



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO

EL CONCUBINATO Y LA CONVIVENCIA DESFORMALIZADA

ROBERTO GONZÁLEZ RITCHIE
JAIME VARGAS PIZARRO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al título de Abogado

Profesor Guía: Juan Andrés Orrego Acuña

Santiago, Chile
2021

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO 1: Ideas Preliminares.	8
1.1.- De las uniones entre un hombre y una mujer:	8
1.2.- Del matrimonio:.....	8
1.3.- Del concubinato o barraganía:	9
1.4.- Del amancebamiento:	10
CAPÍTULO 2: Marco teórico.	11
2.1.- Clasificación de las uniones de hecho:	11
2.1.1.- De las clases de uniones entre personas de distinto sexo:	11
i.- Concubinato completo:	11
ii.- Concubinato incompleto:.....	12
iii.- Concubinato Directo:	12
iv.- Concubinato indirecto:.....	13
v.- Concubinato clandestino:.....	14
vi.- Concubinato adulterino:	15
2.1.2.- Clases de uniones entre personas del mismo sexo:	15
2.2.- El concubinato en el Mensaje del Código Civil:	15
2.3.- De las definiciones:	16
2.4.- Elementos de las uniones de hecho:	20
a.- Unión entre dos personas, que no se encuentran casadas entre sí.....	21
b.- La comunidad de lecho.	21
c.- Cohabitación exclusiva y estable.....	22
2.5.- Características de la convivencia:.....	24
2.5.1.- La permanencia del hecho de la convivencia.....	24
2.5.2.- La notoriedad o publicidad del hecho de la convivencia.....	25
2.5.3.- La afectividad en el hecho de la convivencia.....	26
2.5.4.- El contenido sexual en el hecho de la convivencia.....	29

2.6.- Efectos de concubinato:.....	29
a.- Relaciones personales entre los concubinos:	29
b.- Nulidad de pactos sobre mantención del concubinato:	30
c.- Nulidad de las donaciones hechas por el concubino:.....	31
d.- Nulidad de compras simuladas hechas a nombre de la concubina:.....	32
e.- Nulidad de compraventa entre concubinos:	33
f.- El concubinato como título para invocar responsabilidad extracontractual, en el caso de muerte del concubino:	34
g.- Responsabilidad del concubino frente a las compraventas domésticas hechas por la concubina:.....	34
h.- Responsabilidad civil por los delitos o cuasidelitos cometidos por la concubina:	35
i.- Contratación entre concubinos:	35
j.- Situación patrimonial al término del concubinato:.....	35
2.7.- Término de la convivencia.	36
2.7.1.- Muerte.	36
2.7.2.- Separación o ruptura.	37
2.7.3.- Matrimonio.....	37
CAPITULO 3: Recepción del concubinato en nuestro ordenamiento jurídico.....	38
3.1.- Recepción en la Constitución:.....	38
3.2.- Recepción en el Código Civil:	39
3.3.- Ley 20.066, Establece Ley de Violencia Intrafamiliar:.....	40
3.4.- En materia previsional:.....	41
3.5.- En el Derecho Penal:	43
3.6.- Recepcion en el derecho de familia.	46
3.7.- Recepción en otras normas:	48
CAPÍTULO 4: El problema del patrimonio, una solución doctrinaria y jurisprudencial.....	50

