

## Apuntes sobre el régimen de la sociedad de gananciales en la unión de hecho

Mary Isabel Bajonero Manrique<sup>1\*</sup>

<sup>1</sup> Escuela de Posgrado. Universidad César Vallejo. Perú.

\*Autor para correspondencia: Mary Isabel Bajonero Manrique, mbajoneroj@gmail.com

(Recibido: 27-06-2023. Publicado: 14-07-2023.)

DOI: 10.59427/rcli/2023/v23cs.1043-1048

### Resumen

*La unión de hecho es una institución ancestral que precede incluso al matrimonio, ambas instituciones dan lugar a la familia con finalidades semejantes, y como tal reciben reconocimiento y protección constitucional; no obstante, el tratamiento normativo relativo al régimen económico establecido para cada institución jurídica, no se condice con la finalidad que persiguen; pues en el matrimonio los cónyuges pueden optar bien por el régimen de separación de patrimonios o el de sociedad de gananciales, en tanto que en la unión de hecho sólo da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales. En el presente artículo la autora hace un comentario ius filosófico relacionado a los argumentos que fundamentan la exclusividad del régimen de separación de patrimonios en su aplicación solo al matrimonio, discriminando su aplicación normativa en la unión de hecho, sustentando y probando su régimen de incoherencia y contravención ante las principales corrientes sobre la materia.*

**Palabras claves:** Unión de hecho, régimen patrimonial, sociedad de gananciales.

### Abstract

*The factio unión is an ancestral institution that even precedes marriage, both institutions give rise to the family with similar purposes, and as such receive constitutional recognition and protection; however, the regulatory treatment relating to the economic regime established for each legal institution, is not consistent with the purpose they pursue; since in marriage the spouses can opt for either the property separation regime or the community property régime, while in the factio unión it only gives rise to a property partnership that is subject to the community property régime. In this article, the author makes a philosophical ius comment related to the arguments that support the exclusivity of the régime of separation of assets in its application only to marriage, discriminating its normative application in the common-law unión, supporting and proving its regime of incoherence and Contravention of the main currents on the matter.*

**Keywords:** Factio unión, patrimonial régime, joint venture.

## 1. Introducción

En un Estado Constitucional de Derecho como el que rige en nuestro país, sabido es que el derecho a la propiedad es un derecho fundamental, el cual ha sido recogido en el artículo 2° inciso 16) de la Constitución Política del Perú, asimismo, otro derecho fundamental que nos gobierna es el de igualdad ante la ley, derecho que nos asiste a todos los seres humanos a ser iguales en dignidad, a ser tratados con respeto y consideración y a participar sobre bases iguales en cualquier área de la vida económica, social, política, cultural o civil.

Sin embargo, a la fecha, respecto de las uniones de hecho se viene instituyendo en el marco de estas relaciones jurídicas concretas, una discriminación normativa al proscribir la idea de que el régimen jurídico de separación de patrimonios pueda ser aplicable a su ámbito, desconociéndose per se la institucionalidad que a nivel del derecho consuetudinario y a nivel del derecho positivo tiene acogida este régimen legal de unión, aspecto que sobre el cual ya hemos opinado en otra oportunidad.

Bajo este contexto corresponde analizar los fundamentos que sustentan dicha discriminación normativa que son conjugadas en la obra de los autores Cornejo Ch. citado por Vega, Y. (2018), Aguilar, B. (2015), así como de la autora A. Torres (2016); y asimismo haremos una revisión a la exposición de motivos de los artículos que reglan y sustentan esta discriminación normativa evidenciando un vacío argumentativo que contradice las principales corrientes que vienen surgiendo y que legitimarían la aplicación del régimen de separación de patrimonios al régimen patrimonial del concubinato, máxime si esta última institución es ancestral y deriva del derecho consuetudinario y por ende tiene fuente de legalidad.

## 2. Metodología

El tipo de estudio del presente artículo científico es básico, y tuvo un enfoque cualitativo toda vez que se centró en el análisis crítico de la información científica recabada sobre la materia que fue objeto de análisis. Para Hernández R. (2018), el enfoque cualitativo permite analizar y sistematizar los trabajos previos que contribuirán a una investigación. Por su parte Orozco (1996) la investigación cualitativa está referido a aquel proceso de indagación de un objeto al cual el investigador accede a través de sucesivas interpretaciones, apoyado de instrumentos y técnicas que van a permitir tener un cabal conocimiento sobre el problema en estudio y analizarlo de la forma más integral posible.

