviene resaltar los puntos en el cual se deberían tomar en cuenta ya que conforme al artículo 326 del Código Civil, la institución por la cual se opta al declararse la unión de hecho es por la sociedad de gananciales; por lo tanto, la aplicación de los criterios deben ser en valor al mencionado.

El matrimonio como institución principal nos indica las vertientes en las cuales se deben tomar en cuenta al momento de la calificación; sin embargo, tal como sostiene Yuri Vega Mere “Cualquier intento de dar mayor presencia en la ley a la unión convivencial infunde temor al legislador: temor en ir en contra de costumbres, dogmas principios, conceptos o, finalmente, electores. Este temor se extiende a la escasa doctrina y a la tímida jurisprudencia” (2005:131); siendo esto totalmente cierto, ya que las investigaciones respecto a la institución de la unión de hecho de manera autónoma no se encuentran completamente desarrollada, provocando que se distorsione la realidad del legislador al no tomar en cuenta la importancia de esta institución dejándola de lado y no tomando en cuenta que la costumbre viene guiando hacia una nueva tendencia.

La modernidad nos lleva a fortalecer a la unión de hecho y esto también a la forma de la posible liquidación otorgando una protección especial a las personas que opten por esta nueva forma de convivencia; en efecto si bien modelo principal es el matrimonio, el desarrollo autónomo de la unión de hecho permitiría que en el caso de la liquidación se tomen criterios propios de esta institución.

Es por ello que el Código Civil se encuentra actualizándose en diversos temas, ha dejado de lado la institución que por costumbre se va fortaleciendo; sin embargo, al no encontrarse contemplado en la ley, y tal como sostiene Yuri Vega “los concubinos demandan, cada vez con mayor vehemencia, protección legal a favor de sus uniones no conyugales; por lo que el



sistema aún no ha contemplado con minuciosidad esta institución coadyuvando a que el matrimonio se convierta en la única institución por excelencia”(2005:138).

La sociedad de gananciales se puede disolver ya sea por mutuo acuerdo o por sentencia judicial; en la que, conforme a Jorge Ulloa Plaza, a quién citamos textualmente menciona que los efectos de la disolución se manejan por varias hipótesis en las que destaca el rol de la mujer donde indica lo siguiente:

- a) Que exista comunidad va a depender que exista gananciales, ya que puede ocurrir que la sociedad conyugal sólo registre pérdidas, o sólo haya deudas.
- b) Va a depender de que la mujer no renuncie a los gananciales, caso en el cual, nuevamente su voluntad la que juega y ella, o sus herederos, son los que pueden hacer subsistir los efectos de la sociedad conyugal y la partición de la comunidad conforme a esas reglas. Solo debería permitirse este derecho después de disuelta la sociedad a efectos que la voluntad que actúa la renuncia se encuentre informada y obviamente, la decisión final va a depender de múltiples factores. Sin embargo, a primera vista se podría señalar que en aquellos casos ya vistos- en que sólo hay pérdidas o deudas, más en el caso en que la mujer con cargo a su patrimonio reservado tenga mayores ganancias que el marido – a la mujer o sus herederos les convendría renunciar a los gananciales.
- c) En el caso en que la mujer no renuncie a los gananciales, y siempre que existan ganancias, se puede hablar propiamente de una comunidad.  
Pero cabe destacar que, en procedimiento de liquidación de esta, la mujer no es una comunera común, sino que una comunera preferente.

Como se sabe, se entiende que acepta con beneficio de inventario, tiene derecho a retirar sus bienes propios antes que el marido, no responde de las deudas sociales ante terceros y además cuenta con el beneficio de emolumento. Sin perjuicio de lo anterior, tiene pleno derecho a intervenir en la administración de la comunidad mientras esta no se liquide.

Por último, sobre el proceso de liquidación se señala lo siguiente: Durante la vigencia del régimen, existían en el patrimonio del marido bienes y obligaciones afectos al fin de contribuir a la familia común, por lo que cabe preguntarse de qué modo se liquidan los derechos a recompensas recíprocos entre los cónyuges que se encontraban afectados en el haber relativo y en el pasivo aparente. Respecto a la mujer, cabe señalar que esos créditos a su favor se compensarían con lo que ella a su vez le debiere al marido en razón de pasivo aparente, y si existieran saldos a favor o en contra se liquidan en dinero. Respecto del marido es donde la hipótesis resulta muy curiosa, ya que, si el marido tuviere derecho a recompensa que reclamar causado en haber relativo a su favor y, a su vez, como se suele decir la sociedad hubiere afrontado una deuda personal del marido, el modo de explicar sus extinciones sería por confusión. En la medida en que como la sociedad se ha disuelto, los créditos y obligaciones en cuestión generados del derecho de recompensa quedaron desafectos al fin de contribuir a las necesidades de la familia común en el patrimonio del marido, y cómo un crédito y su correlativo obligacional no pueden encontrarse en un mismo patrimonio, se extinguen en principio por el modo señalado, sin perjuicio de los eventuales saldos a favor o en contra (Ulloa 2010: 265-266).

Por lo tanto, para el autor establece una diferenciación respecto entre la liquidación del marido y la mujer, pero no dejando de lado las obligaciones que podrían haber generado

frente a terceros; sin embargo, establece criterios como el haber relativo y pasivo aparente donde si existe algún saldo a favor se liquida en dinero.

En conclusión, si bien la unión de hecho deriva de la institución de la sociedad de gananciales y la interpretación es conforme a ella, hemos notado que la situación de hecho real difiere en cada caso en concreto.

Asimismo, la insuficiente legislación y el poco pronunciamiento de nuestros organismos provocan que no exista un análisis integral de una tendencia que viene aumentando con el pasar de los años y donde deja en el limbo priorizando el matrimonio que es la institución por excelencia de nuestra legislación, no toma en cuenta que existen formas distintas de unión entre parejas.

En el matrimonio, hay criterios para la disolución y liquidación y estos son trasladados a la unión de hecho tratándolo como una figura similar; sin embargo, debemos tomar en cuenta que dicha liquidación tiene un marco legislativo y se encuentra también inmerso por mecanismos procesales como notariales en los cuales cada funcionario público tiene conocimiento del proceso a seguir; en cambio, dentro de una unión de hecho las personas deben recurrir a situaciones similares a la de la institución matrimonial, el cual no en algunos casos no se traslada a la realidad, por lo que pueden tener origen y liquidación similar pero su tratamiento debe ser diferenciado hacia una nueva regulación.

No es nuestra idea que ya sea unión de hecho o institución matrimonial se llegue a una liquidación; sin embargo, debemos tener claro que se puede llegar a esa situación y en una situación de hecho donde pueden existir variaciones donde generarían vacíos y problemas no solamente son para los concubinos, sino también para los terceros de buena fe, quienes podrían en algún tipo de casos ver en peligro sus acreencias y ser perjudicados bajo esa situación.

Es por ello que al momento de la liquidación de la unión de hecho es necesario analizar caso por caso ya que, si no se encuentra una legislación propia, así como pronunciamientos jurisprudenciales vinculantes que puedan servir como criterios el análisis de como liquidar una unión de hecho debería ser examinado de manera individual.

En cambio, si existiera una regulación propia de la unión de hecho se podría tomar como punto de partida e interpretar la norma en el caso de suscitar alguna controversia. Notamos que pueden existir situaciones en las que uno de los concubinos se sienta perjudicados o donde no pueden hacer valer plenamente su derecho agregando que no encuentran el amparo en la legislación y tienen que recurrir a homologar las normas de otras instituciones para por lo menos tener una mejor posición.

El propósito de la sociedad de gananciales al momento de su culminación es aparte de disolver el vínculo una distribución de los bienes que hayan quedado de ella, donde cada uno de los sujetos pueda tener libre disponibilidad de sus bienes.

Ahora bien, no solamente la liquidación de los gananciales puede ser por el mutuo acuerdo de las partes, según Benjamín Aguilar Llanos nos indica lo siguiente a quién citamos textualmente:

Hay casos excepcionales en que estando vigente aún el matrimonio, termina la sociedad de gananciales. Ellos son: el cambio de este régimen patrimonial por el de separación de patrimonios; la separación legal, sea por causal o por separación convencional; y cuando estamos frente a la declaración judicial de ausencia de uno de los cónyuges, pues con la ausencia desaparece el fundamento de la comunidad de intereses en la sociedad conyugal. Ahora bien, los elementos que configuran la ausencia son: la desaparición; el transcurso de dos años desde las últimas noticias que se tuvo del desaparecido; y la resolución judicial que declara la ausencia. En lo que atañe a esto último, interesa la fecha de esta resolución, pues con ella se produce el fin de la sociedad de gananciales. (Aguilar 2006:340-341)

Con lo citado, se puede deducir que la liquidación de gananciales no solamente se da por un solo factor, sino que otros de ellos pueden influir para que se pueda optar por esta figura. El cuestionamiento surgiría si es que dentro de la unión de hecho se podría considerar de la misma manera. Y en efecto, creemos que sí se podría dar pero de una unión de hecho ya declarada, el cual permita la liquidación de los bienes considerados sociales; sin embargo cuando ésta todavía no se hubiere declarado sea por cualquier motivo e inclusive por la condición indicada en nuestro Código Civil que otorga un criterio de temporalidad de dos años como requisito esencial para declarar, podría dejar un vacío en caso no se haya realizado el proceso de declaración de la unión de hecho y puedan surgir acontecimientos como los antes descritos donde deja imposibilitada a una de las partes a considerar los bienes sociales y poder llegar a la finalidad de los gananciales. Por lo que quedaría un vacío en el sentido que al no ser declarado formalmente los bienes de la persona que ha desaparecido, por ejemplo, podrían ser únicamente para sus herederos, dejando a la pareja de lado ya que todavía se seguirían contemplando como propios.

Otro punto que la ley debería dejar en claro es cuando se realiza la declaración de unión de hecho y se establece el régimen de sociedad de gananciales; a que bienes se refiere o qué entrarán a esa masa, así como los que se integren después de la declaración. Sobre el tema no hay a claridad por parte de la norma especificando que bienes entrarán a la sociedad de gananciales o limitándose a indicar que una vez declarada se obtendrá automáticamente este régimen.

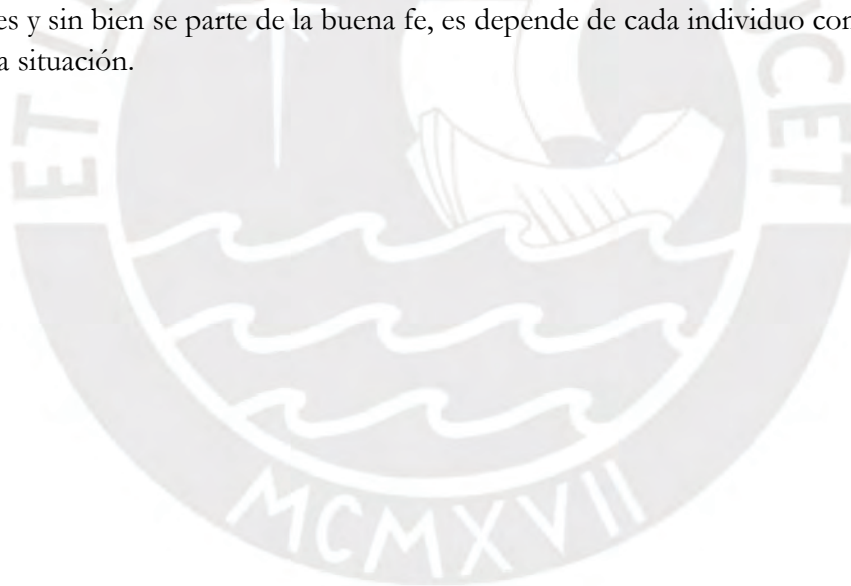
Contrario es a la institución matrimonial, que tiene delimitado el criterio de cuando los bienes se considerarán sociales y cuando propios; en efecto, creemos que conforme a lo que se podría considerar lo apropiado sería que los concubinos decidan que bienes se considerarán gananciales al momento de la declaración de la unión de hecho, realizando un inventario y delimitando los bienes que se consideren dentro del patrimonio autónomo.

Esto podría generar desventajas ya que las personas tendrían la libertad y autonomía para escoger que bienes se encontrarían dentro de la sociedad de gananciales y cuales los conservarían como propios las cuales podrían causar controversias ya que la realidad indica que cuando la pareja opta por el régimen de concubinato cabe la posibilidad que uno de ellos

obtenga mayores recursos económicos y como se mencionó anteriormente podría generar una desventaja en la otra parte.

Sin embargo, de no existir un inventario se complicaría establecer desde cuando se podría declarar que los bienes sociales y por otra parte, podría ocurrir que uno de los bienes que en un inicio fueran propios teniendo un gravamen a favor de tercero y el propietario lo desea incluir como social utilizando dicho bien para la subsistencia familiar. El tercero posiblemente podría quedar desprotegido ya que tendríamos dos derechos que podrían estar en contienda donde podría primar el gravamen ya que este fue inscrito previa declaración del bien social; sin embargo, se dejaría de lado el derecho de la familia, donde nuestros jueces serían los que tendrían que tomar una decisión la cual no se encuentra uniforme debido a que se deja un vacío en el Código.

Creemos que es importante delimitar en qué momento los bienes toman la condición de social ya que estos se encuentran mayormente analizados en la institución del matrimonio; sin embargo, en la unión de hecho se torna distinta ya que en esta temporalidad previa a la mencionada declaración podría generar que los aportes de los concubinos se delimiten y al final podrían terminar como bienes propios. Eso no es lo que busca el derecho de familia ya que, si se quiere homologar con la institución matrimonial, es un punto importante para tomar en cuenta ya que se dejaría un vacío y podría provocar una controversia respecto a las aportaciones y sin bien se parte de la buena fe, es depende de cada individuo como lo utiliza frente a una situación.



## CAPÍTULO III

### LA UNIÓN DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO

Cada vez es una realidad que la unión de hecho sea más vinculante en cada legislación donde no solamente ha tenido impacto en nuestro país, sino que otras legislaciones han realizado estudios en los cuales les permite observar cómo se desenvuelven las personas dentro de su comunidad.

Las legislaciones comparadas han permitido que se genere criterios que permitan un estudio de como interpretan o utilizan su marco normativo para tratar la presente figura.

La religión tuvo una participación importante dentro de lo que hoy se reconoce dentro del derecho de familia ya que la historia indica que ha tenido una vinculación estrecha con el derecho y algunas situaciones jurídicas tienen como antecedente las razones religiosas. En relación a la familia, este uno de los puntos que más ha tenido impacto respecto a las ideas que se encuentran como pilares de la religión.

Un punto importante es que las legislaciones toman la libertad de la persona como un aspecto fundamental a la elección de la unión de hecho y permite que los cuestionamientos por parte de esta sean menores a comparación de años anteriores en las que se priorizaba únicamente la unión legal llamado matrimonio.

En la presente investigación la unión de hecho es tratada de diferentes maneras, pero manteniendo su esencia. En algunos casos los criterios del derecho comparado podrían ayudar a nuestra figura de la unión de hecho peruano a adoptar estos acuerdos a nuestra realidad social.

En efecto, hay legislaciones que tienen un apartado propio sobre la unión de hecho y su implicancia en su cuerpo normativo a comparación de nuestro país en el que se trata únicamente por un solo artículo que se bifurca en diversos apartados repartidos dentro del Código y dejando a criterio del juez la interpretación.

Sin embargo, hay cuerpos normativos extranjeros que tienen su propia autonomía estableciendo sus propias reglas y diferenciándolo del matrimonio.

El matrimonio siempre se ha tomado como la institución por excelencia dejando de lado la otra manera de convivencia que es la unión de hecho. Es posible que la religión sea uno de los mayores influyentes respecto a esta situación; sin embargo, la realidad actual genera que nuestro Código adopte una serie de normas que regule a lo que pasa cada día en la sociedad respetando dos derechos fundamentales de la persona.

Uno de esos derechos es la libertad en la que la persona según Juan Espinoza Espinoza (2014) “se tutela el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos de derecho”; por ello, se dejaría a cada persona escoger lo que mejor le convenga según sus intereses como ocurre en el Derecho Comparado.

Por otro lado, está el derecho a la igualdad donde las uniones no se distinguen por varón y mujer sino por sujetos de derecho en las que se crea una manera en que las personas puedan unir sus vínculos sin tener algún trato discriminatorio por parte de la legislación y en la que la diversidad debe provocar que las puertas del derecho se abran para abarcar a todas las personas que habitan en una comunidad.

### **3.1 La unión de hecho en el derecho ecuatoriano**

El Código Civil Ecuatoriano en su Libro I Título VI define en su artículo 222 a la Unión de Hecho como “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo” (Lexis 2015).

Es importante mencionar que el Derecho Ecuatoriano le brinda un apartado autónomo a la Unión de hecho en donde lo considera dentro de un título en su Código Civil, cuestión distinta a nuestra legislación donde solamente se trata de un solo artículo.

Por otro lado, un punto importante que analizar es que dentro de su artículo 222 indica la palabra personas, en la cual deja las puertas abiertas no solamente para las uniones heterosexuales sino para las homosexuales.

Creemos que esto es un gran avance hacia una sociedad donde la pluralidad de cultura es aceptada por la legislación y somos partidarios que los sucesos que ocurran en la realidad acarreen positivismo en la ley. Es un punto a favor en esta legislación que no hace una distinción por sexualidad, sino que considera a la persona como un ente que como sostiene Juan Espinoza (2014) es el “centro de imputación de derechos y deberes”.

El mencionar a dos personas libres no haciendo una distinción nos interpreta que no solamente es la libertad de la persona, sino un trato igualitario que brinda el legislador. En nuestra opinión, es un acierto por parte del derecho ecuatoriano que permita a todas las personas encontrarse dentro de su definición.

Por otro lado, menciona la estabilidad de esta unión que puede ser un criterio de diversas interpretaciones porque cada persona como ente tiene una apreciación diferente de estabilidad mientras uno de los sujetos cree que se ha constituido la unión por ser estable, es posible que la otra parte de acuerdo a sus convicciones lo tome de una manera distinta.

Asimismo, menciona que esta debe ser monogámica y encasilla a la unión de hecho como que solo puede ser a personas que se encuentran libres de algún impedimento que no le permita realizar una vida en común.

Otro de los puntos importantes es que se generan los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio lo que quiere decir que prácticamente iguala a esta figura con la institución del matrimonio. A nuestro parecer es otro acierto por parte del derecho ecuatoriano se ha fijado en la realidad y en que el legislador trata de dar cierto amparo a las personas que se encuentran fuera del matrimonio. Esto permite que una pareja que no haya optado por el matrimonio

encuentre un amparo en la norma que le establezca una situación en la que pueda conocer y hacer valer sus propios derechos.

Un punto importante que lo distingue de su par peruano es el criterio de temporalidad, mientras que en nuestro país tiene como requisito dos años, Ecuador indica que la unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo. Esto genera que la pareja a su libre decisión podrá formalizar dicha figura en el momento que lo consideren apropiado simplemente por su libertad de elegir.

Este es un punto que consideramos que le da la libertad total a las parejas para decidir el momento en el que decidan la formalización y bajo nuestra interpretación el hecho de no haberse formalizado no impide los derechos y obligaciones que puedan tener ya que, en el párrafo anterior de la redacción del artículo no menciona que sea un requisito determinante el ser reconocido formalmente para que se le atribuya la figura similar al matrimonio.

Al no ser un punto dependiente del otro deja intacta la posibilidad de que se vea reconocida sin que la autoridad competente tenga que otorgar un documento formal para hacer válida dicha unión.

La temporalidad viene a ser parte de estas condiciones en los casos que ocurra alguna controversia para efectos probatorios conforme al artículo 223, en la que se presume que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta.

La temporalidad no es un requisito esencial dentro de la unión de hecho en la presente legislación; incluso el legislador insta al juez a su apreciación por lo que este decidirá en amparo a la protección del derecho de familia y en caso tratar de salvaguardar los intereses de la persona que pueda salir perjudicada.

Constituir patrimonio familiar es algo que en nuestra legislación está reservada únicamente para las personas que han contraído matrimonio. En caso de Ecuador, las personas dentro de la unión de hecho sí pueden constituir dicho patrimonio familiar, siempre que se sigan las reglas del Código Civil.

Al momento de constituir la unión de hecho se rigen a lo que se llama la sociedad de bienes la cual tiene similitud en nuestra legislación como las sociedades de gananciales; sin embargo, en caso de optar por un régimen distinto este deberá constar en escritura pública para que tenga validez.

### **3.1.1 Fin de la Unión de hecho**

Hay un punto importante respecto a la unión de hecho y son sus causales del fin de esta, para lo cual el artículo no indica si la unión que se va a finiquitar debe estar inscrito o no. Recordemos que el artículo 222 indica que se puede formalizar, pero no lo toma como requisito esencial para el reconocimiento de la unión por lo que establecer la forma en que termina nos deja con el cuestionamiento si esta debió ser o no ser declarada por autoridad competente.

Las maneras por la cual puede terminar inicialmente es por el mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante un juez. Consideramos que para que se declare

esta situación la unión debe haber estado declarada previamente. La norma no es clara si lo relacionamos con el concepto ubicado en el artículo 222 la cual no toma como un requisito esencial la formalización, sino que lo deja a consideración de las partes.

Otras de las causales por la voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante el juez, así como que uno de los convivientes se haya casado con una persona distinta a los concubinos y por último por la muerte de una de estas.

### **3.1.2 Matrimonio entre los concubinos**

La unión de hecho de por sí tiene su propia regulación y teniendo sus estándares referentes al derecho de libertad e igualdad como dos de sus pilares al momento de la redacción que tuvo el legislador al establecer los artículos. Es en efecto que podría suceder que la pareja de hecho opte por tomar la institución matrimonial y este se encuentra contemplado dentro del artículo 227 donde si deciden casarse, se constituye lo que llamamos en nuestro país el patrimonio autónomo.

El legislador ha tomado en cuenta que la unión de hecho tiene obligaciones y derechos para las partes y en uno de sus artículos coloca que se debe suministrar lo necesario y contribuir según sus posibilidades al mantenimiento al hogar en común.

Es un punto importante el señalar que cada uno tiene obligaciones frente a su hogar donde es evidente que se aporta de una manera distinta por lo que la norma reconoce esto y no menciona que sea de manera pecuniaria como se puede entender, sino que depende de la forma que pueda cooperar a una correcta vida en común.

### **3.1.3 Derechos Sucesorios**

En su artículo 231° menciona que se aplicarán las reglas del cónyuge sobreviviente relacionados a la porción conyugal ocasionando que sea un tratamiento similar a la declaración sucesoria respecto a un matrimonio.

El concubino supérstite participará de la misma manera en la declaración de herederos como el cónyuge que haya estado dentro del matrimonio.

Este es un punto a favor en la legislación ecuatoriana teniendo similitud con la Ley N° 30007 donde en nuestro país se reconocen los derechos sucesorios al concubino.

### **3.1.4 Derechos a quienes establecieron la unión de hecho**

Los beneficios que se le otorgan a los que establecieron la unión de hecho en la legislación ecuatoriana son los del Seguro Social y al subsidio familiar y demás beneficios establecidos para el cónyuge.

### **3.1.5 Opinión sobre la Unión de Hecho en Ecuador**

El derecho ecuatoriano tiene puntos importantes a analizar frente a nuestra legislación donde uno de ellos es el que utiliza un apartado propio en la unión de hecho. Esto a nuestra opinión es un buen avance para el reconocimiento de esta figura, donde el legislador le ha otorgado un lugar dentro del Código Civil para lo cual le permite establecer los derechos y deberes de cada una de las partes frente al establecimiento de tal.



Otro de los puntos importante es que toma la temporalidad como un criterio accesorio a la constitución otorgando libertad total a los sujetos para decidir el momento en el cual puedan formalizar dicha unión.

Un punto que llama la atención es en los casos de controversias, donde la presunción es la estabilidad si han transcurrido al menos dos años de esta. Este punto se contrapone al efecto de la libertad de las partes a formalizar en cualquier momento. Por otro lado, no menciona si esta temporalidad es ininterrumpida o puede ser interrumpida en el sentido que la persona puede ausentarse un tiempo y después volver al concubinato, por lo que no es claro si esto cabría dentro de la presunción que indica el artículo. Si bien deja a discrecionalidad del juez la interpretación y presumimos que este será al interés del derecho de la familia.

Otro de los puntos importantes es que otorgan mucha similitud al matrimonio, incluso hay algunos artículos que utilizan la palabra “cónyuge” dentro de sus definiciones, tenemos claro que las instituciones tienen similitudes, pero la definición de cónyuge está hecha para el matrimonio ya que el término que creemos correcto dentro de la unión de hecho sería concubino.

Sin embargo, creemos que el derecho Ecuatoriano ha generado un acierto al considerar de manera autónoma la unión de hecho, que en opinión de autores como Juan Reinado Martínez Yntriago sostiene que “En Ecuador, adicionalmente, el concubinato, inclusive ha sido reconocido legalmente como una forma de estado civil, con posibilidad de inscribirlo en el registro respectivo; lo cual permite identificarlo como una institución que genera efectos jurídicos similares a los que derivan del matrimonio” (Martínez Yntriago 2017:16).

Por lo que se ha tratado de equiparar de una manera similar a la institución matrimonial haciendo que los artículos establecidos en el ordenamiento ecuatoriano que si bien son menores a la institución matrimonial creemos que es un buen comienzo para establecer los criterios primigenios referentes al concubinato.

Asimismo, un punto a resaltar que genera cierta diferencia con la institución matrimonial en el derecho ecuatoriano es que en la unión de hecho se trata de dos personas libres, por lo que la distinción de género en este caso es indiferente.

Es importante ya que les permite a las personas del mismo género tener igualdad de derechos o por lo menos el acercamiento a reconocer tal unión.

Es cierto que las figuras son distintas, pero para las personas que no pueden estar consideradas dentro del matrimonio es una manera de reconocimiento de sus derechos y de alguna manera tener derechos sucesorios y a beneficios que establece la unión de hecho.

La unión de hecho para que sea disfrutada plenamente debe ser formalizada y reconocida en el momento que estimen conveniente las partes o dos años de presunción, pero el punto es que le da al derecho a la libertad de poder de la elección y establecerlo antes conforme a la decisión de la pareja.

El ordenamiento ecuatoriano ha tenido una evolución frente a nuestro derecho peruano que es principalmente el reconocimiento de la igualdad. Nuestra legislación todavía se encuentra

reacia a una situación que es real la cual opinamos que en principio todas las personas independientes a su identidad de género también originan derechos y deberes, así como la contribución hacia un hogar autónomo. Al parecer es un punto importante que se debe tomar en cuenta al realizar la modificación en nuestra legislación; consideramos que establecer igualdad frente a las uniones atraería a las personas poder gozar de los derechos plenamente que se establecen en la normativa ecuatoriana.

En conclusión, la norma ecuatoriana ha tenido un gran avance que le ha permitido adecuarse a la realidad que todavía no es aceptada por algunas sociedades. Creemos que este impulso respecto a las modificaciones que se otorgaron conforme a la publicación en el Registro Oficial Suplemento 526 del 19 de junio de 2015 hacia las otras legislaciones sudamericanas como la de nuestro país, para otorgar la igualdad frente a la elección de las personas.

Esto puede ser el punto para que nuestras leyes puedan analizar la realidad social acorde a los intereses propiamente sociales y no ser reacios a una legislación que aún considera como única institución de unión al matrimonio y se le permite únicamente al varón con la mujer.

Es evidente que las normas van cambiando y adecuándose a las situaciones reales y esto es un punto importante dentro de las legislaciones donde la vida en común de las personas no está supeditada únicamente a casarse sino a formar nuevas situaciones que le permitan otorgar los derechos y que sean considerados principalmente como familia.

La norma referente a la unión de hecho dentro de la legislación ecuatoriana no habla propiamente de las obligaciones patrimoniales que se puedan generar entre los concubinos.

Presumimos que al querer asemejarlo al matrimonio debería considerarse como patrimonio autónomo donde ambas partes respecto a las obligaciones lo asumen juntos como es en el caso del matrimonio.

Pero cuando la unión de hecho no se declara y la pareja adquiere bienes surge el cuestionamiento de cómo se procedería en este caso si al no estar formalizado la pareja podría intervenir como unión de hecho y si sucede alguna controversia, será la labor del juez interpretarlo acorde a la realidad y decidir sobre el bien o los bienes que adquiera esta unión de hecho.

Lo mismo sería al constituir una garantía donde en este caso hay la intervención de un tercero de buena fe quién al analizar la situación del bien mueble o inmueble sea cual fuere para otorgarlo en garantía, los documentos que se presentan ante el acreedor podrían no estarse considerando a ambas personas al momento de la constitución de tal y es ahí donde entra los criterios de interpretación del juez; sin embargo, creemos que debería considerarse dentro de los artículos pertinentes al Título VI del Código Civil, las situaciones pertinentes frente a las obligaciones que puedan asumir.

Asimismo, podrían ocurrir situaciones que existan contratos entre ambos concubinos y podría suceder incluso que las obligaciones entre ellos antes de que sean pareja, por lo que, de ocurrir alguna controversia sería únicamente a cuestión de interpretación como se podría resolver la situación. A nuestro criterio la interpretación ocurriría únicamente conforme a las

pruebas presentadas por las partes donde se establezca que al momento de constituir la obligación aún no eran pareja.

Frente a terceros de buena fe somos de la opinión que si no se declaró que el bien estaba bajo el régimen de la unión de hecho y posterior a la obligación se constituye, se debe priorizar según el tiempo en el que ocurrieron los hechos; sin embargo, esto es algo complicado de probar ya que correspondería a ese tercero a presentar las pruebas pertinentes para sustentar su posición.

Por lo que la unión declarada bajo esta legislación es un buen incentivo no solamente para las parejas heterosexuales, sino que es un punto a favor para las que son diferentes a ellas promoviendo el derecho a la igualdad. El realizar este apartado puede mejorar analizando la jurisprudencia y viendo que situaciones son las que ocurren con mayor concurrencia y aplicarlas dentro de la legislación.

Como podemos notar esta modificación ha sido reciente ya que data del año 2015, por lo que al parecer el país de Ecuador ha observado a la sociedad y aceptado que la unión de hecho es ahora una nueva figura la cual debe encontrarse regulada por el derecho donde no solamente se consideran a todas las personas dentro del derecho de familia, sino que le dan una posición respecto a su legislación.

Hay consideraciones que pueden adoptarse en nuestro país donde el origen de la familia ha ido variando con el tiempo considerando que las relaciones ahora son más dinámicas en el que las personas con la evolución han adaptado y aceptado nuevas formas de enamoramiento y donde los derechos fundamentales son los que prevalecen a comparación de una legislación que aún no genera una actualización.

Asimismo, no se debe dejar de lado que las obligaciones que puedan asumir es un punto importante ya que considerarlo unión generaría que ambos se obliguen frente a terceros. Y el generar incentivos a una rápida formalización, así como el alcance a la información de esta permitiría que las personas opten por esta modalidad y tenga una acogida mayor entendiendo que el matrimonio no es la única vía para obtener derechos como pareja, sino que existen otras modalidades que permiten generar estos deberes y obligaciones frente a ambos.

### **3.2 Unión Civil en Argentina**

En Argentina se puede identificar bajo la denominación de unión civil en el que el camino para declararse formalmente tuvo varias discusiones para que se pueda promulgar finalmente en el año 2002, bajo la Ley 1004 (Argentina.gob.ar 2012).

La unión civil tuvo repercusiones en el derecho argentino porque bajo los estándares los cuales se proponía la reforma legislativa se incluía dentro de los apartados la palabra persona y no la distinción entre el varón y la mujer.

Esto provocó que diversos abogados e instituciones se pronunciasen sobre la publicación de esta nueva ley donde existían posiciones que estaban a favor y otras en contra de ella.

Un punto previo al análisis de las posiciones es que la ley está publicada bajo la declaración de esta unión civil en la jurisdicción de Buenos Aires por lo que es el único lugar donde esta ley tiene el funcionamiento.

Este es un punto interesante para notar ya que esto es reconocido bajo una sola jurisdicción dejando de lado a los otros lugares donde las personas que viven en una distinta comunidad puedan sentir un trato no igualitario frente a lo que ocurre en Buenos Aires.

Sin embargo, esta nueva ley fue un impulso para que la legislación se vaya acondicionando a la realidad, pero fue una lucha donde cada exponente de sus ideales trataba de imponer su posición para que dicha ley no se promulgara o por lo menos existan cambios donde el trato no fuera para todas las personas.

Los primeros que se sintieron a favor de esta nueva promulgación de la ley fue la comunidad LGTBI donde notaron el cambio sustancial que se le estaba otorgando al reconocimiento y que ellos como personas también estaban siendo considerados bajo la norma. Esto provocó las diversas posiciones en las que los legisladores tuvieron alguna discusión ya que los puntos de vista fueron muy separados entre cada una de las posiciones.

Esta ley buscaba en primer lugar otorgar la similitud de la unión civil al matrimonio creando la misma calidad de derechos a los futuros concubinos para que puedan hacer valer sus derechos.

La lucha por la aprobación de esta ley se vino principalmente por la comunidad LGTBI, donde vieron una evolución a la realidad y encontraban en esta nueva norma, principios de igualdad y libertad que les permita estar incluidos dentro de una legislación que inicialmente no los estaba tomando en cuenta.

A pesar de ello inicialmente el propósito de la ley no era ese, pero con el paso del tiempo se fueron instaurando nuevos criterios y aprovechando la coyuntura que era un momento idóneo para que las personas de la comunidad mencionada sientan igualdad en sus derechos frente a las parejas heterosexuales.

### **3.2.1 Las medidas de acción positiva**

La legislación argentina tuvo un análisis respecto a la situación de las uniones civiles de hecho o convivenciales. Tomaron en cuenta que esta figura estaba volviéndose común dentro de su propia comunidad; sin embargo, importó mucho la evolución y el tiempo para poder tener un muestreo exacto de cuánto podría influir la realidad en la norma por lo que se analizó desde la perspectiva de la acción positiva.

Esto es un punto a favor respecto al análisis que tiene Argentina respecto a que la inclusión de las aristas utilizando la mencionada medida permite que exista una consideración global y permita el desarrollo de las nuevas figuras según evoluciona su sociedad.

### **3.2.2 Código Civil y Comercial de la Nación**

El 01 de agosto de 2015 entró en vigor el Código Civil y comercial de la Nación Argentina, que reemplazó al Código Civil de 1869 y al Código de Comercio de 1862 (MINJUS y DDHH 2015).

Dentro de ello se realiza tenemos el Título III el cual trata de las Uniones Convivenciales y en este apartado podemos notar que se trata a la unión convivencial o unión de hecho como lo llamamos en nuestra legislación de manera autónoma.

En principio este es un acierto por parte del legislador argentino en el que similar al caso de Ecuador, se ha establecido que el matrimonio no es el único régimen en el cual las parejas podrían unirse abriéndose a nuevas formas de unión y tomando en cuenta que esta es una posibilidad que se da en la realidad, lo decide tratar en un capítulo propio.

Por otro lado, tenemos la ley 1004 que habla de la unión civil y es positivo nombrarla porque fue uno de los puntos de partida para que se tome en cuenta en este reformado Código.

Como podemos notar al igual que en Ecuador, Argentina tiene un Código recientemente reformado en el que da como evidencia que su sociedad ha evolucionado respecto a la familia donde ya no se utilizan los conceptos tradicionales traídos por instituciones que en su tiempo eran las adecuadas.

En la actualidad tomando la realidad social es donde se analizan las situaciones que puedan ocurrir y deben ser amparadas por el derecho se establece el nuevo apartado en la ley. Es un punto que nuestra legislación podría tomar en cuenta ya que si bien nuestro Código no es tan antiguo como el Código reemplazado argentino, en los años que se promulgó a la actualidad la sociedad ha tenido varios cambios basándose principalmente en principios de libertad e igualdad, por lo que en una posible reforma de nuestra legislación se podría utilizar las medidas de acción positiva que permita una inclusión generalizada y que ningún sujeto que forma parte de nuestra sociedad se sienta rechazado por la ley.

### **3.2.3 Ámbito de aplicación**

Conforme al artículo 509 se aplica la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo (MINJUS y DDHH 2015).

El artículo acepta de manera implícita que la unión convivencial puede ser del mismo sexo; en comparación al derecho ecuatoriano que menciona la palabra personas únicamente. Esta tiene una inclusión a más profundidad indicando que no solamente personas de diferentes sexos podrían formar esta unión.

Otro de los puntos que menciona y conlleva a la convivencia es que debe existir afecto con la persona que se desea compartir si bien no indica la palabra monogámica, pero menciona que esta debe ser singular. Asimismo, indica que debe ser estable y permanente lo que otorga una idea que el reconocimiento se establece a un período ininterrumpido.

Por otro lado, se encuentra el proyecto de vida en común, donde ambas personas desean un mismo objetivo que es el de cohabitar para establecer un hogar entre ellos.

### **3.2.4 Requisitos**

Como uno de los requisitos los cuales se asemeja a la legislación ecuatoriana es que sean ambos mayores de edad, el cual se asemeja tanto a nuestra legislación como a la analizada anteriormente.

Con relación al parentesco este no puede estar unido sea en consanguinidad en segundo grado o afinidad en línea recta.

Por último, para que sea válida esta unión convivencial es que se mantenga durante un período no inferior a dos años.

La mayoría de las legislaciones las cuales se ha revisado utiliza los dos años como una manera de poder establecer que los requisitos van de la mano con el ámbito de aplicación. Al parecer el legislador tiene la idea de que los dos años son el sinónimo del proyecto en vida en común de ambas partes o la manera en que se pueda declarar permanente.

### **3.2.5 Registro y pruebas**

El régimen del establecimiento de la unión de hecho para establecer sus efectos de probidad necesita de la inscripción dentro del registro que corresponda a su jurisdicción. Recordemos que, con la unión civil esta solamente podía declararse en Buenos Aires dejando de lado las otras localidades de Argentina. Ahora con este Código Civil se extendió hacia todo el país otorgando la igualdad a todas las personas.

Para que la unión convivencial se declare existente tiene que inscribirse en el registro de la jurisdicción local solo para fines probatorios. Esto establece que la Ley Argentina si bien reconoce la unión convivencial como tal, necesita que esta se encuentre declarada para establecer los medios probatorios necesarios en caso de alguna controversia.

Asimismo, en caso uno de los integrantes declaró antes la unión de hecho y desee inscribir una nueva con su actual pareja, la anterior debe estar cancelada. Esto para no crear algún conflicto o estableciendo lo que indica el ámbito de aplicación, que debe ser singular.

Para constituir la unión convivencial, la pareja debe respetar la definición que otorga la legislación en su artículo 509, por lo que para poder registrar tienen que participar ambos convivientes.

El medio probatorio por excelencia es que se inscriba en el Registro de Uniones Convivenciales para que se pueda establecer su existencia.

### **3.2.6 Registro de Uniones Convivenciales**

Cada provincia tiene su reglamentación respecto a la unión convivencial y los requisitos que solicitan de conformidad con ello. En caso de Buenos Aires según el gobierno de la provincia de Buenos Aires, se requiere lo siguiente (Bibliografía página Gobierno de Buenos Aires):

- DNI de los futuros contrayentes o documento que acredite la identidad.
- Tener un domicilio denunciado en común.
- Ser mayores de edad.
- Deben haber mantenido convivencia durante dos años como mínimo.
- Dos testigos mayores de 18 años con DNI.
- En caso de ser divorciado, deberá acreditarse con acta de matrimonio con anotación marginal de divorcio y/o sentencia firme.
- En caso de ser viudo, acreditar con acta de matrimonio y defunción.

El diario La Voz de Argentina publicó un artículo en el que menciona que “Por año, más de 2600 parejas consultan por las uniones convivenciales, pero sólo el 1,6 por ciento concreta el trámite. Uno de los requisitos es tener el mismo domicilio en los DNI por no menos de dos años” (La Voz 2018).

Conforme al citado artículo al parecer la declaración de domicilio es un punto que no podría dificultar el momento probatorio de dicha declaración.

Según los requisitos fijados por el Gobierno de Buenos Aires creemos que el poder probar la convivencia de los dos años es conforme a una declaración similar de domicilio; sin embargo, en la realidad es posible que las parejas no hayan constituido el domicilio en común en su momento, provocando que el criterio de temporalidad se sume un punto importante al momento de demostrar la unión convivencial.

Es por ello que no se encuentran claros los medios probatorios para poder formalizar la unión convivencial. La ley explica claramente los documentos a presentar, pero al parecer la realidad distorsiona el sentido de lo que se podría probar.

Es por ello que el incentivo se va disminuyendo y las parejas conforme a la noticia citada prefieren no realizar la formalización de tal y seguir de la manera que no se adhiere a lo utilizado por la ley.

Los convivientes por ley tienen una serie de derechos y deberes las cuales se encuentran plasmadas en el Código Civil y Comercial Argentino; sin embargo, ellos pueden optar seguir estos lineamientos o establecer los suyos. Es claro que en caso de familia siempre existe una variedad de criterios que se suscitan al momento de existir una controversia. Cuando las cosas van bien entre las parejas incluso podremos decir que no tienen conocimiento de lo que podría establecer su Código, pero cuando existe alguna disparidad entre ellos es donde acuden a tal.

En caso exista algún pacto entre ambas partes debe constar por escrito y presumimos que si las personas al utilizar su derecho a la libertad y decidir los límites que establece la legislación y su elección de aceptar o no un artículo, debe manifestarse la voluntad de ambos por escrito para que pueda tener validez.

Sin embargo, hay normas las cuales no pueden dejarse sin efecto a pesar de que las partes tengan la voluntad de establecerlo de dicha manera.

Uno de ellos es el deber de asistencia el cual ambos deben contribuir con el hogar familiar durante la convivencia. Este es un punto importante ya que al tener el proyecto de vida en común ambas partes se debe establecer la contribución por cada uno, asimismo este deber de asistencia es importante para que la convivencia subsista. Como hemos mencionado antes la contribución no es únicamente económica, bajo esta premisa las partes pueden acordar como van a aportar al hogar, por lo que no podemos relacionarlo únicamente con el aspecto económico ya que no es el único factor para aportar al hogar común.

La contribución debe ser de acuerdo con los recursos de ambos incluso se encuentra mencionado en el artículo 455 del Código Civil y Comercial Argentino.