4.1.- Origen del conflicto.	50
4.2.- Inexistencia de solución en la Ley.....	50
4.3.- Soluciones al problema del patrimonio desde una perspectiva histórica... 52	
a.- Remuneracion de los servicios prestados:	53
b.- Sociedad de hecho:.....	53
c.- Comunidad:	53
d.- Enriquecimiento injustificado:	54
 CAPÍTULO 5: La solución de los tribunales chilenos: la comunidad y la sociedad	
de hecho.....	55
5.1.- La comunidad.	55
5.1.1.- La comunidad en el Código Civil Chileno:	57
5.1.2.- Fuentes de la comunidad:	58
5.2.- La Sociedad.....	59
5.2.1.- Elementos de la sociedad:	59
i.- Aporte de los socios:.....	60
ii.- Participación en las utilidades:	60
iii.- Contribución a las pérdidas:	61
iv.- Affectio societatis o intención de formar sociedad:.....	61
5.2.2.- Diferencias entre sociedad y comunidad:	61
i.- En cuanto a su origen:	61
ii.- En cuanto a los patrimonios:	62
iii.- En cuanto a la mirada del legislador:.....	62
5.2.3.- Sociedad de hecho:.....	62
5.3.- Indiferencia entre comunidad o sociedad de hecho como régimen de relaciones patrimoniales.....	63
5.4.- Proyectos de ley sobre los efectos patrimoniales en las uniones de hecho:	64
i.- Proyecto de ley que regula los efectos patrimoniales en el concubinato (Boletín n°3377-07).	64

ii.- Establece regulación para las uniones de hecho (Boletín 4153-18).	65
iii.- Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho (Boletín 3494-07).....	66
iv.- Establece patrimonio especial para quienes vivan en concubinato no obstante mantener un vínculo matrimonial en sociedad conyugal (Boletín 4875-18).....	67
CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA.....	72

INTRODUCCIÓN

Ya desde los albores de la humanidad, desde aquel momento en que nuestra especie se distinguiera del resto de las criaturas, nuestros vínculos sociales han estado marcados por un ánimo irrefrenable por compartir el camino de la vida con otro ser con quien formar familia. Y aún cuando en tiempos pretéritos dichas uniones hayan estado determinadas inclusive transaccionalmente por las respectivas familias de la futura pareja, dicha circunstancia no ha obstaculizado que aflore el carácter de animal/racional/sensible según la definición de Porfirio, determinando que finalmente prime el afecto como agente de unión entre las personas.

Pero ese carácter afectivo, lejos de impedir la generación de una conflictiva de interés jurídico, que es lo que nos convoca, quizá los incentiva y complejiza, justificando que sea fuente material de normativa jurídica y la intervención de un órgano imparcial en que se ventilen.

Si bien es el matrimonio la institución que por excelencia detenta dicho carácter estadual dejando a la conciencia de los individuos las otras formas de unión, esto no significa un estado de anomia que deje a su suerte a los convivientes. La ley, y particularmente la judicatura, no ejerce su imperio a espaldas de lo que ocurre en la realidad, y ha recogido, conservando su carácter desformalizado, a las uniones de hecho.

En particular, la regulación patrimonial de las uniones de hecho, una vez que éstas han culminado, es una materia que a pesar de algunos intentos legislativos, ha quedado entregada a la solución de la judicatura.

Este trabajo pretende recorrer este camino de reconocimiento jurídico, entendiendo que quizá se esté en mitad del trayecto a una institucionalidad que en el futuro llegue, o no, para culminar con la solución que han propuesto nuestros tribunales al tema patrimonial.

Este trabajo comienza describiendo los tipos de unión afectiva entre un hombre y una mujer, desde aquella de mayor entidad y de carácter instituto-estadual como es el matrimonio, hasta aquella que lejos de merecer reconocimiento jurídico se ha ganado su repudio, el amancebamiento.

Posteriormente, se pretende acotar el marco teórico de las uniones de hecho propiamente tales. Este marco comprende una propuesta de clasificación de uniones desformalizadas, la forma en cómo aborda al concubinato el Mensaje del Código Civil, las definiciones, sus elementos, características, efectos y el término de la convivencia.

En el tercer Capítulo, se aborda la recepción del concubinato en nuestro ordenamiento jurídico, procurando abarcar un amplio espectro de normas tales como: la Constitución Política de la República, por supuesto el Código Civil chileno, la Ley 20.066, normas previsionales, en el Derecho penal, de familia, entre otras.