En esa línea, la búsqueda de aquellos trabajos previos se concretó en buscar datos relacionados a las uniones de hecho y el matrimonio, así como los regímenes de sociedad de gananciales y separación de patrimonios, palabras claves que han sido consideradas al momento de elegir las publicaciones académicas de los últimos 10 años. Así el material bibliográfico al que se tuvo acceso, fue filtrado y luego analizado para su contribución al presente artículo.

El criterio de inclusión se determinó mediante la búsqueda de las bases de datos de Scielo, Dialnet, Gaceta Jurídica de artículos científicos publicados, de igual forma se acudió a la revisión de otros materiales bibliográficos como libros jurídicos, normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia.

## 3. Resultados

El concubinato es un fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal; en el Derecho Antiguo, aproximadamente 2000 años A. de C., el concubinato ya había sido admitido como una Institución legal en el Código de Hammurabi que dictó leyes que protegían fundamentalmente a la familia, el matrimonio y la propiedad, factores que reflejaban la vida y costumbres de los babilónicos. En cambio, en el Derecho Romano, estuvo regulado por el *jus gentium*, por las Leyes de Julis y Papea Pappere, y no fue una práctica ilícita ni arbitraria, sino una suerte de cohabitación sin *effectio maritalis* de un ciudadano con una mujer de inferior condición social, así lo sostiene Parra Martín (2009). De este modo es considerado como un matrimonio de segundo orden, donde el parentesco en determinados grados, producía impedimento y la infidelidad de la mujer una sanción por adulterio. En el Derecho Germano, Llancari, S. (2018) señala que sobre el concubinato se siguió el mismo criterio adoptado en el Derecho Romano; en donde las uniones libres estaban permitidas entre libres y esclavos, pero luego sustituida por el matrimonio de mano izquierda o morganático, por el cual, la mujer plebeya no participaba de los títulos ni rango social del marido. Los hijos mantenían la condición de la madre sin heredar al padre.

En el Derecho Medieval, subsistieron las uniones de hecho, a pesar de la creciente oposición del Cristianismo. En el Derecho Español, existieron tres clases de enlaces. El matrimonio de bendiciones que era público y notorio, celebrado con todas las formalidades de la ley canónica; el de juras o juramento, que siendo legal era clandestino; y la barraganía, que era en si el concubinato basado en la compañía, la permanencia y la fidelidad. En el Derecho Moderno, el concubinato, es una costumbre muy extendida en todos los países del mundo; sin embargo, en Francia, el Código de Napoleón no lo incluye en su texto, siguiendo la corriente de que el concubinato es un “acto

inmoral” que afecta las buenas costumbres, por lo que el Derecho debía ignorar su existencia. Muchos Códigos Civiles del mundo, recibieron esta influencia. En América; en la legislación chilena, se contempla la existencia de una sociedad expresamente pactada por los concubinos; en la legislación brasileña, se equipará a la concubina con la esposa para los efectos de las obligaciones resultantes de accidentes de tránsito.

En la legislación colombiana y argentina, ignoran el concubinato, aunque la jurisprudencia ha ido elaborando una serie de medidas tendientes a llenar ese vacío. En la Legislación Boliviana, se aceptan las uniones libres en contraparte, en la legislación cubana, se admiten dos tipos de matrimonio: el registrado que puede celebrarse en la Municipalidad y ante Notario; y el matrimonio judicialmente declarado, cuando reúne los requisitos de singularidad y estabilidad (unión concubinaría). En la legislación mexicana, se le reconoce con ciertas limitaciones el derecho alimentario y también el hereditario. Hablar de los antecedentes históricos en el Perú, implica remitirnos al “servinacuy”, término que no es quechua ni castellano, sino una palabra híbrida surgida durante la colonia. Ella se forma con la abreviación castellana “servi”, alusiva al servicio y el afijo quechua “nakuy” que tiene una connotación de mancomunidad, ayuda o participación. El vocablo resulta así suficientemente expresivo, aunque eufemístico. Aunque es el más reconocido como referencia en el Perú occidental, este nombre no es utilizado por quienes practican esa forma de unión marital. Se trata pues de un fenómeno sociocultural de muy antigua raigambre, principal pero no exclusivamente en el Perú. S. Pichihua (2016) señala que numerosos estudiosos del tema sostienen que el servinacuy, con este u otro nombre, constituye en verdad un matrimonio “sociológico” o de Derecho Natural o Consuetudinario, suficientemente definido, profundamente arraigado, considerablemente difundido y merecedor, por ello, no debe ser ignorado por el ordenamiento oficial del país. En efecto, el concubinato, como institución previa al matrimonio, tiene sus raíces históricas en la costumbre, como sabemos, la costumbre está dada por un patrón de conducta socialmente aceptada que con el devenir del tiempo instituye sociedades, que son entendidas como aquel conjunto de personas que tiene una determinada concepción del mundo, un régimen cultural propio.