El pacto de convivencia puede regular diversos puntos, pero el artículo 514 establece que se deben tener los siguientes puntos en cuenta.

### **3.2.7 Contribución a las cargas del hogar durante la vida en común**

Cada parte debe establecer la forma en que va a contribuir para el desarrollo del hogar ya sea económico o de otra manera en la que pueda ayudar a que el lecho donde se encuentren pueda ser sostenido no solamente por bienes sino psicológicamente.

Creemos que el factor psicológico es un punto importante que tal vez no se ha establecido de manera positiva dentro del Código; sin embargo, podría considerarse de manera indirecta en cuanto a uno de los elementos de la relación afectiva.

Estamos bajo el supuesto y la misma legislación lo ve de esa manera que la distribución o contribución se establece en cuanto a los bienes se tratase, pero respecto al tema de la familia es un punto más delicado ya que no solamente se tratan de cuestiones patrimoniales, sino de puntos más importantes que es el aspecto afectivo donde se va más allá y las actitudes de las personas son las que rigen al final el comportamiento humano frente a los actos que podrían realizar.

Es por ello que creemos que también el Código debería por lo menos mencionar esos deberes de respeto, trato igualitario y emocionalmente estable en la pareja, ya que al no mencionarse si bien es un carácter psicológico, este debe ser uno de los pilares de la unión convivencial que se establece entre ambos.

### **3.2.8 La atribución del hogar común, en caso de ruptura**

Conforme a la presente legislación debe pasar un cierto tiempo para la declaración de la unión convivencial el cual es de dos años conforme a los requisitos establecidos en el artículo 510. En este caso, notamos que el artículo prevé de alguna manera en caso exista la separación y se tenga que conceder el derecho de uso del hogar. En ese sentido, la norma debería especificar que es respecto al uso y no a la propiedad de tal ya que desde una primera perspectiva se podría entender que el hecho de atribuir a una de las partes este punto indirectamente también tendría que transferir la propiedad.

No obstante, es un acierto de la norma establecer la situación de a quién se le atribuiría el hogar común ya que al inicio de la declaración de la unión de hecho somos del supuesto que se tienen consolidadas las características que brinda el artículo 509; sin embargo, cuando empiezan las diversas situaciones controversiales es donde la pareja no se pone de acuerdo y acuden a los tribunales para que este pueda ser solucionado por juez.

Es por ello que el pacto de convivencia prevé una de estas situaciones la cual sería complicado llegar a un acuerdo en el caso que existan problemas entre la pareja. Como hemos mencionado únicamente se atribuye el derecho de uso.

Esto coincide con lo establecido en el artículo 443 en el cual menciona sobre las pautas de atribución del uso de la vivienda.

En ella se menciona que “uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial (...)” (MINJUS y



DDHH 2015); este es un punto importante ya que se le da a la unión convivencial un sentido ex – ante de lo que podría suceder en un caso similar.

En caso del artículo mencionado el cual se encuentra en el capítulo 8 referente a la disolución del matrimonio se tiene que solicitar ante un juez por lo que, según los criterios mencionados en ese artículo debe tomar la decisión adecuada para establecer la atribución de uso de vivienda a uno de los cónyuges.

En caso de la unión convivencial este se encuentra dentro del pacto previo por lo que se establece una gran diferencia a comparación del matrimonio la cual creemos positiva. En este caso el legislador le da un criterio de ventaja a la unión convivencial a pesar de que el matrimonio sea un apartado más completo, pero es correcto establecer y prever este tipo de situaciones que podrían terminar en la decisión de un tercero que en este caso es el juez y basarse en criterios que tal vez cuando las partes tomen la decisión al inicio de esta unión convivencial, es posible que sea más ventajoso para una declaración de voluntad.

Los pactos de convivencia también establecen límites, los cuales no pueden ser contrarios al orden público ni afectar la igualdad entre los convivientes, así como la no afectación de sus derechos fundamentales.

Es un punto importante ya que dentro de los pactos convivenciales se pueden establecer diversos criterios de cómo se va a salvaguardar el interés de cada uno conforme a lo que las partes crean que es conveniente regular, pero se establecen límites los cuales en base al derecho le permita a la pareja tener un proyecto de vida en común armonioso y un correcto desenvolvimiento de esta.

Asimismo, estos pactos pueden ser modificados en cualquier momento lo que permite que si la unión convivencial todavía se mantiene en el caso que se quieran realizar o rescindir modificaciones debe ser por acuerdo de ambos convivientes.

### **3.2.9 Representación**

Este constituye un criterio a analizar respecto a si dentro de un pacto convivencial una de las partes pueda ser representada por el otro conviviente.

En principio dentro de la norma argentina no existe ninguna restricción respecto a la representación donde puede ejercer los actos para lo cual es conferido; sin embargo, somos de la idea que no sería la figura adecuada para que un pacto convivencial en el cual se van a establecer los criterios respecto a los aportes de cada uno y las situaciones en las que al momento de surgir una controversia exista una división que las partes no están de acuerdo se podrían suscitar conflictos y esto desnaturalizaría la situación y finalidad para lo cual está hecho este documento.

El pacto de convivencia lo podríamos entender como una manera en la que cada uno de los integrantes definan la manera de como establecer los lineamientos en caso de controversia, así como la repartición de los bienes al momento de constituir la unión convivencial.

Si bien la unión convivencial no se encuentra inscrita e incluso ha tenido controversias respecto a lo citado en las noticias argentinas donde las partes ven situaciones en las que es

más complicado registrar la unión es un gran avance establecer la manera de cómo se considera la unión convivencial en dicha legislación otorgando un título a esta figura la cual le permite tomar diversos matices y asemejarlo al matrimonio.

Por lo que se les permite a las personas que la figura de la unión convivencial sea atractiva para las personas que quieran optar por este régimen ya que otorga en primer lugar la libertad a los sujetos a escoger que régimen adoptar y por otro lado a generar acuerdos que sean anticipados a una situación controversial.

Este punto lo consideramos muy importante porque al momento de que surgen las controversias es cuando las partes no se ponen de acuerdo en diversas situaciones las cuales principalmente se rigen por temas afectivos. Pero el elemento adicional por el cual las personas reclaman sus derechos y acuden al órgano jurisdiccional son por los bienes y el deber de asistencia hacia el concubino. Entonces es un punto a favor establecer los acuerdos previos al término de la unión.

Otro punto a favor que este se puede modificar en cualquier momento por lo que si las personas aumentan su patrimonio y quieren que el bien no sea considerado para ambos, pueden establecer en el acuerdo la inclusión de los nuevos bienes y a quién va a pertenecer.

### **3.2.10 Efectos del pacto convivencial frente a terceros**

Como se ha mencionado anteriormente el pacto convivencial entre otras cosas regula los bienes que van a pertenecer a cada una de las partes incluso dentro del mismo documento se podrían establecer las obligaciones de ambos ya que el artículo menciona “entre otras cuestiones”, por lo que este pacto podría contener todo lo que concierne a cada pareja siempre que no sea contrario al artículo 515 (MINJUS y DDHH 2015).

Este pacto tiene efectos desde el momento de su inscripción por lo que es necesario realizar el registro correspondiente del pacto para que pueda ser oponible frente a terceros. Esto permite que el tercero tenga la total claridad de cómo se han distribuido los bienes y generar una protección ante él ya que al momento de realizar sus actos de buena fe tendría claro con quién se estaría obligando y a quién interpondría una acción en caso de surgir alguna controversia.

Este pacto también permite aclarar la propiedad de cada uno de los intervinientes, así como poder realizar actos de disposición de tal. Aunque creemos que esto también debería figurar en el pacto con el objetivo de salvaguardar los intereses de la pareja.

La regulación de este pacto permite establecer cuáles son los derechos y que obligaciones tiene cada uno de los intervinientes, esto no solo es importante para la pareja, sino que también lo es para los terceros en el que pueden identificar quién tiene derecho sobre cada bien, así como que un bien podría considerarse de ambos.

Esto es un punto de la no restricción y que se vale a la voluntad de las partes para la distribución de los bienes correspondientes, así como las obligaciones que se podrían generar desde la perspectiva de un tercero; sin embargo, los aspectos patrimoniales podrían jugar un rol interesante respecto al pacto convivencial y podrían influir de acuerdo a la situación de cada uno de los integrantes.

### 3.2.11 Relaciones patrimoniales

El hecho de establecer el pacto de convivencia el cual permite establecer los derechos y obligaciones de ambos, así como su participación frente a los terceros genera una serie de actos con sujetos que no pertenecen a dicha unión convivencial. Es un acierto señalar que no solamente se establecen las obligaciones de la familia, sino que se regula la situación frente a los demás con relación a las actividades económicas de las cuales se puede obligar cada uno y no arriesgando el patrimonio de los convivientes.

El punto importante es que se rige únicamente por el pacto de convivencia, pero de no existir alguno cada integrante puede ejercer las facultades de administración y titularidad, siempre que no trasgreda los bienes que sean necesarios para la subsistencia familiar, así como los muebles que se encuentran en ella.

El Código se ha puesto en el lugar de todas las vertientes en las que intenta cubrir todas las aristas que podrían poner en peligro el patrimonio de la unión convivencial por lo que incita en primer lugar a que se realice el pacto, pero si no existe tal se restringe la acción respecto a lo que proteja a la familia.

El patrimonio es uno de los elementos más importantes respecto a la unión convivencial que el legislador ha intentado asimilar esta situación con los derechos que salvaguardan el matrimonio, pero ha adicionado un punto importante que habla del pacto la cual indica los criterios claros establecidos previo y durante la inscripción de dicho documento. Esto fortalece a esta institución y le permite equiparar a lo que se establecía en el matrimonio ya que no solamente permite una sociedad de gananciales, sino que permite dividir y establecer la propiedad absoluta de algunos bienes previo acuerdo.

Esto incita a que las parejas puedan tomar la libertad de optar por este régimen y tener una declaración más celerante conforme a lo que desean que es establecer su unión afectiva sin tantos procedimientos que es una figura preferida por en la actualidad.

Sin perjuicio de ello el legislador ha observado que es un régimen el cual regular, como lo ha establecido en el presente Código Civil y Comercial. Por lo que establecer un régimen similar al matrimonio les da la libertad a las personas a elegir entre una de ellas, pero creemos que la unión convivencial se encuentra más ajustado a la realidad donde es posible por las diferentes creencias o porque la sociedad tiene otro pensamiento. Sin embargo, eso no quita los deberes de asistencia entre las parejas y la contribución a los gastos del hogar donde los concubinos están obligados a contribuir con el sostenimiento del lecho y de los hijos, si los hubiere. Incluso el artículo 454 indica que “el cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga” (MINJUS y DDHH 2015). El mismo trato es en el caso de la unión convivencial donde ambos deben aportar en relación a sus recursos. Es claro y lo hemos mencionado que no solo son recursos económicos sino también otros en los cuales son importantes para el sostenimiento del hogar. Si bien el Código no lo establece de manera explícita es importante recalcar que el factor psicológico de la familia es uno de los puntos más fundamentales que puedan existir, porque si la falla empieza desde ahí afecta a toda la situación de la pareja e hijos de ser el caso.

### **3.2.12 Responsabilidad y protección de la vivienda familiar**

Tenemos claro que todo rige del pacto convivencial y en caso de surgir alguna duda se puede recurrir a dicho pacto el cual se encuentra inscrito por lo que es oponible a terceros; sin embargo, no todos establecen este pacto que a nuestro criterio es lo óptimo tener un acuerdo con la claridad debida y registrado significaría establecer los lineamientos claros no solo para la pareja sino para terceros.

En cuanto a la responsabilidad se indica que la pareja es solidariamente responsable en caso ellos se hubiesen obligado con algún tercero en los casos de las necesidades del hogar o el sostenimiento de la educación de los hijos. Como podemos notar la responsabilidad se da únicamente por obligaciones cuyo objetivo era el desarrollo de la familia donde ambos ciertamente ejercen una contribución por tal por lo que nos lleva al criterio de que el legislador ha decidido enfocar la protección respecto a los actos unilaterales que pudieran ejercer uno de ellos sin tener el asentimiento de la otra parte, no generando responsabilidad alguna por lo actos que son para beneficio de una sola persona.

El cuestionamiento surge en como probar que la obligación no tuvo como finalidad la necesidad del hogar y estamos claros que posiblemente el acreedor no haya tenido idea de ese fin; sin embargo, no se extiende más allá por lo que incluso en un sentido lato es posible que inicialmente la obligación no haya sido para el mantenimiento del hogar o sostenimiento de los hijos, pero posiblemente los frutos y productos derivados de esta sí terminen en el hogar convivencial por lo que es complicado probar si ciertamente la finalidad es para el sostenimiento del hogar.

Una adecuada protección es cuando el pacto convivencial ha sido inscrito ya que permite una clara decisión al momento de evaluar alguna controversia, así como que ninguno de los convivientes puede sin el asentimiento del otro disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni los muebles. El único que puede autorizar en esos casos es el juez ya que de no ocurrir podría mediar una nulidad de acto jurídico que declararía la procedencia de tal.

Otra situación de la protección que se puede establecer es que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial conforme al artículo 522. Esto permite que se proteja de acciones frente a terceros salvaguardando en primera instancia a la protección familiar. A pesar de que sea una unión, la ley le da una similitud a lo que podría suceder dentro del matrimonio donde los intereses de la familia sean los primeros que estén protegidos.

Respecto a las ejecuciones las cuales pueden estar sometidas la unión convivencial, estas no tienen efecto si no hay participación de las dos partes por lo que es un punto bastante favorable ya que desde esa perspectiva la legislación intenta que no exista algún desamparo o situaciones que pueden comprometer el patrimonio familiar. Bajo estos preceptos los actos deben estar autorizados por ambas partes ya que si no se realiza de esa manera incluso se puede declarar la nulidad del acto jurídico.

Esto sería un punto a favor si lo utilizamos dentro de nuestra legislación, ya que en nuestro caso la protección que se le da a un miembro de la unión de hecho no es tan amplia como lo

considera el Código Civil argentino por lo que establecer una protección adicional dentro de nuestra legislación ocasionaría que exista una mayor acogida por esta figura.

Utilizar los criterios argentinos dentro de nuestra legislación nos permitiría tener una visión más amplia sobre esta figura que al igual que Ecuador, primaria la libertad y la igualdad de ambas partes.

Asimismo, el generar un pacto convivencial previa a la formalización a la unión de hecho, generaría grandes beneficios con miras a una controversia posterior. En nuestra opinión, este tipo de documento se debería utilizar dentro de las modificaciones que se van a proponer sobre esta figura.

Tomemos atención que el Código Civil y Comercial Argentino no solamente se está centrando en los aspectos patrimoniales, sino que otorga la protección adicional a la unión convivencial y este aumenta cuando se tienen hijos.

Es por eso que hasta ahora utilizar criterios que coloquen a la familia como un universo y este se puede fragmentar entre el matrimonio y la unión convivencial permitiría un incentivo cada vez mayor a dejar que las personas puedan elegir que figura pueden utilizar en el futuro.

Otro de los puntos a favor que dista de nuestra legislación respecto a este pacto convivencial es que permite realizar las modificaciones si bien con intervención de ambos, pero permite realizar estos cambios cuando lo vean pertinente.

Es un punto a favor ya que a medida que la unión convivencial va logrando sus diversos objetivos en común se necesita también tener claro cuáles son los derechos patrimoniales de ambos, y que podría utilizar cada uno.

Esto genera una mixtura entre regímenes que contemplamos dentro de nuestra legislación como lo son la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios; sin embargo, dentro de la unión de hecho no está permitido lo segundo. Reemplazarlo por un pacto convivencial podría generar que cada uno de ellos pueda escoger que bienes pueden ser a disposición propia y cuáles son los que quedan como el patrimonio familiar.

Con lo mencionado en el párrafo anterior se permitirían realizar actos en las cuales no se considere el patrimonio familiar. Es cierto que las personas van evolucionando y cada uno puede acrecentar sus bienes, pero también se entiende que la pareja contrae obligaciones frente a terceros donde en nuestra legislación considerada como patrimonio autónomo intervienen ambos.

En cambio, bajo un régimen en el que pueda establecerse mediante un pacto que bienes se pueden considerar propios y cuales pertenecen a la familia, podría considerarse de una manera un manejo más positivo, ya que no entraría en juego el patrimonio familiar en el que el Código Civil argentino establece una mayor protección a comparación del nuestro.

Realizar este tipo de separación permitiría una forma más eficiente si es que una de las partes se obliga frente a un tercero y deja como garantía su propio patrimonio a pesar de que se encuentre dentro de la unión convivencial formal.

Como hemos mencionado el patrimonio de cada uno va acreciendo con el paso del tiempo depende de los objetivos en común que logre la pareja, pero debemos tener en cuenta y eso se entiende de la redacción del Código Civil argentino, es que entiende que ambas partes no crecen de la misma manera patrimonialmente. Por ello establece la contribución de cada uno que no es meramente pecuniaria. Por lo que, basándose en ese criterio establece ciertas medidas que permita a uno de ellos elegir los bienes que consideraría propios sin poner en peligro los bienes familiares frente a un tercero.

Dentro de nuestro Código cuando la unión de hecho inscrita y cumpliendo con lo establecido por el artículo 326 establece la sociedad de gananciales provoca que al momento de intervenir en un acto siempre lo debe hacer la pareja y el patrimonio que se coloca en tela de juicio es el de ambos. Incluso los bienes las cuales son dirigidos netamente a la familia (nos referimos al hogar familiar, o posiblemente los gastos dirigidos al bienestar de los hijos). Entonces al participar con todo el patrimonio, el tercero puede dejar desamparado la unión familiar provocando mayores controversias en estas situaciones.

En cambio, sería distinto si desde un principio se firma un acuerdo entre ambas parejas y establecen los bienes que podrían utilizarse como propios y cuales pertenecerían al patrimonio familiar y en caso quieran colocar como garantía estos últimos se necesitaría obligatoriamente la firma de ambos.

Ahí nos encontramos en dos esquemas distintos pero dirigido especialmente a proteger a la familia ya que no tener como primera proposición el patrimonio familiar le otorga la protección indirecta por parte del legislador.

Si utilizáramos esta figura en nuestra legislación tendríamos una protección a la familia por excelencia y asimismo la elección a la pareja por establecer el régimen que crea conveniente otorgando la libertad en su máxima expresión.

Entonces si nuestra legislación adopta los criterios argentinos respecto a la unión convivencial y lo establece dentro de nuestra figura de la unión de hecho no solamente estaría teniendo un gran paso respecto a los criterios modernos y a la realidad social, sino que también generaría una igualdad respecto a su símil que es el matrimonio.

Entendemos que nuestra legislación aun es reacia y quiere mantener al matrimonio como única institución; sin embargo, los tiempos modernos tienen una percepción diferente respecto a una unión matrimonial. En la actualidad forzar la figura para que quepa en la sociedad simplemente estaría restringiendo la visión hacia un nuevo horizonte que es la unión de hecho, donde incluso bajo este pacto convivencial la separación se tornaría más sencilla y sin ningún tipo de trámite que si bien se tienen nuevas figuras del divorcio como el notarial y municipal, permitiría que la persona con estos acuerdos tomados ya no necesiten de un tercero sino simplemente establecer que se pone fin a dicho pacto y que se hagan efectivo los acuerdos tomados. Esta podría ser una opción y un incentivo a que se registren estas uniones ya que acorde a la realidad estas existen; sin embargo, no se encuentran debidamente inscritas.

### **3.2.13 Cese de la Unión convivencial**

La unión convivencial también tiene sus causales en las que se termina la relación entre las parejas, uno de ellos evidentemente es la muerte de una de las partes, así como una sentencia firme de ausencia o por el matrimonio ya sea entre los mismos convivientes o con otra persona.

En este último caso somos de la idea de que el pacto convivencial aún debería primar respecto a los bienes designados hacia cada uno, aunque con el matrimonio ya cesaría dicha unión y por lo tanto este los bienes considerados dentro del pacto pasarían a considerarse dentro del matrimonio. Creemos que los acuerdos tomados en el pacto al ser previo a la celebración de matrimonio y donde se designaron los bienes que se considerarán familiares y los que serán de propiedad de cada uno debe mantenerse de la misma manera, solo que ahora considerándose bienes propios y gananciales dentro del matrimonio.

En caso de separación de patrimonios sería establecer a quien pertenece cada bien y los bienes familiares irían a un régimen de copropiedad si lo asimilamos con nuestra legislación; sin embargo, pensamos que utilizar este último régimen desnaturalizaría el concepto que busca la legislación por la familia donde trata de proteger el patrimonio familiar, por lo que en ese caso se entendería que esos bienes que consideran sociales a pesar de existir una separación de patrimonios deberían considerarse bienes familiares, debido a que la legislación busca dentro de sus artículos otorgar los mayores mecanismos de protección para que no se encuentre en peligro frente a terceros.

### **3.2.14 La voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro**

Este es un punto considerado dentro de los acápites del artículo 523 del Código Civil y Comercial Argentino. Creemos que el legislador ha tomado exactamente la realidad de que podría suceder cuando una de las partes quiere terminar con la unión convivencial solo por su voluntad unilateral.

Esto lo podríamos considerar como ejercer la autonomía de la voluntad en su máxima expresión, ya que se estamos dentro de un derecho de familia donde lo importante es el cuidado de tal; sin embargo, la realidad señala que este caso puede suceder incluso muchas veces más de lo que uno podría pensar.

El hecho de que una persona desee terminar con la unión convivencial por su propia decisión si bien puede tener un impacto altamente psicológico, es evidente que se encuentra dentro de sus derechos e incluso amparado por la legislación vigente.

En relación de la notificación fehaciente se podría verter diversas opiniones respecto a que se entendería por una notificación de esa manera. Puede ocurrir que la pareja aún viva en el mismo hogar y la persona simplemente le comunique al otro que quiere dar por terminada la unión convivencial.

Se encuentra dentro de su autonomía poder invocar esta situación y la otra parte por el hecho de lo indicado en el artículo tiene que aceptar la situación.

Dentro del artículo no indica que se debe sustentar el hecho de querer cesar la unión convivencial y simplemente se le atribuye a su voluntad de tal, por lo que la otra parte no puede realizar ningún acto para poder indicar lo contrario.

Entendemos que las parejas tienen diversos problemas que podrían llegar a este punto, pero es ahí donde entra la notificación fehaciente. En el ejemplo anterior, la pareja puede encontrarse conversando en medio de una discusión y una de las partes indica que quiere dar por terminada la unión convivencial, incluso dentro de nuestro ejemplo podría ocurrir que la otra parte también esté de acuerdo con esta situación (en primera instancia fue una de las partes que incitó a la reacción de la otra por lo que todavía seguimos en la voluntad unilateral, el receptor únicamente respondió por la situación). Empero, al seguir esta mencionada discusión las partes optan por arreglar y continuar con la unión convivencial, fijando lo que se conoce como una reconciliación.

Entonces una de las partes que generó la voluntad de terminar la unión convivencial se vio frustrada y simplemente rectificó la situación. Esto genera diversas interpretaciones porque se manifestó la voluntad del cese, pero no se ejecutó como tal.

Por lo que, en estos casos pensamos que la mejor manera de realizar una comunicación fehaciente con la finalidad de obtener algún medio probatorio correspondiente es mediante una carta dirigida a la otra parte por escrito e incluso podría considerarse por vía notarial.

La notificación fehaciente tiene varias vertientes, en la que las personas lo podrían tomar de diferentes maneras, pero si una de las partes se encuentra totalmente segura de que su voluntad es terminar con la unión convivencial debería establecer los mecanismos probatorios que llevaron a dicha voluntad ya que si bien es cierto no dice que se sustente, sino que simplemente es su decisión dejar de compartir con la otra persona.

Este apartado mantiene una situación en la que los proyectos u objetivos que persigue la unión convivencial se vean en tela de juicio, porque dicho supuesto se puede aplicar en cualquier momento para cesar la convivencia.

En este caso pensamos que el legislador optó por priorizar la autonomía de la voluntad de la persona, la cual posiblemente no encuentra algún mecanismo dentro del Código y otorga esta figura para que la pueda realizar.

En la realidad suceden situaciones similares a menudo incluso en el matrimonio, donde se abandona el hogar en común o las parejas no comparten entre ellas, por lo que no nos parece descabellada una situación en la que se pueda terminar una unión convivencial solamente con la voluntad de una de las partes.

Dentro de las relaciones personales suceden variadas situaciones que incluso el mismo Código no puede regular del todo ni las puede contemplar. Entonces otorgar una salida por voluntad unilateral incluso lo vemos como un acierto siempre que la parte se encuentre segura y comunique de una manera que pueda tener una prueba que por su voluntad se quiere dejar el hogar en común.



### **3.2.15 Compensaciones económicas**

Las diversas causas del cese de la convivencia pueden crear desequilibrios frente a una de las partes o a ambas incluso. Se ha indicado la contribución de cada una de las partes que pueden ser de diferentes maneras; sin embargo, la parte económica es uno de los puntos importantes de la subsistencia del hogar familiar.

Es sabido que las dos partes en la mayoría de los casos no aportan con los mismos recursos económicos, incluso existen familias las cuales uno aporta económicamente y la otra parte realiza los quehaceres u otras cosas que ayuden al mantenimiento del hogar.

Es por ello que la legislación ha tomado en consideración esta situación y ha fijado una compensación económica al conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de dicha situación por lo que ha entendido que no necesariamente ambos deben asistir económicamente, sino que se establecen roles distintos en cada pareja y es evidente que una de las partes queda en una situación menos favorable que la otra.

Las compensaciones que se otorgan puede ser una prestación única o una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

En este aspecto el legislador ha entendido que una de las partes salió perjudicada, pero eso no significa que la compensación en la renta sea vitalicia, sino que sea durante un tiempo en el cual la parte perjudicada pueda establecerse nuevamente y poder generar los ingresos necesarios para poder subsistir.

Las partes pueden acordar por este tipo de compensación que podría ser económica o por usufructo. En caso no decidan entre ellos se tendrá que recurrir a un juez quien tomará con los criterios adecuados la decisión que pueda dejar en una posición mejor a la persona perjudicada.

El juez debe tener unos ciertos criterios que se encuentran dentro del artículo 525 que le permitan establecer una adecuada compensación económica entre ellos tiene que recurrir al análisis de cada uno para tomar una decisión adecuada.

El legislador ha optado por revisar diferentes puntos que permitan al juez una determinada motivación respecto a las decisiones que tome.

En caso del uso de la vivienda familiar el juez también se encuentra guiado por los criterios establecidos dentro de la norma en la que le brinda la prioridad a la persona que tiene al cuidado a los hijos menores de edad con capacidad restringida o discapacidad, así como la acreditación de la necesidad de vivienda por parte de una de ellas.

Por lo que el juez en caso no se llegue a un acuerdo entre las partes, deberá utilizar los criterios establecidos en los artículos 525 y 526 para apoyar específicamente al que más necesite dentro de la unión convivencial.

Uno de los puntos que no menciona la norma es respecto a la herencia del concubino supérstite el cual en nuestra normativa se encuentra considerado bajo una modificación que se estableció dentro de nuestro Código Civil.

El apartado al que indica respecto a la vivienda es el artículo 527 que hace referencia a “el conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas” (MINJUS y DDHH 2015).

Se ayuda al conviviente por un cierto tiempo; sin embargo, el Código no se refiere a los derechos hereditarios por parte de este, por lo que se podría inferir que no está considerado dentro de la herencia de la otra parte.

La legislación de la Argentina tiene varios puntos los cuales podrían ser adoptados por nuestro Código. La mayor ventaja es la generación de pactos convivenciales que genera un régimen indirecto entre las partes y permite distribuir de manera eficiente los bienes por cada uno de ellos.

Lo que se podría mejorar es utilizar los criterios hereditarios de manera expresa dentro del Código, ya que este podría ser un punto que desincentive a las parejas a inscribir las uniones convivenciales.

El legislador le ha otorgado varios mecanismos de protección a las partes, incluso prioriza la familia teniendo en cuenta que esta figura se está utilizando con mayor notoriedad a medida que pasa el tiempo y los pensamientos de las personas van variando respecto a las uniones que realizar entre parejas. Esto ha permitido tomar criterios más abiertos y evolucionados y no dejarlos dentro del ámbito matrimonial que si bien a la unión convivencial le falta bastante por igualarlo, por lo menos se han otorgado mecanismos en el cual se pueda priorizar a la familia.

### **3.3 La unión de hecho en Colombia**

El derecho colombiano tuvo una etapa evolutiva respecto al reconocimiento de las uniones de hecho en el que los legisladores eran reacios a otorgar una legalidad a este régimen marginándolo y dejando únicamente el matrimonio como la institución por la cual se pueda crear una familia, así como las obligaciones patrimoniales.

Una visión a este tipo de análisis que mantenía el legislador era uno de los criterios restrictivos que no permitía que esta se declare y tenga su propio régimen.

Sin embargo, la realidad ocasiona que se tome en consideración esta figura ya que las parejas se unían y no tenían derechos para los cuales debían acudir al órgano jurisdiccional a realizar algún tipo de reclamo y no había manera de que una de las partes pudiera hacer valer sus derechos.

Y es ahí donde la jurisprudencia empezó a manifestarse por tal figura ya que al no tener ningún pronunciamiento y donde las consideraciones no eran acorde a la realidad, la sociedad provocó que existiesen una serie de criterios primigenios para empezar a considerar a la unión de hecho como una situación que genere efectos jurídicos.

El paso del tiempo generó que empiecen a salir nuevos proyectos donde se pueda reglamentar, por lo que salió la Ley 54 de 1990 como primer pilar de manifestación respecto a la unión de hecho.

En ese apartado se generó un hito porque fue una ley autónoma donde regulaba lo que se conoce en Colombia como la unión marital de hecho “la cual se define dichas uniones maritales y régimen patrimonial entre compañeros permanentes surgiendo por los constantes reclamos de la sociedad por no verse amparados por una legislación que no quería considerarlos como una nueva forma de familia” (Archivo presidencia 2015).

Aunque fue un punto a favor para los que buscaban una parcial igualdad generó los primeros problemas por la puesta en vigencia de ello ya que el país ya tenía dentro de su sociedad la figura de la unión de hecho sin declararse. Este era el momento indicado para poder realizar dicha formalización.

Sin embargo, la jurisprudencia empezó a denegar la formalización ya que la ley promulgada reunía una serie de requisitos para poder declararlo y como no tenía el carácter de retroactivo empezaron a surgir las primeras complicaciones.

En nuestra opinión esta ley surgió principalmente por presión de la sociedad, ya que las parejas exigían igualdad de derechos porque realizaban los mismos actos que eran conferidos en el matrimonio, por lo que una situación similar merece derechos similares.

Si bien esta promulgación ya se veía venir en una legislación reacia entraba en conflicto con una jurisprudencia que tenía que empezar a establecer criterios que permitan el reconocimiento de una serie de derechos a cada pareja.

Otros puntos indicaban que la sociedad al ser conservadora aún no veía con buenos ojos el establecer este régimen y que otorgarle normas autónomas que lo considere como tal ya que socialmente iba a ocasionar que las personas que utilizaban este régimen no sean bien vistas por los demás.

Se cita textualmente a Carlos Enrique Gutiérrez Sarmiento donde indica que “la legislación civil de nuestro país ha permanecido pasiva ante las relaciones concubinarias, puesto que, si bien no las condena, tampoco reconoce efecto jurídico alguno” (2001: 149) y es algo similar a nuestro ordenamiento donde se esperan a los criterios jurisprudenciales para recién en ese momento poner en debate si el legislador debe usar nuevos criterios de interpretación.

Recordemos que el derecho de familia es dinámico ya que conforme vaya evolucionando la sociedad se pueden establecer nuevos criterios, es por ello que es entendible que la jurisprudencia sea uno de los primeros en indicar algunos argumentos; sin embargo, a medida que las situaciones van en aumento y los casos siguen siendo similares es donde se necesita la participación de una legislación para empezar con las regulaciones correspondientes.

La ley 54 se refiere conforme a la exposición de motivos en los en los Anales del Congreso que se expidió para “reconocer jurídicamente la existencia de la familia natural, hecho social innegable en Colombia, con el objeto de establecer los derechos y deberes de orden patrimonial de los concubinos y así llenar el vacío legal existente en una materia que interesa

al bienestar de la familia y que no puede quedarse al margen de la protección del estado” (Gutiérrez 2001:149-150).

Esto nos indica que la legislación ya estaba aceptando la situación en que una parte de la familia no se encontraba reconocida dentro del ordenamiento por lo que establecer un régimen que le dé una adecuada protección era una de las medidas en las que otorgue una mejor viabilidad respecto a lo que estaba sucediendo en ese momento superando el derecho a la igualdad que los criterios morales a los que sucedía dentro de su sociedad.

La Ley 54 define en su artículo 1 a la Unión Marital de hecho como la que “es formada entre un hombre y una mujer que, sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles se denominan compañero y compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho” (Archivo presidencia 2015).

La Constitución colombiana se refiere a los compañeros permanentes dentro de sus artículos, 33 y 292, equiparándolo a la unión marital de hecho. Recordemos que la Constitución es de 1991 y la Ley data del año 1990, siendo promulgada en 1992. Por ello, se generaron algunas controversias de reconocimiento las cuales se describieron en párrafos anteriores.

### **3.3.1 Temporalidad**

La nueva ley establece como en las demás legislaciones un lapso no inferior a dos años si el hombre y la mujer no hayan contraído matrimonio.

En caso exista algún impedimento legal se tuvo que haber disuelto un año antes de solicitar la unión marital de hecho.

Este último apartado, es algo propio que exige el legislador considerando que el hecho de haber contraído matrimonio o algún impedimento adicional se le otorga una especie de sanción en la cual la unión anterior sea el caso haya sido disuelta y liquidada un año antes de que se inició la nueva unión marital.

En este caso, podrían existir algunas situaciones en que este apartado ralentice la constitución de la nueva unión marital.

Uno de ellos es que dependen en un primer caso de la aceptación de una de las partes a comparación del derecho argentino donde hay la posibilidad de poder culminar la unión de hecho por decisión unilateral. Esto nos colocaría en el supuesto donde uno de los concubinos no desee que se declare la terminación de la unión o en el caso que sean cónyuges uno trate de que se tarde mucho más la declaración o por la carga judicial que pudiese existir por lo que teniendo en cuenta la espera de un año como indica el artículo generaría una desprotección frente a la nueva declaración de la unión marital de hecho.

Por lo que creemos que el legislador utilizó dentro del artículo el lapso de espera como para no generar un rechazo por parte de la sociedad que no aceptaba por criterios morales o religiosos; sin embargo, no tomó en cuenta que esta situación podría generar desprotección en la otra parte, principalmente en cuestiones sucesorias ya que como lo establece la misma ley esta debe ser declarada.

### **3.3.2 Partes iguales**

La declarada Unión marital de hecho generará que los aportes de cada uno de los compañeros sean considerados igual para cada uno de ellos sea el patrimonio o capital producto del trabajo ayuda y socorro mutuo.

El mismo artículo hace la diferencia respecto a los bienes que se consideran propios, así como los bienes que se hubieran considerado antes de iniciar la unión marital de hecho.

Sin embargo, viene el segundo cuestionamiento en el cual la declaración de la unión marital se da cuando ya se cumplió el requisito de los dos años, o es cuando ambas personas deciden darle un inicio a tal.

Si nos encontramos en el supuesto que los compañeros adquieran una serie de bienes y obligaciones, pero al no encontrarse cumpliendo este requisito de temporalidad, podría originar alguna controversia ya que puede suceder que no se establezca la unión de hecho o cuando se constituya la ley no indica de manera fehaciente que esos bienes pertenecerán a la unión marital.

Únicamente indica que se debe cumplir este requisito para conceder la unión dejando el vacío de lo que durante el lapso que se queda en incertidumbre la pareja no considera ningún mecanismo de protección frente a ello.

Establecer partes iguales otorgando una similitud a la sociedad de gananciales dentro del matrimonio solo le otorga una de las figuras que no exista una clara diferenciación en estas por lo que consideramos que el legislador en este caso no ha otorgado los criterios de libertad e igualdad necesarios para poder darle una connotación distinta a esta figura.

Asimismo, indica únicamente como partes iguales los citados en el artículo 3º de la ley; sin embargo, deja de lado las obligaciones asumidas por las partes o en caso uno de ellos asuma una obligación sin conocimiento del otro, por lo que somos de la idea que se podría mejorar este artículo indicando que “los bienes y obligaciones que forman parte de la unión marital de hecho, se considerará en partes iguales para los que la conforman”.

El establecer este criterio de tiempo no otorga incentivos necesarios para que las parejas deseen formalizar la unión de hecho ya que, conforme a los artículos vistos hasta este momento no genera ningún incentivo a las parejas a establecer alguna formalización. Al parecer la ley se genera por una presión jurisprudencial que darle incentivos a las parejas para que puedan establecer dicha unión marital.

### **3.3.3 Disolución**

La disolución de la unión marital de hecho se disuelve ya sea por la muerte, el matrimonio con personas distintas, el mutuo consentimiento por escritura o por sentencia.

Asimismo, indica que cualquiera de los compañeros podrá pedir la liquidación de la sociedad patrimonial y adjudicación de bienes, siempre que exista la prueba de la unión marital de hecho el cual indica que se debe haber contabilizado como mínimo los dos años para poder constituirlo.

Esta situación también deja el cuestionamiento citado en el punto anterior que tiene que ver con la temporalidad ya que establecer un cómputo de plazo respecto a la unión de hecho crea la duda en relación con otros.

Esto es porque si los compañeros adquieren bienes y si el criterio de temporalidad no se encuentra cumplido y uno de ellos pierde la vida generando los derechos sucesorios que conforme a la redacción del artículo deben existir medios probatorios para poder formalizar. Si en caso no exista este criterio los jueces a su evaluación podrían denegar la constitución de esa unión marital provocando que una de las partes se sienta desprotegida por tal acción.

Por lo que, si bien cualquiera de los herederos o compañeros puede pedir la liquidación debe tener formalizada dicha unión para tener los medios probatorios suficientes para probar la existencia de esta.

En nuestra opinión, creemos que el legislador le ha otorgado a la temporalidad un criterio fundamental para la declaración de tal por lo que no cumplir con este requisito faculta al juez a denegar y no otorgar la protección necesaria a la familia.

Con relación al Derecho de Familia este se debe priorizar independientemente del régimen que hayan tomado las parejas ya que, si bien el Código aún se inclina por el matrimonio no otorgar derechos a este nuevo régimen no permite darle una prioridad absoluta a este tipo de constitución de familia, por lo que ve necesario establecer un criterio que por un cómputo de plazo se puede formalizar la unión y hay situaciones que son variables en cada pareja. Como hemos comentado el derecho de familia es dinámico y restringirlo en algunos casos a una serie de requisitos no permitiría que se desenvuelva totalmente como tal.

### **3.3.4 Ley 979 de 2005**

La Ley 54 se modificó por la Ley 979 de 2005; se hicieron cambios en la ley anterior en el que se dio un enfoque distinto a la unión marital propuesta en 1990 (Alcaldía Bogotá s/f).

Entre sus principales modificaciones se encontraba el eliminar el lapso de un año cuando uno de los compañeros permanentes hubiese contraído matrimonio o una unión marital con anterioridad lo que dejaba fuera esta “penalidad familiar” para poder constituir la nueva unión de hecho.

El requisito que se solicitaba era que la sociedad conyugal haya sido disuelta antes de la fecha en que se inició la unión de hecho.

Lo mencionado anteriormente es un buen criterio del legislador ya que no le da una prioridad a la temporalidad e indirectamente protege al derecho de la constitución de la nueva familia.

Asimismo, se detalló sobre la declaración de la unión de hecho donde indica expresamente que puede ser por Notario Público con el mutuo consentimiento de las partes, Acta de conciliación suscrita por los compañeros permanentes en centro legalmente constituido y por sentencia judicial mediante los medios de pruebas consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.

La parte sustancial que se modificó mediante la presente ley son por el hecho de las declaraciones de la unión marital para formalizar se extendieron los instrumentos de declaración, la cual le permite a las partes tener mecanismos distintos para poder realizar la formalización de dicha unión.

Por otro lado, se quitó la restricción de un año en la que una de las personas por el hecho de haber tenido alguna relación anterior y haberla disuelto lo condicionaba a este lapso de tiempo para poder establecer una nueva unión.

Los criterios de temporalidad se mantuvieron por el hecho que se mencionaba que se puede declarar la unión marital de hecho si ha transcurrido un tiempo no menor a dos años, por lo que este punto se mantiene aún en la actualidad.

Somos de la opinión que, si bien se ha otorgado mayores herramientas para la declaración, no se ha evaluado el régimen de temporalidad que, a criterio del juez o las partes, se pueda declarar la unión marital de hecho previo al lapso exigido por esta ley y la anterior. Lo que deja todavía al criterio de las instancias las declaraciones en caso existan obligaciones o adquirir bienes por las partes previa a la vigencia de este y la protección en caso ocurra alguna situación que acarree la intervención del órgano jurisdiccional antes del cumplimiento de los dos años.

### **3.3.5 Sentencia C-075/07**

Esta sentencia creó un hito respecto las uniones maritales de hecho en parejas homosexuales, donde se indica que el excluirlas resulta discriminatorio ya que tanto la ley 94 de 1990 y la ley 979 del año 1995 hablaban sobre el hombre y la mujer por lo que para la Corte Constitucional de Colombia resultó una vulneración a la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad al excluirlas del régimen de protección patrimonial (Corte Constitucional 2007).

La corte utilizó el juicio estricto de igualdad, ya que no se les otorgaba el trato igualitario en el sentido que la norma no reconoce y no ampara la protección para satisfacer las necesidades mínimas del ser humano que mantenga una relación de convivencia con otra persona; asimismo, indicó que laboralmente tampoco tenían beneficios de afiliarse a la pareja o ser beneficiario de una pensión de sobrevivientes.

La Corte entendió que la sociedad tuvo un cambio más tolerante frente a la diferencia y como consecuencia este tiene cambios en la Constitución.

Bajo lo expuesto en dicha sentencia, se aprobó la unión marital de hecho sin distinción de sexo otorgando la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, y su modificación la Ley 979 de 2005 la que también puede ser aplicada a parejas homosexuales.

### **3.3.6 Opinión**

Existe un avance respecto al reconocimiento de la unión marital de hecho en Colombia en los apartados de que busca la igualdad y no haciendo distinción a la sexualidad de las personas. Esto es un punto a favor que podría tomar nuestra legislación ya que hasta el momento todos los países latinoamericanos analizados aceptan la unión de hecho no haciendo distinción entre hombre y mujer sino considera a personas.

El 2007 marcó un hito importante respecto a la cultura colombiana ya que conforme a la fundamentación realizada en la sentencia C-075/07 comprometiéndose a la igualdad entre las personas.

Sin embargo, creemos que la norma tiene que mejorar y ser más específico respecto al vacío que se deja frente a la temporalidad. Establecer un criterio fijo de tiempo puede traer consecuencias ya que no se permitiría tener una seguridad frente a los actos conferidos previos a la declaración.

Antes del cumplimiento de los dos años pueden surgir varios actos por lo que tenemos la idea que los únicos incentivos para que las personas realicen la declaración es por temas sujetos a situaciones que no tienen otra opción que declarar, siempre que sean concedores de la norma.

Esto debido a la situación probatoria que establecen ambas leyes, donde la única forma de probar dicha unión es cumpliendo los requisitos del artículo primero de la ley 54 modificada por la ley 979 de 2005.

Conforme a lo que indica la ley los criterios de temporalidad forman un punto principal de la declaración, somos de la idea de que este se podría mejorar y utilizar la corriente del derecho argentino donde le da la total libertad a las partes de poder establecer la unión de hecho y como última ratio, este transcurso de los dos años. Esto les da la total libertad a las personas a poder ejercer la unión, así como los incentivos necesarios para que puedan declararlo.

Estamos de acuerdo que se le haya tomado atención a esta figura y que la sociedad tenga criterios relativos y cambiantes frente a lo que sucede a su alrededor, pero creemos también que eso debe ir acorde a la normativa vigente que al parecer ha considerado como su hito principal la sentencia C-075/07, donde desde ahí no ha ejercido modificaciones o cambios en la legislación.

Si bien se ha otorgado criterios igualitarios, este régimen podría ir más acorde a la realidad donde el punto principal serían los incentivos para declararlo. Al parecer las restricciones que aun colocan los artículos provoca que incluso la figura se de en la realidad, pero no vaya acorde a las normas del derecho por lo que de realizar un estudio social permitiría concluir en que se necesita algunas nuevas implementaciones.

Es cierto que se está preocupando por los derechos hereditarios o por la igualdad patrimonial; sin embargo, se podrían establecer ambos regímenes o como se indica en el derecho argentino el pacto convivencial, esto permitiría tener los lineamientos con mayor claridad.

Esta legislación tiene bastante similitud con el derecho peruano con la diferencia que esta se encuentra en una ley autónoma y reconoce la unión de hecho donde no solo participe el varón y la mujer; sin embargo, modificar criterios de temporalidad y otorgar derechos como en los regímenes existentes refiriéndonos a lo matrimonial cabría la posibilidad que existan los incentivos necesarios para las declaraciones y claridad en la atribución de los derechos correspondientes.



### 3.4 Unión de hecho en Chile

En Chile sucedieron eventos que permitieron un acercamiento a la unión de hecho donde en primer lugar un Código Civil era reacio a este cambio.

Esta ha sido una sociedad que el desarrollo de sucesos ha conllevado a que se realice una nueva visión de esta figura.

Autores como Carmen Domínguez Hidalgo en su publicación “Acerca de la pretendida necesidad de regular Unión de Hecho” muestra una posición tajante respecto a la convivencia, en la que indica que no se necesita la declaración de la unión de hecho, porque el reconocerla no haría otra cosa más que debilitar el matrimonio (2011:9). Por lo que no es necesario estudiar esta figura ya que si se llega a legislar el único propósito que tendría es que el matrimonio sea una institución secundaria.

Asimismo, la autora toma que la declaración y reconocimiento de la unión de hecho no es más que una estrategia por las personas del mismo sexo para tener derechos similares a los del matrimonio indicando que existen otras figuras que fuera del matrimonio podrían reemplazar a esta figura indicando que la responsabilidad no es de la legislación sino de las mismas personas que a sabiendas que existe una legislación propia del matrimonio no decide hacer caso y opta por las uniones de hecho ocasionando que los legisladores se tengan que adecuar a ellos y no ellos a lo que indica el ordenamiento.

Por último, también indica que “No es irrelevante darles a los convivientes derechos de herencia o patrimoniales, porque ello necesariamente significa acercarlos a los casados, y con ellos los pocos incentivos que subsisten para contraer matrimonio [...]” (Domínguez 2011: 9).

Esto es un indicador que la unión de hecho toma mayor fuerza dentro de la legislación chilena y si bien la autora tiene sus propios criterios en los cuales no debe aceptarse regular esta figura y colocar a diversas instituciones para que puedan reemplazar los diversos actos jurídicos que realicen los concubinos, es evidente que la posición central que toma es el debilitamiento del matrimonio.

Y como hemos visto en otras legislaciones, la regulación de la unión de hecho es una expresión de libertad e igualdad entre las parejas que optan por esta situación que ha ido madurando en diversos países colocando a la unión de hecho como una nueva opción.

Es por ello que no compartimos la opinión de la autora porque los sucesos que ocurren dentro de una sociedad que va evolucionando y siendo cambiantes no solamente en la unión de hecho sino en otras figuras. El derecho es el que tiene que adecuarse a ellas regulándolas y no restringiendo a las personas con el ordenamiento, dejando vacíos que los podría perjudicar en caso existan controversias entre las parejas.

Si se está buscando libertad e igualdad entre las personas la sociedad va imponiendo nuevas formas de familia y creemos que la unión de hecho puede estar dentro de ellas ya que la situación de unión es similar a la del matrimonio, solo que el legislador no quiere equiparar por lo que indica claramente la autora, va a desincentivar a tal.

Así como la opinión de la autora los criterios legislativos fueron perdurando en el tiempo, por lo que solamente se reguló la institución matrimonial.

Dentro del Código Civil podemos encontrar el artículo 210° que hace referencia al concubinato, con relación a la presunción judicial de paternidad.

Al tener una escasa legislación y suscitándose casos en los que la unión de hecho era el objeto de las discusiones fue donde intervino la jurisprudencia utilizando criterios para cada caso que iba sucediendo, pero no teniendo uno uniforme para tomarlo en cuenta cuando ocurran situaciones similares, es por ello que no existía una base donde partir.

Y fue donde los hechos terminaron por legislar una figura que no tenía definición en el Código Civil donde tenía un enfoque de desincentivo para las parejas.

No existía una legislación pertinente que se refiera únicamente a la regulación de la unión de hecho, por lo que con el paso del tiempo se fue reconociendo la figura con el artículo mencionado en el Código Civil y con otros criterios legislativos que no se enfocaban principalmente a los derechos y deberes que podrían manejar los convivientes sino a situaciones en las cuales un conviviente podría no responder preguntas en el ámbito procesal o el maltrato familiar.

Como podemos notar la jurisprudencia se fue pronunciando sobre la unión de hecho; pero la legislación aún se encontraba reacia al cambio que pudiera originar el reconocimiento de tal; situación similar que analizamos en el Derecho Colombiano donde por cuestiones sociales no se reconocía una figura a pesar de encontrarse en la sociedad y donde las personas lo tomaban como su figura familiar.

Los pronunciamientos de los tribunales no han sido recientes ya que hay consideraciones que datan de 1904, respecto al caso “Díaz con Carvajal”, donde en su considerando 6° el cual citamos textualmente señalando

Que, aun aceptando que el demandante hubiese sido concubina de Díaz Vargas, esto no excluye los servicios positivos de otro género que ella pudo prestarle. Y lo único que se habría probado en este caso es que doña Petronila Carvajal, además de haber servido a Díaz Vargas durante 38 años en cocinar y atender su casa, labrar sus terrenos, ordeñar sus vacas y fabricar quesos y mantequilla, lo habría favorecido también entregándole su cuerpo durante el tiempo indicado, servicio no estimable en dinero y que no hay para qué tomar en cuenta en este pleito (Lepin 2019:271).

Como podemos notar los pronunciamientos jurisprudenciales no han sido recientes, sino que han intervenido a lo largo de la historia llamando la atención que el Código Civil chileno no haya tomado en cuenta una figura como la unión de hecho que teniendo casos desde el año 1904 y con un Código Civil del año 2000 no haya querido realizar un estudio a profundidad de la unión de hecho a pesar que en legislaciones sudamericanas ya empezaba a ser reconocido lo cual es un indicador que la legislación chilena teniendo en cuenta los sucesos que iba pronunciando la jurisprudencia con el paso del tiempo y con sentencias que datan del siglo pasado, haya decidido no incorporarlo dentro de su nuevo Código Civil.

Es por eso que el 13 de abril de 2015 se promulgó la Ley número 20.830 el cual crea el acuerdo de unión civil, publicándose el 21 de abril de 2015 cuyo objetivo fue la regulación de las uniones convivenciales, por lo que tuvo que pasar un tiempo prolongado para que el legislador tome en cuenta esta figura de unión diferente al matrimonio.

Su primer artículo indica que es un “contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente” (Registro Civil 2015).

Desde un primer análisis podemos notar que el legislador atribuye que es entre dos personas, a diferencia del artículo 102 del Código Civil el cual indica que es “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida (...)” (BCN 2000), lo cual existe una diferencia ya que hay una independencia de género con una corriente que se viene siguiendo por varios países de Sudamérica y le da la opción que no solamente sea el hombre y la mujer los que podrían tomar esta figura, otorgando libertad en la decisión que puedan tomar las partes.

Como podemos notar la legislación chilena no otorga el criterio de temporalidad que atribuyen otros países que en la mayoría son por dos años. Esto lo podemos asimilar a la legislación argentina el cual deja a criterio de las partes el momento conveniente de formalizar la unión de hecho.

Respecto al estado civil este se modifica a un “conviviente civil” y al término de la unión civil se retorna al estado anterior de la celebración del contrato.

El acuerdo mencionado de unión civil debe ser ante el Servicio de Registro Civil el cual se encargará de levantar un acta firmada por él y los contrayentes. Este debe otorgarse por escritura pública y se inscribirá en un registro especial que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Si el acuerdo de unión civil expiró la mujer que estaba embarazada no podrá contraer matrimonio con un varón distinto ni celebrar un nuevo acuerdo antes del parto, antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la expiración del acuerdo, conforme al artículo 11 de la Ley.

Esto nos parecería una restricción, ya que si la persona al momento de finalizar el acuerdo tiene la posibilidad de regresar a su estado civil anterior no habría motivo por el cual pueda celebrar un matrimonio con otra persona si ya se modificó el estado civil. Por lo que, si por acuerdo ya sea unilateral o de partes se le da fin a la convivencia, la otra persona quedaría libre de poder asumir una figura diferente; además, únicamente se le otorga esta restricción a la mujer por lo cual el legislador no muestra una motivación específica para ello, sino que únicamente concede el derecho por su calidad de mujer; concluimos que no nos encontramos de acuerdo con esta alternativa. En efecto, debería existir igualdad entre ambas partes y así ella esté embarazada al momento de finiquitar dicha unión civil podría establecer una distinta, manteniendo subsistentes, los derechos de su hijo, ya que no habría cambio en tal situación.

### **3.4.1 Separación de patrimonios**

Dentro de la ley se considera la figura de la separación de patrimonios, el cual deberá ser por escritura pública y surtirá efectos al momento de la inscripción.

Por lo que es una figura novedosa dentro de la ley el optar tanto por el régimen de sociedad de gananciales como el de separación de patrimonios y elegir este último permitiría que cada uno sea propietario de su propio patrimonio sin dejar de lado lo indicado en el artículo 1 de la ley.

### **3.4.2 Derechos sucesorios**

El conviviente supérstite mantiene sus derechos sucesorios siempre que el acuerdo celebrado con el causante no haya expirado antes de su muerte, por lo que le permite concurrir con los demás herederos. De ser el caso tendrá los derechos a uso y habitación, figura similar que se le da al cónyuge dentro del matrimonio.

### **3.4.3 Fin de la Unión Civil**

La unión civil puede finiquitar ya sea por la muerte de uno de ellos o si la pareja opta por el matrimonio que en este caso se estaría dirigiendo a una pareja heterosexual ya que conforme a la definición del Código Civil solo puede ser entre hombre y mujer.

También puede ser por mutuo acuerdo o de manera unilateral, la cual deberá constar en escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil.

Respecto a lo mencionado anteriormente, conforme al artículo 26 la notificación deberá ser por medio de receptor judicial dentro de los veinte días hábiles a la sub-inscripción de la escritura o acta, al margen del acuerdo de unión civil.

Asimismo, menciona que la falta de notificación no afectará el término del acuerdo de unión civil, pero hará responsable al contratante negligente de los perjuicios de la ignorancia.

En este apartado creemos que la notificación judicial ocasionaría un atraso en tratar de finiquitar la unión civil. Lo que se busca con esta figura es tratar de acelerar los procedimientos y no entrar en una burocracia donde tenga que intervenir el órgano jurisdiccional. Creemos que sería suficiente con la escritura pública y con una notificación por medio de una carta notarial en la cual le permita a la otra persona completar el conocimiento del fin de la unión.

No habría caso en utilizar una notificación si es que optan por el matrimonio porque ambas partes ya se encuentran conforme en ponerle fin a la unión, bastaría simplemente con la celebración de tal bajo la redacción del artículo es necesaria la notificación ante el tribunal en ciertos casos.

### **3.4.4 Compensación Económica**

Si uno de los convivientes no pudo desarrollar ya que se dedicó al cuidado de los hijos o a las actividades del hogar tiene derecho a un menoscabo económico si es que fueron por las causales de mutuo acuerdo, acuerdo unilateral o nulidad de la unión civil.

Creemos que el Derecho Chileno ha tenido una revolución respecto a la figura de la unión de hecho ya que de no establecerlo como un apartado dentro de su Código Civil se le ha dedicado una ley autónoma el cual consta de 48 artículos que no solamente regula esta figura, sino que modifica otros cuerpos legales para introducir dentro de ellos a los convivientes.

Esto nos parece un acierto y un indicador que está fortaleciendo el sistema normativo respecto a esta figura la cual se va aceptando en todos los países que se ha ido analizando.

Esta Ley iguala en varios apartados a lo que es el matrimonio, y por otro lado le otorga ciertos criterios que lo asimilan a tal. En nuestra opinión podría seguir la corriente del derecho argentino en el que a pesar de que se permite la figura de la separación de patrimonios podrían existir casos en que algunos bienes puedan subsistir dentro del patrimonio familiar.

Se podría incluir un acuerdo el cual previo a la celebración de esta unión civil se establezcan los lineamientos y las consecuencias que podrían acaecer respecto a diversas situaciones que se podrían dar.

Nuestro derecho podría tomar los criterios que otorga la legislación chilena otorgando no solamente estos criterios autónomos, sino que también permita la separación de patrimonios y establecer los diversos mecanismos en el que permita la igualdad y libertad de las personas.

Como comentario a esta legislación es que, si bien se demoró en otorgar el reconocimiento ha regulado de una manera en que permita a las personas optar por esta figura y a pesar de ser reciente es un gran avance para los lineamientos que se puedan otorgar en esta nueva sociedad donde la cultura moderna ha evolucionado y dejando de lado instituciones que a pesar de que se otorgue una mayor protección no hay incentivos para optar por ella.

El legislador ha entendido eso y fue por ello, que se reguló esta figura, que venía siendo tratada por la jurisprudencia; pero no era tomado en cuenta por la ley. Entonces el realizar un estudio más profundo y modificar incluso varios cuerpos normativos para integrar a la convivencia como una figura que ha generado una nueva tendencia, es el resultado de abrir nuevas ideas y que se manifiesta esta evolución.

Creemos que como la opinión de la autora Carmen Domínguez Hidalgo, nuestro derecho aún se encuentra en un estado en el que varios países de Sudamérica pasaron. Primero es una aceptación por una sociedad dividida que un grupo aún no acepta que han existido cambios y que el concepto de familia se ha ido ampliando y por otro lado las consecuencias que podría traer una regulación autónoma de esta figura, empezando a que dentro de ella no se considere únicamente al hombre y a la mujer, sino que se refiera a personas, otorgando la igualdad entre todos y por lo que podría ocasionar frente a los incentivos del matrimonio. Sin embargo, esto es solamente una manifestación de la actualidad la cual se debe regular como las legislaciones de nuestros países hermanos lo han venido haciendo, aceptando y otorgando un marco legal que permita la protección de las personas.

### **3.5 Unión de Hecho en Venezuela**

Esta legislación tiene un mayor parecido con nuestro país ya que no ha desarrollado con tanta amplitud esta figura.

Como punto principal, con el que existe similitud respecto de nuestro Código civil, es la definición que utilizan haciendo la distinción entre el hombre y la mujer.

Entonces nos permite delimitar que la legislación venezolana al igual que la peruana, son los más renuentes a tener un orden autónomo respecto a las uniones de hecho.

La legislación venezolana no es ajena a las definiciones sobre familia y entiende que existen diversos modelos que se encuentran dentro de su sociedad por lo que su primer nombramiento fue dentro de la Constitución de 1999, donde no existió ninguna definición, sino que se escribió la palabra “concubino” dentro de ella.

Sin embargo, en el Código Civil de 1982 existe un acercamiento en la definición llamándolo “comunidad en una unión no matrimonial cuando el hombre o la mujer demuestre que ha vivido en tal estado, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos (...)”, conforme indica el artículo 767 (FEVACU 2011).

Si analizamos el artículo en mención este es el que más se asemeja a la unión de hecho ya que indica las características que sea una unión no matrimonial y que sea entre un hombre y una mujer.

Hasta este momento solo tenemos pronunciamientos mas no definiciones respecto a esta institución que si bien no se desarrolla en su integridad, pero marca los primeros hitos frente a una sociedad que va tomando como modelo esta figura y dejando de lado otras instituciones que incluso le dan un mayor privilegio.

Este artículo 767 también indica que surtirá efectos legales a los herederos por lo que a pesar de que no esté totalmente regulado, protege de alguna manera a la familia en caso uno de los integrantes muera.

Otro de los puntos importantes es la demostración de haber vivido en comunidad y en el derecho argentino teniendo una legislación detallada sobre la unión de hecho o en diversas legislaciones resulta complicado probar esta situación ya que los tribunales lo asocian a la similitud en el domicilio que es una de las características más comunes que suelen identificar. Es evidente que no en todos los casos se puede verificar esta situación, por lo que se complica el hecho de probar que ha existido comunidad.

Al hablar de presunción quiere decir que el legislador parte del punto de que existe la comunidad por lo que la carga de la prueba se refiere a que se demuestre que este no se haya creado en ningún momento. Sin embargo, como lo hemos mencionado anteriormente es contradictorio el artículo ya que parte de que hay una presunción de que existe la comunidad, pero después indica la demostración de tal, por lo que creemos que no hay un criterio específico que le permita al juzgador tomar una decisión adecuada y conforme a derecho ya que los lineamientos por los cuales se está guiando no son totalmente claros.

Posteriormente y con la aparición de la Constitución de 1999 se le otorga los efectos del matrimonio conforme al artículo 77°, por lo que conforme a la línea de tiempo y sin una definición exacta cuyos efectos se trataban en los tribunales el espectro de familia se iba

extendiendo y provocando que sean aceptados nuevos criterios y optando por darle igualdad a un matrimonio.

Entonces si se está hablando de los derechos que se otorgan en el matrimonio dentro de la unión de hecho los hace similares bajo la interpretación de la sentencia de la sala constitucional N° 1682 de 15-7-05, donde equiparan totalmente a la unión de hecho con la unión matrimonial.

Sin embargo, hay uno puntos de dicha sentencia que llaman la atención y es que no todo se puede equiparar al matrimonio. Según la sala hay derechos que son exclusivos de tal, un ejemplo de ellos es el divorcio y es evidente que en una unión de hecho no existirá un proceso de divorcio, pero se podría asemejar respecto a la liquidación de los gananciales.

Lo que no hace mención la norma es si dentro de una unión de hecho podría existir la figura de separación de patrimonios; sin embargo, presumimos que sí se podría invocar ya que la Constitución le da los mismos efectos del matrimonio.

La sentencia también otorga un criterio de temporalidad el cual es de al menos dos años que se encuentra contemplado en el artículo 33 de la ley del seguro social, donde regula la “pensión de sobrevivencia de la concubina”.

La jurisprudencia hasta ese momento se encargó de complementar la definición de la unión de hecho que ni el Código Civil ni la Constitución lo habían realizado, esperando a que los tribunales den su criterio frente a esta situación.

Otro punto que el tribunal indicó fue respecto al patrimonio donde el artículo indica solamente a los herederos pero dicho tribunal se pronunció indicando que también los efectos son hacia terceros, lo que nos lleva al cuestionamiento que si existe en primer lugar una presunción, la unión de hecho no se registra y uno de ellos realiza actos patrimoniales con terceros, podría ocasionar que dicho acto no sea considerado válido ya que conforme a la sentencia los efectos también afectan a terceros.

El punto es si se podría anular un acto que en un inicio fue realizado por uno de los concubinos sin la voluntad del otro, pero la otra parte desconocía de esta situación. El perjudicado en ese caso aparte de uno de los concubinos también sería este tercero que incluso podría dar lugar al reclamo de una indemnización.

Por último, la sentencia considera un “concubinato putativo” según la resolución es cuando uno de ellos de buena fe, desconoce la condición de casado del otro.

La sentencia no realiza un análisis respecto a ese criterio, pero consideramos que es un punto importante porque es una situación que se puede dar en la realidad y donde una de las personas puede considerar que tiene los derechos matrimoniales desconociendo el estado civil de la otra parte. Sin embargo, un criterio importante es la demostración de ello, donde se complica ya que, en la actualidad en una sociedad tan avanzada y con tecnología al alcance, es más sencillo descubrir si la persona se encuentra casada por lo que creemos que es complicado demostrar el no conocimiento de tal.

Apreciamos los criterios de la sentencia; sin embargo, esto tuvo repercusión en diversos estudios de la doctrina de dicho país, generando varias posiciones respecto a la posición que se ha tomado frente a la unión de hecho generando controversias frente a la similitud con el matrimonio.

Posterior a la sentencia y los ordenamientos, al notar que la sociedad iba evolucionando y el derecho tenía que contemplar adaptándose a los criterios de la comunidad el 15 de setiembre de 2009, se publica la Ley Orgánica del Registro Civil el cual principalmente establece las condiciones de como registrar la unión de hecho.

El Capítulo VI de la Ley habla de las uniones estables de hecho donde en su primer artículo menciona la forma del registro sea por manifestación de voluntad, documento auténtico o público o decisión judicial (Gaceta oficial 2009).

En esta ley no mantiene una definición como lo establece la doctrina aún, sin embargo, menciona los elementos importantes como la “voluntad efectuada entre un hombre y una mujer, declarada de manera conjunta, de mantener una unión estable de hecho” (Gaceta Oficial 2009). Bajo este precepto no se indica la temporalidad de tal y para el registro las dos partes deben declararlo de esa manera.

Por otro lado, en los casos de disolución también cuenta la voluntad unilateral de una de las partes y conforme a la ley el registrador deberá notificar a la otra parte.

Lo que no ha contemplado la ley son los efectos patrimoniales de la unión de hecho, por lo que creemos que como la Constitución menciona que tiene los mismos efectos que un matrimonio que se está homologando a esa figura manteniendo esos criterios.

Respecto a la ley solamente contempla lo que es el registro de la unión de hecho por lo que no hay un tratamiento autónomo de tal, solamente se ha limitado a indicar que tiene los mismos derechos de los casados, que por una parte es algo a favor ya que según ley se le daría el tratamiento sin ninguna distinción. Por lo que en nuestra opinión realizar un mismo tratamiento por tal es algo beneficioso, pero también tiene sus diferencias como lo menciona la doctrina las cuales no son propias de la unión de hecho.

Sin embargo, indirectamente se les otorga libertad a las parejas a optar por este régimen que bajo nuestro criterio se debería fortalecer en los sistemas positivos de dicho país. Asimismo, se asemeja en varios elementos al derecho peruano, pero como uno de los puntos principales es que aún se mantiene el criterio de que solamente pueden constituir unión de hecho un hombre y una mujer y sin un tratamiento patrimonial propio.

### **3.6 Unión de hecho en España: Aragón**

En Aragón al igual que en Cataluña, existió una historia previa respecto a las declaraciones de las uniones de hecho. La sociedad entendía que era una tendencia que iba tomando una mayor aceptación entre las personas, el cual aún no se encontraba regulado en un cuerpo normativo.



Al igual que otros países la jurisprudencia fue uno de los primeros en dar sus primeros fallos y estudios respecto a esta figura, tomando situaciones que poco a poco obligaron al legislador regularla.

Es por ello que se publicaron dos leyes, estas son la ley 10/1998 y la 6/1999 las cuales se convirtió en uno de los primeros hitos positivos en regular la unión de hecho.

Cabe resaltar que en Aragón la Ley 6/1999 del 26 de marzo, se le llamaba “ley relativa a parejas estables no casadas” (BOE 1999) donde en su preámbulo indica que “Desde que en 1982, y auspiciado por el Consejo de Europa, se celebró el primer y único congreso sobre parejas no casadas, son muchos países de la Unión Europea que, de una forma u otra han ido adaptando sus respectivas legislaciones (...)” (BOE 1999), por lo que de esa manera indicaba que se estaba adaptando a la tendencia marcada por los otros países europeos en las cuales otras legislaciones ya contemplaban esta figura en su ordenamiento y Aragón en ese momento únicamente tenía pronunciamientos por la jurisprudencia pero no había una ley autónoma en la que permita un adecuado desarrollo de la figura de la unión de hecho.

Por otro lado, la normativa citada no combina la unión con el matrimonio ya que a pesar de ser figuras que se pueden asemejar en algunos casos estas no son consideradas iguales. Se entiende que deben tener una legislación autónoma donde se indique el desarrollo de esta identificando cuáles son los derechos y deberes que se asignan a las parejas de hecho.

En Aragón le otorgan la igualdad tanto en la pareja homosexual como la heterosexual indicando en su preámbulo que “aunque de naturaleza y consecuencias bien diferentes, el de la pareja homosexual en convivencia marital estable, está dejando de ser algo extraño y marginal”, guiándose más por el elemento afectivo que le permitía al legislador evaluar a las personas a otorgar igualdad entre las partes.

Podemos notar hasta el momento que a pesar de que las normas se asemejen en su desarrollo como lo vamos a analizar posteriormente, una de ellas les otorga el trato diferenciado a las uniones de hecho homosexuales identificándolo como una figura que únicamente podría unir a dos personas, pero no podía construir un linaje a comparación de las heterosexuales, en cambio Aragón indicaba que la libertad era para ambos y el ordenamiento lo aceptaba de esa manera.

En nuestra opinión establecer un régimen diferenciado en que derechos tendría un tipo de unión que el otro denotaría una especie de falta de igualdad ya que las parejas se unen principalmente por el afecto que pueden sentir. Partiendo desde ese punto se podría establecer un régimen patrimonial que permita un desenvolvimiento adecuado y los derechos que se les otorgan a las partes. Si bien las diferencias no son sustanciales el solo hecho de indicarlo podría generar un rechazo por parte de las comunidades. Otro punto por el cual se tuvo que legislar es que sea unión heterosexual u homosexual ambos son personas y a partir de ello establecer la manera adecuada de una regulación.

Sin embargo, por otro lado creemos que ambas leyes se intentaron alinear a las legislaciones y desarrollos de otros países que ya contemplaban la figura, caso que se podría utilizar en nuestro país que al ver la situación y el aumento de las uniones de hecho debería establecer

un ordenamiento autónomo que como se citó en el preámbulo de Cataluña “tiene un creciente nivel de aceptación en nuestra sociedad” permitiendo que esta forma de convivencia cuya principal característica debe ser la estabilidad, permita obtener un régimen autónomo que se indique claramente los preceptos principales que se deben manejar, apoyándose de la jurisprudencia y de los nuevos casos que se van suscitando para análisis del legislador.

### **3.6.1 Respecto a la Ley 6/1999 de 26 de marzo**

Uno de los puntos de partida de la indicada disposición es que menciona como palabra fundamental, la afectividad entre la pareja la cual se pueda considerar como una pareja estable no casada pero que dicha afectividad sea semejante a la conyugal.

Por otro lado, habla del Registro donde debe inscribirse cuyo nombre es el Registro de la Diputación General de Aragón. Esto es para darle los efectos jurídicos y los mecanismos de protección en el cual se puedan ejercer los derechos de ambas partes sin tener que mediar algún tipo diferente de comprobación.

En la Ley de Aragón se maneja el criterio de temporalidad el cual es similar al de otros ordenamientos que es de dos años como mínimo; sin embargo, se menciona también que se haya manifestado la voluntad de constituir la unión mediante escritura pública y conforme a la presentación del artículo se considera que puede ser cualquiera de los dos. Por lo que antes de transcurrir los dos años la pareja podría constituir la unión de hecho manifestando su voluntad por escritura pública. Bajo esta premisa, el criterio de temporalidad sería opcional en caso no se tome la opción de la escritura.

### **3.6.2 Régimen de convivencia y normas de aplicación supletoria**

Uno de los puntos más importantes de su disposición legal es el apartado referido a los derechos patrimoniales de las parejas; ello es indicado en el artículo 5 de la Ley 6/1999 el cual indica en su inciso 1 que “la convivencia de la pareja y los derechos y obligaciones correspondientes podrán regularse en sus aspectos personales y patrimoniales mediante convenio recogido en escritura pública, conforme al principio de libertad (...)” (BOE 1999), entonces esto nos podría indicar que las partes podrían firmar un convenio en el cual establezcan sus derechos y obligaciones que tomarán frente a este régimen de parejas estables en el cual se podrían definir previamente los bienes que formarían parte del patrimonio familiar. Esto creemos que es un punto a favor y uno de los aspectos importantes de la ley ya que permite el manejo de la autonomía de las partes a decidir que podrían incorporar dentro del patrimonio familiar o delimitar los bienes que serían los indicados como propios. Asimismo, se da libertad a las partes de como establecerán los criterios en caso se liquide el régimen de convivencia y que le pertenecería a cada uno en ciertas situaciones.

Por lo que, si bien la ley de Aragón tenía como punto de partida la situación del afecto no deja de lado que surgen derechos y obligaciones en la pareja y que el ámbito patrimonial de este es tan importante como la unión en sí.

Dar importancia el criterio patrimonial y que este sea a criterio de las partes es una manera de ejercer la total libertad de la autonomía de la voluntad respecto a la distribución de los bienes para cada una de las partes, agregando a ello que el reconocimiento de ambas se puede

realizar por escritura pública sin esperar el criterio de temporalidad ya que le daría una mayor seguridad a esta figura para crear incentivos al tomarla.

Asimismo, la ley considera que estos acuerdos no deben perjudicar la dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a las normas por lo que intuimos que, si bien se puede ejercer bajo lo acordado por ambas partes no se permitiría un abuso o actos de mala fe, así como aprovechamiento de la situación por una de ellas.

Otro de los puntos importantes es que “no se puede pactar la constitución de pareja estable con carácter temporal ni someterse a condición” (BOE 1999), conforme al inciso 2 de la Ley 6/1999. Es claro que pactar una situación de esa manera no solamente dejaría en una situación de incertidumbre a una de las partes, sino que desnaturalizaría el objetivo de la ley el cual es crear un incentivo para que las personas puedan sentir que sus derechos son avalados por el ordenamiento.

Por otro lado, establecer condiciones respecto a la unión podría crear situaciones ambiguas que dejaría un campo abierto sujeto a interpretaciones e incluso provocaría que indirectamente una pareja pueda buscar que se cumpla esa condición para constituir, ya que las parejas a pesar de que existan derechos y obligaciones entre ambos son un tratamiento especial en la realidad que no es como una relación contractual convencional en que ambas partes tienen derechos y obligaciones entre sí. En estos casos interviene un aspecto más importante que es el afecto entre ambos.

Es claro que el afecto y el tipo de relación que tiene cada pareja puede dar un tratamiento diferente en cada situación por lo que establecer condiciones a la constitución de la pareja estable puede generar que una de las partes busque esa finalidad indirecta con el objetivo de que esta termine de constituirse y en ese caso en estas situaciones sería complicado comprobar que una de las partes no lo quiso de esta manera, así como establecer un carácter temporal. El legislador entiende que la ley va por otro lado e intenta darle una figura estable en el ordenamiento ya que de no ser así generaría inestabilidad. Indicar una constitución de pareja temporal no iría propiamente con el objeto y con lo que busca el derecho de familia.

El ámbito patrimonial es importante, así como el que maneja cada uno de ellos para los gastos comunes. La ley indica que es con sus recursos en proporción a sus ingresos respectivos, y en caso no sea suficiente de acuerdo con sus patrimonios.

Creemos que el legislador en este punto ha intentado equiparar la manera de contribución de cada una de las partes y también será considerado como gasto común lo relacionado a los hijos comunes o no que convivan con ellos.

Bajo este precepto el legislador busca que el derecho de familia sea prioridad ya que incluso menciona como gasto común a un hijo que no sea “común” entre ellos, por lo que busca que ambas partes aporten para educación, alimentos, vivienda, entre otros.

### **3.6.3 Obligaciones frente a terceros**

Tenemos claro que el generar una pareja estable no solamente tendrán efectos entre ellos como el convenio que se mencionó anteriormente, sino que el hecho de unirse y generar la

constitución de una pareja estable también tendría efectos hacia los terceros los cuales pueden generar obligaciones sea con uno o con la pareja.

Los terceros que generen obligaciones con la pareja en primer lugar, deben tener conocimiento que estas han constituido una unión de pareja estable para poder medir las consecuencias que podría tener la generación de estas obligaciones.

El no conocimiento de ello perjudicaría a este tercero de buena fe que generó obligaciones con uno sin conocimiento de la otra parte por un bien que sea considerado común. Es por ello que consideramos importante el establecimiento de los aspectos patrimoniales que serían contenidos en el pacto porque esto podría delimitar la calidad de bienes propios que maneja cada uno de ellos para obligarse con terceros ajenos a los convivientes.

Asimismo, el inciso 4 del artículo 5 indica que “ambos miembros de la pareja responden solidariamente ante terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos que se refiere el inciso 3 del artículo 5” (BOE 1999) el cual habla de lo mencionado en líneas anteriores referente a la vivienda y gastos tanto de la pareja como de los hijos.

Por lo que en este aspecto se le otorga una protección a este tercero de buena fe que sin conocimiento pudo haber sido considerado acreedor de la pareja estable donde uno solo sea obligado a que ambos respondan solidariamente en caso el gasto haya sido en los casos mencionados anteriormente.

El cuestionamiento viene en la situación de que este acreedor tendría que tomar conocimiento que por ejemplo el préstamo pueda haber sido utilizado para los gastos comunes, donde creemos que es difícil determinar al tercero de buena fe. Sin embargo, el legislador al otorgar ese mecanismo de protección creemos que ha buscado la manera de protegerlo frente a actuaciones de mala fe por uno de los integrantes de la pareja. En caso se hayan obligado ambos no habría ningún problema porque podría dirigirse a cualquiera de ellos y si en caso exista alguna garantía, revisar quién es considerado el propietario de tal o si son de ambos.

Por otro lado, si el gasto no ha tenido el carácter de común, respondería únicamente quién hubiera contraído la obligación. En nuestra opinión, el legislador ha buscado proteger a la familia y como último recurso evaluar si la obligación tuvo como finalidad el gasto común porque de no ser así, solo respondería la parte que se obligó. Esto definitivamente generaría una desventaja frente al tercero, pero imaginamos que el legislador tuvo que otorgar prioridad a uno de estos y decidió hacerlo con la familia ya que, si desde un principio permite al tercero a que pueda atacar el patrimonio común dejaría desprotegida a los convivientes.

#### **3.6.4 Extinción, causas y efectos**

La extinción en las parejas no casadas generar diversos efectos no solamente para la pareja, sino que patrimonialmente también ocasiona una serie de consecuencias.

Las consecuencias principalmente patrimoniales son los que se generan en vida por lo que para este caso exoneraríamos la parte del inciso a) del artículo 6 el cual se refiere a la muerte de uno de ellos.

Las causales de extinción son similares a los de otros ordenamientos. Como puntos principales es que al momento de que la decisión sea unilateral la ley indica que debe notificar fehacientemente a la otra parte. Si bien la ley no indica específicamente la forma de notificación como lo hacen otros ordenamientos, creemos que pueden surgir diversas maneras en la que la otra parte pueda aceptar que haya sido notificado desde medios escritos e incluso hasta orales en la que le permita manifestar su voluntad de haber tomado conocimiento que la otra parte unilateralmente ha optado por ponerle fin a la unión convivencial.

Por otro lado, e independientemente a la causal ambos están obligados a dejar sin efecto la escritura pública otorgada al momento de la constitución y si en caso hubiera existido dentro de dicho documento los aspectos personales y patrimoniales que regulaba esta, dejarlo también sin efecto y de ser el caso establecer como se procederá a la liquidación correspondiente en caso no se encuentre plasmado en dicho acuerdo.

Un punto que llama la atención de la ley es que en caso exista una ruptura, las partes no podrían formalizar por escritura pública por seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior.

Creemos que este apartado limita la libertad de las partes a poder constituir en caso sea pertinente una declaración de nueva convivencia como en el supuesto que haya sido por decisión unilateral y la parte a la cual se notificó desea constituir una nueva unión convivencial al momento que se dejó sin efecto su escritura pública de anterior convivencia, esta se ve limitada a lo que indica la ley. En el caso en concreto, esta parte no tuvo ninguna responsabilidad por la decisión de la otra por lo que incluso se podría considerar que salió perjudicada por la comunicación y con el artículo sumando a ello no puede realizar otra escritura en seis meses. En nuestra opinión es limitativo y creemos que, si ya se dio fin a la unión, las partes pueden ser libres de constituir una nueva al momento de haber finiquitado la anterior.

### **3.6.5 Desequilibrio patrimonial**

La ley ha contemplado en los casos que se haya extinguido la unión convivencial por una razón distinta a la indicada en el artículo 6 inciso 1 a), se deben evaluar otros criterios en los cuales permita a una de las partes una compensación económica por la desigualdad patrimonial que hubiera podido suscitar este rompimiento.

Es por ello que la ley contempla las causales en las cuales la parte perjudicada podría solicitar la compensación económica en caso hubiera existido una desventaja posicional por tal.

Uno de ellos menciona cuando “ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro” (BOE 1999), conforme al artículo 7 inciso 1 literal a) correspondiente de la Ley 6/1999, así como el literal b) cuando el conviviente se dedicó a los hijos comunes o del otro conviviente.

Este es un punto que se asemeja a las otras legislaciones y permite obtener dicha compensación a la persona que se queda en una situación desventajosa para afrontar el desarrollo de su vida.

Otro de los puntos importantes es la exigencia de una pensión si la parte perjudicada necesite una forma para subsistir económicamente ya que, en el posible desarrollo de la convivencia una de las partes puede dedicarse a la manutención del hogar y de los hijos que es también un punto importante para la vida en común. Esto puede provocar que una de las partes que se encontró a la dedicación del lecho común pueda tener dificultades para reinsertarse en un mundo laboral u obtener ingresos económicos para que pueda solventarse de manera autónoma.

Por lo que exigir una pensión analizando cada caso en concreto permitiría que la parte perjudicada pueda tener un tiempo apropiado para reinsertarse, por lo que se ponderará de manera equilibrada a lo que fue la convivencia.

### **3.6.6 Fallecimiento y adopción**

Respecto al fallecimiento de uno de los miembros de la pareja conforme al artículo 9 de la Ley 6/1999 “se le otorga lo que hubiese contenido la escritura de constitución sea del testamento o pactos sucesorios excluyendo las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar” (BOE 1999).

En este apartado se le otorgan derechos sucesorios estableciendo dos excepciones lo cual la legislación tendrá sus propios preceptos evaluando que las joyas y objetos artísticos no pertenecerían a la unión convivencial. Creemos que la legislación le da una especie de limitación a los derechos hereditarios no otorgando la totalidad de tal. Es un punto en el cual probablemente quieren distinguir las figuras y otorgar una desventaja frente a la otra. Se podría considerar como una manera indirecta de desincentivar esta figura en los casos que la pareja cuente con dichos bienes como los mencionados en tal artículo.

Con relación a la adopción indica que solamente lo podrán hacer las parejas heterosexuales, dejando de lado a los otros tipos de personas que podrían situarse dentro de esta ley. En nuestra opinión es una de las limitaciones que otorga la ley a las otras personas que quieren constituir la unión convivencial y dejando únicamente al hombre y la mujer que podrán establecer la comunidad con hijos.

Esto nos lleva a la relación de los otros artículos cuando hablan del hijo en común donde si no pueden adoptar las otras personas no podrán ser parte de los artículos que menciona la legislación; sin embargo, en caso no exista el mencionado hijo en común pero sí exista un hijo de una de esas personas, se encuentran obligados ambos a su desarrollo y manutención.

En caso de parentesco la pareja no genera ningún tipo de relación, así como también no pueden estar en forma común.

Por lo que la unión de la pareja estable tiene una serie de beneficios al momento de la constitución de tal, así como regular los aspectos personales y patrimoniales mediante un convenio. Es una ventaja porque permite desde un principio establecer mediante un acuerdo

de partes la manera de poder llevar de una manera adecuada dicha unión, así como la forma de poder distribuir el patrimonio adecuadamente y primando a la familia entre ambos.

Una de las desventajas es respecto a los derechos sucesorios en los que se exponen una serie de limitaciones y no genera parentesco frente a la familia de cada uno, así como la adopción que solamente está limitado a la pareja heterosexual.

Esto genera un límite entre el régimen matrimonial y la unión de parejas estables que, aunque se han querido establecer una igualdad ha demarcado situaciones en las que se marginan a la pareja estable. Conforme al avance de la historia este fue el punto de partida en Aragón hasta que se estableció el Código Foral de Aragón donde en su Título VI estableció a las parejas estables no casadas a partir de su artículo 303 donde una de las novedades establecidas fue respecto a las capitulaciones matrimoniales dentro de su artículo 308 donde indica que si en “la escritura, el régimen de convivencia y de derechos y obligaciones adquirirá el valor de capitulación matrimonial, en caso de que los miembros de la pareja contrajeran matrimonio” (BOE 1999).