En esta línea, podemos afirmar entonces que la costumbre aportó al mundo jurídico la institución del concubinato, institución que es previa al matrimonio, y que debe ser fortalecida por el ordenamiento jurídico. Asimismo, cabe afirmar que, el concubinato, por ser anterior al matrimonio, corresponde sí, un tratamiento normativo distintivo de éste, que podría dotarle de singularidad; sin embargo, ello no implica que deban disminuirse las garantías por las cuales el Estado debe darle protección, no se justifica una discriminación normativa; pues al igual que el matrimonio, el concubinato también cimenta, genera, da lugar a la familia, es decir, sobre la base del concubinato se instituyen familias. Ahora bien, parte inherente de la familia, es su componente patrimonial, pues no debemos olvidar que la familia se cimenta no solo bajo lazos de amor, sino también bajo la construcción de un patrimonio, de lo contrario no podría subsistir; empero, cuando las personas se separan, este componente recibe un tratamiento diferenciado según se trate que la familia se formó como consecuencia de la unión matrimonial o la unión concubinaría, en el primer caso, el tema es claro, pues desde el matrimonio los cónyuges pueden optar por el régimen de separación de patrimonios o sociedad de gananciales, así los cónyuges pueden interponer procesos judiciales tendientes a anular los actos que menoscaben el régimen económico pactado; pero en el concubinato no hay ese régimen de seguridad, hay muchos concubinos que después de una relación de concubinato propio, se llevan los bienes adquiridos por el otro y los aporta en otra unión nueva, aquí los concubinos no tuvieron la posibilidad de elegir previamente cuál es el régimen patrimonial que les resulte más adecuado. En el Perú, el concubinato es un fenómeno social latente, porque como realidad cultural y sociológica ha existido desde el Derecho Precolonial y subsiste hasta nuestros días, es más actualmente, es creciente el número de parejas que, cuando deciden establecer una vida en común y formar una familia, optan por vivir en concubinato, antes que contraer matrimonio, bien sea por factores culturales, ideológicos o económicos.

El concubinato tuvo por primera vez reconocimiento constitucional en la Carta de 1979, lo que fue reproducido casi en los mismos términos en la Constitución de 1993; ese fue el origen de toda regulación posterior, que, si bien se reconoce su existencia, no le brinda un tratamiento jurídico-legal adecuado, la escasa regulación normativa sólo permite extraer su definición, sus características y el régimen patrimonial que la regula. Así, en nuestro país, nuestro ordenamiento jurídico señala que la unión de hecho consiste en la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, dando lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable. A nivel doctrinario, esta institución jurídica tampoco ha recibido mayor atención, ello, aunado al escaso desarrollo normativo, refleja más bien las primigenias intenciones de los constituyentes de lograr su paulatina disminución y eventual desaparición; sin embargo, contrario a tal expectativa, lo cierto es que el concubinato o unión de hecho ha cobrado innegable importancia en la sociedad, llegando incluso a reconocerla como una de las principales fuentes de origen de la familia. Sin embargo, dentro de nuestra normativa nacional, encontramos que la protección que se le viene dando a la unión de hecho, se reduce únicamente a aspectos meramente patrimoniales, y es que la visión estrictamente matrimonialista de la familia, que se tuvo en la Constitución de 1979 (momento en que se reconoció una primera y débil protección a la unión de hecho propio) se mantuvo con la regulación que encontramos en el Código Civil de 1984 sobre la materia, y que rige hasta la actualidad.

## 4. Discusión

Bajo dicha óptica, encontramos la posición del reconocido civilista H. Cornejo (1999), quien ha sostenido que: “debajo de la unión legal, que es el matrimonio, existe la de hecho, que es el concubinato”. El autor, siguiendo la tradición y los valores (y prejuicios también) de su época, comulga con la idea de los legisladores de la Asamblea Constituyente de aquella época que no tuvieron la intención de instaurar un régimen de protección al concubinato; de allí que en la Exposición de Motivos del artículo 326° del Código Civil, dicho autor propuso que el plazo para el surgimiento de la sociedad de bienes fuera de cinco años, y no dos como quedó finalmente redactado el artículo 326°.