Otra diferencia que se establece es con relación al régimen de adopción, donde el artículo 312 indica que las parejas no casadas podrán adoptar conjuntamente, lo que no existía en la ley primigenia donde únicamente se establecía a las parejas heterosexuales.

Si bien fue considerada dentro del Código, no existieron cambios sustanciales en los que permitan hacer una diferencia entre la ley aragonesa que fue derogada y cuyos artículos se consideraron dentro del presente Código.

### **3.7 Unión de Hecho en España: Cataluña**

Cataluña también reconoce la unión convivencial como una figura distinta donde el ordenamiento jurídico tenga una participación en las corrientes que se encontraban en los pronunciamientos de los tribunales.

La Ley 10/1998 publicada el 15 de julio llamada “ley de uniones estables de pareja” menciona en su preámbulo que “se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables, paralelo y coincidente también, con el creciente nivel de la aceptación que tienen en el seno de nuestra sociedad, que abarca a todas las parejas referidas, incluidas, por lo tanto a las parejas formadas por el mismo sexo, hasta el punto de que se detecta entre la población catalana una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de esta forma de convivencia” (BOE 1998). Bajo ese precepto, Cataluña acepta que esta figura viene teniendo una mayor aceptación en la sociedad por lo que no debe ser tan parcializado reconociendo únicamente el matrimonio. Asimismo, se realizaron estudios profundizados para evaluar si es que la sociedad iba a tomar de manera positiva esta nueva regulación valiéndose de datos estadísticos y debates realizados.

En la Ley 10/1998 se indica textualmente también en el preámbulo que “el vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de una manera jurídicamente necesaria entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad convivencial estable no basada en el matrimonio” (BOE 1998) , por

lo que acepta que hay regulaciones que existen pero con esta presente ley se reúnen los requisitos correspondientes sobre los derechos atribuidos a las parejas estables.

Sin embargo, la ley catalana a pesar de tener como premisa principal el libre desarrollo de la personalidad, así como la igualdad realiza una distinción en su ley sobre las parejas heterosexuales y homosexuales indicando inicialmente que “la pareja heterosexual que vive maritalmente es por voluntad propia, la pareja homosexual no se puede casar, aunque lo desee”.

Uno de los puntos de partida esenciales es la diferenciación que realiza la norma respecto a los tipos de uniones estables donde otorga dentro de su capítulo I a la Unión estable heterosexual y en su capítulo II a las uniones estables homosexuales donde se le dan tratamientos diferenciados hacia cada uno de ellos.

### **3.7.1 Unión Estable Heterosexual**

Al igual que Aragón se establece el régimen entre el hombre y la mujer donde existen las condiciones que haya sido por dos años ininterrumpidos o hayan otorgado escritura pública, exonerando dicho período de temporalidad que exige la norma. Esto es un punto a favor siendo similar a los casos de las otras legislaciones. Hay un punto especial como requisito que la pareja debe establecer cuando quieran constituir la unión estable y es que uno de los miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

Si la pareja tiene un descendiente en común es otra de las maneras de la exoneración del tiempo exigido por el inciso 1 del primer artículo, pero tiene que existir la convivencia entre ellos para declararla así.

Si en caso una de las parejas haya estado casada o las dos el período de tiempo que se contará para el computo de plazo de la convivencia es desde que el último haya tenido la disolución.

Respecto a los dos años la ley menciona que el transcurso de los dos años puede hacerse por cualquier medio de prueba que sea admisible o suficiente. En primer lugar, el inciso uno del primer artículo menciona que puede ser por dos años o hayan otorgado escritura pública; sin embargo, los demás artículos vistos hasta el momento le dan un criterio especial a la temporalidad lo que bajo interpretación pueden ser cualquiera de los dos, pero conforme a lo que menciona la ley podríamos inferir que la sola manifestación de voluntad de las partes en la escritura exoneraría dicho transcurso de tiempo ininterrumpido.

### **3.7.2 Pactos de convivencia**

Respecto a los pactos que pueden manejar las partes la ley establece que estas se pueden regular de tres maneras sea verbal, por escrito privado o en documento público, tanto las relaciones personales como las patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los derechos y deberes.

Dentro de este pacto también pueden regularse las compensaciones económicas en caso la convivencia llegue a su fin.

La ley otorga la manera de generar este pacto convivencial estableciendo como serán las obligaciones entre cada uno de ellos y cuáles son las condiciones que se regirán de acuerdo



al pacto. Asimismo, se da la libertad de establecer la manera en que se realice un mejor entendimiento respecto a los derechos patrimoniales de cada uno y como será regulado al momento de que se declare dicha unión convivencial, así como lo que se tiene que cumplir al momento del desarrollo de esta.

A comparación de Aragón no hay mención alguna sobre un criterio de que la unión sea sujeto a un tiempo determinado, pero creemos que al estar en contra de lo que busca la mencionada ley podría generarse una nulidad respecto a ello. Asimismo, sería complicado establecer la forma probatoria en que el pacto haya sido celebrado de manera verbal. Esto se podría prestar a errores ya que este tipo de pacto es bastante importante en caso se desee regular los derechos y deberes de las partes frente a ello. Regularlo de una manera verbal podría inducir a error o también el aprovechamiento de uno de ellos. Creemos que, al ser un punto importante en el desarrollo de la convivencia, el pacto debería ser únicamente por medios escritos que permita una prueba real a criterio del juez de darle la validez adecuada. Realizar un pacto convivencial de manera verbal podría minimizar los criterios probatorios respecto a la regulación de un comportamiento o al incumplimiento de una obligación, incluso tratándose de derechos patrimoniales en el cual quieran indicar que uno de ellos pertenecerá a ambos teniendo algún medio que lo acredite. Respecto a un pacto que sea verbal posiblemente sea más complicado poder realizar la evaluación que sea necesariamente válido, a pesar de que cumpla el requisito indicado por la ley.

Al igual que la ley de Aragón existen gastos comunes en la pareja en el cual son necesarios para el mantenimiento de ambos, así como los de los hijos comunes o no que convivan con ellos. El legislador trata de dar toda la calidad necesaria ya que se preocupa tanto por los alimentos, así como la conservación y mejora de las viviendas y los gastos a los que se refiere la salud. Al igual que la otra ley analizada es un punto donde establece que se tiene como prioridad a la familia.

En caso de que las obligaciones sean ante terceras personas y si el producto de tal fue para los gastos indicados en el artículo 4 de la ley, la pareja responderá solidariamente frente a ello si es que los gastos fueron a los usos y al nivel de vida de la pareja. Como lo habíamos comentado anteriormente es complicado para el tercero poder establecer si efectivamente la obligación en la cual es acreedor tuvo como finalidad a los gastos comunes de la pareja, pero también es un criterio en el cual el legislador tuvo como punto de partida el priorizar el derecho de familia, y si no fue utilizado para ello no es debería atribuir alguna responsabilidad a la parte que no tenía conocimiento de tal.

### **3.7.3 Beneficios Públicos**

Respecto a los beneficios que otorga la ley a los convivientes les da la excedencia voluntaria con una duración mínima de dos años y máxima de quince, así como los permisos respecto a si uno de ellos se encuentra con una enfermedad grave o en caso de muerte de dos días si es en la misma localidad o cuatro si ocurre en un lugar diferente.

Por otro lado, si a uno de los convivientes tiene una incapacidad física se le puede reducir un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, pero con la reducción proporcional de la retribución. Mientras esté dentro del horario de reducción no será compatible si se encuentra durante ese período de tiempo realizando otra actividad sea o no remunerada.

En caso se desee valer en lo que respecta a los beneficios públicos, debe encontrarse formalizada la convivencia el cual debe constar en la escritura pública.

### **3.7.4 Anulabilidad de los actos**

El lugar donde se encuentra la pareja y comparte la vivienda es la considerada de uso común si se está compartiendo, el artículo 11 prevé dicha situación en la que menciona que no puede realizar ningún acto de enajenación o gravamen u otro que comprometa el uso de la vivienda, sin la autorización de la otra parte.

Este es un apartado en el caso una de las partes quisiera realizar un acto en que la otra no se encuentre enterado de tal acción es considerado anulable y cuyo plazo es de cuatro años desde que tenga conocimiento o su inscripción en el Registro de Propiedad.

Al ser anulable este acto cabría la posibilidad de poder subsanarlo y darle validez si es que otra de las partes se encuentra dispuesto a hacerlo.

Otorgar esa posibilidad es un punto que nos permite establecer el hecho de que pueda existir una manera de proteger a una de las partes bajo la actuación del otro que pone de manifiesto que el lugar donde ellos habitan y es el que comparten comúnmente realizar actos que al final pueda perjudicar.

El legislador en este caso decidió priorizar a la familia que al interés de las partes cumpliendo el acto ya que el hecho de dejar sin hogar a uno de ellos provocaría que exista un desamparo que es la situación que no busca la norma.

Sin embargo, se vuelve a la manifestación de la buena fe en el que si el adquirente del acto demuestra que este ha sido de esa manera e incluso el titular manifestó que el inmueble no tenía la condición de vivienda en común, aunque este sea inexacto no procederá la anulación.

En este último apartado se puede notar que el legislador intentó de alguna manera ejercer alguna protección a la familia pero en este caso utiliza una manera de que no genere consecuencias jurídicas perjudiciales a este tercero de buena fe, creemos que se debe demostrar que el acto fue realizado de tal manera que la parte adquirente a pesar de haber otorgado la debida diligencia de los actos necesarios para poder darse cuenta que el inmueble se encontraba completamente saneado y sin ningún tipo de situación el cual pueda perjudicar a terceros, realizar los actos correspondientes y poder demostrar que utilizó todos los medios pero que ninguno de ellos permitía identificar que esa vivienda era de uso común.

Por otro lado, esto tomaría mayor fuerza si el titular manifestó que ese inmueble no tenía la calidad de vivienda común. En este caso se podría interpretar que a pesar de que exista el conocimiento de que la vivienda es de uso común, indujo a error al adquirente manifestando que ese inmueble no tenía tal condición. Esto claramente ocasiona perjuicios a la otra parte donde el agente que manifestó dicho supuesto en el acto tendría que responder por los mismos y por perjudicar al hogar en común.

El legislador ha querido equilibrar en los casos que una de las partes haya manifestado su voluntad con un vicio y al adquirente de buena fe que realizó dicho acto buscando los medios necesarios para corroborar que no existían dichos vicios que lo llevara a generar la

anulabilidad de tal. Sin embargo, en nuestra opinión creemos que debió únicamente considerarse los criterios de anulabilidad y en caso se quiera otorgar la validez del acto la otra parte lo podría confirmar ya que la prioridad es la familia y la persona que haya realizado tal acción sin haber consultado al otro para su intervención sería responsable por los perjuicios ocasionados al tercero, donde el legislador le dé la prioridad correspondiente a la unión estable y la debida protección. Establecer una salida para que el acto contenga la validez podría prestarse a diversos casos e interpretaciones donde se pueda buscar la manera de llevar a cabo el acto y dejando sin protección a la otra persona a pesar de que el titular se haga cargo de los perjuicios que podría contener en tal acto. Sería importante la interpretación que le podría dar el juez y su valoración para otorgar la validez o la manera de poder ejecutar una acción que pueda ser equilibrada para ambas partes. Entendemos que el legislador en estos casos se encuentra en la disyuntiva de a que se le debería otorgar prioridad, por lo que intentó otorgar un equilibrio para todos y un reconocimiento donde no deje de lado al perjudicado, pero también pudo haberse realizado teniendo como interés primario al derecho de familia.

### **3.7.5 Extinción y compensaciones**

Al igual que en las otras leyes las causales de extinción dentro del artículo 12 enumeran las causales por la cual se podría dar fin a la unión estable y en caso de que esto suceda, ambas partes deben dejar sin efecto el documento público que se hubiera otorgado. En ese punto llega otro cuestionamiento en el cual si bien la ley establece en los casos que se haya constituido por instrumento público no menciona sobre los instrumentos privados o verbales indicados en el artículo 3 referente a la regulación. Creemos que dicha obligación se extiende también a los acuerdos privados y verbales que se hubiesen tomado en su momento donde se le pueda otorgar la extinción, por lo que es recomendable realizarlo en ambos casos donde se vea reflejado el acuerdo de partes.

Asimismo, la extinción de la unión estable genera la revocación de poderes en caso haya existido el otorgamiento a la otra parte y debería inscribirse en el registro correspondiente para poder evitar errores al momento de realizar los actos correspondientes donde ya sea necesaria la intervención de la otra parte.

En caso exista un desequilibrio patrimonial entre ambas partes por el hecho de haberse dedicado únicamente al hogar en común o haya trabajado para el otro conviviente tendrá derecho a recibir una compensación económica. Esto puede ser ejercido por cualquiera de las partes que identifique que existe un enriquecimiento injusto por parte de la otra a que se le otorgue una retribución por las situaciones mencionadas.

Hay posibilidad de reclamar una pensión alimentaria en caso el solicitante no obtenga los ingresos necesarios el cual ha disminuido su capacidad para generarlo, así como en caso tenga hijos comunes cuando sus ingresos se han visto reducidos.

Se puede realizar el reclamo tanto de la compensación económica como la pensión periódica las cuales deben reclamarse conjuntamente para que este caso el juez pueda evaluar como realizará la ponderación de tal.

### **3.7.6 Extinción Unilateral**

Dentro del artículo 12 inciso 1 literal b) indica que se puede extinguir por la decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja, el cual sea debidamente notificada. Únicamente en este caso al finalizar la unión estable no se puede constituir una nueva por escritura pública durante el período de seis meses ya que de realizarlo caería en una causal de nulidad.

Como hemos opinado frente a la ley aragonesa que maneja el mismo criterio, el haber establecido el fin de la convivencia si bien por voluntad unilateral, no tendría que impedir constituir una nueva después de haber finalizado la que tiene. Creemos que esta sería una especie de castigo que otorga la ley al haber ejercido la causal solo por decisión de uno. Lo más adecuado en este caso es que la otra parte pueda solicitar la compensación económica correspondiente y debidamente fundamentada, así como la pensión periódica. El hecho de no permitir la constitución por escritura pública no prohíbe que los nuevos convivientes puedan establecer una situación de hecho que les permita cohabitar. El problema se generaría en los casos de que exista una controversia dentro ese lapso de seis meses ya que se estaría hablando de una nulidad y la parte perjudicada podría quedar completamente desprotegida frente a esa situación.

En los casos de los derechos sucesorios es similar a la ley aragonesa donde no se accede a la propiedad de las joyas u objetos artísticos; sin embargo, hay un agregado en el que se indica que “tengan un valor extraordinario considerando el nivel de vida de pareja y el patrimonio relicto”, por lo que el tratamiento es similar no otorgando la totalidad de derechos hereditarios al concubino supérstite.

### **3.7.7 Unión estable homosexual**

Con relación a la unión estable homosexual el cual se encuentra en el capítulo II de la Ley se refieren a “personas del mismo sexo” que consideren acogerse a este nuevo régimen. Para acreditar la unión debe otorgarse escritura pública donde ambos manifiesten su voluntad conjuntamente constituyendo tal unión.

Uno de los puntos que diferencia a la heterosexual es que no hace referencia a un criterio de temporalidad por lo que, si la pareja ve conveniente establecer la unión sin que estén en contra de los requisitos establecidos en el artículo 20, no habría ningún tipo de problema y sus efectos regirían desde la fecha que fue autorizada.

Respecto a su regulación esta es similar a la heterosexual donde pueden hacerlo de manera verbal, pública o privada tanto las relaciones personales como las patrimoniales.

Dentro de la unión homosexual no se encuentra considerada la adopción conjunta donde únicamente se le otorga los derechos a la pareja heterosexual, pero cabe la posibilidad de que el hijo de una de las partes se encuentre viviendo con ellos y en la ley se establecen como gastos comunes que deberían asumir ambos, tanto como para su calidad de vida como la del hijo de una de las partes.

Respecto a los derechos patrimoniales el tratamiento es similar a la unión estable heterosexual donde se puede realizar un convenio entre las partes la cual pueda regular no solamente

dichas relaciones patrimoniales y personales, sino que se pueden establecer las reglas correspondientes en caso de una compensación económica.

### **3.7.8 Sucesión**

En caso de las parejas homosexuales, las consideraciones respecto a los derechos sucesorios son diferentes a los establecidos en la unión heterosexual donde se le otorgan participación dentro de la sucesión intestada el cual pueda concurrir tanto con los ascendientes como los descendientes hasta la cuarta parte del valor de la herencia.

En caso no haya ascendientes ni descendientes concurrirá con la línea colateral del causante, pero en este caso tendrá derecho a la mitad de la herencia.

Si en caso no haya ninguno de los mencionados anteriormente este tendrá derecho a la totalidad de la herencia.

Esto a diferencia de la pareja heterosexual el cual la presente no establece las limitaciones en caso de joyas, objetos de valor artísticos y otros que tengan un valor extraordinario, por lo que a pesar de que no se le hace concurrir con la totalidad de la herencia es un avance que le permite participar y concurrir dentro de ella. Creemos que en estos criterios de regulación respecto a los derechos hereditarios y con mayor razón a las uniones convivenciales homosexuales que le permitan participar a pesar de que no sea de una manera íntegra; sin embargo, somos del pensamiento que esto deberían concurrir en ambas situaciones tanto en la heterosexual como en la homosexual.

En caso de que exista testamento, se establecen los criterios antes mencionados con el agregado del inciso 2 a) del artículo 34 de la ley.

Esta ley fue el punto de partida para la inclusión dentro del Código Civil de Cataluña, donde se reguló la normativa aplicable cuyo precedente fue la ley 10/1998. Este se encuentra dentro del capítulo IV Sección 1 a partir del artículo 234-1 en el que ya no se realiza la distinción entre uniones homosexuales y heterosexuales.

Asimismo, se creó la orden JUS/44/2017 de 28 de marzo el cual se refiere al reglamento del Registro de Parejas estables de Cataluña, donde se hace mención a la protección jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia.

Dentro de su preámbulo indica que se “trata de un registro de carácter administrativo creado con la voluntad de convertirlo en un medio útil y suficiente para acreditar la existencia de la pareja estable” (Diario Oficial de la Generalidad de Catalunya 2017). Esto es que de alguna manera el legislador ha buscado las formas de poder otorgar una protección adecuada para que esta figura pueda estar protegida por el ordenamiento jurídico.

Dentro de ella se tiene como objetivo conforme a su primer artículo el de “regular la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de parejas estables en Cataluña” (Diario Oficial de la Generalidad de Catalunya 2017).

Una de las novedades del registro es que permite gestionar mediante un soporte informático, lo cual otorgaría una mayor practicidad al momento de realizar la inscripción correspondiente.

Este tiene carácter de voluntario, lo cual es conforme a lo que desean las partes a la inscripción de tal y en caso se extinga la solicitud puede ser por parte de uno de ellos.

Uno de los puntos que genera atractivo en realizar el registro correspondiente es que tiene carácter gratuito por lo que permite a las personas utilizar dicho instrumento sin tener que realizar algún pago correspondiente cuestión que provocaría que las personas se incentiven a inscribir.

Creemos que es un buen avance por parte de Cataluña al establecer una facilidad en la inscripción del Registro haciendo notar que la legislación se ha ido preocupando y actualizando viendo la manera en que sea un atractivo para las personas para someterse a este nuevo régimen. Asimismo, se destaca el principio de igualdad ya que, dentro del Código Civil de Cataluña se contemplaron los mismos derechos frente a todas las personas no realizando una distinción que se podría ver como un desequilibrio al momento de evaluar por el legislador. Además, se le da importancia al pacto de los convivientes y se le considera dentro de una sola legislación.

El avance de la historia ha provocado que tanto en la legislación aragonesa como en la de Cataluña sean considerados dentro de su ordenamiento actual y vigente lo que primero vieron como una manera de poder adecuarse a la situación que se venía repitiendo en los países europeos. Esto es un ejemplo que nuestra legislación también debe tomar como punto de partida no solamente los ordenamientos de los países latinoamericanos sino también los europeos. Si empezamos a evaluar nos damos cuenta de que estos cambios no han tenido mucho tiempo dentro del ordenamiento, pero fue el punto de partida para considerarlo dentro del Código.

Creemos aún que se podría reforzar esta figura de la convivencia estable en pareja que ya forma parte de todo un capítulo dentro del Código Civil otorgándole derechos y deberes los cuales le sirven a las partes como punto de inicio.

Otro aspecto importante es el que puedan establecer el pacto de los convivientes que le da la oportunidad a la pareja a regir la manera de cómo se aplicará dentro de su convivencia ya que dentro de estos pactos no existe alguna limitación o establecimiento a qué régimen se deben adscribir, sino que lo deja libre a la voluntad de las partes y asimismo conforme indica la ley pueden establecer también las formas en que este se va a regir y como será al momento de su término.

Ambas leyes tienen tantas similitudes como diferencias en sus tratamientos, uno de ellos al inicio realizó una diferenciación entre las uniones heterosexuales y homosexuales mientras que la otra consideró solo una. Al paso del tiempo cada uno de ellos decidió incluirlo dentro de sus Códigos Civiles otorgando un reforzamiento a las leyes que fueron derogadas.

Es un acierto establecer la gratuidad respecto al registro de las uniones convivenciales como contraste a nuestro país, creemos que este modelo podría tener un punto de partida y

diferenciándolo del matrimonio estableciendo los pactos convivenciales en el cual se permita establecer los derechos y obligaciones de ambas partes, así como preocuparse por tener un registro donde sea más sencilla la manera de suscribirse a tal. Esto permitiría que las personas que se encuentren dentro de la unión de hecho en nuestro país establezcan una manera más amigable de poder registrarse, así como la libertad de las partes de poder establecerlo nombrando los casos en los cuales se podrían considerar y no únicamente a los criterios de temporalidad que maneja nuestro Código Civil. Creemos que es un punto de partida para reforzar esta figura no solamente al momento de constituir la sino en su forma patrimonial, punto importante para que la pareja estable o los concubinos como lo llamamos en nuestro ordenamiento conozcan la forma en que podrían generar los actos correspondientes y registrar con las condiciones necesarias para poder llevar una unión más armoniosa.

### **3.8 Unión de hecho en Francia**

Francia al igual que los demás países pasó por una serie de análisis y situaciones en las que hubo discusiones respecto a validar ya que la institución del matrimonio era la única considerada dentro de este país; sin embargo, en medio de debates y manifestaciones se empezó a discutir la figura de la unión convivencial la cual tuvo distintas posiciones respecto al reconocimiento.

Esto es principalmente por aspectos sociológicos los cuales la comunidad indicaba que no estaba lista para aceptar una figura de tal manera; sin embargo, la realidad demostraba que el matrimonio no era la única institución para la unión de las personas y estas se debían considerar dentro de la legislación.

Es por ello que, al aparecer nuevas formas de unión en las parejas diferentes a la institución regulada, reforzó la posición del legislador al querer normarla con el objetivo de no dejar sin amparo a estas parejas cuya unión era por una situación distinta a la del matrimonio.

Con ello se aprobó el Pacto Civil de Solidaridad, conocido como PACS, el cual se insertaría dentro del Código Civil. Por lo que se consideraba figuras como la unión libre en el cual las personas con total libertad podrían compartir el hogar sin la necesidad de establecer derechos por tal y el concubinato organizado, el cual se adscribe al Pacto Civil de Solidaridad.

La legislación contempló esta última figura dejando a la libertad de las partes la unión libre el cual vio una manera de que no exista ningún tipo de compromiso de las personas, sino que simplemente se quieran juntar para poder tener una vida en común.

Esta etapa para la legislación francesa fue bastante complicada ya que existían posiciones divididas que la única institución aceptada era la del matrimonio y agregar a eso que dentro de la convivencia no solamente se estaba considerando a la unión heterosexual como lo identificó la legislación catalana, sino que consideraba a todo tipo de personas. Por lo que empezó a generar esta discusión a pesar de que Europa es uno de los continentes donde hay una mayor aceptación frente a la variación de sociedades.

Esto se puede comparar con las sociedades latinoamericanas donde hay una mayor inclinación hacia lo tradicional y es que en el caso de Europa fue complicado legislar una figura donde principalmente se consideraba a todo tipo de personas. Es evidente que dentro

de las legislaciones latinoamericanas genere una mayor oponibilidad frente a la unión de hecho, principalmente por considerar a todo tipo de personas. Punto en el cual complicaba su aceptación social.

A pesar de que las parejas de hecho están dirigidas hacia todas las personas lo que mayor importancia le dieron fueron las personas homosexuales, ya que era algo innovador dentro de la ley donde lo consideraban como una igualdad el reconocimiento positivo de una figura donde anteriormente ni siquiera se encontraban contemplados.

Los Pacs se aprobaron con 315 votos a favor y 294 en contra. Nos damos cuenta de que el tema fue bastante debatido en su momento, pero finalmente se llegó a publicar e incluir dentro del Título XII que habla del Pacto Civil de Solidaridad y el Concubinato.

### **3.8.1 Pacto Civil de Solidaridad**

Previo aprobación de los Pacs no existían artículos que se centraban en el desarrollo de la unión concubina y solamente se tenía el artículo 372 del Código Civil el cual indicaba que “los convivientes de hecho pueden ser titulares de la patria potestad sobre los hijos comunes bajo ciertas condiciones”, esto permitiría divisar que de alguna manera la legislación francesa ya contemplaba de manera indirecta algunos casos en los que podría considerarse a la unión convivencial mas no otorgaba una definición específica que pudiera identificar en qué casos se encontraba bajo esa precepto.

Dentro del Capítulo II se indica que “el concubinato es una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas o del mismo sexo que vive en pareja” (Núñez 2016).

En la definición se le otorga las características que es estable y continuo. Como podemos observar el legislador no colocó ningún criterio de temporalidad que se encuentran plasmadas en otras legislaciones.

El pacto en sí se creó con el objetivo de no ser considerado un concubinato puro o un matrimonio, sino que su regulación legal se inclinaba en establecer las obligaciones de las personas que suscriban a ella.

Y esa era la definición que le otorgaba el artículo 515-1 del Código Civil Francés el cual lo definía como “un contrato celebrado entre dos personas físicas mayores de edad, de sexo distinto o del mismo sexo para organizar su vida en común” (Ginisty 2021). Conforme a la definición se le da un carácter contractual donde priman las obligaciones entre las partes. Conforme a ello estas tienen que ser mayores de edad y deben tener la calidad de personas haciendo indistinto los temas de sexo y con el objetivo de organizar la vida en común de ellos. Es decir, la finalidad de tal es la vida en común en la que se establecen obligaciones entre las partes, pero el objetivo es la organización de la vida que van a compartir juntos.

Los PACS al ser un contrato le da la libertad a las partes de establecer las obligaciones que crean convenientes únicamente la condición que indica el artículo es simplemente la organización. La ley al dar esa definición no establece alguna limitación, únicamente los que se refieren los contratos.



Estos contratos deben suscribirse ante el Tribunal de instancia del lugar del domicilio común, encargándose el secretario anotar que existe este Pacto de Solidaridad.

Sin embargo, el legislador dejó la total libertad de los acuerdos no delimitándolos por lo que creemos que estos al buscar una regulación donde se unan dos personas deben limitarse al desarrollo y la aceptación de ambos, provocando que cada uno de ellos se encuentren de acuerdo con lo que indica el Pacto Civil de Solidaridad.

### **3.8.2 Ayuda mutua**

Las personas que se unen por el pacto civil de solidaridad se deben ayudar mutuamente y también de manera material que también se encontrará regulado en el pacto, indicando como se realizará la colaboración entre ambas personas.

Respecto a la asunción solidaria de las obligaciones por las deudas contraídas por uno de ellos sería para las necesidades de la vida corriente y vivienda común. Esto tiene similitud con la legislación española donde si la deuda era destinada a las causales mencionadas anteriormente tendrían que responder ambas partes; sin embargo, la ley no indica en lo que respecta a si no es destinado para ellos por lo que presumimos que, si la deuda contraída tuvo como objetivo la satisfacción solo de una de las partes este debe asumir la responsabilidad global de la obligación.

### **3.8.3 Bienes**

Respecto al régimen patrimonial de los bienes, estos se deciden dentro del pacto civil de solidaridad, indicando en el documento como se someterán. Esto da libertad a las partes a establecer la forma en que se desean realizar la manera que se distribuirán los bienes para cada uno. Si en caso no exista ninguna manifestación respecto al régimen que van a optar la ley presume que estos serán indivisos por la mitad.

Es importante destacar que esto se vale al PACS ya que les da una libertad absoluta a las partes de como asignar los bienes que formarán parte de su patrimonio. Y si en caso contrario no se le asigna se le califica como lo que en nuestro país llamamos el régimen de sociedad de gananciales.

### **3.8.4 Disolución**

La ley entiende que esta es una decisión conjunta la cual ambas partes son las que toman los acuerdos que al momento de que la vida en común se vaya desarrollando entre ambas personas por lo que, al declarar el fin de esta se debe notificar a la otra parte y también al secretario del Tribunal de Instancia del lugar que resida anotándose dicha declaración en el Registro.

En caso del pacto civil de solidaridad contempla los supuestos de que se ponga el fin unilateral por una de las partes en que se le notifica y el otro es casándose, por lo que no indica en el caso de la muerte de una de las partes como se realiza en otras legislaciones y es que este tipo de documento como lo indica su definición es un instrumento el cual le permite a las personas llevar una vida en común donde comparten una serie de obligaciones en dicho pacto así como obligaciones patrimoniales, pero no lo ve con un fin sentimental. Es decir

que no ahonda en los derechos de familia, sino que lo utiliza como un contrato el cual tiene derechos y obligaciones entre las partes y lo caracteriza por una ayuda mutua y común.

Y esto es como refieren los mismos estudios un puente entre el matrimonio y la convivencia, es decir un ambiente híbrido donde las personas se comprometen en asignar obligaciones y el régimen que creen necesario de sus bienes y las cuales tienen como objetivo la vida en común. En nuestra opinión, es un buen punto de partida para regular una figura que inicialmente no era aceptada por la comunidad, es por ello que no se centraron en una unión entre personas que buscaba lo sentimental sino únicamente que querían juntar sus vidas y obligarse hacia ellos mismos.

Como indicamos es un buen punto para utilizarlo como hito para un principio de que se pueda lograr igualdad entre las partes.

### **3.8.5 Restricciones al pacto civil**

Las personas que sean mayores de edad y se encuentren bajo tutela no podrán suscribir el pacto de solidaridad y si en caso durante el desarrollo de este una de las personas se encuentre sometido a la tutela se puede poner fin a esta.

Respecto a estos puntos nos encontramos de acuerdo en el sentido que la norma ve el pacto civil de solidaridad como algo que puede suscribir únicamente la persona que interviene en ella cuando se encuentra con la capacidad absoluta y no con alguna limitación que permita el aprovechamiento de la otra parte.

Establecer esta limitación es un indicador que se debe tener la capacidad plena para poder asumir este tipo de obligaciones y en caso la persona que durante el proceso una de las personas haya sido sometida a tutela y es la parte interesada a ponerle fin al pacto civil de convivencia, el tutor es quien puede solicitar notificando a la otra parte.

El PACS al momento de su constitución al inscribirse dentro de un registro que es de conocimiento de terceros. Esto al inicio generó una controversia debido a que algunas personas indicaban que esto iba en contra de su privacidad provocando que sean reacios a dicho cambio.

### **3.8.6 Vínculos familiares**

El PACS al ser su naturaleza contractual no genera ningún vínculo con los familiares de la otra parte a pesar de que se hayan juntado compartiendo la vida en común. La ley indica que no habrá ninguna cercanía con los familiares de la otra persona. Creemos que es una de las limitaciones indicadas por la legislación, pero es posiblemente para establecer una diferenciación con los otros regímenes.

### **3.8.7 Derechos Sucesorios**

Dentro de esta figura no están contemplados los derechos sucesorios lo cual se tendrían que utilizar otras vías para que la otra persona pueda heredar; sin embargo, estas se encuentran limitadas por la ley ya que al no ser considerado un familiar directo tiene las limitaciones que establece la legislación en caso sean personas ajenas a la esfera familiar.

Esto guarda relación con los vínculos familiares indicados anteriormente, es claro que la otra persona no podrá formar parte de la masa hereditaria. Es un punto de inflexión que establece la ley, aunque por otro lado al tomarlo como un contrato el legislador lo ve de una manera distinta se concibe como un pacto a pesar de que sea una unión por parte de ambas personas para compartir la vida en común.

### **3.8.8 Adopción**

Dentro de la ley no se contempla la adopción ya que en legislación no se habla de una cercanía familiar. Creemos que los que forman parte de esta figura no están autorizados para adopción como pareja inscrita dentro del PACS.

La relación entre las personas suscritas a los PACS conforme a la redacción de la ley está limitada a las relaciones jurídicas de estas, pero no hace referencia a los descendientes de ser el caso.

Esto guarda relación tanto a los derechos hereditarios como a la naturaleza de los PACS que buscan una unión sin un vínculo que sea tan estrecho entre ambas personas siendo meramente contractual y teniendo como principales características la ayuda mutua y material pactadas en el mismo documento.

### **3.8.9 Impuestos**

Se indica que “los miembros vinculados por un pacto de solidaridad definido en el artículo 515.1 del Código Civil son objeto para los ingresos apuntados en el primer párrafo de una imposición común a partir de la imposición de los ingresos del año del tercer aniversario del registro del pacto” (codesdroit.org 2021), siendo objeto a una imposición común respecto a tal donde se considera común y solidaria.

### **3.8.10 Concubinatio**

El concubinatio tiene un tratamiento propio dentro del ordenamiento francés que se considera como una “unión de hecho caracterizada por una vida en común que presente un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o el mismo sexo, que viven en pareja” (codesdroit.org 2021).

A pesar de que se establecieron los PACS dentro del ordenamiento francés, este decidió darle una definición al concubinatio donde se le otorga la calidad de vida en común el cual es la manera que la pareja comparte y cuyas características son que sean estables y continuos. Si bien no se establece un tiempo específico determinado para considerarlo de esa manera, cumpliendo con lo indicado en la norma se podría atribuir esta calidad de concubinatio.

Dentro de este régimen cada persona tiene la calidad de propietario de sus bienes a menos que exista una indivisión la cual será administrado por ambos respecto a los actos que vayan a celebrar.

En caso de los impuestos estos son asumidos por separado y no hay una solidaridad entre ambas partes.

No hay una forma establecida del concubinatio a comparación de los PACS. Entendemos que el legislador interpreta a esta figura como una unión de hecho que a pesar de que se

comparta una vida en común, cada uno de ellos tiene la libertad de sus propios bienes y realizar los actos correspondientes que crea necesario.

Igual es en el caso de adopción donde la ley no indica alguna manera de que sea por la pareja por lo que entendemos que podría realizarse de manera individual.

Existen estas figuras dentro del Derecho Civil Francés que permite identificar que el legislador vio que el matrimonio no es la única figura que puede suceder en la realidad de la sociedad. Si bien inicialmente la comunidad fue reacia al aceptarla principalmente porque consideraba dentro de ello a personas del mismo sexo, la legislación entendió que existen otros tipos de unión por parte de las parejas y esto es más aún cuando las estadísticas han indicado que se está volviendo una figura atractiva para las personas.

Haciendo un símil con nuestra legislación vemos que el Derecho francés solamente define el concubinato, pero no le da un tratamiento como tal; sin embargo, con el Pacto Civil de Solidaridad genera diversas obligaciones que responden a la manifestación de voluntad de las partes sin tener ningún criterio de temporalidad. Esto se podría utilizar dentro de nuestra legislación que como hemos venido estableciendo y el utilizar un pacto previo a la constitución de la unión de hecho en el cual se puedan indicar las obligaciones de las partes y como será en el aspecto patrimonial, así como una inscripción que sea como en Cataluña, que permitiría una figura atractiva a las partes y puedan optar por la inscripción de las uniones convivenciales.

Hemos notado que hay un tratamiento autónomo que aún no está contemplado en nuestra ley por lo que creemos que las legislaciones de otros países otorgando a esta figura una manera de poder hacer un estudio y ver como se desenvuelve en la realidad de cada país, permitiría una mejor visión y regulación de las uniones convivenciales.

### **3.9 Unión civil en Italia**

Mientras que varios países europeos empezaban a realizar sus legislaciones propias sobre las uniones de hecho y otorgando importancia a la convivencia tratando de equipararlo con otras figuras de familia, Italia todavía se mantenía al margen de lo que sucedía en la Unión Europea y no registraba algún interés en legislar lo que concierne a las uniones de hecho o convivencia.

Es por ello que al notar los distintos conceptos que se venían elaborando en familia se empezaban a establecer situaciones distintas las cuales viniendo de la necesidad de que la igualdad tendría que ser uno de los pilares de esta concepción, se empezó a debatir un proyecto de ley llamado “Ley Cirinná” impulsado por Mónica Cirinnà del partido democrático la cual tenía como punto principal la unión civil y convivencia entre personas que son del mismo sexo.

Es por ello que se establecen las figuras del matrimonio, unión civil y cohabitación de facto.

Entonces con este nuevo impulso se promulgó el 20 de mayo de 2016, la ley N. 76 cuya entrada en vigor fue el 05 de junio de 2016.

### 3.9.1 Concepto de familia

Con esta nueva ley, se amplió el concepto de familia ya que en 1975 con la Ley N° 151 del 19 de mayo del mencionado año se establecieron algunas reformas donde algunas de ellas fueron la filiación extraordinaria, suprimiéndose la “filiación ilegítima” (Carbajo 2016) para los hijos no nacidos dentro del matrimonio, llamándose “naturales” (Carbajo 2016).

Aun así, las diferencias no eran muy notorias y es que dentro de la legislación italiana para ir acorde a los acontecimientos sociales que no solamente ocurrían en su país sino alrededor del continente, no tenían mucha influencia en la actualización y reforma sobre las normas. Es por ello que el 2016 con la promulgación de esta nueva ley se viene un vuelco importante frente a lo que estaba ocurriendo y de acuerdo a ello evaluar el impacto que tuvo sobre la sociedad.

Si bien al igual que en otros países y principalmente en el continente europeo ya existían nuevas formas de reconocimiento de familia y estos se encontraban plasmados en sus regulaciones, Italia aún tardó en establecerlo dentro de su sistema legislativo el acoplarse a los países vecinos.

También se estableció una reforma conforme a la ley núm. 219 del 10 de diciembre de 2012, sobre el reconocimiento de los hijos otorgándole el mismo status quo a todos los hijos sean dentro o fuera del matrimonio, regulando los derechos y deberes de estos.

Entonces podemos notar que han existido cambios que, si bien no han sido acorde al desarrollo de la sociedad, no podemos indicar que estos no han existido y en algún momento se han propuesto. Creemos que Italia al igual que otros países ha evaluado si esos cambios traerían impactos positivos dentro de su legislación. Si bien las leyes se van amoldando acorde a los cambios sociales dentro de cada país también su objetivo es regular y es por eso que por cada cambio que exista se tiene que promulgar alguna nueva ley. En caso de Italia al igual que otras legislaciones se tuvo que ponderar si era necesario ampliar el concepto de familia y de acuerdo con ello es donde se publicó la llamada “Ley Cirinnà” (Brito 2021).

Al igual que en otros países las nuevas costumbres de la sociedad y tendencias indicaban que los matrimonios no venían siendo la figura principal como indicaba la ley por lo que las parejas tenían su familia, pero bajo conceptos que no se encontraban establecidos dentro del Código.

Es por ello que al identificar que en la realidad no existía un único modelo de familia el legislador tuvo la obligación de evaluar y ver si efectivamente era necesario ampliar los criterios que se venían manejando hasta antes de la promulgación de la ley.

La ley Cirinnà buscaba ampliar los conceptos de familia y como mencionamos anteriormente el matrimonio empezó a formar parte de un conjunto de consideraciones respecto de las uniones.

Esta ley ya no regula únicamente la unión entre el hombre y la mujer, sino que se extiende para personas del mismo sexo, entendiendo que el concepto de familia se va ampliando al concepto de persona y no estableciéndolo únicamente si los intervinientes son considerados hombres o mujeres.

También se consideró lo que se podría denominar el “régimen económico matrimonial” donde la pareja establece como se van a establecer los derechos y deberes entre ellos, así como lo relacionado a lo patrimonial donde se podrá delimitar y establecer de acuerdo a cada conviviente los ingresos como egresos establecidos dentro de la denominada unión donde ambos participen y de acuerdo a su voluntad puedan realizar los aportes que crean convenientes y puedan de alguna manera mantener un equilibrio entre ambas partes de acuerdo a la economía de cada uno de ellos, donde con antelación puedan acordar un contrato que le permita a ambas partes tener claridad de lo que cada uno está obligando y este pueda tener los efectos que la ley dispone.

En este contrato de convivencia se establece como contribuye cada uno de ellos y de acuerdo a la manifestación de voluntad de cada uno esta tiene que satisfacer a ambas partes para que se acuerden los términos y condiciones correspondientes que le permitan obtener lo que se requieran conforme a sus propuestas.

Somos de la opinión que la legislación italiana si bien no estuvo acorde al avance de la sociedad, esta nueva propuesta legislativa la cual entró en vigencia y donde su arma principal era el fortalecimiento de la unión civil, principalmente por las parejas del mismo sexo, también generó beneficios para todas las personas con la declaración tanto de la cohabitación de hecho donde se prioriza la protección constitucional de la familia en la que se reconoce la unión de las personas que le da tutela correspondiente apoyando de esta manera y donde existe la posibilidad de registrarlo sin la necesidad del acto matrimonial.

Bajo este contexto los contratos de convivencia nos otorgan una idea más amplia del tema de investigación, donde tiene una relación con los pactos convivenciales que se vienen tratando ya que en este caso se establecen las relaciones económicas y patrimoniales, que de acuerdo a la ley lo limita a ello y enfocándose en lo relacionado a lo económico.

Este modelo también podría formar parte de la propuesta que se está estableciendo en lo que concierne a nuestro país donde nos podemos dar cuenta que Italia al igual que Francia y otros países vienen considerando que las uniones no solamente integra la parte emocional, sino que también se encuentra junto a ello la parte patrimonial en la que esta coliga con la otra parte y se establece una manera específica que no se puede apartar una situación de la otra.

Si bien Italia tiende a centrarse a relaciones económicas y patrimoniales donde se especifique cual es el aporte que debe realizar cada una de las partes nos permite también tomar ese modelo para lo que se está proponiendo en la presente investigación. Creemos que el aporte que nos podría dar la legislación italiana permitiría también delimitar las obligaciones que se creen entre ambas partes.

Respecto al matiz de las uniones civiles y la convivencia de hecho la legislación italiana ha decidido separarlo y otorgar a las personas del mismo sexo la unión entre ellos para conceder derechos hereditarios o elección del apellido de una de las partes. Con relación a la adopción no se le ha otorgado ese derecho y es donde la sentencia N° 230 del año 2020 el Tribunal Constitucional declara inadmisibile el pedido de reconocimiento de adopción de una pareja que tuvo reconocimiento por unión civil ya que menciona que “solo derechos y deberes derivados de la unión civil”.

Estas personas habían adoptado a un menor y querían que este derecho sea reconocido por la legislación italiana y en unos de sus considerandos indica que “sentencia n.º 237 de 2019, el Tribunal también declaró que las conclusiones opuestas no podían dar lugar entonces a la Ley n.º 76 de 2016, que –si bien reconoce la dignidad social y jurídica de las parejas formadas por personas del mismo sexo– no permite, en ningún caso, la filiación, tanto adoptiva como por fecundación asistida, a su favor (...)” (Corte Costituzionale 2020).

Por lo que con estas y otras consideraciones no concedió a su favor la adopción por parte de una pareja del mismo sexo ya que esto no se encuentra reconocido en la mencionada ley “Cirinnà”.

La unión civil se encuentra delimitada y si bien se ha llegado a un gran avance otorgando derechos hereditarios o indemnizatorios de ser el caso también existen límites como lo es la adopción.

Uno de los puntos a favor que vemos en esta nueva ley y conforme a nuestra investigación es el contrato de convivencia donde se busca la equidad entre las partes y donde se establezcan las obligaciones pudiendo ser modificado en cualquier momento ya que cada uno de ellos de acuerdo a sus avances y proyectos pueden tener algunas situaciones a su favor que entre ambos puedan concluir que se establezcan otras obligaciones frente a este contrato de convivencia.

El contrato de convivencia también puede ser sujeto a resolución o rescisión de acuerdo a lo que indica la ley la cual puede ser por decisión unilateral, acuerdo de partes o el matrimonio.

Esto es una manera de poder prever una situación de ruptura indicando cuales fueron las obligaciones y compromisos de ambas partes y establecer una manera más célere de solución de conflictos.

### **3.10 Unión de hecho en otros países de Europa**

Respecto a la evolución de la unión de hecho, y como sucedió en los países latinoamericanos, donde la sociedad por diversas creencias solo aceptaba a la institución del matrimonio como la única figura que era para unir a las parejas donde se agudizó cuando entraron a tallar los reclamos de la igualdad porque bajo las primeras perspectivas se aceptaba y con posiciones encontradas la unión de hecho heterosexual.

Y es que algunas doctrinas no lo consideraban ya que, según sus opiniones, era una “institución sombra del matrimonio”, donde la pareja en realidad no quería compromiso alguno y esto no debería ser “premiado” por la legislación.

Entonces llegaban las contradicciones porque si una persona quería obtener derechos de unión con su pareja tenía una institución el cual se contemplaba en cada legislación la manera de que estos se puedan vincular; sin embargo, ellos mismos rechazaban la propuesta de un criterio formal para dicha unión. lo que generaba la contradicción ya que cuando suscitaban las controversias acudían al órgano jurisdiccional para hacer valer derechos que hasta ese momento no existen.

No obstante, el derecho tuvo que realizar una intervención ya que al tener varios pronunciamientos jurisprudenciales y al aumento de esta figura en cada país, forzosamente tuvo que considerar un apartado dentro de cada ordenamiento.

En un principio la concepción se estableció como una parte del matrimonio, pero la inclusión provocó que este se extienda más allá de la unión entre heterosexuales. Y es ahí donde se considera el término “persona” en las legislaciones cambiando su concepción a una “alternativa al matrimonio”. Los legisladores entendieron que también era una forma de formar familia por lo que se cambió el concepto a que solo querían escapar del compromiso matrimonial.

Esto provocó que la nueva tendencia al concepto indicado conlleve a que cada legislación considere nuevos preceptos dentro de sus leyes por lo que se le dio una definición distinta de acuerdo a las creencias y aceptaciones que siguen cada sociedad.

Es ahí donde algunos países se guiaban por un tema contractual, como es el caso de Francia que se regula mediante el Pacto Civil de Solidaridad o Italia con su contrato de convivencia, a comparación de otras legislaciones que lo ven desde otra óptica. Esto no quiere decir que no toman en cuenta las relaciones contractuales, sino que su punto de partida va desde la consideración relacionándolo como una nueva forma de familia.

En lo que coinciden las legislaciones europeas es en considerar dentro de ellos a las personas otorgando igualdad a los que quieren someterse a este régimen.

Cada legislación según sus criterios y lo que plantea su grupo social regula la unión de hecho desde su perspectiva. Por ello, a pesar de que las legislaciones europeas poseen criterios similares como hemos mencionado antes su punto de partida es distinto. Uno de los casos especiales es Francia, que regula el tema de manera distinta a otros países.

### **3.10.1 Unión de hecho en Suecia**

En el caso de Suecia, este promulgó primero la ley 1987:232 de cohabitación (Casals 1995:1766), en el que conforme a su primera sección indica “que concierne tanto a lugares de residencia compartidos como a los bienes materiales que éstos contengan, en referencia a las personas que cohabiten en el mismo lugar”.

Esta ley indica en su sección 1 que la vivienda “sea compartida por un hombre y una mujer solteros en circunstancias análogas al matrimonio” (Casals 1995 :1766).

Ellos toman la convivencia entre dos personas como una cohabitación donde se comparte el inmueble por ambas personas; sin embargo, para la actualidad esta definición tendría que ser complementada porque ahora dos personas de diferente sexo o del mismo pueden compartir un inmueble sin que necesariamente sean pareja.

Dentro de la segunda sección identifica la ley cuando se refiere al lugar de residencia compartida donde principalmente se menciona la propiedad real, alquiler, derecho de uso donde se encuentre destinado al “uso común de ambos” (Casals 1995:1766).



Esta concepción es distinta a los nuevos criterios de familia ya que se centra en una convivencia heterosexual donde es una vivienda compartida entre el hombre y la mujer.

Es una diferencia que llama la atención porque utiliza una de las características de la convivencia y toma como punto principal para su desarrollo el término cohabitación. Asimismo, la legislación en su sección 3 indica que los “bienes o enseres materiales contenidos en un lugar de residencia compartido deben entenderse incluidos los muebles, utensilios domésticos y otros artículos materiales dedicados al uso exclusivo de la vivienda compartida”.

Hasta este momento la ley establece situaciones en que dos personas heterosexuales compartan una vivienda y las cosas que se encuentran dentro de ella forman parte de este universo de bienes que se encuentran dentro de la cohabitación.

En la sección 5 se hace referencia a la división de propiedad en el que indica “cuando se termine esta relación en la que existe la cohabitación, vivienda comunitaria y bienes contenidos en ella serán distribuidos entre estas según la división de propiedad siempre que dicha propiedad fuera adquirida en su momento para uso común” (Nava 2007:95).

Si en caso de uno de ellos fallece, la otra parte puede solicitar una división de propiedad, antes que se redacte el inventario de los bienes poseídos.

Hasta este punto entendemos que la legislación sueca ha regulado esta figura desde una perspectiva en el que se toma en cuenta principalmente los derechos de uso y propiedad, cuando las dos personas vivan dentro de este. Por lo que los puntos principales que forman parte de esta norma es el establecimiento del lugar donde habitan y los bienes que forman parte de este.

Entonces bajo esta perspectiva la norma no realiza indicación alguna sobre el régimen patrimonial que se toma dentro de la ley únicamente menciona sobre los supuestos referidos a la propiedad y en qué casos se le considera cuando se encuentra dentro del derecho de cohabitación. Asimismo, no indica sobre un Registro en el cual exista un reconocimiento de la unión de ambas personas o algún pacto previo como indica otras legislaciones donde se establezcan los derechos y obligaciones de ambos. Solamente se ciñe dentro de su definición si el hombre y mujer comparten el mismo lugar en circunstancias análogas al matrimonio. Creemos que al referirse a la similitud matrimonial entrará en una interpretación más allá de lo que dice la ley para considerarlo una unión de hecho que tiene mayores características que el compartir la vida en común.

Los bienes según la interpretación de la ley se presumirán comunes ya que conforme a la sección 6 cuando se proceda a la división de propiedad, se procederá a calcular los bienes compartidos por ambos cohabitantes.

Con relación a los cálculos la ley indica en su sección 7 que se “deducirá de la parte que corresponde a cada uno de los cohabitantes una cantidad suficiente para cubrir las deudas que existían cuando acabó la relación”.

De acuerdo a ello, la división se realiza proporcionalmente a cada una de las partes intervinientes y si en caso la propiedad esté sujeta a una hipoteca y le otorga la propiedad a la otra persona deberá ser liberada totalmente de la responsabilidad o depositar la suma de dinero destinada a pagarla.

En caso de la muerte de una de las personas el cohabitante supérstite podrá solicitar la división de la propiedad y tomar posesión de la vivienda o los bienes que se encuentran dentro de ella donde en la repartición se le otorgará una parte de la propiedad que se encontrará libre de deudas en la medida que esta sea suficiente.

En caso sea la vivienda de alquiler si no se encuentra ésta dentro de la propiedad dividida y una de las partes demuestra que tiene una necesidad de quedarse en esa vivienda teniendo el sustento necesario para tal, podría realizarlo cuando la otra persona considere que pueda ser así.

En los casos de transferencia, cesión o uso, no se podrá realizar sin el consentimiento del otro. Lo mismo sucede en el caso de constituir algún gravamen sobre la vivienda.

Principalmente esta norma se basa sobre las características que tomarían ambos cohabitantes respecto a la vivienda y lo que ocurriría frente a diversas situaciones que se puedan suscitar y que ambas partes deberían realizar conforme a lo que puede ocurrir donde la necesidad de la conformidad de la otra parte es uno de los puntos fundamentales para realizar acciones que puedan posiblemente perjudicar si es que no tuvo conocimiento de tal.

El Tribunal tiene una serie de decisiones respecto a algunas situaciones que podrían ocurrir las cuales están contempladas dentro de la ley y entre ellas se encuentra que mientras no se haya realizado la división la persona tiene derecho a permanecer en la vivienda, así como disfrutar los bienes que se encuentran dentro de ella, pero en este caso a criterio del Tribunal puede establecer que sean solo algunos bienes los que se encuentren considerados.

En estas secciones el tribunal tiene la potestad de dejar residir a una de las personas hasta que exista la división de este, así como si la vivienda se encuentra arrendada la cual según decisión del Tribunal puede continuar la persona viendo en ese lugar hasta que exista una decisión en el juicio definitivo.

Asimismo, bajo el marco de una nueva ley se consideran a las parejas homosexuales donde se encontrarán también sometidas a la ley de cohabitantes entre otras como en el Código de herencia, Código de propiedad real y otras consideradas a guardar relación con las parejas del mismo sexo.

Adicionalmente se creó el Registro de Parejas Homosexuales, donde pueden registrar su situación como pareja de hecho.

Como puntos resaltantes de esta norma es que la disolución puede ser por fallecimiento y por otras causales aplicables en la disolución de pareja inscrita.

Respecto a los efectos legales conforme indica la norma son los mismos establecidos en el matrimonio y la pareja, así como individualmente no podrán adoptar.

En principio, la norma se encuentra regida por una convivencia en la que se determina mayormente los criterios de vivienda y los bienes que se encuentran dentro de ellas, otorgando un comportamiento análogo al matrimonio.

Posteriormente se actualizó bajo una nueva normativa donde se incluía a las uniones homosexuales lo cual se regularon no solamente los temas de vivienda que le conciernen a las parejas heterosexuales sino cuestiones propias de dicha unión.

Bajo nuestra opinión, el utilizar solamente los criterios de cohabitación y el uso de vivienda se podrían ampliar y otorgar un trato autónomo a la unión de hecho, ya que la figura en otras legislaciones tiene un criterio más amplio en su tratamiento.

Por otro lado, no se habla de un pacto como lo que hace Francia donde se pueda regular previamente los derechos y obligaciones de ambas partes. Lo que se da un mayor valor es al derecho de vivienda en caso sea propia o alquilada.

Utilizar criterios de un elemento de la unión de hecho podría dejar algunas aristas las cuales se encuentran reservadas a los Tribunales donde ellos según su interpretación utilizarán los criterios necesarios para emitir fallos que sean considerados justos para ambas partes.

Por otro lado, es valorable el utilizar criterios autónomos que permitan distinguir las figuras de la unión de hecho en este país que también vio la necesidad de legislar acerca de esta figura que en la realidad se utilizaba con mayor índice dentro del país.

### **3.10.2 Unión de hecho en Dinamarca**

Los daneses fueron uno de los precursores en los casos de unión de hecho homosexual haciendo un símil con el matrimonio con la Ley 372 de 1989 (Nava 2007:106), incluyendo lo referente a las sucesiones.

Durante la historia tuvo un gran impacto la unión homosexual ya que se veía como una realidad en la cual la legislación tuvo que darle la calidad de familia, limitándose incluso dentro de sus apartados a la ley matrimonial.

Su dispositivo legal es bastante corto y se limita a las parejas del mismo sexo indicando que podrán tener una relación de pareja.

El punto importante es que le da los mismos efectos legales que el matrimonio, pero no le da la posibilidad a la unión de hecho poder adoptar.

En efecto, no se encuentran causales de disolución y en qué momento es considerada la unión ya que no existe un criterio de temporalidad u otros que establezcan lo que se requiere para ser considerados pareja y simplemente lo equiparan al matrimonio haciendo un símil entre ellos.

Creemos que se podría mejorar en este caso ya que, si conforme a la perspectiva de otros países puede existir similitudes entre ambas concepciones, pero finalmente tienen una visión distinta entre ellos. Por lo que, si se desea equiparar se debe tomar en cuenta que no todo lo que se considera en un matrimonio podría suceder en la unión de hecho ya que hay consideraciones que están reservados para tal, como el divorcio, adopción, entre otros.

### 3.10.3 Unión de Hecho en Países Bajos

El 5 de junio de 1997 (Nava 2007:110) se publicó la ley para modificar el Libro 1 del Código Civil pudiendo legalizar la convivencia entre personas y darle la posibilidad de realizar una inscripción de esta.

Dentro del título 5 se agregan nuevos artículos empezando por el 80 a, donde indican las personas que podrían solicitar la convivencia inscrita. Entre ellos inicialmente se encuentran los mismos holandeses que residen en ese país, ya que en el caso de las personas que no posean dicha nacionalidad lo podrían solicitar siempre que tenga alguna de las partes la nacionalidad de la Unión Europea, y que cumpla los requisitos de convivencia.

Dentro de la ley la convivencia tiene ciertas formas de llegar a su fin y una de ellas que es similar a otras legislaciones es la muerte. Por otro lado, hay un punto que indica la desaparición de uno de los miembros y una nueva convivencia inscrita o matrimonio del otro miembro.

Este último punto tiene algo en particular ya que indica que para terminar con esa convivencia debe encontrarse inscrita por lo que, en el caso que una de las personas desaparezca y conviva con otra, pero dicha convivencia no se encuentra inscrita se podría inferir que no entraría dentro de esta causal para solicitar el fin de dicha unión.

Creemos que se puede complementar indicando también la característica de la convivencia no inscrita, la cual pueda ser una causal de disolución y no acudiendo al órgano jurisdiccional como indica el inciso d), la cual es a petición de parte.

Otra de las causales es con “la aprobación mutua al funcionario del Registro Civil de una declaración firmada y datada por uno de los miembros y uno o dos abogados u notarios, por la que conste el hecho y momento en el cual los miembros convinieron con la terminación de la convivencia inscrita”. En este apartado es necesaria la aprobación por parte del abogado o notario el cual certifique la terminación de la convivencia.

En nuestra opinión creemos que con el solo hecho de solicitar al funcionario público se podría dar el fin de la convivencia ya que otros funcionarios certifiquen como el notario o el abogado, burocratizaría el procedimiento lo que no sería óptimo para buscar que esta figura sea más célere.

En el caso de lo mencionado anteriormente aparte de la solicitud y los otros requerimientos que la legislación requiere, debe incluir algunos preceptos que no son bajo sanción de nulidad.

Dentro del artículo 80d se solicita incluir “la prestación para el sostenimiento en beneficio del miembro registrado que no tiene suficientes recursos” (Nava 2007:111), este es un punto por el cual se indica que si una de las partes no tiene los medios económicos por el cual pueda sostenerse, la otra parte puede otorgar asistencia. Dentro de este artículo no hay indicación del tiempo en el cual se daría la mencionada prestación por lo que se infiere que podría ser únicamente al momento de la declaración o dependería de lo que establecen las partes en el documento entregado al funcionario del Registro Civil.

En los casos de disolución y al momento de querer contraer un nuevo registro de convivencia, se podría realizar sin transcurrir algún tiempo como se indican en otras legislaciones, únicamente se menciona que serán juzgados al momento del acto lo cual deja al análisis para evaluar si es conveniente contraer la nueva inscripción.

Si en caso se haya inscrito la disolución y las personas deciden juntarse nuevamente y formar una convivencia, dicha disolución no tendrá efecto alguno; sin embargo, se debe contemplar si se realizaron actos durante esa separación, esta será evaluada de acuerdo al momento que se ejecutó el acto por lo que dependerá de lo que se ha realizado para poder declarar si este fue válido. Aunque nosotros somos de la opinión que si se separaron y este se encuentra inscrito en el lapso que ocurrieron los hechos y si uno de ellos se obligó frente a un tercero, este debería conservarse como una medida de protección hacia el tercero de buena fe.

Posteriormente se promulgó la ley de 21 de diciembre de 2000 de modificación del libro 1 del Código Civil en la cual se regulaba la apertura del matrimonio entre personas del mismo género y adopción por las mismas, las cuales les permiten a las personas adoptar.

La ley de Países Bajos contempla varios supuestos en los cuales se acopla no solamente a la unión de hecho, sino que va más allá relacionándolo a los matrimonios y adopción para todas las personas.

En nuestra opinión, a pesar de que Dinamarca fue uno de los países “precursores” de las uniones de personas, los Países Bajos han extendido su bagaje y han considerado mayores supuestos sobre el tema.

Si bien han sido considerados expresamente la situación de cuando se constituye los supuestos de disolución, así como en los casos que la pareja opte por decisiones contempladas dentro de la ley no se indica expresamente el régimen patrimonial que ellos tomarían, por lo que a nuestro criterio otorga libertad a las partes de pactarlo y establecerlo bajo los supuestos de la inscripción. El no establecer de manera específica el régimen podría provocar una incertidumbre, pero en las leyes posteriores las cuales la relacionan al matrimonio, creemos que da la libertad a las personas optar por el régimen que otorga la ley en los casos que contraigan la mencionada figura.

Creemos que es una ley bastante amplia que considera no solamente a la convivencia como una figura que fue tomando fuerza en los países europeos, sino que decidió considerarlo dentro de su Código Civil y otorgarle un régimen autónomo que le permita a las personas tener una idea más clara de los derechos y obligaciones que tienen al someterse a una convivencia inscrita si es que optan por esta regulación.

#### **3.10.4 Unión de Hecho en Bélgica**

Dentro de la legislación belga, la ley de 23 de noviembre de 1998 (Nava 2007:124) se le considera también como el derecho a la cohabitación legal, donde no hay una serie de normas que establezcan los puntos específicos a tratar respecto a la unión de hecho en sí. Como comentamos en Suecia, se toma una parte de toda la definición que se le atribuye a la unión de hecho por lo que no observarlo desde un ámbito general ocasionaría que existan vacíos

donde no se consideren todas las situaciones provocando al final que los tribunales interpreten a su criterio.

En su definición la ley entiende como cohabitación legal la situación de vida común de dos personas que hicieron una declaración por medio de un escrito.

Una vez realizado lo indicado anteriormente, el oficial del registro civil verifica si se ha cumplido con las condiciones necesarias por ley y según ello, procede con el registro correspondiente.

Conforme a la ley la cohabitación legal culmina cuando estos se casan, uno fallece o se pone el fin a ella.

La manera de ponerle fin puede ser tanto de mutuo acuerdo como de manera unilateral realizando una declaración escrita comunicando la disolución.

En caso de deudas existe responsabilidad solidaria cuando una de las partes se obliga para las necesidades de la vida en común; sin embargo, no hay obligación por las deudas excesivas referente a los recursos de los cohabitantes.

En cuanto a los bienes cada uno ejerce su propiedad, así como los ingresos que proporcionan estos bienes y sus ingresos del trabajo; sin embargo, los que no se pueden probar que pertenece a uno de ellos será considerado como indiviso.

El juez puede intervenir a petición de las partes en los casos que existan sucesos que perturben su armonía como lo indica la ley, estableciendo las medidas urgentes y provisionales relativas a la residencia, la persona o a los bienes de los cohabitantes y de los hijos, así como sus obligaciones contractuales.

Cuando exista el cese de la convivencia, y solo si es a petición de las partes, el juez puede establecer medidas que se deban cumplir, pero estas no deben exceder de un año.

### **3.11 Unión Civil y la doctrina peruana**

La doctrina peruana ha tenido comentarios tanto sobre la unión de hecho, así como acercamientos a lo que denominamos el pacto convivencial.

Erika Irene Zuta Vidal en su artículo la “Unión de hecho, los derechos de sus integrantes y sus desafíos pendientes” nos señala que nuestra sociedad aún tiene algunos retos y que todavía sigue en vías de desarrollo donde ha notado que las uniones de hecho han mostrado un acrecentamiento conforme a los estudios del INEI haciendo un recuento de los antecedentes que fueron iniciando dentro de nuestro código civil y cómo ha evolucionado hasta las legislaciones actuales.

Asimismo, enumera los requisitos que se deben tomar en cuenta para configurar la unión de hecho, así como formas de reconocimiento y los derechos que se configuran una vez declarada dicha unión.

Los derechos que indica la autora se refieren principalmente a la pensión de viudez, alimentos, derechos laborales y sucesorios donde en cada uno de ellos describe que le

corresponde a cada uno de los concubinos en caso del reconocimiento que se le otorga por los derechos adquiridos al momento de la declaración.

La adopción conforme a la ley 30311 se les permite a los concubinos, así como los derechos reconocidos en torno a la salud, siempre que dicha unión se encuentre declarada.

Con relación a la filiación, se establece un análisis en el que se indica que todos los hijos tienen iguales derechos por lo que no hay ningún tipo de controversia en estos casos.

Uno de los puntos más importantes es la consideración de las uniones de hecho homoafectivas en las que conforme al análisis realizado en el artículo la autora concluye que estas se deben considerar aun como “uniones de hecho impropias” (Zuta 2018:189) ya que la legislación no le ha otorgado la importancia necesaria para declararlo y adoptarlo dentro de nuestro ordenamiento.

Coincidimos con la autora que la unión de hecho aún no ha sido desarrollada en todo su esplendor a pesar de haber sido estudiada por otras legislaciones y tener las herramientas necesarias para poder adoptarlo en nuestra normativa.

También se debe valorar que a pesar de que la evolución no ha sido la esperada, se ha conseguido que la unión de hecho vaya teniendo trascendencia y los cambios que se han venido realizando tenga como propósito el beneficio de la familia. Entendemos que todavía se vienen estudiando diferentes formas y maneras de poder ampliar el mencionado concepto, pero si nos remontamos a los antecedentes por lo menos podríamos indicar que han existido ciertos cambios, a pesar de no encontrarse acorde con el desarrollo de la sociedad.

### **3.11.1 Acuerdos premaritales y maritales**

Yuri Vega Mere sostiene que el derecho de familia no ha tenido cambios trascendentales dentro de nuestro país, donde indica lo que a continuación citamos textualmente que “es conveniente flexibilizar las normas sobre acuerdos entre futuros cónyuges o esposos para regular sus derechos durante el matrimonio o los beneficios y obligaciones en caso concluya la unión matrimonial (...)” (Vega 2014:133), por lo que el autor desde un inicio indica que la manifestación de voluntad entre las personas que van a celebrar un matrimonio previo a ello formando un acuerdo en el que se pueda tener con claridad el contenido y como se va a desarrollar este dentro del matrimonio, en el sentido de cómo aplicarlo de ser el caso.

El autor explica que a pesar de que la pareja pueda escoger su régimen patrimonial sea de sociedad de gananciales o separación de patrimonios, no encuentra algún impedimento para que se puedan pactar otras cosas previas al matrimonio sean o no cuestiones patrimoniales, donde hace una correlación con legislaciones comparadas donde esto se viene aplicando y los resultados que se están obteniendo son positivos.

Asimismo, establece que el hecho de no tener acuerdos premaritales ocasiona carga y no hay celeridad si nos referimos a los procesos judiciales indicando que en los casos de separación convencional “los interesados formulan su propuesta de convenio, que hoy pueden ser objeto de conciliación” (Vega 2014:135). Por lo que un método que considera favorable es la flexibilización de normas que permitan establecer estos acuerdos y de esa manera poder

considerar dentro de ellos distintas obligaciones para las partes que le permitan regular o establecer cuáles serían sus funciones dentro de la relación matrimonial.

Al tener una regulación tradicional a la del *Civil Law*, el autor menciona que “si la relación es proficua en otras facetas que bien podrían anticiparse o regularse en aquellos convenios” (Vega 2014:135). En esta última cita que hemos realizado, nos encontramos de acuerdo con que independientemente del régimen patrimonial que escoja la pareja se pueden establecer obligaciones entre ellos que permitan tener una mayor claridad a lo que se están sometiendo. En nuestra opinión esto fortalecería la libertad entre ambas personas a pactar lo que crean conveniente con relación a los acuerdos que van a tomar y a lo que piensan obligarse.

Es por ello que hace una aproximación entre nuestro derecho y la experiencia legal de Estados Unidos donde son aceptados estos acuerdos premaritales haciendo un recuento de la historia y como es que iba funcionando dentro de la legislación americana la aplicación, así como los puntos a favor que estos conllevan.

Por lo que indica que estos acuerdos ya se encuentran presentes dentro del *common law* y no han existido controversias que no permitan que produzcan sus efectos, generando que a pesar de que se hayan producido algunas controversias los estados han ido aplicándolo en base a diversas doctrinas.

Una de las citas importantes realizadas por el autor es lo que propone la UPAA de 1983, donde menciona que “es una propuesta uniforme que ofrece las bases para que los Estados determinen cómo y cuándo un premarital *agreement* debería ser exigible y ejecutado” (Vega 2014:141), lo que mostraba una manera de delimitar cuando iban a ser aceptados estos acuerdos por las cortes estableciendo las bases generales.

Por lo que varios estados se acogieron a esta propuesta colocando una serie de lineamientos en los cuales se establecían que las partes podían pactar diversas proposiciones como sus derechos y obligaciones tales como comprar, vender, disponer, modificar o eliminar la asistencia a un esposo, elección de ley aplicable, los beneficios derivados de la póliza, entre otros.

El 2012 se propusieron algunas modificaciones con unas nuevas propuestas donde “las partes puedan elegir y definir los términos económicos de su matrimonio” (Vega 2014:149).

Finalmente, para el autor dentro del matrimonio también podría considerarse estos acuerdos y también habría posibilidades de utilizar los remedios contractuales o lo acorde a lo que se relaciones a estos últimos en donde fundamentalmente se establecen acuerdos por los términos económicos pero que no hay impedimento de acordar situaciones que podrían ser extrapatrimoniales. Adicionalmente, toma en cuenta la realidad de nuestra legislación y como se podrían aplicar y menciona elementos importantes que las llama exigencias básicas que son “contexto de libertad, información financiera y asesoramiento o conocimiento de los derechos que sanciona el orden legal a fin de compararlo con aquello que se acordaría entre las partes”(Vega 2014:151), lo cual consideramos importante en el sentido que esto generaría que las personas tengan una mejor visión de lo que se están obligando y a qué se está comprometiendo.



También entiende que pueden existir abusos en caso se utilice dentro de nuestra legislación; sin embargo, menciona que “los abusos se pueden dar dentro del contexto del sistema legal que actualmente existe” (Vega 2014:151), siendo totalmente cierto que no existe un sistema legal perfecto que tome en cuenta todas las vertientes o situaciones que puedan ocurrir tratando de hacer más seguro el acuerdo de las partes. En este caso podemos notar que estas podrían ejercer con mayor amplitud su derecho de libertad y se puede considerar la experiencia de otros países para poder aplicarlo dentro de nuestra legislación.

Concordamos con el artículo del autor en el sentido que nuestro sistema podría adoptar estos criterios y de esa manera podría permitir que utilizando esas herramientas que vienen siendo eficientes en otros sistemas, pueda ser aplicado en el nuestro y adaptado a nuestra sociedad provocando que pueda tener mayor beneficio para las partes pensando principalmente en la familia.

### **3.11.2 Contrato prematrimonial en Perú**

Hans Flury nos da una visión analizando en caso los futuros cónyuges acuerden la suscripción de un contrato de separación de patrimonios antes de la celebración del matrimonio.

En primera instancia, el autor nos indica que preparar un contrato de esa manera no es tan sencillo ya que las personas al estar dentro de una relación sentimental es complicado tratar sobre patrimonio o temas económicos que posiblemente puedan incomodar a alguna de las partes.

En ese aspecto hace un análisis respecto a los regímenes patrimoniales existentes como la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios. Asimismo, el autor define el contrato de separación de patrimonios donde se cita textualmente lo siguiente:

“El contrato se establecen reglas particulares y especiales que regirán entre los cónyuges respecto de las obligaciones y derechos patrimoniales que le corresponderían a cada uno (1) durante el matrimonio, (2) para el caso que este llegue a terminarse por la vía del divorcio y/o (3) inclusive para la disposición extraordinaria de parte de los bienes de los contratantes en caso de fallecimiento” (Flury 2017:17).

Adicionalmente Hans Flury establece como efectos lo que a continuación citamos textualmente el “a) mantener separadas las finanzas de los cónyuges, b) proteger a un cónyuge de las deudas del otro, c) regular los derechos de los hijos que los futuros cónyuges hubieran tenido de una relación anterior y d) definir las reglas de disposición de los bienes al término del contrato” (Flury 2017:21), estableciendo que el marco jurídico serán las propias leyes nacionales.

Asimismo, establece que lo mencionado en líneas anteriores es importante ya que las diferencias patrimoniales podrían perjudicar el patrimonio de la otra parte y podría existir una disparidad entre ambos patrimonios.

Dentro de la inclusión de los contratos estas deben tener las disposiciones señaladas en el artículo 1354° del Código civil y la posibilidad de poder realizar los cambios al contrato cuando se estime conveniente, así como que estos también puedan ser sujetos a anulabilidad.

El autor recomienda lo que se podría incluir dentro de estos contratos de separación de patrimonios y entre ellos destaca los ahorros, bienes propios, derechos de uso y habitación, usufructo, deudas e incluso el divorcio y lo que se debería considerar dentro de ella (2017:45-49).

Referente al contrato de separación de patrimonios y el divorcio el autor señala que lo que debe ser tratado son lo que a continuación se cita textualmente y son “todos aquellos aspectos que serán de obligatorio pronunciamiento por el juez en la correspondiente sentencia y aquellos que las partes consideren importantes para llevar una vida posterior al matrimonio, en la cual se reduzcan los enfrentamientos y desavenencias al mínimo” (Flury 2017:79).

Lo que el autor busca es que podría existir un cambio positivo si es que se implementa un contrato prematrimonial donde se definan los derechos y obligaciones que cada una de las partes se van a comprometer, así como las soluciones que se podrían tomar en caso exista alguna controversia.

Como hemos podido notar, el pronunciamiento de diversos autores peruanos frente a las nuevas tendencias que aún no están siendo aplicadas por nuestra legislación es que el legislador tome en cuenta que el derecho de familia va evolucionando y no queda en un concepto restringido, generaría una mayor amplitud y relevancia cuyas interpretaciones no pueden ser realizadas únicamente por la jurisprudencia.

Autores peruanos han establecido sus propuestas de nuevos retos que podrían eficientemente ser considerados en nuestra legislación; sin embargo, todavía seguimos en un proceso de evolución y aceptación a los nuevos marcos sociales que se van actualizando a medida que la sociedad va teniendo nuevas tendencias que no necesariamente se encuentran estrictamente fijados en nuestro Código Civil.

Creemos que adicionalmente a las opiniones de los diversos autores de la doctrina nacional, el pacto convivencial sería también un reto para nuestra legislación y el aplicar este nuevo marco normativo nos permitiría encontrarnos más cerca no solamente de legislaciones comparadas sino de una sociedad que cada vez va teniendo inclinaciones diferentes y el derecho de familia no puede ser tan restrictivo a las nuevas tendencias.

Somos de la opinión que el derecho de familia también es dinámico y cada vez se van generando nuevos conceptos y nuevas atribuciones que la aplicabilidad de estos en nuestro marco normativo podría traer beneficios, siempre que sean analizados y regulados con la debida diligencia propuesta por nuestros legisladores.

### **3.12 Postura personal.**

Como hemos advertido, cada legislación maneja según pautas de carácter social, así como diferentes formas de establecer las medidas que creen pertinentes para su comunidad. Hemos notado que hay países que consideran tener un pacto previo a la constitución de la convivencia para establecer los derechos y obligaciones que existen entre ambas partes, así como otros países que no consideran el hecho de realizar un contrato entre ellos y lo asimilan a un matrimonio. Otras legislaciones toman una parte de la definición de la unión de hecho

o convivencia y le dan una estructura de cohabitación legal donde se debe cumplir el requisito indicado para generar una obligación ante la ley.

Asimismo, también se ha visto regímenes patrimoniales en algunos países en los cuales indican como es la distribución de los bienes, no solamente en Europa sino en Latinoamérica donde algunos establecen el pacto previo que incluso se puede modificar cuando ya se haya declarado la convivencia entre las personas.

Establecer un mecanismo contractual, sea previo o durante la convivencia, nos parece una medida efectiva que permitiría tener una manera más eficiente de distribución ya que partió por la voluntad de las partes a declarar la propiedad de los bienes que le pertenecen a cada uno.

Esto es un claro ejemplo que la autonomía de la voluntad tiene una participación fundamental al momento de la declaración de la convivencia por lo que guiarse por esa corriente es la que vemos más adecuada para desarrollarse dentro de nuestra legislación.

Es evidente que para establecer las medidas eficientes a favor de los concubinos se necesita adecuar y establecer cuál sería la legislación que se acercaría a nuestras costumbres.

Tomemos en cuenta que son varios factores los que influyen al establecer la norma y adecuarla a nuestra realidad. No solamente el desarrollo y aceptación que se establece en la sociedad, sino también en el ámbito religioso a la cual nuestra legislación se encuentra bastante arraigada. Es por ello que han existido hasta en la actualidad discusiones sobre el reconocimiento de la unión entre personas.

Por otro lado, tenemos legislaciones que únicamente se le reconoce como derecho de cohabitación estableciendo como punto principal los derechos que se refieren a lo que le corresponde a cada uno de ellos.

Hemos visto que existen una variedad de legislaciones que consideran desde su perspectiva la manera de regular las uniones considerándolo inicialmente con una definición distinta a lo que tradicionalmente se considera como unión de hecho tomando diferentes posturas sobre algunas situaciones.

Otro de los puntos es sobre los derechos hereditarios que podría conseguir el concubino supérstite. En algunas legislaciones se le consideran una serie de derechos; sin embargo, otras no lo tienen en cuenta y tampoco le otorgan algún beneficio. Incluso hay legislaciones que no lo consideran como familia y no guardan relación con los parientes de la pareja.

Respecto a la disolución, en algunas legislaciones se considera la decisión unilateral por una de las partes, por ejemplo, con la notificación, pero en otros se necesita la participación de un notario o abogado para que pueda dar la conformidad de lo que se está estableciendo.

Creemos que las legislaciones al darle un tratamiento autónomo han tratado de separarlo frente a la institución matrimonial donde le dan su propio matiz y su propia realidad diferenciándolo de la mencionada. En algunos casos hay legislaciones que le dan una relación que pueda asemejarse, pero es importante establecer que han considerado puntos propios de

la unión convivencial. Este es un buen punto de partida para posibles modificaciones posteriores que se adecuen a la sociedad donde se encuentran.

Por lo menos, se puede inferir que cada legislador se ha dado cuenta que existen situaciones propias de la unión convivencial que le permita combinar situaciones sentimentales de manera conjunta con las patrimoniales.

El derecho le ha otorgado una protección especial al matrimonio donde establece como único régimen y por la realidad forzosamente se ha incluido a la unión convivencial dentro de las legislaciones donde se han tenido opiniones diversas frente a ella. Unas posiciones establecían que si las personas no optaron por la institución matrimonial el cual otorga todos los derechos y obligaciones regulados por la legislación, considerar que exista una unión convivencial es incitar a que las parejas establezcan esta figura sin ningún tipo de responsabilidad que les pueda corresponder. Incluso, es su voluntad si la inscriben ya que la mayoría de las legislaciones no indica que sea una obligación y aun así se considere como tal ya que es libertad de las partes establecerlo. Si en caso exista alguna controversia esto se arreglaría con las decisiones de los tribunales que establecerían las medidas adecuadas para la pareja que no formalizó públicamente su unión.

La posición contraria a esta, es que el derecho se debe ajustar a la realidad en una situación que le permita poder establecer las normas y lineamientos en los cuales la sociedad ha forzado a tomar una posición de una figura que no se encuentra reglamentada en la que es necesaria la intervención del legislador para regular las conductas que si bien su punto de partida proviene de un hecho que no está contemplado en la norma, pero no significa que surjan nuevas situaciones que deberían estar dentro de las esferas jurídicas que le permitan a los jueces poder establecer criterios en los cuales tengan un punto inicial para poder decidir en las controversias que pudiesen ocurrir en relación a cada controversia.

La mayoría de Los Estados decidió legislar de una manera autónoma esta figura otorgando una serie de lineamientos en los que establecen diversas formas en su tratamiento; algunas establecen contratos dentro de ellos, mientras que otras enmarcan las situaciones respecto a la unión de las personas que comparten una vida en común.

Estamos de acuerdo con ambas posturas en las que le dan criterios especiales inclinándose hacia uno de ellos; sin embargo, nuestra posición que se podría implementar dentro de nuestra legislación es establecer que exista una vida en común entre las personas y dentro de esta última definición incorporar la palabra en su significado integral así como regular de una manera en que exista un contrato entre las partes donde se establezcan los derechos y obligaciones de ambos y en caso exista alguna controversia que conlleve a la separación, se siga de acuerdo al pacto que ellos han tomado de un principio, así como poder ir incorporando bienes que pueden ser para cada uno o algunos que se podrían considerar de ambos alineando principalmente el concepto de familia.

## CAPÍTULO IV

### INCORPORACIÓN DEL PACTO CONVIVENCIAL DENTRO DE NUESTRO RÉGIMEN NORMATIVO

Hemos notado que la unión de hecho ha tenido diversos enfoques por varios países, pero la mayoría de ellos coincide en que debe existir un régimen autónomo de ello. Dentro del derecho peruano si bien se encuentra inmerso dentro del artículo 5 de la Constitución y 326 del Código Civil donde se atribuyen el régimen de sociedad de gananciales el cual se encuentra reconocido como el único régimen patrimonial que se podría utilizar en esta figura.

De acuerdo con el Derecho comparado hay modificaciones propias del grupo social de cada país, desde Latinoamérica hasta Europa donde cada legislación tiene una propia visión de lo que toma como el significado de la unión de hecho.

Nuestro país ha tenido modificaciones a la normativa, pero basándose en el régimen de sociedad de gananciales, pero no existe aún un tratamiento autónomo del tema. Mediante el presente capítulo se expone puntos iniciales para tener lineamientos para un tratamiento particular o autónomo según lo planteado.

El concubinato en los últimos años como refiere el censo del 2017 ha ido en ascenso en cuanto a número de parejas que recurren a ella por lo que la figura de facto va en aumento donde se fortalece y posiciona como una institución que tiene la aceptación de la mayoría de las personas para el inicio de sus vidas en común.

Esto nos permite intuir que se debe elaborar una reforma la cual permita establecer nuevos criterios y lineamientos que llevarían a tener un marco diferente respecto a la unión de hecho el cual permita tener una visión a un modelo que tenga pueda ser más acorde a la realidad.

Esta figura a pesar de que haya existido producto de una situación natural el legislador guiado por criterios que en su momento se establecieron en cada sociedad no le dio una mayor trascendencia que le permita encontrarse a la par de las figuras promovidas por los intereses de aquella época. Por otro lado, es cierto que instituciones como el matrimonio generan una mayor estabilidad de acuerdo con lo que se instaura a cada legislación; sin embargo, esta figura trasciende la normativa ya que a pesar de que no es algo novedoso y no existiendo como algo nuevo fue rechazado por la legislación ya que vieron como única institución de familia al matrimonio.

Y es donde la realidad se encargó de establecer diferentes formas de familia y por ende llevaron a abrir los canales de unión entre personas en la que no solamente se encontraban instauradas por una sola manera de que estas convivieran sino que ya empezaron a suscitar caminos diferentes que les permitía establecer regímenes que si bien no se encontraban positivizadas en la legislación, se podían identificar porque las mismas personas lo realizaban a pesar de no tener un documento el cual ampararse.

Debemos reconocer que esta figura fue instaurada principalmente por la costumbre y si bien no fue tomada en cuenta desde un inicio es porque las razones religiosas llevaban a que en

épocas anteriores se encuentren figuras aceptadas por la iglesia y sociedad que tenía como punto principal a la familia basado en un sistema donde lo matrimonial era el que adquiriría los derechos necesarios para obtener la forma y maneras en que se puedan amparar y hacer valer sus derechos y obligaciones.

Surge el cuestionamiento si la unión de hecho existió claramente antes del matrimonio ya que desde épocas donde aún no primaba el derecho positivo se podía notar que existía cohabitación y voluntariedad como elementos esenciales y al momento de legislar fue donde agregándose más criterios se estableció lo que hoy conocemos como la institución matrimonial. Es decir, el legislador observó y vio que debían existir lineamientos entre las personas que hacen su vida en común.