Así, dicho autor considera adecuado el régimen comunitario a los convivientes, basado principalmente en una situación problemática particular de la época, y es que existía la difundida idea de que los concubinos varones solían adquirir bienes comunes a su nombre y luego abandonar a la pareja sin dividir o distribuir el patrimonio adquirido con el esfuerzo de ambos. El autor sostiene que es necesario que se precise que la comunidad de bienes queda sujeta a la sociedad de gananciales y no a la conyugal, es decir que, en cuanto a la administración, gravamen y disposición de los bienes adquiridos por el esfuerzo común, su régimen económico debe sujetarse al de la sociedad de bienes, pues considera que en cierta medida se presume por el hecho mismo de la convivencia, que ambos integrantes de la unión de hecho aportaron por igual en la construcción del patrimonio común, agrega que, en cuanto a la distribución de dichos bienes, cuando la unión feneciere, corresponderá a ambas partes por igual. No compartimos dicha posición, pues como ya se ha expuesto, en el Perú existe fundamento de orden constitucional para afirmar que los miembros integrantes de una unión de hecho estable, cumplen deberes similares a los de la familia matrimonial. Si ello es así, qué duda cabe que los concubinos también podrían estar en aptitud de elegir el régimen económico que más se adecue a su situación patrimonial, tal como ocurre en el matrimonio.

Además, el autor sustenta su posición sobre la base de una situación problemática particular, el abandono a la concubina por parte del concubino que se lleva todos bienes adquiridos en la convivencia, empero esa casuística ya ha sido superada en términos generales en estos tiempos, bien sea por el paulatino reconocimiento del derecho de igualdad de la mujer frente al hombre, lo que le ha permitido tener una participación más activa en la adquisición de bienes durante el concubinato, o bien porque es ahora la mujer quien en muchos casos tiene mayor capacidad adquisitiva y adquiere más bienes que el hombre durante la unión de hecho. En este contexto, considero que la regulación -a nivel patrimonial- de una institución de tan trascendental importancia en el derecho de familia, como es la unión de hecho, no puede limitarse en buscar la solución “en justicia” de un solo problema particular, sino que debe ir más allá, y siempre acorde a los derechos fundamentales de igualdad, libertad de contratación, y no discriminación que le asiste a toda persona independientemente de su estado civil. Asimismo, considero que la posición del autor no toma en cuenta que, dada la naturaleza convencional de las uniones de hecho, es perfectamente posible que ambos convivientes acuerden la celebración de pactos que rijan su vida económica y su posterior disolución, dicho pacto es lo que en nuestro ordenamiento lo denominamos separación de patrimonios.

Otra posición, más actual, pero que sigue la misma línea argumentativa del maestro H. Cornejo, lo encontramos en A. Torres (2016), quien sostiene que no es posible pactar en las uniones de hecho un régimen equivalente o paralelo al del matrimonio. La analogía a la que se pretende acudir es demasiado forzada para admitirla y contra ella se ha manifestado la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro entorno jurídico. El autor afirma que la unión de hecho y el matrimonio no son situaciones idénticas y por ello no cabe la igualdad de trato normativo, sostiene también que aplicar el régimen económico matrimonial iría en contra de las normas imperativas que regulan las formalidades exigibles para celebrar matrimonio. Nuestra posición no pretende de modo alguno equiparar la unión de hecho frente al matrimonio, obviamente no son instituciones idénticas, se sabe y se reconoce que cada una tiene una naturaleza diferente, pero lo que tampoco se puede desconocer es que las finalidades que buscan alcanzar ambas instituciones (hacer vida en común) son semejantes, y precisamente en atención a dicha similitud, es que considero que los concubinos deben estar en posibilidades de elegir cómo llevar su régimen económico.

Otro aspecto a tomar en cuenta es que, si bien con el actual régimen de sociedad de bienes sujeto a sociedad de gananciales que gobierna la unión de hecho, no se vulnera el derecho de igualdad, en la medida que tampoco puede exigirse un tratamiento igualitario a la unión de hecho con el matrimonio; empero sí encontramos vulneración al derecho de autonomía privada, al imponerse un régimen patrimonial no deseado por los integrantes de las uniones de hecho. De otro lado, cuando la autora afirma que “aplicar el régimen económico matrimonial iría en contra de las normas imperativas que regulan las formalidades exigibles para celebrar matrimonio”, nuestra posición no encuentra coherencia ni basamento lógico en dicha proposición, habida cuenta que la elección del régimen patrimonial no es propio sólo del momento de celebración del matrimonio, sino que puede ser variado con posterioridad a la celebración del mismo; en esa misma línea, no encontramos razón alguna para que durante la vida concubinaria, los miembros integrantes de la unión de hecho, opten por elegir el régimen patrimonial que más les resulte conveniente.