Por lo tanto, podríamos deducir que el primer hito fue enmarcado por la unión de hecho, donde no existió alguna condición para que dos personas se junten y realicen su vida en común; sin embargo, con el avance de la sociedad y una civilización que necesitaba ajustarse a un sistema fue donde apareció una apreciación jurídica de tal.

Entonces, que pudo haber llevado al legislador contemplar una figura que realmente algunos lo ven como un ex ante de la institución matrimonial. Es ahí donde surge esta necesidad de regular ya que no es una condición para que dos parejas opten por casarse porque en algunos casos las personas pueden optar por la institución matrimonial sin siquiera antes haber convivido, así como otras personas deciden convivir sin optar por el matrimonio.

Esto origina que estos últimos al ser considerados también como parte del sistema donde se podría considerar familia tendrían derechos y obligaciones en conjunto ya que individualmente cada uno de ellos lo conserva.

Bajo esa percepción se busca alinear criterios de la unión de hecho que sucede en el Perú adecuándolo a la realidad donde ya se analizaron como es tratada esta figura en otros países y de acuerdo a esas legislaciones si es factible acoplarnos de acuerdo al tratamiento que tenemos en la sociedad actualmente.

Es evidente que, en nuestro país aún existe un debate de criterios conservadores y liberales en los cuales las personas más jóvenes tienen la tendencia a este último y donde subliminalmente van instaurando esta figura de la unión de hecho como una principal y donde al tener una mayor aceptación necesita una mejor regulación.

La mayoría de Los Estados, principalmente de Europa, desde el año 2000 en adelante han entendido que es una figura que busca posicionarse en la sociedad y donde no pueden dejarla de lado tratando de imponer un modelo que existe pero que no es utilizado por una sociedad que cada vez tienen pensamientos mayormente liberales. Así como en los países europeos, los latinoamericanos han tomado esa postura donde han aceptado que la sociedad ha ido evolucionando y deben acoplarse a tal.

Al ser una figura donde actualmente han versado varias discusiones y tiene muchas aristas ya que varias corrientes actuales con un criterio más liberal han decidido proponer modificaciones que se acoplen a su sociedad. Esto es un tema muy amplio en el cual analizar cada uno de ellos establecería diversos criterios e hipótesis que se deberían manejar; sin

embargo, todas las legislaciones coinciden con un criterio que es totalmente importante cuando dos personas se vinculan empezando por una vida amorosa y continúa compartiendo diversos aspectos entre ambas partes donde no solamente es el hecho de los impedimentos o que sea notorio frente a los demás sino que cada uno de ellos tiene un patrimonio y cuando se juntan también se sigue formando el mismo.

Por lo que en estos casos es donde se encuentra un desafío donde nuestra legislación lo ha parcializado solo a un régimen en el cual bajo lo que indica el artículo busca asimilarlo únicamente a uno reconocido en el matrimonio; sin embargo, pensamos que este no es el único que se debería considerar ya que a pesar que no establezca un tipo de acto o diversos instrumentos en el que se declararía la unión de estas personas se han otorgado salidas en las cuales permite que exista una forma en que bajo el perfil de todos los requisitos que se cumplen, se puedan establecer criterios que le abra las puertas a otros regímenes que se podrían acoplar a la figura.

Debemos tener en cuenta que la unión de hecho se encuentra dentro del derecho de familia, por lo que va más allá respecto a los criterios valorativos que se dan ya que algunos autores comparan la figura del concubinato con ciertas tendencias que podrían encontrar la solución dentro de la copropiedad. Incluso hay resoluciones que dentro de sus consideraciones lo ha indicado; sin embargo, debemos establecer que el encontrarse dentro del derecho de familia a pesar de que sean situaciones patrimoniales va mucho más allá de actos en los cuales la persona pueda tener su patrimonio y ver la figura desde una perspectiva equiparada a esta situación. Recordemos que dentro del derecho de familia existen muchas aristas, incluso en ocasiones priman los intereses de ellos y los jueces tienen esa idea frente a diversas controversias que deben resolver por lo que equiparar con figuras que se encuentran fuera de ella podrían llevar a una confusión o hasta incluso una interpretación diferente cuando se encuentra fuera del contexto.

Es por ello que se pretende proponer un sistema que dentro de los marcos y lineamientos del derecho de familia pueda tomarse en cuenta para reformar un sistema patrimonial dentro de la unión de hecho de nuestro país donde no solamente se utilice la única figura de la sociedad de gananciales, sino que se establezcan diversas maneras que también la pueda hacer atractiva para los convivientes que optar por esta unión.

Por lo que de acuerdo a los criterios del derecho comparado queremos acoplarlo hacia nuestra realidad únicamente dentro de los límites del ámbito patrimonial, es decir, que a pesar de que creemos que la unión de hecho se extiende mucho más allá de los regímenes patrimoniales pensamos que respecto a las diferentes aristas se necesita un estudio mayormente minucioso que permita resolver las otras controversias que existen y que sea acorde a los pensamientos de una sociedad moderna donde pide que los criterios y comportamientos que suscitan actualmente en nuestra sociedad sean acogidos por el sistema legislativo que pueda darle un punto de partida y conocimiento sobre los actos que van a realizar.

El patrimonio como punto importante debe tener una consideración dentro de la reforma de la unión de hecho para que las personas puedan hacer ejercicio de su libertad y de esta manera poder elegir la mejor manera en la cual se lleve la convivencia.

La unión de hecho se forma primigeniamente por la voluntad de ambas personas el cual es el punto de partida para que se empiecen a crear no solamente lazos sentimentales entre las partes, sino que el derecho interviene desde su perspectiva.

#### **4.1 La autonomía de la voluntad**

Es importante resaltar que el inicio de la unión de hecho parte de la autonomía de la voluntad el cual es uno de los pilares importantes ya que una expresión de la libertad del individuo.

Entonces la libertad como pilar fundamental tiene relevancia entre las decisiones de los sujetos y establece que estos tomen la decisión la cual también tienen efectos jurídicos.

Esto está contemplado dentro de lo que significan los pactos y como hemos mencionado en capítulos anteriores, es el punto de partida para que se establezcan los mencionados pactos donde no solamente existen consecuencias patrimoniales, sino que hay lazos emocionales que conectan a las personas.

El pacto es el punto importante porque define los criterios económicos que se establecerán dentro de la pareja. Bajo nuestra propuesta, lo establecemos como una serie de condiciones que establecería reglas entre la pareja para que al momento que exista algún conflicto, se pueda recurrir a dicho pacto en el que se permita una sencilla interpretación y donde las partes se hayan podido anticipar a cualquier suceso que haya podido acontecer.

Es ahí donde prima la autonomía de la voluntad en donde ambas personas pueden asumir una serie de compromisos. Citamos a Beatriz Añoveros donde indica textualmente que “el legislador comunitario ha querido incorporar la autonomía de la voluntad como principio rector de las normas uniformes tanto de competencia judicial internacional como derecho aplicable en materia de Derecho de familia” (Añoveros 2017: 823).

En ese sentido, la autora utiliza a la autonomía de la voluntad como el punto de partida para que se genere el pacto convivencial propuesto. Bajo ese esquema y las propuestas realizadas hemos indicado que esto debe partir de cada persona en la que no exista coerción hacia ella para elaborar dicho pacto, pues se le deja a la libertad de las partes para que estos puedan realizarlo y donde nuestra propuesta no se basa en que se encuentren obligados a realizar el mencionado pacto.

Es por ello que inicialmente indicamos que el pacto se forma a partir de la voluntad de las partes donde no solamente es la unión emocional que se vincula, pero donde participa activamente el derecho son en el vínculo jurídico donde el patrimonio que es el punto principal acerca de ello.

El artículo 140 del Código Civil Peruano es donde se van a crear, regular modificar o extinguir relaciones jurídicas y donde existen ciertos requisitos que se acoplan a los pactos convivenciales.

Por lo que, bajo el presente esquema se podría aplicar inicialmente los pactos convivenciales ya que se puede acoplar con los requisitos generales del acto jurídico donde se pasaría a analizar si bajo los presupuestos actuales que imparte la norma es posible aplicar el pacto



convivencial dentro de nuestra legislación o es necesario modificar algunas normas que no solamente parten del derecho de familia para que estos pactos se puedan aplicar.

Inicialmente hemos podido notar que cumple los requisitos del acto jurídico por lo que podría encajar bajo el esquema impartido por nuestro Código Civil, en lo que le fuese aplicable.

## **4.2 Pacto, Contrato o Convenio**

Dentro de las definiciones que se han propuesto es menester indicar la razón por la cual se propone como pacto y no establecerlo como un contrato o convenio, por lo que cada uno de los mencionados tiene un concepto que lo diferencia y cuál serían los criterios para llamar pacto convivencial en vez de un convenio o contrato convivencial.

### **4.2.1 Pacto**

Según la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2020: 87) señala que los pactos con “acuerdos de voluntades entre dos o más personas, que por carecer de una *causa civilis* originariamente no engendra una obligación jurídica entre los que en él intervienen. Los que alcanzan validez sin transformarse en contratos se denominan por autores vestidos, frente a los demás, denominados pactos desnudos”.

Entonces dentro de esta denominación se podría acercarse a la propuesta realizada ya que en primer lugar prima el acuerdo de voluntades donde ellos asumen determinados compromisos los cuales se obligan a cumplir, donde se indica que no hay una causa establecida en la que conforme a la enciclopedia jurídica es el “fin inmediato y directo que lo induce a comprometerse” (Enciclopedia Jurídica 2020).

En el caso de los pactos convivenciales es establecer que los motivó a realizar dicho documento, entonces si nos basamos inicialmente donde indicamos que fue la libertad de ambas partes donde primó la autonomía de la voluntad y si vamos más allá de ellos, nos topamos que hay criterios emocionales que generaron dicho vínculo.

Como hemos mencionado el derecho de familia tiene una noción distinta frente a otros libros del Código Civil, y si bien estos lo complementan, dentro de la noción familiar existe un ámbito que lo podemos relacionar con criterios subjetivos e incluso emocionales donde la pareja se une para realizar una vida en común de acuerdo a las definiciones tanto nacionales como internacionales establecidas por lo que en efecto existen compromisos por ambas partes que de acuerdo a lo que ambos establezcan, se realizarán diferentes obligaciones las cuales se tienen que cumplir por cada uno de ellos.

Asimismo, dentro de lo que asume cada una de las partes se establecen diversos acuerdos que son previamente propuestos por ambos. Bajo la normativa propuesta se establecen criterios generales que otorgan lineamientos para realizar el pacto, por lo que las partes son las que acordarán y establecerán los criterios específicos.

Es por ello que bajo nuestra opinión se acerca más a la definición de pacto porque como veremos posteriormente, es el que más se encuentra ligado a comparación de los convenios y los contratos. Eso no quiere decir que las partes no se van a obligar a ciertos compromisos

que hayan establecido, sino que estos existen y serán dentro del documento que de acuerdo a la propuesta le permita establecer y generar una mayor facilidad entre lo que ambos quieren lograr y utilizar dichos pactos en caso se llegue a una controversia otorgando una interpretación más célere y que esté acorde a los criterios que les otorgue equidad a ambas partes.

Por último, los pactos no son algo novedoso dentro de nuestro sistema, estos también se han considerado dentro de figuras que, si bien no están inmersas dentro del derecho de familia, pero en otros libros se ha realizado alusión a este.

#### **4.2.1.2 Pactos en los artículos del Código Civil**

Los pactos no son ajenos dentro de nuestro Código Civil, hemos establecido su definición dentro de ella y como podría impactar dentro del derecho de familia; sin embargo, también se encuentra inmerso dentro de otros libros en los que se establecen la forma de conformidad con lo que se requiere en cada situación.

Entre los primeros artículos donde se nombran los pactos son en el contenido del estatuto numeral 9 del artículo 82 refiriéndose a “los demás pactos y condiciones que se establezcan”

Dentro el derecho de propiedad en el artículo 926 habla de las restricciones convencionales en el cual indican las que son establecidas por pacto para surtir efecto, deben inscribirse en el registro respectivo.

Asimismo, dentro de nuestro Código sustantivo hay pactos que también deben ser inscritos en Registros Públicos y este es el Pacto de Indivisión establecidos en los artículos 993 donde indica que “los copropietarios pueden celebrar pacto de indivisión y para que produzca efectos a terceros debe inscribirse en el Registro correspondiente”.

Dentro de nuestro Código Civil, también existen situaciones en que establecen la nulidad dentro de un pacto y se encuentra dentro del artículo 1111 que se refiere al pacto comisorio, en el cual indica que “aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad de la hipoteca”, por lo que respecto al mencionado es un indicador que no solamente el Código lo permite en algunas situaciones, sino que depende de qué situación se puede establecer la nulidad de ello.

El artículo 1149° indica que “la prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que el pacto o las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales”, por lo que en este apartado indica que en caso exista un pacto que establezca que la ejecución de la obligación puede ser por un tercero y no de carácter personal, seguiría surtiendo efectos.

El artículo 1210° respecto a la ineficacia de la cesión menciona que “la cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor (...)”, por lo que también es un indicador que, si las partes han pactado que no se puede ceder la obligación, es ineficaz.

El artículo 1222° respecto al pago realizado por tercero indica que este lo puede realizar cualquier persona salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan, por lo que se reduce al pacto

que realizaron las partes y si en ese acuerdan que únicamente sea el deudor, se deberá respetar lo que convienen las partes.

El artículo 1245° menciona sobre el pago de interés legal a falta de pacto donde en caso no se fije la tasa el deudor debe abonar el interés legal, dependiendo de lo que sea acordado por las partes.

El artículo 1328° nos menciona sobre la nulidad de pacto de exoneración donde indica que “también es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en el que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de las normas de orden público”.

El artículo 1333° menciona señala que no es necesaria la intimación para que la mora exista y dentro de su primer inciso menciona que cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

El artículo 1341° respecto a la cláusula penal compensatoria indica que “el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad (...)”. Situación similar ocurre con el artículo 1342 donde menciona que “cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho a exigir además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación”.

El inciso 6 del artículo 1366° hace alusión al pacto de cuota litis, donde es cuando el cliente paga un porcentaje derivado del resultado del proceso.

El artículo 1420° respecto al contrato de opción recíproca menciona que “es válido el pacto en virtud del cual el contrato de opción recíproca puede ser ejercitado indistintamente por cualquiera de las partes”. Del mismo modo está el artículo 1421 donde indica que “es igualmente válido el pacto conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar la persona con la que establecerá el vínculo definitivo”.

El artículo 1438° que señala respecto a la garantía y validez del contrato indica que “El cedente garantiza la cesionario y validez del contrato, salvo pacto en contrario. Este pacto no surte efectos si la invalidez se debe a hecho propio del cedente”.

El artículo 1472° indica que puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización, en la permite a una de las partes dentro de sus acuerdos indicar cuál es la cantidad que deberá ser indemnizada por la otra parte.

El artículo 1528° se menciona que “es nulo el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo”

El artículo 1582° hace mención a los pactos que no pueden integrar la compraventa donde hace mención al pacto de mejor comprador en el que “puede rescindirse la compraventa por convenirse que, si hubiera quién dé más por el bien, lo devolverá el comprador” así como el pacto de preferencia que “se impone al comprador la obligación de ofrecer el bien al vendedor por el tanto que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo”.

El artículo 1584 nos habla sobre la oponibilidad del pacto de reserva de propiedad donde en su segundo párrafo indica que “si se trata de bienes inscritos, la reserva de propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente registrado”.

Otro de los pactos que se encuentran regulados dentro del Código Civil es el pacto de retroventa donde el artículo 1586 menciona que “el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial”. Este tipo de pacto tiene un subcapítulo específico dentro de nuestro ordenamiento que, a diferencia de los otros artículos citados estos tienen que seguir los lineamientos indicados por el Código para que este pacto tenga la validez correspondiente sin poder recurrir al órgano jurisdiccional. Este es un punto interesante ya que, partiendo de la voluntad de las partes se pueden establecer una serie de reglas en las que se permita obtener los acuerdos necesarios inicialmente para que este no se encuentre sujeto a una interpretación de un tercero, que en este caso es el juez o no exista la necesidad de recurrir a él.

Incluso se puede establecer la oponibilidad del mencionado pacto de retroventa, ya que conforme al artículo 1591 este es “oponible a terceros cuando aparece inscrito en el correspondiente registro”.

El artículo 1610 indica que dentro del contrato de suministro “el precio se paga, a falta de pacto, de acuerdo con los usos del mercado” y su artículo 1614 indica el pacto de preferencia en el que menciona que “en caso de haberse pactado la cláusula de preferencia en favor del suministrante o suministrado, la duración de la obligación no excederá de cinco años (...)”.

Dentro de la renta vitalicia, el artículo 1932 menciona que “es nulo el pacto que prohíbe la cesión de la renta constituida a título oneroso o el embargo de esta por deuda de la persona a quien favorece”.

Igualmente, dentro de este título el artículo 1936° menciona que, si “se pactó que el pago se haría por plazos adelantados, se tiene por vencido el transcurrido desde la muerte de la persona sobre cuya vida se pactó la renta (...)”.

En la prescripción extintiva, el artículo 1990 indica que “el derecho de prescribir es irrenunciable. Es nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción”.

Por último, dentro del Título II referente al Registro de la Propiedad Inmueble en su artículo 2019 indica como actos y derechos inscribibles, entre otros, a los pactos de reserva de propiedad y retroventa.

Cabe resaltar que diversos artículos del Código Civil los cuales no han sido citados dentro del presente subcapítulo indican en su redacción la frase “salvo pacto en contrario” o “salvo pacto distinto”.

De acuerdo con lo que se ha citado que se encuentra vigente dentro de nuestro Código sustantivo, podemos notar que los pactos sí están considerados dentro de este, por lo que ya se cuenta con una estructuración para que los pactos convivenciales sean considerados dentro del ordenamiento. Entonces esto no alteraría el hecho de incluirlo dentro del Código

Civil y no manejarse mediante una base. Cabe resaltar que se está analizando únicamente desde la perspectiva de si el pacto ya se encuentra considerado dentro del Código.

De conformidad con lo analizado, consideramos que no existiría problema alguno si es que el pacto convivencial es considerado en nuestro cuerpo normativo, considerado como “pacto” específicamente, no alteraría la base establecida de nuestro Código Civil, ya que como hemos podido notar existen diversos pactos que ya se encuentran considerados no solamente en artículos aislados sino dentro de títulos como en el caso del pacto de retroventa o el de indivisión.

Entonces, no solamente es en la parte inmersa a lo contractual el que está regula las situaciones referentes a los pactos, también se encuentran señalados en otros artículos que guardan relación, ya que su punto de partida es la voluntad de las partes respetando la pauta que establece nuestro Código.

#### **4.2.2 Convenio**

El convenio también tiene como punto inicial el acuerdo de partes, Carlos Martínez cita a Las Notas a la Recopilación Privada donde indica que “se habla de convenios y no directamente de contratos, porque los convenios pueden ser, además de contratos, pactos y estipulaciones. Los pactos son acuerdos complementarios; las estipulaciones (...) son convenios que producen una sola obligación, en tanto los contratos son de efecto bilateral” (Martínez 1997:12).

Por lo que, el Fuero Nuevo distingue al convenio como “el acuerdo generador de efectos jurídicos en materia patrimonial” (Martínez 1997:14).

Entonces, bajo los citados conceptos podemos inferir que existe una diferenciación entre convenios y pactos, por lo que en este apartado analizaremos como se considera el convenio dentro del Código Civil y si es adecuado aludir a un “Convenio de convivencia” en vez de un “Pacto de convivencia”.

##### **4.2.2.1 Convenio en los artículos del Código Civil**

En este apartado veremos si dentro de nuestro Código Civil vigente existen consideraciones en lo que respecta a los convenios y si según la definición de estos se adecuarían a la propuesta establecida respecto al pacto convivencial.

Dentro del Título III respecto al nombre, en su artículo 27 indica que “Es nulo el convenio relativo al nombre de una persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social y los que establece la ley”.

El artículo 142 indica que “el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.

Un artículo dentro del derecho de familia donde se hace mención al convenio es en el 296 donde indica que para “la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal (...). Entonces, bajo ese precepto podemos inferir que hay convenios que pueden inscribirse en Registros Públicos.

Otro de los artículos también incluidos dentro del libro de familia es el que se señala en el artículo 429 el cual indica sobre la prohibición del convenio entre padres e hijos indicando que “el hijo llegado a la mayoría de edad no puede celebrar convenios con sus padres antes de ser aprobada por el juez la cuenta final, salvo dispensa judicial”.

Igualmente, en el artículo 546 donde indica que “el menor, llegado a la mayoría, no podrá celebrar convenio alguno con su antiguo tutor antes de ser aprobada judicialmente la cuenta final”, esto se encuentra dentro de las instituciones supletorias de amparo, refiriéndose específicamente a la tutela.

Dentro de la responsabilidad extracontractual, en su artículo 1986 mencionan que “son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable”.

Los artículos citados son los que podrían servir como una base para poder incluir un “convenio convivencial” dentro del Código Civil, incluso el libro de Derecho de Familia incluye dos artículos donde se menciona el convenio y uno de ellos es respecto a la separación de patrimonios, por lo que podría tener un aspecto determinante para que la propuesta se cambie a un nombre diferente al de pacto convivencial.

La definición citada respecto a los convenios indica que este establece una sola obligación, por lo que consideramos que no podría considerarse la modificación del nombre de pacto convivencial a convenio convivencial ya que la mencionada propuesta son un conjunto de obligaciones que las partes deben cumplir. El establecer una sola obligación desnaturalizaría la idea de realizar el acuerdo de voluntades donde se puedan considerar diversas situaciones.

Respecto al convenio en la separación de patrimonios consideramos que, si bien se está estableciendo dentro del libro de familia la finalidad de este es que los patrimonios que antes era autónomo se vuelvan propio de cada una de las partes. Entonces ahí no existe algún compromiso sino se avoca a la sustitución del régimen que es a lo que la pareja quiere llegar.

Bajo esos preceptos, consideramos que el pacto convivencial debe seguir con tal nombre ya que como se definió en los puntos anteriores se pueden complementar, pero cada uno tiene un diferente esquema. Esto permite que podamos diferenciar y establecer si el nombre que se ha considerado es el correcto.

#### **4.2.3 Contrato**

El contrato a diferencia de los pactos y convenios tiene su propia definición dentro del Código Civil, en el que el artículo 1351 lo define como “el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

El contrato tiene una gran presencia en nuestro Código Civil, incluso ha sido ampliamente desarrollado por lo que con una base sólida dentro de este se podría utilizar dichas definiciones y bases para considerar al pacto convivencial como un “contrato convivencial”, en el que las partes pueden establecer lo que indica su definición y acoplarlo al propio régimen del derecho de familia.

En primer lugar, los contratos tienen su base en la libertad, incluso las partes lo pueden delimitar y esta se base en las reglas de la buena fe. El artículo 1355° les da reglas y limitaciones en el cual indica que “la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o limitaciones al contenido de los contratos”, es decir que se mantiene una delimitación que, si bien se da libertad a las partes para que puedan determinar lo que consideren en el contenido del contrato, se debe fijar una serie de lineamientos.

Entonces esto sería un punto importante y similar respecto a los pactos convivenciales, consideramos que también deben existir delimitaciones dentro de ellos y que especialmente se considere la buena fe de las partes, así como otorgar las libertades necesarias para que ellos consideren que puede existir dentro de su acuerdo.

Incluso podría ser más conveniente considerar al pacto convivencial como un “contrato convivencial” ya que dentro de nuestro Código civil existe todo un apartado con lineamientos que convenientemente se pueden considerar dentro de este documento. Aunque esto sería una innovación ya que hay un artículo dentro del Código que genera la prohibición del contrato entre cónyuges.

Asimismo, el Código señala aparte del libro de contratos situaciones en las que se limitan el realizar dichos contratos entre las partes que a continuación se van a señalar.

#### **4.2.3.1 Contrato en el Código Civil**

En este apartado indicaremos las situaciones donde los contratos se hacen presentes fuera de su propio libro de fuentes de las obligaciones, pero lo mencionan respecto a la naturaleza a la que se dirige el propio artículo

Dentro del artículo 12° indica que “no son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o integridad física de la persona, salvo que correspondan a una actividad habitual y se adopten las medidas de previsión (...).

El artículo 107° menciona que “el administrador de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no pueden celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa (...).

El artículo 312° que se encuentra dentro del derecho de familia indica la prohibición del contrato entre ellos respecto a los bienes de la sociedad.

En caso del artículo 448° para poder celebrar un contrato en nombre del menor, se necesita una autorización judicial, conforme al inciso 5.

Asimismo, el artículo 532° en relación de los actos que requieren autorización judicial para los bienes del pupilo, los incisos 5 y 6 indican el celebrar contratos de locación de servicios y contratos de seguro de vida respectivamente.

El artículo 665 indica que “la acción reivindicatoria procede contra tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos”.

El artículo 839 menciona que “no son colacionables las utilidades obtenidas por el heredero como consecuencia de los contratos celebrados con el causante (...).

Estos son algunos de los casos especiales que se encuentran fuera del libro de contratos ya que, al encontrarse regulado por el mismo Código, le otorga una base más sólida.

Entonces, bajo esos preceptos y con una base más sólida para analizar si es adecuado modificar el término “pacto convivencial” por “contrato convivencial”, tendríamos que establecer cuál es el fin del contrato y considerar si este puede ser considerado de esa manera dentro de nuestro Código Civil.

Podemos establecer que los pactos podrían considerarse una serie de compromisos que no necesariamente tienen como finalidad lo que indica el artículo 1351 del Código Civil refiriéndose a relaciones jurídicas patrimoniales. Esto es que el pacto no solamente se enfoca en las situaciones donde la definición es específicamente la del contrato, sino que va más allá de una relación patrimonial.

Los contratos, entre otros criterios persiguen una finalidad. En el caso de los pactos no busca esa finalidad ya que incluso en el derecho de familia donde se intenta establecer el pacto convivencial, no hay una finalidad patrimonial, sino que se establece como una consecuencia de lo emocional de cada persona.

Asimismo, el pacto también durante el tiempo ha tenido una connotación mayormente religiosa, refiriéndonos a su participación en la familia donde se ha entendido al pacto como compromisos que no se encuentran ligados a algún régimen económico o a esperar algo a cambio, por lo que indicar un contrato convivencial sería reglarlo conforme a los criterios generales que establece el Código Civil dentro de las fuentes de obligaciones y perseguir esos lineamientos, mientras que se ha establecido que el Derecho de Familia, bajo nuestra percepción es uno de los más complicados de regular, ya que viene siendo variable frente a cada situación.

Otro de los puntos importantes son la oferta y la aceptación, punto principal para la formación del contrato dentro de nuestro ordenamiento donde la negociación por ambas partes es primordial para que se llegue a un acuerdo. Situación diferente ocurre dentro de los pactos que, si bien se desea llegar a un acuerdo por ambos, estos se traducen en compromisos que asumirán ambos y en cambio el contrato existe situaciones donde es una de las partes la que se obliga, dependiendo del tipo de obligación que se encuentran pactando.

Por otro lado, dentro de las obligaciones tienen como uno de sus objetivos la satisfacción del acreedor, por lo que cumpliendo la mencionada obligación la parte que interviene como acreedor siente que se ha realizado la prestación que se ha acordado y otorga una contraprestación a la otra parte. Situación diferente ocurre dentro de los pactos ya que en ese caso no hay un acreedor y un deudor, o el nombre conforme le corresponda a la naturaleza del contrato, asimismo, las obligaciones que se encuentran dentro del pacto se cumplen, pero tiene que seguir acatando conforme pase el tiempo y no hay una satisfacción por parte de un acreedor y una contraprestación por parte de un deudor.



Citando textualmente a Messineo indicaba que “el contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante, el de ser el centro de vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades (...). Dichos intereses por el trámite del contrato se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; esto deriva, en el conjunto, un incremento de utilidad (...)” (Messineo 1986:34).

Bajo el concepto de Messineo frente a los contratos, el pacto no tiene como objetivo el incremento de utilidad, así como no es un centro de negocios el que se utiliza para los compromisos de las partes, por lo que el contrato busca algo distinto que los pactos.

En conclusión, modificar el nombre a “contrato convivencial” que, si bien el contrato tiene una mayor base en nuestro ordenamiento, lo que busca es algo distinto al pacto. Creemos que dentro de un contrato sí podrían existir pactos, pero no ocurriría lo mismo si se considera a la inversa.

Es por ello que mantenemos la idea que se debe seguir conservando el nombre de pacto dentro de la propuesta realizada ya que como hemos indicado es el que se acopla a los acuerdos que llegan las partes al establecer diversos compromisos que van a realizar.

Bajo los lineamientos establecidos llegamos a la conclusión que la propuesta de mantenerlo como pacto convivencial sigue vigente, ya que considerarlo de diferente manera alteraría la naturaleza y la finalidad que se está buscando una vez establecidas las diferencias y lo concerniente al objeto que busca cada uno, creemos que considerarlo pacto es el acercamiento mayor para poder acoplarse dentro de nuestro Código Civil.

#### **4.2.4 Consideración del Pacto Convivencial dentro del Código Civil**

Estableciendo el análisis de cada y viendo si las bases son sólidas para considerar los pactos convivenciales dentro del Código Civil, creemos que este se podría incluir sin alterar la mayoría del articulado vigente. Sin embargo, no es ajeno a que conforme se vaya instaurando en la realidad se pueda establecer algunos ajustes que pueden ser propios a la realización del pacto convivencial.

Pero en este caso para instaurar el pacto convivencial, se tendría que modificar el artículo 326 donde considera únicamente a la sociedad de gananciales. Bajo nuestra propuesta, este artículo se podría complementar con los pactos convivenciales y ampliarlo para que contemple lo que se está presentando.

Creemos que se debe considerar dentro de una ley donde indique que ya no se consideraría solamente el régimen de sociedad de gananciales por defecto y no poder cambiarlo; con esta nueva propuesta se permitiría la modificación establecida bajo los preceptos de lo que ya se ha expuesto.

#### **4.2.5 Consideración del Pacto convivencial y su influencia dentro de la Constitución Política del Perú**

La Constitución Política del Perú dentro de su capítulo II, el cual se encuentran los derechos sociales y económicos establece la protección de la familia, promoción del matrimonio y el concubinato. En este caso indica dentro de su artículo 5 que la unión de hecho “da lugar a

una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable”.

En este último apartado es donde si queremos establecer el pacto convivencial con todo lo que se ha venido desarrollando consideramos que debería modificarse que se sujeta a la sociedad de gananciales ya que en caso los pactos convivenciales empiecen a realizarse y no se modifique la Constitución, el establecer lo que se está proponiendo aparte de la sociedad de gananciales, iría en contra de nuestra norma suprema.

Por lo que en este caso consideramos que sí debería existir una modificatoria e indicar en ese apartado que “se da lugar a una comunidad de bienes, sujeta al régimen que los concubinos crean conveniente, conforme al pacto convivencial, en cuanto le sea aplicable”.

Entonces bajo esa propuesta se podría desarrollar los pactos convivenciales sin la contravención de ninguna de las normas establecidas en nuestro ordenamiento actualmente.

#### **4.2.6 Consideraciones en la vigencia del Pacto Convivencial**

Bajo las propuestas establecidas y las modificaciones mencionadas, llega otro cuestionamiento si es que las parejas que ya declararon su unión de hecho pueden constituir el pacto convivencial ya que dependería del legislador si esta norma se podría considerar retroactiva. Es decir, las personas que han declarado la unión de hecho son sujetos bajo el régimen de sociedad de gananciales, en cambio si se realiza el pacto convivencial se podría variar ya que el régimen ganancial no es el único que está considerado. Es por ello que creemos que las parejas que ya constituyeron la unión de hecho podrían realizar el pacto convivencial conforme a los acuerdos que tomen dentro del documento, por lo que sería una manera en que puedan variar el régimen impuesto tanto por nuestra Constitución Política del Perú, así como el Código Civil.

#### **4.2.7 Pactos en otras Leyes peruanas**

Hemos concluido que el nombre de pacto convivencial aún debe mantenerse en la propuesta conforme a los sustentos que se han realizado anteriormente. Asimismo, dentro de otros ordenamientos también se encuentran considerados los pactos en la que de una u otra manera se establecen la manera en que se consideran dentro de cada ley.

Uno de los que vamos a citar y el cual tiene varias consideraciones sobre los pactos, son los que se encuentra dentro de la Ley General de Sociedades y en ella encontramos dentro de la Constitución el cual dentro del artículo 5 se llama el pacto social. Este pacto es considerado el primero para fundar la sociedad que tiene una serie de formalidades y termina inscribiéndose en Registros Públicos.

Dentro de este pacto social se encuentra el estatuto, el cual establece los lineamientos que va a tener la sociedad y donde se establecerá lo que los socios consideren conveniente, siempre que no vulnere la ley.

Entre otros, los aportes de cada socio también se encuentran dentro del pacto social, el cuál puede estar representado por documentos de crédito o títulos valores.

También hay posibilidades de poder anular el pacto social, donde su artículo 33° indica las causales que pueden ser declaradas.

En el artículo 54, se hace mención a lo que debe contener el pacto social, donde se establecen los incisos que contendría dicho documento.

Los pactos sociales se encuentran bastante desarrollados dentro de la Ley General de Sociedades, pero dentro de nuestra propuesta del Pacto Convivencial se podría utilizar de alguna manera como esquema para poder desarrollar de la forma en que se está proponiendo ya que en dicha ley ya hay una amplia exposición sobre los pactos y la sociedad nace de un pacto social. Otorgar esta visión para poder utilizarlo dentro de los pactos convivenciales podría ampliar el panorama de estos para una aplicación eficiente.

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en su artículo 226 respecto a los efectos de la cuenta corriente indica que “la disposición de los recursos disponibles en cuenta pueda efectuarse mediante la celebración de un pacto autónomo de cheque o a través de otros pactos”.

El Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero en sus definiciones dentro del artículo 2 y en su definición de contrato el cual hace mención que es el “documento que contiene todos los derechos y obligaciones que corresponden al cliente y a la empresa (...) propias del producto y/o servicio financiero que es objeto de pacto”.

Asimismo, en su numeral 15 de las definiciones respecto a la tasa de interés fija menciona que “cualquier tasa que ha sido objeto de pacto en el contrato cuya variación no depende de un factor variable”.

En la Ley de Títulos Valores N° 27287, también hace mención a los pactos en el que su artículo 26 respecto al título valor a la orden menciona que “(...) se transmite por endoso y consiguiente entrega del título, salvo pacto de truncamiento (...)”.

En la Sección Tercera, en su artículo 48 que hace referencia a las cláusulas especiales indica en su numeral 48.2 que “(...) En el caso de los valores con representación por anotación en cuenta, los pactos y cláusulas especiales deberán constar en el registro respectivo”.

El artículo 50° hace mención al pacto de pago en moneda extranjera, donde las partes acuerdan que se realice la cancelación en la moneda concertada.

El artículo 51° hace mención sobre los pactos de intereses compensatorios y moratorios y reajustes las partes “podrán acordar las tasas de interés compensatorias, moratorias o reajustes y comisiones que sean permitidas por ley”.

Dentro del artículo 81 se considera el pacto de no protesto, donde las partes acuerdan dentro del título valor la cláusula de “no protesto”, en la que no será necesario realizar tal acto ante el notario o juez.

El pacto de intereses en las letras de cambio señalado en el artículo 146 donde indica que “no procede acordar intereses para el período anterior al de su vencimiento (...)”.

La factura conformada dentro de su artículo 170 también hace mención al pacto de intereses, donde “se puede estipular sobre tasas de interés compensatorio que devengará su importe desde su emisión hasta su vencimiento (...)”.

El artículo 181° establece que “toda estipulación de intereses inserta en el Cheque se considera no puesta”.

Podemos notar que en otros ordenamientos también se consideran a los pactos y con una mayor injerencia dentro de la Ley General de Sociedades, a comparación de las otras leyes.

Lo que podemos deducir que los pactos también son considerados en otras leyes diferentes al Código Civil y esto podría ser un aporte favorable al pacto convivencial que está proponiendo.

#### **4.2.8 Nulidad e Ineficacia en los pactos**

Consideramos que dentro de los pactos también pueden existir vicios de la voluntad y estos pueden estar supeditados tanto a la nulidad como a la ineficacia ya que se parte desde la buena fe e intención de ambas partes para lo cual se comprometen, sin embargo, como en el caso de los contratos y convenios estos pactos pueden estar sujetos a la nulidad e ineficacia.

Por lo que, bajo los preceptos del Código Civil, se debe considerar también estos casos ya que los pactos convivenciales no se encuentran libres de ello. En ese sentido, se considerarán los artículos pertinentes para poder delimitar sobre qué es lo que trata.

#### **4.2.9 Impacto práctico de los pactos**

Como hemos indicado anteriormente, el impacto que podrá originar los pactos convivenciales es algo positivo ya que generará un beneficio a las partes donde puedan acordar conforme a lo que crean conveniente, así como menores costos al momento de alguna controversia, ya que estarán claramente establecidos los lineamientos a seguir por cada uno de ellos.

Por lo que creemos que si se aplica la propuesta de manera práctica con las facilidades necesarias se podría obtener una mayor y mejor respuesta de las parejas e ir ascendiendo como las estadísticas indicadas en capítulos anteriores.

#### **4.3 Pacto convivencial y su influencia extrapatrimonial**

El pacto convivencial se centra en regular principalmente los términos patrimoniales en el sentido que los derechos extrapatrimoniales al ser inherentes a las personas, consideramos que se tendría que evaluar su trascendencia en el pacto, debido a que estos son inembargables e intransferibles, es decir no puede existir un acuerdo con ellos.; establecer una serie de condiciones e incluir al derecho extrapatrimonial, tendría que analizarse si es conveniente considerarlo porque pueden existir actos de mala fe y situaciones que podrían provocar lo contrario a la naturaleza que busca el pacto.

#### **4.4 Pacto convivencial y el sistema financiero**

Dentro del sistema financiero existen situaciones que prima lo comercial que los derechos, donde se busca tratar de otorgar la mejor interpretación para que las personas puedan acceder a los créditos.

En los casos de los convivientes, así no estén registrados, el sistema financiero colocaba una cláusula dentro del contrato y de esa manera dar conformidad a la operación que se va a realizar, por lo que la entidad obtiene una mayor seguridad.

En otros casos la persona que se encuentra dentro de una unión de hecho no declarada, las entidades financieras hacen participar al otro concubino como fiador solidario de la operación por lo que también se estaría de alguna manera dando la conformidad y cubriendo en parte alguna situación que pueda generar algún conflicto posterior.

En el caso de los pactos convivenciales al proponer que la inscripción sea más célere y que existan los debidos incentivos para que estos puedan ser tomados en cuenta por las parejas actuales se podría utilizar dentro de los contratos financieros la intervención de ambos para obligarse frente a un crédito.

Por lo que el pacto convivencial generaría un impacto positivo frente a los contratos que manejan las personas naturales con las entidades financieras ya que desde un principio se conocería que forman parte de esta figura y pueden identificar que bienes serían considerados como sociales, así como los propios y los bienes de interés familiar.

Este último punto es el más importante porque de esa manera podrían en su estudio de títulos identificar cuáles son los bienes de interés familiar y de esa manera poder establecer una escala de que están dispuestos a aceptar, en caso soliciten alguna garantía.

#### **4.5 Unión convivencial**

Una de las primeros puntos que se sugiere que debería contemplarse en la reforma es la modificación del nombre de unión de hecho, ya que se le está otorgando un sentido más legal a la figura que si bien sus antecedentes fueron establecidos por situaciones fácticas que la costumbre hizo que vaya incluyéndose a la legislación y que para nuestro entender es una figura que apareció previamente al matrimonio ya que dentro de las civilizaciones donde aún no intervenía el derecho positivo pero ya venía marcando una línea paralela a lo que posteriormente obtuvo fuerza la institución matrimonial.

Es por ello que, bajo la denominación de unión de hecho, se estaría aun limitando el reconocimiento dentro de la legislación donde no se otorgaría legitimidad integral o un conjunto de criterios jurídicos específicos.

Muchos de los Códigos Civiles revisados, pertenecientes a diferentes Estados, no recurre a la denominación “unión de hecho”; se ha entendido que no se trata de una mera situación de hecho y que ya merece poseer relevancia jurídica dentro del ordenamiento jurídico.

Llamarlo unión convivencial no solamente supone un cambio de nombre, sino que le otorgaría la relevancia jurídica apropiada en el cual la consideración sería un ajuste a lo que ha logrado la unión de hecho dentro de las legislaciones universales.

Es por ello que se hace la proposición de un cambio de nombre dentro de nuestro Código Civil, donde ya no se considere que existe una situación fáctica de unión donde la legislación considere pertinente otorgarle algunos derechos; el hecho de modificar ese nombre le permitiría asimismo tener un sentido propio al significado de convivencia.

Esto hace alusión a que en legislaciones extranjeras lo ha visto desde esa óptica, si bien otorgando diversos significados como unión civil, unión convivencial, cohabitación, entre otros, donde se hace mención a que la definición de este es la unión de hecho, pero eso le permite otorgar esa relevancia jurídica que se viene buscando.

Entonces, como una de las primeras reformas al artículo 326°, es que deje el nombre de unión de hecho y pase a llamarse unión convivencial donde se le otorgue la importancia necesaria y donde pueda tener su propia regulación ya que dentro del artículo mencionado la definición que le da es un símil al matrimonio y donde se margina a un solo régimen patrimonial el cual no le dejaría otra opción a estas personas que se unen sin la formalidad que exige el Código y a no poder escoger libremente a qué régimen se podrían someter donde únicamente se le deja una sola opción. Esto nos hace pensar que es un motivo por el que no llama la atención la inscripción de esta, ya que en ningún momento permite a las personas escoger una forma patrimonial en la cual puedan someterse, sino que se le deja una sola opción para que puedan tomar.

#### **4.6 Modificación de artículo o cambio integral**

Conforme a lo que se ha ido analizando y según lo mencionado por nuestra legislación donde únicamente se le ha dedicado un solo artículo para tratar de regular esta figura; creemos que la inclusión del 326° en el Código Civil podría tener mayores aristas que no se podrían contemplar dentro de un solo artículo.

De acuerdo con nuestra propuesta, debería existir una modificación integral de esta pero no cambiando en su totalidad los lineamientos, sino que este sirva como un punto de partida en el cual pueda tener su propio apartado dentro de nuestro Código sustantivo.

Esto no solamente generaría mayores criterios según la redacción de tal, sino que se equipararía como una nueva figura incorporada dentro de nuestro ordenamiento lo cual guiaría de alguna manera a las parejas que se quieran someter a esta figura provocando que los criterios interpretación no se generen de una base del matrimonio, sino de una más autónoma como es la convivencia.

Somos del pensamiento que el hecho que exista un solo artículo dentro de una figura que es tan amplia y el cual se encuentre sujeto a criterios análogos o de interpretación tratando de equiparar con otras figuras depende sea el caso, provoca que no se le esté otorgando la importancia necesaria a una situación que de acuerdo con el último censo viene tomando mayor consideración. Partiendo de esa base, inferimos que el próximo censo a realizar irá creciendo la tendencia de las uniones de hecho en nuestra legislación.

Por lo que se debería realizar un cambio integral, en el que no sea un solo artículo, sino que sea considerado como un apartado adicional dentro del Código ya que la amplitud de una figura no puede estar inmersa y contemplada en un solo artículo que a pesar de que tenga similitud con otra institución, tiene sus propios elementos que generan derechos y obligaciones respecto a cada pareja.

En el caso del derecho de familia, es un tratamiento especial ya que se están regulando los derechos de ambas personas el cual tiene un fin común, que va más allá de una simple figura.

A pesar de que existan regímenes patrimoniales distintos al momento de la valoración por parte de los jueces es un criterio interpretativo, pero priorizando a las personas que integran la familiar.

Por lo tanto, no es cuestión únicamente de que se vea reflejado en artículos ya que la sociedad va variando y las tendencias se van inclinando hacia otras maneras de poder constituir familia frente a la unión de las personas. Es ahí donde nuestro ordenamiento debe intervenir, pero no para establecer reglas sino lineamientos en los cuales sirva para un criterio de interpretación objetiva.

Hemos sido testigos que incluso en los temas matrimoniales y de acuerdo con los plenos jurisdiccionales las interpretaciones que se le dan estos artículos tienen un matiz especial ya que se va más allá de simples actos entre personas. En estos casos interviene algo que en las relaciones patrimoniales no tienen. Por lo tanto, el patrimonio es consecuencia de la unión de las personas, pero no como los contratos habituales donde hay un interés patrimonial entre los sujetos que intervienen y se llega a lograr un consenso según lo que se quiere llegar.

En el caso de familia, no se basa en criterios patrimoniales, por lo que no nos arriesgamos a decir que el matrimonio debe ser considerado un contrato, ya que no solamente hay regulaciones patrimoniales en él, sino que se consideran los sentimientos de la persona la cual va generando esta situación que conlleva a situaciones patrimoniales que se ven reflejadas a medida que las personas realizan su vida en común.

#### **4.7 Relaciones de hecho e inscripciones**

Si bien las uniones de hecho van aumentando a medida que va transcurriendo el tiempo, esto no se ve completamente reflejado en las inscripciones establecidas dentro de los Registros Públicos. Por lo que esto nos lleva al cuestionamiento que en la realidad va avanzando, pero no se encuentra jurídicamente reflejado.

Entonces la razón la cual creemos que pueda ocurrir esta situación, entre otras cosas es debido a que no existen los incentivos correspondientes para optar inscribir, así como la falta de información que no llegue a las personas.

Por diversos motivos la mayoría de las personas se unen en concubinato y no formalizan dicha unión o no optan por la institución matrimonial; uno de ellos es que dentro de nuestro territorio nacional diversos segmentos de la sociedad sufren limitaciones económicas para acceder al servicio que brindan las notarías o acercarse a un juez para la declaración correspondiente.

Por ello, al existir situaciones en las cuales comprometa la economía de las personas, es más difícil que ellos opten por inscribir y prefieren mantenerse cumpliendo los requisitos de la convivencia al margen de las consecuencias que estos podrían tener.

Es por ello que también se debe tener en cuenta que, al ser una figura que nace desde una situación de hecho somos de la postura que debería seguir existiendo un registro en el cual se puedan identificar a las parejas de hecho. Por lo que se requiere tomar en cuenta si realmente las personas que optan por este régimen asumirán los costos que este podría tomar;

así como si tienen los verdaderos incentivos para realizar la inscripción. Es una postura en la cual se busca ir más allá de que se tengan que asumir costos para poder perfeccionar la unión de hecho.

Si bien se necesita tener un registro, porque este sería un medio probatorio que permitiría analizar en caso exista alguna controversia no hay que dejar de lado que algunas personas también optan por este régimen no solamente por una corriente de pensamiento diferente sino por criterios económicos que no le permiten formalizar la unión convivencial u optar por otro diferente como es el matrimonio.

Asimismo, se debe incentivar a las personas a optar por la inscripción y esto es facilitando la información otorgando a su alcance que hay un reconocimiento de la unión convivencial y esto podría otorgar solidez a sus derechos ya que mucha gente que podría estar bajo este régimen no tiene conocimiento de que este puede ser amparado por el Código.

Asimismo, se deben establecer estos canales informativos al alcance de toda la población peruana porque como se refirió el censo esta es una figura que está yendo en constante crecimiento, pero no se refleja lo mismo en Registros Públicos por lo que otorgar facilidades a las personas para que puedan lograr su inscripción no solamente sería beneficioso y llamativo para las personas que quieran optar por este régimen sino que se estaría reconociendo plenamente que no solamente el matrimonio es lo único por lo que se podría optar.

#### **4.8 Lineamientos previos hacia una nueva modificación**

Bajo estos preceptos y con el convencimiento que no solamente merece una modificación de un solo artículo, sino un reconocimiento integral a la figura de la unión de hecho que bajo nuestro criterio debería llamarse unión convivencial, deben surgir variaciones en las cuales le permita establecer mayores aristas a las cuales se va dirigiendo.

Observando primero que pertenece al Derecho de Familia, la cual tiene una interpretación compleja y que incluso va variando a medida que pasa el tiempo. Y en la actualidad el avance no solamente tiene como consecuencia el cambio de pensamiento económico, social, entre otros, sino que también afecta al ámbito familiar, por lo que estamos de acuerdo que un ordenamiento no siempre irá acorde a lo que sucede en nuestra realidad, pero se puede empezar por lineamientos básicos que se puedan adaptar conforme al paso del tiempo.

Y esto es lo que han hecho las legislaciones extranjeras, incluso países sudamericanos dejaron de lado sus lados conservadores y aceptaron que esta es una situación real que se debe contemplar dentro del ordenamiento. Por lo que la realidad indicaría que viendo un mundo que es globalizado con una realidad imperante cuya sociedad va teniendo tendencias más liberales y donde el derecho no se vuelva una restricción sino acompañe a estos preceptos, se podrían tomar como base previa las sociedades latinoamericanas que, si bien no son iguales a la nuestra, se puede adecuar a nuestro ordenamiento.

Nuestros Códigos tienen inspiraciones en el derecho extranjero y las uniones convivenciales no deben ser ajenos a tal, por lo que como lineamientos previos vamos a establecer de acuerdo a los criterios extranjeros, la manera en la cual se podría adecuar a nuestra sociedad,



ya que no somos ajenos a lo que ocurre no solamente en los países vecinos sino en otros continentes, donde ya se han optado por criterios distintos que no son recientes.

Sudamérica ha sido uno de los continentes que ha sido reactivo al cambio pero como hemos podido analizar en el capítulo anterior, a partir del año 2000 es donde han surgido estas modificaciones por lo que pensamos que en algún momento debe ser reconocido en nuestra legislación como una figura autónoma y no como un derivado de la sociedad de gananciales, como actualmente se encuentra considerada ya que esto lo único que ocasiona es que como hemos mencionado anteriormente, la falta de incentivos para poder declararlo y hacerlo inscribible y un ejemplo de ello es que solamente te lleva a un solo régimen patrimonial.

#### **4.9 Características a considerar frente a un nuevo marco normativo de la Unión de Hecho**

Al establecer una reforma, se deben considerar una serie de características con el objetivo de poder tener un mejor planteamiento sobre cómo se tomaría la unión convivencial y cuáles serían los primeros criterios para establecerlo acorde a la realidad.

Como hemos abordado en los capítulos anteriores, la sociedad ha empezado a valorar los diferentes tipos de formación de familia y a no emitir juicios de valor que a nuestro criterio han sido los puntos determinantes para que no se opte por una innovación respecto a la consideración dentro de nuestro Código sustantivo.

Es por ello que para otorgar un nuevo marco normativo se está valorando los criterios que se han venido tomando en otros ordenamientos para que conforme a ello se le pueda otorgar un matiz más específico de cómo debería encontrarse en nuestra legislación, así como los costos que se deberían tomar en cuenta para que pueda ser atractivo para las parejas que desean adoptar esta opción, ya que hemos observado que a pesar de que existe en la legislación la unión de hecho declarada en un artículo, la comparativa entre las inscripciones en Registros Públicos y lo que indica el Instituto Nacional de Estadística e Informática es totalmente variable, haciendo presumir que las personas que optan por esta figura no lo están declarando actualmente.

Esto provoca que al momento de existir alguna controversia sucedan situaciones que el juez al final analice y establezca criterios propios variando las decisiones en cada sentencia que se emite, ya que depende de su análisis el interpretar las normas que puedan relacionarse a las situaciones en concreto.

Las personas no establecen el régimen de la unión de hecho tienen diversas opiniones respecto a porque no lo realizan y a pesar que los costos para declararlos no sean tan altos pero viéndolo desde una perspectiva de una persona cuya situación económica pueda abordar estos; sin embargo, en todas las localidades de nuestro país y de acuerdo al nivel socioeconómico de cada población, hay parejas que no pueden solventar estos gastos provocando que no se llegue a inscribir y generando incertidumbre respecto a una figura que pueda al final establecer valores que vayan variando conforme al paso del tiempo.

Es por ello, que se propone no solamente modificar la unión convivencial estableciendo un marco normativo en el que se puedan considerar sus propios regímenes patrimoniales, la cual

sea atractiva para las personas que opten por esta figura y entendiendo que es una forma también de poder constituir familia ya que consideramos que se debe analizar desde una perspectiva de familia para poder establecer los regímenes patrimoniales adecuados y no desde una vista donde prime lo material porque si se parte del sentido familia se establecerían modificaciones pensando en el bien común no solamente de la pareja sino frente a terceros.

Por lo que se propone lo siguiente para tener en cuenta que no solamente es necesario un solo artículo para regular una figura que va evolucionando, sino que se necesita un apartado para que tuviera los criterios de valoración adecuados y donde el juzgador pueda tener un punto de partida de donde analizar.

#### **4.9.1 Regímenes patrimoniales a considerar**

Dentro de los regímenes patrimoniales que son considerados dentro de la unión de hecho conforme al artículo 326° del Código Civil, es de la sociedad de gananciales. Por lo que, bajo la concepción del presente capítulo, vemos necesario no solamente considerar un tipo de régimen en el cual la unión convivencial se sienta sometida únicamente a lo que esta le puede dar.

Somos de la consideración que establecer diferentes tipos de regímenes dentro de esta figura conlleve a que sea más atractivo y por consiguiente a que las personas que se encuentran unidas de hecho puedan cumplir con la inscripción de esta.

#### **4.9.2 Sociedad de gananciales**

Este régimen ya se encuentra considerado dentro del artículo pertinente dentro de nuestro Código Civil, por lo que no ahondaremos al respecto. El comentario que tenemos es que es una figura que se debe mantener, pero no ser la única a registrar ya que somos de la idea que estaría restringiendo a la forma de cómo podría constituir el régimen correspondiente limitándolo solo a uno.

Esto implicaría que no exista alguna atracción por parte de las personas que se encuentran dentro de esta figura ya que, al no declararlo si bien no se está constituyendo la unión de hecho como lo exige la ley, tampoco se está estableciendo el régimen de sociedad de gananciales.

Actualmente se busca la legalidad ya que de surgir controversias antes de considerar el régimen patrimonial debería partir desde el concepto de familia y lo que la otra institución donde existe la unión de las personas, le otorga la libertad de poder elegir qué régimen establecerían priorizando primero los derechos comunes entre dicha unión.

Somos de la opinión que esta se debe mantener dentro de los regímenes patrimoniales sometido a elección de la pareja de hecho pero debe ser facultativo en el sentido que otorgar únicamente dentro de esta figura un régimen que sea considerado como ganancial entre ambos no solamente limitaría a los sujetos su libertad a elegir sino que al ser considerado como único y no poder tener la posibilidad de establecer uno distinto, provocaría que posiblemente los convivientes seguirían manteniendo su situación no contemplada dentro de la legislación, es decir que este no se encuentre inscrito dentro del Registro correspondiente.

En conclusión, la sociedad de gananciales debe mantenerse dentro de la figura de la unión convivencial, pero debe compartir el régimen con otros que se propondrán a continuación, para que las parejas puedan ejercer su derecho de libertad de elección para constituir el que consideren adecuado, asimismo, debemos tomar en cuenta que lo que prima es el interés familiar como premisa inicial para constituir el régimen adecuado conforme a la elección de pareja.

#### **4.9.3 Separación de patrimonios**

Dentro de la unión convivencial no se encuentra la presente figura a pesar de que en sus similares es una forma de poder optar por este régimen. En efecto, somos de la opinión que tiene que primar la libertad de las partes para poder escoger lo que sea lo más adecuado para ellos.

Consideramos que partiendo de la premisa de la libertad de poder establecer el régimen que considere conveniente se debería incluir la figura de separación de patrimonios dentro de la unión convivencial.

Esto permitiría que exista una amplitud en la selección de régimen que se pretendería escoger, por ello vemos necesaria esta incorporación dentro de nuestra legislación.

El método que se utilizaría es el establecido al Código Civil el cual puede ser antes o durante la declaración de la unión convivencial.

Antes de la declaración seguiría el mismo procedimiento en el cual la persona declaran que si bien va a existir una unión el cual cumplirá con los requisitos establecidos por la ley, ellos optan que el régimen a tomar será el de separación de patrimonios y ellos seguirán conservando la titularidad de los bienes.

Un cuestionamiento que surgiría es que si bien antes de la declaración no hay un régimen establecido por ambas personas por lo que se podría considerar como bienes propios y de manera indirecta se estaría asemejando al régimen de separación de patrimonios, que en caso exista alguna controversia cada uno tendrá aún la titularidad de sus bienes y respecto a una disolución no existiría problema alguno porque al no existir algún régimen no habría ninguna controversia.

Esta premisa se podría corroborar si lo colocamos desde un ámbito netamente patrimonial; sin embargo, debemos indicar que el primer pensamiento respecto lo patrimonial es la consecuencia de la unión entre dos personas, nos llevaría a observaciones en la cuales podrían acarrear confusiones y no tener un camino en el cual nos lleve a una corriente que nos permita estar alineados a criterios que se establezcan dentro de nuestro ordenamiento.

Esto es porque el interés primario es la familia debiendo partir todo dentro de ella y si nos encontramos en el caso que no existan los argumentos necesarios para que pueda estar declarado dentro del ordenamiento bajo un régimen reconocido, no se podría concretar la inscripción de dos personas ya que no tendría ningún argumento a favor en el que la libertad de las personas se pueda ejercer para poder elegir uno de estos y se encuentra limitado solamente a uno.

Como habíamos mencionado anteriormente, antes de la declaración de la unión de hecho cada una de las personas conservan la titularidad de sus bienes y al momento de la declaración conforme a lo indicado por la ley pasan automáticamente al régimen de sociedad de gananciales. Esto quiere decir que al no poder optar en mantener la titularidad de sus bienes posteriores a la inscripción podrían suceder dos situaciones.

La primera sería que se mantengan como una unión sin cumplir el requisito de inscripción, es decir como una unión, en el que no esté sometido a ningún régimen patrimonial y donde ambos mantengan la titularidad de sus propios bienes.

Esto podría ser contraproducente ya que se busca que la figura de la unión de hecho cumpla con su objetivo que es la Constitución y se encuentre debidamente inscrita en los registros que posteriormente vamos a indicar, por lo que en este caso seguiría manteniéndose en una unión, incluso comportándose como tal y ejerciendo las características que conforme a la Casación N° 3242-2014 Junín indica en sus apartados los cuales son “la cohabitación, notoriedad, exclusividad, ausencia de impedimento matrimonial y voluntariedad”, lo que a pesar de cumplir todo lo indicado aún no se podría considerar como unión de hecho para nuestro ordenamiento actual ya que la voluntad de las partes que se encuentra dentro de ella no quiere optar por un régimen ganancial y seguir conservando la separación de patrimonios.

Entonces a pesar de los presupuestos señalados anteriormente donde el análisis del tribunal partió de un concepto de familia lo ideal sería que este pueda culminar y convertirse en una unión convivencial con la conformidad de ambas partes de optar por el régimen donde ambos tengan la titularidad de sus bienes.

Es por ello que como primera situación es la negación de la voluntad de las partes a querer constituir la unión por el hecho de no poder elegir su régimen patrimonial, a pesar de que se cumplan los demás presupuestos.

Y esto conlleva a lo segundo, que al no querer estar ligado a la primera situación, genera que estas no cumplan con inscribirse, lo que no se cumpliría la figura de la unión convivencial, que es algo que se quiere impulsar.

Entonces creemos que este régimen también debería ser contemplado dentro de nuestra legislación en relación a la unión convivencial donde les permita a las partes la libertad de poder escoger que régimen se ajusta hacia sus intereses y estas puedan terminar constituyéndose dentro de nuestro ordenamiento.

Tomemos en cuenta que si no se encuentra inscrito difícilmente se podría considerar familia, ya que a pesar de que se cumplan estos presupuestos es necesario que vaya acompañado de un marco legal vigente y donde las personas sientan amparadas sus derechos. Hemos notado que si bien antes de constituirse es una separación de patrimonios indirecto que no tiene alguna forma establecida en nuestro ordenamiento porque cada persona aún mantiene la propiedad de sus bienes dentro del derecho de familia debe tener un trato distinto porque el punto de partida es ese y donde el ámbito patrimonial genera una consecuencia de esta.

Por lo que, para conservar los estándares de familia, creemos que esta figura debe incluirse dentro de un apartado en la reforma de la unión convivencial en el ámbito patrimonial.

#### **4.9.4 Bienes de interés familiar**

Dentro de la concepción existente donde solo se rigen por la sociedad de gananciales y la separación patrimonios, se propone una en la cual se pueda regir por la libertad de elección de ambas personas que plantean integrar la unión convivencial.

Es por ello que, dentro de este ámbito al plantearse la separación de patrimonios dentro de este régimen propuesto, podrían existir bienes que les denominaremos de “interés familiar”.

Cuando nos referimos al interés familiar, lo definimos como la manera que, si bien existen bienes producto de la separación de patrimonios el cual está ligado a la titularidad de cada uno de los sujetos dentro de la unión convivencial, existen bienes que estos pueden considerar estar dentro de un régimen ganancial, el cual tiene como objetivo el interés primario de la familia.

Bajo ese criterio se busca poder establecer dentro de un régimen patrimonial establecido existan bienes que puedan pertenecer a la familia quiere decir que la titularidad familiar del bien la tendrán los que se encuentren dentro de esta.

Estamos convencidos que dentro de una unión convivencial se debe buscar proteger el interés de la familia por lo que si dentro de estos existen bienes que puedan preservar principalmente el lecho familiar, estos podrían nombrarse como un bien que pertenezca a ellos.

Entonces de acuerdo a lo mencionado, este bien quedaría a merced de la disposición conjunta de la familia para poder realizar algún acto de disposición. Por lo que tendría una mayor protección en la que no solamente desde el ámbito registral se podría otorgar una protección frente a terceros que sabrían frente a qué bien se están dirigiendo o para poder evitar actos de mala fe por una de las partes.

Si bien este criterio podría aludir algo restrictivo porque no otorgaría la libertad de disponer sobre los bienes, pero tomemos en cuenta que se basará íntegramente en la decisión de la unión convivencial y será con el objetivo de preservar bienes por el interés familiar.

Esto otorgaría una protección en caso uno de ellos se obligue y coloque en riesgo el patrimonio de una unión convivencial que pueda adquirir esta manera en la que al ser reconocida como tal también sea protegida como lo es el derecho de familia.

Asimismo, también dejar la posibilidad de no restringir los regímenes en el sentido que si se opta por la separación de patrimonios desde un inicio ya no se podría otorgar esta sociedad de patrimonio mixto en relación al interés familiar, por lo que consideramos que podría realizarse en cualquier momento y dentro de los parámetros que se pueda regir al momento de regular esta figura.

Esto quiere decir que no estaría ligado únicamente a la constitución del régimen patrimonial, porque lo estamos considerando como una subdivisión en el cual se le permita a las personas poder otorgar la propiedad del bien a la familia y de esta manera protegerla en su integridad.

Si en caso solo se depende de ese bien para poder garantizar un crédito, consideramos que este debería ser autorizado por la familia. En ese sentido todavía se tendría que analizar si debiera intervenir toda la familia o solamente la pareja de la unión convivencial; porque podríamos estar ante el supuesto que se tengan hijos y esto tendría otros mecanismos en el cual deba ser representado bajo un mandato judicial para que pueda gravar el bien.

Por lo pronto, somos de la idea que la pareja que forme la unión convivencial al ser personas que pueden realizar actos jurídicos sin ninguna restricción son los que podrían establecer este régimen.

Esto generaría ventajas ya que por un lado se estaría estableciendo una protección jurídica sobre los bienes de la familia que son importante para su desarrollo. Para estos casos con el fin de evitar que se extrapole la figura y pueda ser sujeto a un uso no adecuado, consideramos que debería ser considerado para el bien inmueble que es el hogar que comparte la familia con la finalidad que en caso de alguna ejecución esta no se afecte ante cualquier controversia que exista protegiendo específicamente al interés familiar.

Por otro lado, sería también adecuado para los terceros de buena fe quienes tendrían conocimiento que ese bien pertenece al interés familiar por lo que tendrían un mayor cuidado al realizar los contratos con las personas involucradas.

Evidentemente, creemos que esta figura se podría implementar pensando primero en la familia y conllevando a ello la situación patrimonial. Esto no solamente permitiría el garantizar a las personas que se encuentren dentro de ella la manera de poder preservar su bien ante cualquier situación y no dejar en un desamparo a la familia, sino que frente a los que no forman parte de este, refiriéndonos específicamente a los terceros, otorgaría la posibilidad de que la información que tengan sea más clara y puedan realizar sus actos con una mayor seguridad.

Esto tendría que estar inscrito en los Registros Públicos con lo cual la publicidad permitiría que sea de conocimiento de todos sobre el bien que se está declarando en interés familiar, considerando fundamental la protección al derecho de familia. Esto es un punto importante ya que nuestra legislación, así como nuestra sociedad deben otorgar todos los mecanismos y considerar a todo tipo de familias las cuales sientan la protección del estado y en general a situaciones en las que podrían quedar sin ninguna forma de respaldarse. Esta figura lo que busca es que permita también poder prever casos en los cuales pueda peligrar algo más allá de sus bienes, el cual es el bienestar familiar y la forma en la que puedan tener alguna manera de poder obtener seguridad respecto a cada controversia que se pueda suscitar. Asimismo, no se debe dejar de lado que queda a la libertad de las partes asumir esta situación, lo que no las obliga a realizar este tipo de acto, pero se le puede dejar una salida en la que le permita primar el bienestar familiar antes que la relación patrimonial.

#### **4.9.5 Pacto Convivencial**

Como hemos mencionado en los capítulos referentes al tratamiento en el derecho comparado donde se hace alusión a esta figura llamada pacto convivencial el cual desde una perspectiva patrimonial se busca salvaguardar el interés de la pareja para que en el momento que exista alguna controversia se hayan podido establecer las condiciones previas en las que

las controversias que se puedan suscitar posterior a la declaración de la unión convivencial se ciñan directamente al pacto que tienen estas personas al momento de constituir dicha unión.

Este es un punto el cual consideramos que se debería contemplar ya que en primer lugar es la manera en la que se definiría la titularidad que tienen ambas partes para los bienes que vendrían a formar parte de la unión. Lo que con un acuerdo previo se pueda establecer la forma que se pondría en práctica.

Esto es eficiente en el sentido que desde un inicio se pactarían las reglas patrimoniales las cuales cada persona tendría conocimiento de lo que se encuentra dentro de su dominio y sobre lo que puede actuar.

Dentro del derecho comparado, no solamente se establecen las reglas patrimoniales dentro del pacto convivencial, sino que adicionalmente se indican algunas obligaciones que será específica para la pareja la cual exista una concertación. Asimismo, cada pacto establecido tiene una forma distinta de acuerdo a lo que cada persona vea pertinente agregar en él, incluso se colocan las causales de separación en el cual se regiría a lo indicado, siempre que no se exceda los límites de la ley.

Por lo que dentro del pacto convivencial pueden contemplarse varias situaciones que permitan un acuerdo entre la pareja que, dentro de los lineamientos legales puedan seguir comportamientos para establecer una unión armoniosa.

En este caso nos estamos centrando a los aspectos patrimoniales, los cuales como hemos mencionado le permite a cada uno establecer la manera de los derechos absolutos sobre algunos bienes.

Asimismo, también pueden considerarse dentro de ellos los bienes que hemos mencionado en el apartado anterior, que son los bienes familiares que permiten indicar que un determinado bien pertenece a la familia y no a uno de ellos, esto en el sentido que se protege principalmente a la familia siempre que exista un acuerdo entre ambos de poder nombrar a uno de esos bienes de esa calidad.

Añadir un pacto convivencial consideramos que es facultativo entre las partes, no obligándolos ya que es su voluntad si quieren agregar dentro de su convivencia una serie de obligaciones entre ambos que les permita tener algunos lineamientos primigenios frente al comportamiento de la pareja en relación a la asistencia, patrimonios, entre otros.

No somos ajenos a que establecer un pacto y de acuerdo a las legislaciones que lo han instaurado de alguna manera en sus países, que esto es también considerado como un contrato, por el solo hecho de tener obligaciones que ambas partes tengan que cumplir ahora bajo la definición de nuestro Código, lo llevamos más allá debido a que no solamente crea obligaciones de las partes para satisfacer los intereses entre ellos sino que tiene como un elemento principal que es el interés de la familia como todos los artículos que van al estudio de los libros del Código.

Esto permitiría también que ambas personas que se encuentran dentro de la unión convivencial pudieran establecer la manera que entre otras obligaciones y lo que podríamos llamar reglas entre ellos se establezcan diferentes formas que se adecúen específicamente a cada una de ellas y donde puedan pactar libremente las obligaciones que tendrían, sin ir en contra de las leyes vigentes, apelando que es una figura que se podría instaurar en una futura modificación.

La inscripción de este pacto convivencial debería ser al momento de la declaración, así como en el derecho comparado, establecer que este se realizará en un documento simple en el cual el funcionario lo pueda anexar a su inscripción correspondiente y al momento de querer realizar alguna modificación establecer el ingreso de tal variando la parte que se quiera cambiar.

Como se ha mencionado anteriormente este pacto se puede ir modificando durante el tiempo, así como la adquisición de bienes que obtenga la pareja por lo que podríamos deducir que no se estaría hablando de un tipo de régimen patrimonial, sino que todo dependería del pacto convivencial y de cómo se establecerían los bienes a cada persona íntegra dicha unión.

Esto incluso también puede favorecer a los terceros de buena fe quienes podrían tener conocimiento de los que ejercen el derecho de propiedad y tener en cuenta con quienes estaría estableciendo sus relaciones por lo que al tener conocimiento de los bienes que le rodean a la persona con la cual va a relacionarse le daría la oportunidad de analizar si es que es factible o no realizar los actos con este.

Asimismo, en cuestiones controversiales no se tendría que pasar por procesos que permitan definir a quién le correspondería cada bien ya que este se encontraría dentro del pacto convivencial y de esa manera la distribución ya sea acordada previa a los sucesos que puedan ocurrir y que provoquen el rompimiento de tal.

Esto también lo vemos como una medida de protección en el que se prioriza a la familia por lo que tener dentro del pacto en relación a lo patrimonial los bienes familiares podría dejar una mayor facilidad de decidir respecto a este bien, porque se está priorizando el interés familiar.

En efecto, creemos que implementar el pacto convivencial sería un gran aporte porque si bien existe una unión en la cual no hay alguna manera de establecer la declaración sin la correspondiente inscripción, establecer las obligaciones de la pareja permitiría en gran parte ser un documento que podría prever controversias que pudiesen ocurrir en el futuro, somos conscientes que no es posible que sean ajenas a estas pero si existe un pacto en el cual prime la voluntad de las partes para poder establecer obligaciones entre ellos y dentro de estos encontrarse las situaciones patrimoniales permitiría tener una claridad mayor en el sentido que desde un inicio existiría sin perjuicio a que se incluyan otros acuerdos para beneficio de las partes.

#### **4.9.6 Publicidad e inscripción**

Hemos notado que, de acuerdo con las cifras que se brindaron en los capítulos anteriores sobre los estudios realizados en comparación a las uniones convivenciales existentes y lo



publicado por registros públicos, no hay una equiparación en ellas. Esto nos lleva a deducir que las parejas no están culminando el proceso de formalización para poder inscribir la unión de hecho.

Por lo que podría hacernos suponer que son por diversos factores. Uno de ellos y lo mencionamos es el acceso a la información que podrían tener estas parejas para poder formalizar la unión de hecho. Somos conscientes que algunas parejas escogen este régimen debido a que no sienten una necesidad de compromiso formal y solamente quieren compartir una vida en común dejando de lado que eso es una forma de constituir una familia y derechos que podrían surgir por el hecho de ser pareja y cumplir con los requisitos establecidos por la unión convivencial lo que generaría que las partes en algunas situaciones se sientan desprotegidas por una falta de conocimiento.

Es por ello que como factor importante es impulsar a la información de esta figura, indicando todos los derechos y beneficios que se puede tener. Con las consideraciones expuestas anteriormente, permitiría que las personas puedan tener en claro los derechos que podrían adquirir al momento de la inscripción y en efecto tener en claro con los deberes de información los efectos que podrían generar la inscripción.

Otro de los factores identificados son los costos que podrían acarrear. En otras legislaciones estas no tienen costo alguno por lo que se podría establecer un registro en el que se pueda consignar a las uniones convivenciales y el que se encargue de esto podría ser el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil el cual se modifique el estado de conviviente y cambie como se hace actualmente en el caso del matrimonio.

En caso la pareja opte por el pacto convivencial, entonces el funcionario se encargaría también de correr traslado a las partes en registros públicos dando la buena fe de este. Por lo que con un funcionario autorizado podría establecer no solamente el reconocimiento en el registro, sino que también pueda correr el traslado correspondiente en los registros respecto a la situación patrimonial.

Esto otorgaría facilidad para las personas que opten por este régimen ya que simplemente si cumplen los requisitos de encontrarse libres de impedimentos para poder ejercer la unión convivencial y con un registro el cual sea de fácil inscripción, provocaría que no solamente tenga mayor eficiencia, sino que permitiría un proceso rápido para lograr los objetivos de que estos se puedan reflejar acorde al marco legal propuesto.

Asimismo, somos de la idea que se debe eliminar el criterio de temporalidad ya que, una vez propuesta la inscripción en el Registro y con el pacto convivencial, establecer un tiempo en el que transcurrido este se pueda inscribir provocaría únicamente demoras y que no sea lo suficientemente eficiente para poder lograr una inscripción.

Si ya se están estableciendo estos requisitos, creemos que dejar el transcurso de un tiempo provocaría que ambas personas se puedan acostumbrar a vivir la vida en común y con el correr de este posiblemente por diversos temas dejarían la inscripción para otro momento, provocando que el registro e inscripción no sea llamativo y eficiente.

Si las personas se encuentran interesadas en realizar la unión convivencial desde la utilización del pacto y con la voluntad de inscribirlo en el Registro correspondiente, se dejaría de lado este criterio de temporalidad que, en nuestra opinión es uno de los causantes que difieran las estadísticas emanadas por el Instituto Nacional de Estadística e Información con los Registros Públicos.

Por lo que, eliminando este criterio y con los presupuestos mencionados, se generaría que esto se simplifique y se tenga un mayor énfasis en lograr la inscripción de la unión convivencial con la sola voluntad de las partes.

#### **4.9.7 Separación y situación patrimonial**

Respecto al patrimonio como consecuencia de la separación se podría tener una claridad mayor respecto a los bienes pertenecientes a cada uno de ellos al establecer el pacto convivencial. Desde nuestro punto de vista esto permitiría que exista una mayor facilidad e incluso sin intervención activa por parte del juez al momento de realizar la distribución de los bienes ya que desde dicho pacto, las obligaciones y los derechos absolutos sobre los bienes ya están designados en el documento.

En caso de los bienes de interés familiar, estos como quedan a nombre de la pareja dentro del régimen de separación de patrimonios debería definirse por medio de una decisión judicial que permita establecer las reglas presupuestales de la titularidad de los bienes para cada uno de los integrantes.

#### **4.9.8 Derechos sucesorios**

Respecto a las sucesiones somos de la idea que debe mantenerse tal como lo indica actualmente el Código Civil haciendo participar al concubino dentro de la masa hereditaria para que pueda también heredar de manera conjunta con los herederos forzosos.

En efecto, hay legislaciones que tienen esta restricción frente a los derechos hereditarios donde no establecen que el concubino supérstite pueda heredar. Por lo que en nuestro caso el Código Civil Peruano tiene una visión diferente y sí le da un lugar en lo que se refiere a los derechos hereditarios.

En este caso sí consideramos que fue acertado ya que le da la posibilidad al concubino inscrito para poder ejercer sus propios derechos.

La importancia de la inscripción de la unión convivencial es lo que permitirá que se puedan ejercer diferentes derechos dentro de cada pareja, por ello creemos que es fundamental que se puedan otorgar todas las facilidades necesarias para lograrlo, así como la forma en la que le permita a la pareja obtener la mayor cantidad de información para que conozca exactamente sobre la figura de la que se está integrando.

Si en caso de los divorcios incluso se vieron las formas de incluirlos en una manera que sean más céleres sus procedimientos, creemos que dentro de la unión de hecho también se podrían aplicar maneras que permitan que su inscripción sea lo antes posible. Es por ello que se solicita quitar el criterio de temporalidad y reemplazarlo con un pacto convivencial que permitiría establecer las obligaciones de cada una de las partes.

La importancia de la inscripción y sus facilidades que se podrían otorgar permitiría una mayor acogida a esta figura y que se vea reflejado en un registro donde los mismos funcionarios se encarguen de realizar la inscripción.

En otras legislaciones se otorgan facilidades para lograr su inscripción en la que incluso, por ejemplo, el gobierno español dentro de sus estudios llegó a la conclusión que es una figura que no solamente tiene mayor acogida dentro de su sociedad, sino que se dio cuenta que ya era mayormente aceptado por esta.

En nuestra sociedad, entre otras situaciones la unión de hecho es aceptada socialmente bajo una serie de restricciones e intereses, pero para hacerlo valer es necesario otorgarle los derechos que se establecen dentro de las uniones donde los vínculos familiares son más estrechos.

Es por ello que bajo las proposiciones es con el objetivo de tener una mejora respecto a esta figura, donde se le reconozca de manera autónoma por su calidad de tal en la que se permita tener sus propios derechos y obligaciones ya que la sociedad actual en la mayoría de casos y por diversas situaciones que ocurran entre cada uno de ellos no optan por otras figuras que a pesar de estar debidamente reguladas, lo relacionan a diversos motivos en los que su inclinación es quedarse reglamentados por una situación de hecho.

#### **4.10 Proyectos de ley referentes a la Unión Civil en Perú**

##### **4.10.1 Proyecto de Ley N° 718/2016-CR**

En Perú se han considerado proyectos de Ley los cuales pretendían considerar el concepto de la unión civil donde se trataba de incluir la unión entre parejas del mismo sexo las cuales bajo criterios de trato igualitario y la no discriminación en cuestión al sexo.

Entre ellos se propuso el proyecto de Ley N° 718/2016-CR (Congreso 2016) cuyo proyecto de ley es establecer la unión civil donde se encuentra compuesto por 14 artículos, dos disposiciones complementarias y nueve disposiciones modificatorias entre las cuales resalta entre ellos una visión distinta de poder constituir familia.

Si bien en estos proyectos no se habla de un pacto convivencial se hace una mención a la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios que busca regular la situación patrimonial de la pareja.

En su primer artículo menciona que es una “institución distinta al matrimonio y la unión de hecho”, por lo que se podría considerar que esta tiene un carácter autónomo lo que permite deducir que los lineamientos estarán vertidos por este mencionado proyecto de ley.

Asimismo, su registro será notarial o por medio de un juez de paz letrado de los domiciliados, por lo que tiene similitud con aparatos legislativos de otros países.

La unión civil propuesta tiene sus requisitos mencionados en su artículo 3, los cuales tienen también similitud con otras legislaciones en el sentido que deben tener la mayoría de edad, no estar inmersos en otras uniones de hecho o unión civil, incapacidad absoluta, parientes consanguíneos y personas adoptadas.

El procedimiento del registro es conforme a la ley notarial y se procede a la inscripción en el registro correspondiente.

Entre los derechos y deberes de la unión civil destacan la asistencia, alimentos, seguridad social, pensión de supervivencia, representación, visitas tanto en establecimiento de salud como en penitenciarios, decisiones en otorgamiento de autorizaciones para los tratamientos quirúrgicos, adquisición de nacionalidad, recibir protección en caso de violencia, acceder a programas de beneficio y reclamar a las autoridades en caso de indemnizaciones o perjuicios.

En relación a los derechos sucesorios le correspondería lo indicado en el Código Civil y sus artículos correspondientes y el integrante sobreviviente también sería considerado como heredero forzoso y concurriría conforme al artículo 816º del Código Civil.

Respecto al régimen patrimonial pueden establecer tanto el de sociedad de gananciales como el de separación de patrimonios de acuerdo con lo que crean conveniente.

La disolución de la unión civil puede ser por muerte, declaración de ausencia, acuerdo mutuo certificado por notario o decisión unilateral de uno de los miembros. En el caso de la disolución por mutuo acuerdo esto se podría hacer ante un notario y si no se llegan a los acuerdos correspondientes podría recurrirse a un juez. Por otro lado, si es por decisión unilateral será declarado por un juez sin la asistencia del Ministerio Público.

Con relación a las modificaciones propuestas principalmente se basan en los alimentos y derechos sucesorios que puedan tener las personas que se encuentran dentro del régimen propuesto en este proyecto de ley.

En nuestra opinión, este proyecto podría verse complementado con lo propuesto en la presente investigación en la que también se podría incluir al pacto convivencial dentro de ello.

Consideramos que es algo necesario ya que podría también delimitar los derechos y deberes de cada uno de los participantes, pero principalmente los presupuestos patrimoniales que vienen manejando, lo que permitiría que la resolución de controversias sea más celer. Con el pacto convivencial, como hemos estado proponiendo permitiría a la unión civil poder acordar desde un inicio la manera en que se someterán los patrimonios de cada uno de los participantes, así como la libertad de poder modificarlos cuando ellos crean conveniente.

Es por ello que si esta ley o alguna de sus similares en el futuro se llegara a promulgar tendría también el apoyo por parte del pacto convivencial propuesto, donde ellos establezcan previamente los derechos y obligaciones por parte de cada uno.

Otro punto que hemos notado es que no se considera dentro del proyecto de ley la adopción, donde si bien la unión civil puede tener sus derechos y deberes estos no se extienden a poder adoptar, lo que relaciona al fallo establecido por el tribunal italiano.

No es objeto de estudio la adopción en la presente investigación; sin embargo, creemos que esto podría tener otras discusiones donde el pacto convivencial no tendría alguna relevancia.

En conclusión, esta primera propuesta legislativa busca principalmente y conforme a su exposición de motivos en el que mencionan los sucesos donde denotan la falta de igualdad y trato igualitario frente a las personas del mismo sexo que se unen, por lo que de acuerdo con ello su posición es tratar de conseguir una ley que le permita tener una participación activa dentro de la legislación vigente.

Por lo tanto, en búsqueda de derechos los cuales se les otorgue una igualdad frente a diversas situaciones es un punto en el cual nos encontramos de acuerdo; asimismo, podríamos deducir como aporte lo propuesto en la presente investigación, que ayudaría a complementar en caso este proyecto de ley o modificaciones que se puedan proponer más adelante.

#### **4.10.2 Proyecto de Ley N° 961/2016-CR**

El mencionado proyecto de ley (Congreso 2016) a diferencia de la unión civil analizada anteriormente, buscaba la modificación del artículo 234 del Código Civil donde la noción la definía como la “Unión voluntaria concertada por dos personas legalmente aptas (...)”, donde esta puede ser conformado por personas de diferente o mismo sexo.

Asimismo, se buscaba el reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero donde se registrarán a las reglas del Derecho Internacional Privado.

Dentro de su exposición de motivos establece que la familia no es un modelo único y donde la actual Constitución Política del Perú tiene un concepto más abierto de esta, donde indica que no hay mención alguna de la “orientación sexual de las personas y donde no se puede discriminar a un grupo de personas LGTB”.

Su apreciación dentro de su motivación en el que otros países ya existen consideraciones de reconocimiento donde lo toman como una opción libre y un trato igualitario, conforme a la Corte Colombiana.

En los Estados Unidos de América a pesar de las discusiones que le da el tribunal en el campo filosófico, ideológico, religioso y político, por lo que la corte ha indicado que las decisiones como pertenecen a las minorías, la corte está “abierta a los individuos afectados quienes llegan a vindicar sus intereses personales y directos contenidos en nuestra carta más básica”.

España tiene una idea más abierta en la que mencionan en su sentencia 198/2012 que “La institución del matrimonio se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho Europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo”, entendiendo que esto no afecta otros derechos.

Es por ello que se menciona que el “Poder Legislativo debe considerar en sus decisiones que la orientación sexual e identidad de género son categorías reconocidas y protegidas por la constitución y la Convención Americana”.

Los principios fundamentales que se utilizan en la exposición de motivos son la igualdad y la no discriminación ya que toman la no consideración como una prohibición arbitraria y solicitan las condiciones de igualdad, considerándolo como grupos excluidos.

Por lo que le quieren otorgar a los peruanos el reconocimiento a las “uniones simbólicas” y permitir legalizar sus uniones en el extranjero.