Por su parte Aguilar, B. (2015) señala que el concubinato al que la ley le concede efectos jurídicos en el ámbito patrimonial, es el concubinato regular, o estricto, a ellos, la ley los protege equiparando la sociedad de bienes que se origina en su unión de hecho con la sociedad de gananciales. El autor se sustenta en que cuando se habla de equiparar significa equivalencia, entendiéndose igualdad en el trato legal; en este caso, esa sociedad de bienes es equivalente o igual a la sociedad de gananciales, lo que implica que la normatividad que regula a esta última, debe ser aplicada a la sociedad de bienes generada en la unión de hecho, no sólo en cuanto a la calificación de bienes sino también en cuanto a las deudas y lo que es más importante en cuanto a la liquidación de la sociedad.

El autor, sostiene que en el ámbito patrimonial de las uniones de hecho, corresponderá la aplicación de las normas relativas a la sociedad de gananciales, mas no las del régimen de separación de patrimonios, plantea que al hablar de igualdad en el trato legal, ello se refiere solo a la equivalencia de la sociedad de bienes frente a la sociedad de gananciales, con lo que se desprende que no existe para dicho autor la posibilidad que los miembros integrantes de la unión de hecho elijan otro régimen económico. Dicha posición, reiteramos limita el derecho de autonomía privada de los concubinos, y contraviene un elemento esencial con el cual se da lugar al concubinato, esto es, la voluntariedad de sus miembros, pues resulta un contrasentido, que una unión establecida por la libre voluntad de sus conformantes, se vea limitada a una sola forma de regulación patrimonial impuesta por la ley.

## 5. Conclusiones

Desde el momento que el concubinato como institución jurídica precede a la del matrimonio, y entre ellas existen plena igualdad en ser vía para la constitución de la familia, tiene las mismas prerrogativas de acceder a un régimen patrimonial como el instituto del matrimonio, lo contrario implicaría una discriminación normativa en pleno sentido. Debe tenerse en cuenta además que tanto el concubinato como el matrimonio ante todo implica una decisión de unión, basado en deberes y/o formalidades mínimas como el amor, la convivencia y la generación de patrimonio, en esa medida, siendo que el patrimonio en igual contexto permitirá la manutención de dichas uniones, no tiene por qué haber un trato distintivo respecto al régimen patrimonial en el concubinato. Asimismo, dada la naturaleza convencional de las uniones de hecho, es perfectamente posible que ambos convivientes acuerden la celebración de pactos que rijan su vida económica y su posterior disolución, dicho pacto es llamado en el derecho como el régimen de separación de patrimonios; por otro lado, el régimen económico de sociedad de bienes sujeto a la sociedad de gananciales que la ley tiene prevista para el concubinato propio, limita la disposición de la propiedad de los bienes, pues se termina imponiendo un régimen patrimonial no deseado en estas uniones.

## 6. Referencias bibliográficas

- Aguilar, B. (2015) Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional. Revista del Instituto de la Familia, Facultad de derecho, UNIFE, Lima.
- Bajonero, M. (2022) La aplicabilidad del régimen de separación de patrimonios en la unión de hecho como expresión del derecho de propiedad. Actualidad Jurídica Tomo 338, Lima, pp.54-73.
- Código Civil. (2023) Edición Especial. Jurista Editores. Lima.
- Constitución Política del Perú.
- Cornejo, H. (1999) Derecho familiar peruano. Décima edición, Gaceta Jurídica, pp. 63-68.
- Hernández, R. (2018). Metodología de la investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta (7a ed.). Mc Graw Hill Educación.
- Llancari, S. (2018). El reconocimiento de las uniones de hecho en el libro de familia del Código Civil Peruano. Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.
- Orozco, G. (1999). La investigación en comunicación desde la perspectiva cualitativa, Ediciones de Periodismo y Comunicación Social, pp. 67-93.
- Parra Martín, M. D. (2009). MUJER Y CONCUBINATO EN LA SOCIEDAD ROMANA. Anales de Derecho, 23, 239-248.

---

S. Pichihua. (2016) Las uniones de hecho o concubinato y su participación en la sociedad de gananciales en el Juzgado de Familia en Andahuaylas, periodo 2013-2014. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Mención Civil Comercial. Universidad Nacional “Hermilio Valdizán” Escuela de Post Grado. Huánuco.

Torres, A. (2016) Régimen de Separación de Patrimonios en la Unión de Hecho. Tesis para optar el grado académico de Abogado, Universidad Señor de Sipán, Lima.

Vega, Y. (2018) Alimentos entre convivientes: de deber natural a deber constitucional. Una lectura diferente. LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima, pp.4.