Como podemos notar, los proyectos de ley antes mencionados van inclinados a lo relacionado a la libertad e identidad de cada una de las personas priorizando el género y la unión entre personas del mismo sexo en comparación a nuestra investigación que va inclinado por el lado patrimonial.

Sin embargo, no podemos dejar de lado que estos avances respecto al género en el Perú y sus avances con los proyectos de ley podrían permitir que se pueda dar la oportunidad a personas del mismo sexo poder tener la solución a las problemáticas que se indican en la exposición de motivos donde situaciones que por un lado la consecuencia es lo patrimonial pero el factor inicial está reflejado por otros criterios que conllevan a lo emocional, por lo que creemos que un paso para el cambio y adaptación a las nuevas tendencias se están empezando a reflejar en nuestra legislación a pesar de que los temas investigados sean distintos, llega un momento en que van a coligar y se pueden complementar entre sí.

Estamos convencidos que si se propone el pacto convivencial con las motivaciones que se han indicado en la presente investigación, serviría como un punto de partida para los aspectos patrimoniales considerando a todas las personas que le permita poder administrar todo lo referente al patrimonio; asimismo, podríamos también creer que se podría impulsar los pactos convivenciales entre parejas del mismo sexo y este sería un paso para que finalmente puedan ser reconocidos en la unión civil. El aspecto patrimonial dentro de la relación si bien no es el punto fundamental se considera importante y regularlo en un documento el cual mantenga la claridad entre las partes y les permita establecer los derechos y obligaciones de ambos permitiría que puedan administrar mejor su patrimonio y saber previamente a que se están obligando para evitar posteriores conflictos.

#### **4.11 Pacto convivencial e ideología de género**

Dentro de nuestra propuesta, el pacto convivencial podría ser aplicable a todas las personas, sin generar distinción alguna. La mayoría de las legislaciones ha estado impulsando las uniones de hecho dentro de un marco normativo que se encuentra dentro de los lineamientos de ideología de género. Si bien esto último no es parte de la investigación, creemos conveniente hacer el comentario que la investigación propuesta es aplicable y compatible a la mencionada ideología.

La encuestadora IPSOS afirma que el 38% de los peruanos está a favor de la unión civil no matrimonial de personas del mismo sexo, a comparación del 2019 que fue un 36% (La República 2021).

Esto quiere decir, que la sociedad se está adaptando a una evolución que se viene estableciendo con nuevos conceptos e ideas de personas de diferentes pensamientos.

Estas diferencias también nos permiten tener una visión más amplia de lo que se puede buscar con la presente investigación, donde los partícipes sean las personas y que se prime por su libertad e igualdad, lo cual creemos conveniente que el pacto convivencial también

podría servir como punto de partida a que puedan acordar sus derechos y obligaciones como pareja, así como la distribución de bienes, entre otros.

#### **4.12 Propuesta de modificación del Marco Normativo de Unión Convivencial con relación al patrimonio**

En los siguientes puntos y conforme al esquema del estudio respecto a la situación patrimonial que actualmente se está considerando dentro de nuestra legislación, se propone una modificación a la norma en la que exista un mayor detalle respecto a esta figura, por lo que se sugerirá incorporar una serie de artículos con relación a la situación patrimonial.

Si bien la extensión de modificaciones va más allá de lo patrimonial e incluso hay correlación entre otras figuras; en mérito a nuestra investigación se señalará las modificaciones e incorporaciones propuestas con relación a lo mencionado.

Debemos recordar que la figura de la unión de hecho es amplia donde las modificaciones van más allá que un solo ámbito, entendemos que dentro de estos cambios e incorporaciones existirán otros intereses los cuales tratará de favorecer a lo que es establecido acorde a la realidad, donde nuestro Código al no otorgar una figura específica ha hecho únicamente que se encuentre con modificaciones que creemos que es acertada respecto a los derechos hereditarios pero ha dejado de lado otras aristas que proponemos incorporar para que esta figura sea más atractiva para las personas opten por la inscripción de esta.

El artículo 326° de nuestro Código Civil el cual citaremos textualmente indica lo siguiente:

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de Estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

La Directiva N° 002-2011-SUNARP-SA aprobado por Resolución N° 088-2011-SUNARP-SA tiene como finalidad, según la consideración número 2 el “establecer criterios registrales para la inscripción de las Uniones de Hecho, su Cese y otros actos inscribibles directamente vinculados”

En el punto número 5.2 indica como actos inscribibles el reconocimiento de la unión de hecho, el cese de la unión de hecho y las medidas cautelares y sentencias ordenadas por la autoridad jurisdiccional relacionadas con la Unión de Hecho.

La Ley N° 3007 el cual modifica los artículos 326,724,816 y 2030 del Código Civil, inciso 4 del artículo 425 y 831 del Código Procesal Civil y los artículos 35,38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho cuyo objeto de la ley según su primer artículo es “reconocer derechos sucesorios entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho”.

La referida Ley N° 30907 que establece la equivalencia de la unión de la unión de hecho con el matrimonio para acceder a la pensión de sobrevivencia, cuyo objeto de la ley indicado en su artículo 1 es “establecer la equivalencia de la unión de hecho con el matrimonio para acceder a la pensión de sobrevivencia siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 326”

En líneas anteriores se ha citado el artículo pertinente a la unión de hecho y las incorporaciones que se han adicionado a este artículo, iniciando por la forma de la inscripción de acuerdo a la directiva, así como los derechos hereditarios y la pensión de sobrevivencia. En efecto estas incorporaciones han permitido que se obtengan una mayor cantidad de derechos y como hemos indicado en líneas anteriores consideramos que es un acierto por parte de legislador.

Dentro de los anexos, hacemos una propuesta por la que se sugiere incorporar nuevos artículos referente a los derechos patrimoniales y las consideraciones a tener para hacer más atractiva la figura.

#### **4.13 Mecanismos frente al tercero de buena fe**

Es evidente que las condiciones actuales del mercado buscan establecer formas para proteger al tercero que de buena fe participa dentro de una relación jurídica.

Con relación a las uniones convivenciales, en el sistema actual es complicado tratar de encontrarse dentro de un escenario de confianza ya que esta al no completar los pasos para su inscripción todavía se mantendría un régimen en el cual a cada persona se le puede atribuir como bien propio.

Lo controversial en estos casos son cuando ambos ejercen algún tipo de poder sobre el bien, pero jurídicamente no se establece de esa manera. Por lo que los más desprotegido son los terceros de buena fe.

Dentro de una sociedad donde prima la celeridad y el intercambio, situaciones donde exista desprotección del tercero de buena fe podría conllevar a que se pueda ralentizar el mismo e incluso no existir un impulso a tal ya que se necesitan medidas de protección en el cual dicho tercero pueda sentirse seguro de la obligación en la cual va a participar.

En las uniones de hecho esta situación puede tornarse especial debido a que el tercero puede tener una relación obligacional con una de las partes, pero posiblemente la otra parte se pueda oponer, aunque no tenga los derechos absolutos sobre el bien.



Y esto podría suceder ya que los métodos de inscripción de la unión convivencial aún no han cumplido con todas las etapas para poder culminar su proceso. Esto llevaría a analizar qué interés debería primar si el derecho de familia o el derecho del tercero de buena fe.

En otras legislaciones como la Argentina, le dan un valor especial a lo que se refiere el derecho de familia y dentro de ellos también considera a la unión convivencial. Por lo que dentro de su normativa contempla en su artículo 517 que las modificaciones y rescisiones son oponibles a terceros desde su inscripción, así como su artículo 521 respecto a la responsabilidad por las deudas que los convivientes responden solidariamente.

Sin embargo, la cuestión en este caso se deriva a una balanza de derechos en si se le da la prioridad al tercero de buena fe o al vínculo familiar respecto a un respectivo acto.

Dentro de nuestro marco normativo actual, el artículo 2014 el cual regula el principio de buena fe registral le da una prioridad a este tercero de buena fe en la adquisición de derechos una vez inscrito su derecho, por lo que actualmente se le da una consideración especial a este tercero que vendría a formar parte de la relación.

Sin embargo, con relación a los derechos de familia considerándolo como una parte especial dentro de nuestra legislación donde no solamente priman los derechos patrimoniales, sino que estos van más allá, es conveniente analizar si este tercero de buena fe por un referido acto tendría alguna ventaja respecto a los derechos que se confiere a la familia.

Y es por eso que conforme a la propuesta que se viene estableciendo donde las uniones de hecho previo a su inscripción en el Registro correspondiente realicen un pacto de convivencia donde señalen los derechos y obligaciones de cada uno, así como la relación de derechos patrimoniales que le pertenece a cada persona conllevaría a que el tercero de buena fe tenga conocimiento previo sobre las relaciones jurídicas que va a tomar con alguno de los integrantes de la unión convivencial y de esa manera no tener alguna controversia que se pueda generar.

Es por ello que el pacto convivencial no solamente generaría ventajas entre las partes sino en los terceros que podrían tener algún vínculo jurídico con alguno de estos ya que este será publicitado y se correrá traslado a los registros correspondientes.

El que se realice ese pacto convivencial dejaría plena libertad a las partes a poder establecer que derechos tienen sobre cada uno de los bienes que vendrían a formar parte de este, por lo que el pacto tendría un efecto positivo ya que desde el principio de la relación los deberes de información tendrán toda la claridad respecto a la relación que se pudiese establecer.

De esa manera no solamente se le otorgaría la protección a este tercero de buena fe, sino que principalmente se estaría protegiendo a la unión convivencial de que se puedan realizar actos de mala fe por alguna de las partes.

La información es uno de los factores determinantes para identificar a un tercero que actúa de buena fe por lo que nuestro ordenamiento entiende que el acceso a dicha información no es tan sencillo de probar y por eso establece artículos en el que se presume la buena fe de

este tercero interviniente y establece una serie de mecanismos para que este tercero se sienta protegido por acciones que pudiesen ocurrir fuera de su esfera.

Entendemos que esto va más allá de criterios jurídicos donde los intercambios vienen siendo más rápidos y nos encontramos en una era en la cual la diversidad permite que esto vaya aumentando su velocidad con el paso del tiempo y donde los aspectos de confianza entre las partes sea el que rija las relaciones, sin embargo, también debemos entender que el tercero de buena fe debería tener el acceso necesario a la información para tener la seguridad de que el acto que está realizando sea completamente eficaz.

Por eso es la importancia del pacto en el que los terceros tendrían acceso a este y teniendo la mayor información posible se evitaría que este salga perjudicado. Es por ello que consideramos que establecer el pacto convivencial sería un beneficio integral ya que no solo implicaría a las partes sino a los terceros al momento de realizar acciones con estos.

La publicidad jugaría un rol esencial en este sistema y donde la información sea de más fácil acceso, creemos que se podrían evitar que algún tercero salga perjudicado en las relaciones jurídicas si tiene acceso a la mayor cantidad de información posible siendo el trabajo esencial los mecanismos que brinda el sistema para que este no pueda salir perjudicado en el futuro con acciones que pueda alegar que no tenía conocimiento que iban a suceder. Si bien existen mecanismos como el artículo 2014 y otros, lo ideal es que se eviten controversias futuras en el que cualquiera de las partes ya sea la unión convivencial o el tercero salgan afectados.

#### **4.14 Postura personal**

Hemos observado los diferentes matices en los cuales el desarrollo de la figura de la unión de hecho en cada legislación es tratado de una manera distinta. Las legislaciones sudamericanas han tenido recientes modificaciones que, entre otras situaciones se han acoplado a una sociedad donde los cambios han sido inminentes. Si bien es cierto, los intereses no han sido principalmente patrimoniales, estos también han sido una consecuencia de un nuevo enfoque que se le da actualmente a la unión de hecho.

En nuestra legislación, hemos notado que si bien se han manejado con algunos lineamientos y reforzados con modificaciones, aún falta establecer criterios propios que permitan que sea más atractiva para las personas que se encuentran dentro de ella ya que conforme a las cifras que se han identificado son mayores las situaciones que se quedan dentro de la esfera del hecho y no llegan a pasar a derecho por lo que una de las situaciones principales es el no completar todo el proceso para que se puedan establecer los derechos y obligaciones de los involucrados.

Pero el hecho de que no se complete el proceso va más allá de la sola inscripción y es que, no existe un desarrollo propio de esta figura el cual se puede asemejar a la figura matrimonial e incluso el legislador lo intenta hacer como por ejemplo en la pensión de sobrevivencia, pero todavía no se le toma la importancia que dentro de las situaciones reales está tomando.

La jurisprudencia aún no es clara en esta situación ya que solamente se ha limitado en señalar los requisitos y la temporalidad como el punto fundamental para el desarrollo de sus decisiones, pero no hay criterios que se puedan alinear entre resoluciones. Lo ideal sería

establecer dichos criterios de una manera que puedan ser el punto de partida para las decisiones, pero esa responsabilidad la tiene el legislador.

Y es por ello, que en la propuesta que se establece se indica que aparte de realizar una revisión al único artículo que existe y sus modificaciones esta pueda tener autonomía. Consideramos que hay elementos que pueden hacer que esta figura en vez de adecuarla al marco de derecho se quede dentro de las situaciones fácticas.

Entonces, entendemos que el derecho de familia va más allá que las relaciones jurídicas que existen entre dos sujetos, pero también es necesaria una forma de establecer las situaciones patrimoniales que se establezcan dentro de ella. Y es que partimos de la idea que estas relaciones jurídicas patrimoniales tienen como punto de partida a la familia, por lo que necesita un trato especial y donde ambas partes tengan total claridad de los derechos y obligaciones que formarán parte.

Estableciendo el pacto convivencial no solamente ayudaría a que la pareja tenga un mayor conocimiento de lo que se encuentra dentro del documento, sino que incluso le permitiría al juez aplicar criterios basados en el documento que los involucrados se han comprometido.

Asimismo, estableciendo criterios contractuales, pero priorizando a la familia se tendría una mayor claridad de lo que se podría resolver y una manera en que se vayan alineando los criterios entre los que resuelven los conflictos que podrían suscitar.

Por lo que, nuestra proposición de reevaluar la unión de hecho actualmente y establecer nuevos criterios que permita obtener una mayor claridad y dejar a la libre voluntad de las partes realizar un documento con lo que se van a obligar, no solamente los incentivará a tener una mayor información de lo que se van a comprometer sino establecer una debida diligencia de acuerdo a las obligaciones que van a asumir.

Si bien dentro del documento se pueden establecer diversas obligaciones y derechos, respecto a lo patrimonial se podría optar por maneras en las cuales pueda existir una priorización sobre la familia. Dentro de las legislaciones extranjeras viene siendo aplicado por algunos países que les ha dado una mayor amplitud y generando una figura donde incentive a las personas involucradas a culminar el proceso de formalización.

La unión de hecho es una realidad y esta seguirá siendo una figura que varias parejas van a optar, pero debe ser debidamente regulada y donde ambas partes sientan la manera de comprometerse para que se pueda lograr el objetivo que es el ser considerado como familia.

Y es por ello que nuestra postura es de adicionar algunos nuevos criterios como los ya mencionados para que se pueda mejorar el artículo que recientemente está dentro de nuestro Código sustantivo. Establecer criterios adicionales como los ya mencionados dejaría la libertad de que las partes decidan sobre lo que se va a establecer en él.

Adicionalmente, somos de la idea que existen varios criterios adoptados por el Derecho Comparado, los mismos que no han sido aún considerados por el Derecho Nacional siendo importante incorporarlos a ella. Nos referimos a criterios que no forman parte de la esfera

patrimonial; sin embargo, eso lo dejamos a decisión del legislador ya que la propuesta que se realiza se centra en las situaciones patrimoniales que se puedan establecer.

Finalmente, lo propuesto va de la mano con culminar los procesos de inscripción de la unión convivencial el cual se encuentre reforzado con el pacto convivencial; ello como hemos mencionado, no solamente ayudaría a las partes sino a los terceros que puedan participar en las relaciones jurídicas con los involucrados.

En conclusión, el Derecho de Familia va más allá de las relaciones patrimoniales; pero estas requieren de una regulación autónoma; al admitir un pacto en el que ambas personas asuman compromisos, establezcan el régimen patrimonial y qué mecanismos utilizar si incumplen con alguna obligación, se estaría contribuyendo con los deberes de información. Los jueces pueden, en caso exista alguna controversia, podrán tomar una decisión conforme a lo que se interprete dentro del documento, pero también utilizando el análisis, primando los derechos de familia.



## CONCLUSIONES

Primera. - La presente investigación se inició con la finalidad de identificar si la unión de hecho dentro del Derecho peruano merece tener su propio capítulo lo que le permitirá tener autonomía o si es que esta figura, solo debe ser tratada como institución similar al matrimonio, pero solo con relación a lo patrimonial. Esto nos remite a que para cada situación controversial que pudiese suceder no habría una revisión de la propia norma referente a la figura de la unión, sino que se mantendría bajo el criterio interpretativo de otras para poder llegar a una decisión acorde a derecho.

Segunda. - Según la investigación desarrollada, podemos confirmar que, si se le da un tratamiento propio, ello podría generar un tratamiento armónico e incluso, mayor interés de los involucrados, no solamente en el ámbito de solución de controversias sino desde el momento de la constitución.

Tercera. - Uno de los puntos más importantes y que se deben reforzar exista alguna modificación de esta figura, es la inscripción de tal, independientemente en el Registro donde se pueda realizar, las cifras según al último censo nacional difieren con las inscripciones que se visualizan Registros Públicos. Por lo que deberían existir facilidades no solamente en el procedimiento sino en los costos que estos puedan acarrear. Por lo que, se le podría conferir facultades a otros funcionarios públicos que puedan cumplir con determinadas funciones para que se pueda completar el procedimiento.

Cuarta. - Una de las características que exige el artículo 326° del Código civil, es de temporalidad, otorgándole una mayor importancia para poder constituir la unión de hecho. Bajo el esquema que se está proponiendo y con la realización de un pacto convivencial entre las partes, se podría suprimir este criterio porque ya desde un principio la voluntad de ambos sujetos parte de la unión convivencial se podría realizar sin transcurrir un tiempo que se considere para la formalización de tal. Las partes mediante este pacto pueden establecer que los efectos jurídicos sean inmediatos.

Quinta. - El Derecho Comparado nos brinda un punto de partida para incorporar diversas pautas a esta figura. Podemos notar que las modificaciones realizadas en la mayoría de los países latinoamericanos datan de fechas posteriores al año 2000, por lo que los cambios que se han ido adaptando a cada legislación son recientes. Las propuestas se han incorporado en los Códigos Civiles. En Latinoamérica, Argentina es uno de los países que ha tenido una mayor incidencia en el desarrollo de la unión de hecho. En nuestro país, han surgido modificaciones que han permitido incluirlo en los derechos hereditarios y en la pensión de sobrevivencia, que en otras legislaciones aún no se han considerado. Entonces, incluir las formas patrimoniales propuestas con las leyes que ya existen para potenciar estas figuras, podría provocar que tenga una mayor incidencia y que logre los objetivos previamente identificados.

Sexta. - Entre otras situaciones identificadas, actualmente establecer la unión de hecho conlleva automáticamente a establecer un solo régimen patrimonial, el cual limita a la voluntad de las partes a tener uno distinto. Por lo que, con un pacto convivencial y con la libre determinación de lo que las partes consideren beneficioso

para ambos, así como la protección de los bienes familiares que establezcan dentro de él, conforme a los derechos y obligaciones a las cuales ellos se sometan, no solamente permitiría que se abra un camino a nuevos regímenes, sino que cada uno de ellos establecería la manera en que se desarrollaría conforme a lo que las partes desean. Esto no solamente generaría que puedan escoger a cuál régimen se desean someter, sino que ya no estarían restringidos a solo uno que, conforme a lo mencionado anteriormente, es una posibilidad que eso conlleve como consecuencia el no formalizarlo.

Sétima. - Una de las bases de la presente investigación, es la manera de fortalecer dentro de un marco de Derecho de Familia, los derechos que ejerce cada uno respecto al patrimonio y es por ello que como uno de los puntos importantes es considerar el pacto convivencial, que permitiría desde un inicio señalar entre otras cosas, los derechos patrimoniales de ambas personas y la forma de cómo se va a resolver en caso exista alguna controversia. Esto es una manera de incluir dentro de un derecho que tiene como punto principal la preservación de la familia, establecer un marco contractual que dentro de los términos y condiciones que pueden pactar las partes, otorgar mecanismos y facilidades que puedan ser parte de la autonomía de la voluntad de ambos.

Octava. - Asimismo, consideramos que los términos patrimoniales solo es una parte del estudio integral de la unión de hecho, ya que es una de las aristas de una figura que se debe analizar por distintos puntos. La inclusión que se propone son por los aspectos patrimoniales que beneficiarían para su fortalecimiento y los incentivos para que se pueda formalizar, pero consideramos que para un cambio total de la figura y que esta sea acorde a la sociedad y como lo analiza el derecho comparado, se deben considerar criterios que formarían parte de lo extrapatrimonial pero que tienen un vínculo coligado con lo investigado.

Novena. - El Derecho de Familia crea relaciones tanto extrapatrimoniales como patrimoniales que no pueden desvincularse. Esta área del Derecho Civil genera vínculos afectivos que deben primar sobre las relaciones patrimoniales. Por ello consideramos que las cuestiones patrimoniales que se puedan suscitar son consecuencia de lo extrapatrimonial y no al revés. Para realizar inclusiones sobre las figuras alusivas a la familia, deben primar los intereses de ella.

Décima. - La libertad de las partes involucra la posibilidad de generar un pacto que permita a las personas definir sus derechos y obligaciones. Esto permitiría no solamente tener una mayor claridad en los compromisos de las partes, sino que en caso de que existan controversias sea posible contar con un documento que fije los compromisos de los intervinientes y las soluciones necesarias.

Undécima. - Si bien esta figura ha existido desde antes de su regulación, la evolución de la sociedad y la aceptación de esta ha provocado que el desarrollo de la unión de hecho vaya tomando más importancia en varias legislaciones. El Derecho no puede ser ajeno a esta situación siendo conveniente que se adecúa a las nuevas tendencias bajo nuevos criterios, procurando el beneficio colectivo al introducir mayor orden y el reconocimiento de derechos a las personas que finalmente optan por esta figura y crean una familia.

## BIBLIOGRAFÍA

### AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL del ESTADO

1998 Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. Comunidad autónoma de Cataluña, 19 de agosto de 1998. Consulta: 12 de marzo de 2020.

<https://www.boe.es/eli/es-ct/1/1998/07/15/10>

### AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL del ESTADO

1999 Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. Comunidad Autónoma de Aragón, 21 de abril de 1999. Consulta: 12 de marzo de 2020.

<https://www.boe.es/eli/es-ar/1/1999/03/26/6>

AGUILAR, Benjamín

2006 *Régimen Patrimonial del Matrimonio*. Derecho PUCP. N° 59, pp.313-355. Consulta: 05 de junio de 2020

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3072>.

AGUILAR, Benjamín

2015 *Las Uniones de hecho: Implicancias jurídicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional*. Lima: Revista del instituto de la familia, N° 4, pp. 11-25

AGUILAR, Benjamín

2015 *Una mirada desde el Derecho de Familia y Sucesorio, a propósito del derecho de habitación del cónyuge superviviente o si fuere el caso del sobreviviente de la unión de hecho*. Ius Et Veritas. Lima, N° 51, 2015, pp. 103-115

### ALCALDIA BOGOTA

S/F Documentos para UNIÓN MARITAL DE HECHO:: Sociedad patrimonial. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/listados/tematica2.jsp?subtema=24002&cadena=u>

ALMEIDA, José A.

2008 *La Sociedad de gananciales*. Segunda Edición. Lima: Grijley

ALMEIDA, José A.

2003 *La Desprotección del Cónyuge y del tercero en la Sociedad de Gananciales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

AMADO, Elizabeth

2013 *La unión de hecho y el reconocimiento de derechos sucesorios según el Derecho Civil Peruano*, Lima: Vox Juris N° 25, pp. 121-156

AÑOVEROS, Beatriz

- 2017 *El Régimen Conflictual de las Capitulaciones en los Nuevos Reglamentos de la Unión Europea en Materia de Regímenes Económicos Matrimoniales y Efectos Patrimoniales de las Uniones Registradas.* Anuario Español de Derecho Internacional Privado Núm. 17, pp. 821-845

ARATA, Moisés

- 2011 *La Sociedad de Gananciales. Régimen de comunidad y sus deudas.* Lima. Gaceta Jurídica

ARNAU, Federico

- 2009 *Lecciones de Derecho Civil I.* Casteló. Publicaciones de la Universitat Jaume I.

BAÑARES, Juan

- 1999 *Derecho, Antropología y Libertad de las Uniones de Hecho.* Ius Canonicum, XXXIX, N° 77, 1999, pp. 187-204

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE

- 2000 Decreto con fuerza de ley. Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 16 de mayo de 2000. Consulta: 13 de marzo de 2020  
[https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_civil\\_chile.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_chile.pdf)

BIEDMA, José

- 2011 *Uniones de hecho y principio de igualdad, algunas cuestiones conflictivas.* Anuario Facultad de derecho. Universidad Alcalá. IV. pp. 199-222

BOSSERT, Gustavo A.

- 1999 *Régimen Jurídico del Concubinato.* Cuarta edición. Buenos Aires: Astrea.

BORRILLO, Daniel

- 2015 *Uniones libres, convivenciales y conyugales en el Derecho Francés.* Revista de derecho privado y comunitario, 2014, pp. 523-545

BRAVO, Guillermo

- 2014 *Autonomía de la voluntad y aspectos patrimoniales en la convivencia y posible crisis de las uniones de hecho, en España.* Revista electrónica de Direito, N° 2, 2014, pp. 2-24



BRITO, Marelys

2021 *Unión civil en Italia, parejas del mismo sexo 2021. En asistenciabrito. Consulta: 12 de junio de 2021*

<https://asistenciabrito.com/union-civil-en-italia-parejas-del-mismo-sexo-2021/>

CARBAJO, Julio

2016 *La reforma de la filiación en Italia. ADC. Tomo LXIX, 2016, fasc. II, pp. 407-436)*

CABRERA, Julio

1995 *Parejas de hecho y derecho. Aspectos sociológicos e históricos. Derecho, Vol. IV, N°1, pp. 61-79*

CAMARERO, Victoria

2008 *Discriminación jurídica del matrimonio frente a las parejas de hecho. Iustel, RGDCDEE, N° 16, 2008, pp. 1-24*

CARBAJAL, Mariana

2005 *La ley de parejas de hecho en Buenos Aires. Centro de Investigaciones y Estudios de Género de Unam, Octubre 2005, Vol. 32, pp. 98-113*

CARRASCO, Ángel F.

2016 *Contrato de Fianza. Lima: Jurista Editores.*

CARRASCO PERERA, Ángel, Encarna CORDERO y Manuel Jesús MARÍN

2002 *Tratados de los Derechos de Garantía. Navarra: Aranzadi.*

CASALS, Miquel

1995 *Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho. Anuario de Derecho Civil. 1995, Universidad de Girona, pp. 1709-1808*

CASTILLO, Mario

2013 *La Sucesión en las Uniones de Hecho. Revista del Instituto de la Familia. Lima, 2013, N° 2, pp. 21-41*

CASTRO, Evelia Fátima

2014 *Análisis legal y jurisprudencial de la Unión de Hecho. Lima: Fondo Editorial de Academia de la magistratura.*

CODE CIVIL

2021 *Código Civil Francés. Última modificación 01 de julio de 2021. Fecha de consulta: 03 de julio de 2021. En: <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf>*

## CONGRESO DE LA REPÚBLICA PERÚ

2016 Proyecto de Ley 718/2016-CR . Ley que establece la Unión Civil. Lima, 30 de noviembre de 2016. Consulta: 15 de junio de 2021

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt\\_2011.nsf/\\_visbusqptramdoc1621/00718?opendocument](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/_visbusqptramdoc1621/00718?opendocument)

## CONGRESO DE LA REPÚBLICA PERÚ

2016 Proyecto de Ley 961/2016-CR. Ley de Matrimonio Civil Igualitario. Lima, 14 de febrero de 2017. Consulta: 15 de junio de 2021

[https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL0096120170214.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0096120170214.pdf)

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2008 *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República*. Tomo XCIII. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales

## CORTE CONSTITUCIONAL REPÚBLICA DE COLOMBIA

2007 C-075-07. Sentencia: 07 de febrero de 2007. Consulta: 12 de marzo de 2021

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>

## CORTE COSTITUZIONALE

2020 Sentencia 230/2020. Sentencia: 20 de octubre de 2020, consulta: 13 de marzo de 2021

[https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param\\_ecli=ECLI:IT:COST:2020:230](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2020:230)

## CORNEJO, María

2000 *La unión de hecho: Solución para un enriquecimiento indebido*. Ius Praxis. Lima, pp. 133-141

## CUENCA, Matilde

2011 *El Concurso de Acreedores de Persona Casada en Régimen de Sociedad de Gananciales*. Lima: Jurista Editores

## DOMINGUEZ, Carmen Aída

2011 *Acercas de la pretendida necesidad de regular las uniones de hecho en Chile*. Santiago, 2011, 61, pp. 8-11

## DOMINGUEZ, María

2019 *La Unión de Hecho estable o Unión Concubinaría en Venezuela*. 2019, N° 11, pp. 352-401

## ENCICLOPEDIA JURÍDICA

2020 En: <http://www.encyclopedia-juridica.com/>.

## EL SENADO Y CÁMARA de DIPUTADOS de la NACIÓN

2014 Código Civil y Comercial de Argentina. Buenos Aires, 07 de octubre de 2014.  
Consulta: 15 de febrero de 2020

[http://sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf)

## ESPINOZA, Álvaro

2015 *La juridificación de las uniones de hecho y la propuesta valórica contenida en el proyecto legislativo de acuerdo de vida de pareja en Chile*. Talca, 2015, Año 21, N° 1, pp. 101-136

## ESPINOZA, Juan

2014 *Derecho de las personas*. 7ma edición. Lima: Editorial Rodhas sac.

## FEVACU

2011 Federación Venezolana de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. En: [www.defiendete.org](http://www.defiendete.org).

## FERRERES, Víctor

1994 *El principio de igualdad y el "Derecho a no casarse"*. Revista Española de derecho constitucional. Año 14, Núm. 42, pp. 163-196

## FERREIRO, Juan

2000 *Las Uniones de Hecho en el Derecho Autonómico*. Anuario de la Facultad de derecho de Universidad de La Coruña, N° 4, pp. 195-212

## FLURY, Han

2007 *El contrato prematrimonial en el Perú*. Lima: Editatú

## FORNÉS, Juan

2000 *Matrimonio y uniones de hecho*. Ius Canonicum. XL, N° 80, pp. 395-411

## GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

2009 Ley Orgánica de Registro Civil. Caracas, 15 de septiembre de 2009. Fecha de consulta: 15 de marzo de 2020

<http://www.juris-line.com.ve/data/files/411.pdf>

## GARCIA, Dolores

2001 *Panorámica legislativa sobre uniones de hecho*. Ius Canonicum. XLI, N° 81, pp. 319-346

GARCIA, Isabel

2007 *La calificación jurídica del “Matrimonio de conveniencia” del fraude indebido al uso indebido de la institución matrimonial.* Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 59, No. 2, pp. 595-630

GARCIA, Agripina, Idalgo BALLETO

2017 *La eficacia jurídica de la Unión de Hecho con impedimento del Ligamen.* Revista Jurídica Universal Americana, 2017, pp. 1-12

<http://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridicaua>

GINEBRA, Xavier

2007 *Las uniones de hecho equiparadas al matrimonio: Un retroceso jurídico.* Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, 2007, pp. 57-70

GINISTY, Jean-Claude

2021 *El pacto civil de solidaridad o el concubinato organizado.* Notario del Siglo XXI. Colegio Notarial de Madrid, N°97. Consulta: 25 de junio de 2021

<https://www.elnotario.es/tribunales/2713-el-pacto-civil-de-solidaridad-o-el-concubinato-organizado-0-641191446819521>

GONZÁLEZ, Cristina

1998 *Nuevas normas catalanas: El código de familia y la ley de parejas de hecho.* Revista española de derecho internacional. Vol. 50, No. 2, pp. 307-311

GUTIERREZ SARMIENTO, Carlos

2001 *La unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales.* Revista de Derecho Privado, N° 7, pp. 147-166

H. CONGRESO NACIONAL. LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN

2005 Código Civil Ecuatoriano

<https://elyex.com/codigo-civil-ecuadoriano-en-pdf-actualizado-y-vigente/>

HERMOZA, Jessica

2014 *Eficacia en el reconocimiento de los derechos sucesorios y las uniones de hecho en el Perú.* Lex. Lima, 2014, N° 13, pp. 161-175

HERMOZA, Jessica

2016 *Correlación del matrimonio civil y los casos de unión de hecho en el Derecho familiar*. Lex. Lima, 2016, N° 17, pp. 131-146

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

2020 *Biblioteca jurídica virtual*. En: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.

LA REPÚBLICA

2021 “Día del Orgullo LGTB+:38% de peruanos aprueba la unión civil entre personas del mismo sexo”. La República. 28 de junio de 2021. Consulta: 02 de julio de 2021.

<https://larepublica.pe/sociedad/2021/06/28/dia-del-orgullo-lgbt-38-de-peruanos-aprueba-la-union-civil-entre-personas-del-mismo-sexo/>

LEON, José

2011 *El efecto jurídico patrimonial en las uniones de hecho*. Justicia y derecho, Año 9, No. 17, pp. 133-153

LEPIN, Cristian

2019 *Efectos jurídicos de las relaciones de hecho en la legislación Chilena*. 2019, N° 11, pp. 266-293

LOPEZ, José

1997 *Matrimonio y Uniones de Hecho*. Universidad Autónoma de Madrid, Serie B, Núm 117-1, pp. 123-148

LOPEZ, José

1998 *Bienes Inmuebles y sociedad conyugal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A.

MATA, José

2002 *Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación?*. Acciones e investigaciones sociales, 14, 2002, pp. 183-251

MATTTERA, Marta, Silvia J. Lentini

1998 *Sociedad Conyugal, Jurisprudencia Sistematizada*. Buenos Aires: Editorial Exequor SRL

MARTÍN, María

2016 *Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado*. Revista Española de derecho constitucional. No. 107, pp. 219-253

MARTINEZ, Carlos

1997 *Hacia una teoría general del contrato en Derecho Navarro*. Revista jurídica de Navarra No. 23, pp. 11-46

MARTINEZ YNTRIAGO, Juan Reinado

2017 *El concubinato: Concepción social y jurídica como alternativa válida al matrimonio y su inclusión como unión de derecho en Ecuador.* Revista multidisciplinaria de investigación. Espirales No. 6, pp. 1-20

MESSINEO, Francesco

1986 *Doctrina General del Contrato.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

2016 *Código Civil y Comercial de la Nación.* 2da edición. Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2021

<https://www.saij.gob.ar>

MOREO, Teresa

2010 *Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato y convenio.* Auditoría Pública N° 50, pp. 75-86

NAVA, Jorge

2008 *Legislación estatal de los países miembros de la Unión Europea sobre las uniones de hecho: estudio de su dimensión de justicia.* Universidad de Navarra, N° 22, pp. 18-145

OTAROLA, Yasna

2010 *Comentarios a la modificación del Régimen de Sociedad Conyugal: La expresión planificada de un cambio en el derecho de familia,* Talca, Chile, 2010, pp. 157-174

PEREIRA, Gardenia

2011 *El reconocimiento de Unión matrimonial no formalizada.* Justicia y derecho, Año 9, No. 17, pp. 111-132

PERÚ 21

2018 *Peruanos prefieren convivir en vez de casarse, indica el INEI.* Perú 21. Lima, 09 de octubre de 2018. Consulta: 23 de agosto de 2020

<https://peru21.pe/peru/censo-2017-peruanos-prefieren-convivir-vez-casarse-indica-inei-433433-noticia/>

PERRINO, Jorge

2012 *Matrimonio y uniones de hecho: diferencias,* Buenos Aires: Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/matrimonio-union-de-hecho-diferencias.pdf>

## PODER JUDICIAL

2012 *Libro de especialización en Derecho de Familia*. Lima: Fondo editorial del Poder Judicial

## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA AGOSTO 2014 – DICIEMBRE 2015

2015 Ley 54 de 1990 por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. 28 de diciembre de 1990. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2021

<http://wp.presidencia.gov.co//sitios/normativa/leyes/Documents/Judicial/Ley%2054%201990.pdf>

## SANCHEZ, Lorenzo

1989 *Las parejas no casadas ante el derecho internacional privado*. Revista Española de derecho internacional. Vol. 41, No. 2, pp. 487-531

## SANCHEZ, Olga

2000 *Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20, Núm. 58, pp. 45-69

## SANTACRUZ, Raúl, Jinyola BLANCO

2015 *La protección penal de las Uniones de Hecho en Latinoamérica*. 130 Universitas, pp. 273-308

<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.ppuh>

## SANDOVAL, Omar

2014 *Uniones maritales de hecho en Colombia, una mirada jurisprudencial*. Jurídicas CUC, 10, pp. 365-384

## SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

2008 *Compendio de precedentes de Observancia Obligatoria*. Lima: Superintendencia nacional de los Registros Públicos.

## SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

2018 *¿Convives? Así puedes inscribir tu unión de hecho y garantizar tus derechos como conviviente*. Oficina General de Comunicaciones Sunarp. Santiago de Surco, 4 de Setiembre de 2018. Consulta: 20 de julio de 2020

<https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/post/2018/09/04/convives-asi-puedes-inscribir-tu-union-de-hecho-y-garantizar-tus-derechos-como-conviviente>

- TRAZEGNIES, Fernando, Roger RODRIGUEZ, Carlos Cárdenas, José Garibaldi
- 1990 *La familia en el derecho peruano*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- TURNER, Susan
- 2010 “*La Unión de Hecho como institución del derecho de familia y su régimen de efectos personales*”, Ius et Praxis, Talca, Chile, 2010, Año 16, N° 1, pp. 85-98
- ULLOA, JORGE
- 2010 “*La sociedad Conyugal. Una perspectiva dinámica*”. Ars Boni et Aequi, Chile, 2010, Vol. 6, Número 1, pp.255-268. Consulta: 10 de mayo de 2020
- <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/166>
- VARGAS, David, Juan Carlos RIFFO
- 2013 *De los efectos patrimoniales tras la ruptura de la unión de hecho en el ordenamiento jurídico Chileno*. Rev. Boliv. de Derecho. N° 17, pp. 94-113
- VARSI, Enrique
- 2012 *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica
- VEGA, Yuri
- 2005 *Ruptura del concubinato y reparación civil*. Derecho PUCP, Lima, 2005, N°58, pp.131-171. Consulta: 02 de mayo de 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3084>.
- VIDAL, Carlos
- 1978 *Régimen de bienes en el matrimonio. Segunda Edición*. Buenos Aires: Editorial Astrea
- VIGNOLI, Jorge
- 2005 *Unión y cohabitación en América Latina: ¿modernidad, exclusión, diversidad?*. Santiago: Publicación de las Naciones Unidas. N° 57, pp. 13-63
- VILLA, Vera
- 2017 *Unificación Internacional de criterios legales regulatorios de la unión marital de hecho en la globalización*. Advocatus, Vol. 14, N° 28, pp. 123-145
- <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.29.1740>
- ZUTA VIDAL, Erika
- 2018 *La Unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes*, IUS ET VERITAS, Lima, 2018, N° 56, pp.186-198. Consulta: 02 de junio de 2020
- <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.011>



## ANEXO

### Proyecto de incorporación propuesta

El proyecto de Ley que se propone incluye el siguiente texto:

#### PROYECTO DE LEY DEL PACTO CONVIVENCIAL

El objeto que se propone involucra introducir criterios autónomos a la unión de hecho con relación a los bienes que formarán parte del patrimonio.

Artículo 1: Prueba de existencia de la unión convivencial

Para fines probatorios, la unión convivencial se inscribirá en los Registros correspondientes, en el cual será suficiente para demostrar la existencia.

Artículo 2: Pacto de convivencia

Los pactos de convivencia son acuerdos voluntarios en el que se considerarán:

- a) El régimen el cual se sujetará la unión convivencial.
- b) Los derechos y obligaciones de ambas partes.
- c) La distribución de los bienes.

Artículo 3: No limitación

Lo señalado en el artículo 2 no limita a que se puedan considerar otros acuerdos que pueda regular la unión convivencial, siempre que no sea contrario al orden público, ni afecte los derechos fundamentales de los integrantes.

Artículo 4: Modificaciones

Las modificaciones al pacto convivencial se pueden realizar por acuerdo de partes y en cualquier momento, así ya se haya establecido e inscrito el pacto. Dicho acto se tiene que inscribir en el registro correspondiente.

En caso se extinga la unión convivencial, este tendrá los mismos efectos en el pacto convivencial.

Artículo 5: Oponibilidad a terceros

Los pactos de convivencia serán oponibles a terceros a partir de su inscripción en el registro. En caso se extinga el pacto, este será oponible a terceros desde la fecha de inscripción de la extinción del citado pacto.

#### Artículo 6 Régimen patrimonial

La Unión convivencial puede optar por el régimen de sociedad de gananciales o separación de patrimonios, el cual será señalado dentro del pacto de convivencia.

Según el régimen suscrito, las partes se rigen por lo indicado en el pacto de convivencia.

#### Artículo 7: Bienes familiares

Dentro del pacto de convivencia, las partes podrán en cualquier momento establecer un bien inmueble que se considere el lugar de residencia familiar. Este bien, independientemente del régimen escogido dentro del pacto convivencial, será de titularidad de la unión convivencial. En caso de disposición del bien familiar, será por autorización expresa de la unión convivencial.

#### Artículo 8: Gravámenes del bien familiar

Para que el bien familiar pueda gravarse, deberán consentir expresamente en ello, o deberá generarse la autorización expresa de los integrantes de la unión convivencial.

#### Artículo 9: Falta de pacto de convivencia

A falta de pacto de convivencia, se considerará el régimen de sociedad de gananciales por defecto.

#### Artículo 10: Responsabilidad frente a terceros

Los convivientes son responsablemente solidarios frente a terceros de las deudas que contraigan, a menos que el pacto convivencial señale lo contrario.

#### Artículo 11: Distribución de bienes

En caso no se haya realizado el pacto convivencial, los bienes que ingresen al patrimonio serán de propiedad de la unión convivencial.