Es en el Capítulo cuarto donde se desarrolla el tema patrimonial, desde el origen del conflicto hasta las soluciones que se ha propuesto, desde un punto de vista doctrinario, en distintos momentos históricos.

Finalmente, se expone las soluciones proporcionadas por los tribunales y los distintos proyectos de ley que han pretendido agotar dicha discusión.

CAPÍTULO 1: Ideas Preliminares.

El matrimonio, ha sido hasta hoy la base principal de la familia, y ésta a su vez, el núcleo fundamental de la sociedad.

No es extraño entonces que el legislador, desde los albores del Derecho Positivo, se haya encargado de regularlo profusamente respecto de sus requisitos y formalidades, obligaciones, deberes y derechos que genera, y especialmente lo que nos convoca, sus efectos patrimoniales.

Sin embargo, aun cuando el propio legislador ha reconocido uniones con el propósito de formar una vida en común diversas al matrimonio, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico el Acuerdo de Unión Civil mediante la Ley 20.830 promulgada el 13 de abril de 2015, la realidad social evidencia que por diversas razones que no son del caso analizar, subsisten uniones carentes de todo registro estatal, y que generan efectos jurídicos importantes y en consecuencia, surgen conflictos de relevancia jurídica que han debido ventilarse judicialmente.

1.1.- De las uniones entre un hombre y una mujer.

El profesor Antonio Dougnac Rodríguez, en su obra “Esquema del Derecho de Familia Indiano”¹, señala que las uniones entre un hombre y una mujer se ordenarían en una jerarquía jurídica según: a) unión matrimonial in facie Ecclesiae; b) barraganía o concubinato; c) unión de hecho y d) amancebamiento.

1.2.- Del matrimonio.

No siendo menester de este trabajo entrar al análisis de esta institución, solo se señalará que, como es evidente, el matrimonio se encuentra en la cúspide

1 DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio (2003: Esquema Del Derecho De Familia Indiano (Santiago. Ediciones del Instituto de historia del derecho, Juan de Solózano y Pereyra) pp. 5-13

respecto de la importancia en las uniones entre un hombre y una mujer, y en consecuencia, el legislador lo ha regulado profusamente.

Desde el año 2015, el Acuerdo de Unión Civil *“regula la situación de parejas que viven en convivencia, sean de igual o distinto sexo, para que puedan tener derecho de acceso a la salud, previsión, herencia y a otros beneficios sociales”*².

Sin perjuicio de que no es posible homologar ambas instituciones, para efectos de la distribución del patrimonio habido durante su vigencia, el legislador ha proporcionado soluciones jurídicas propias en cada caso y con la participación de la voluntad de los cónyuges y convivientes civiles al momento de contraer el vínculo, en cuanto a la formación o no de un patrimonio común, distinto de los de cada contrayente.

1.3.- Del concubinato o barraganía.

Etimológicamente la voz concubinato proviene del latín concubinatus, de cum (con) y cubare (acostarse). Javier Barrientos Grandón, prefiere utilizar la expresión “uniones de hecho no matrimonial”³.

Se suele citar la voz barraganía como sinónimo de concubinato. En efecto, la cuarta entrada del diccionario de la Real Academia de la Lengua, al consultar el significado de la palabra barragán (a), entrega la palabra concubino (a)⁴.

² Biblioteca del Congreso Nacional | Ley Chile. [En línea] Disponible en <https://www.bcn.cl/Leychile/navegar?idNorma=1075210&idParte=9590385&idVersion=2020-09-11> [Fecha de consulta 2 febrero 2021].

³ BARRIENTOS GRANDON, Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p.(p. 27)

⁴ Real Academia española [En línea]. Disponible en <https://dle.rae.es/?id=56pFwoS>. (fecha de consulta: 2 noviembre 2019)

La voz barraganía, *“proviene de la conjunción de la voz árabe barra, ‘fuera’, y de la castellana gana, de “ganancia”, el término implica entonces una “ganancia fuera del legítimo matrimonio”.*

El concubinato o barraganía entonces, supone la unión entre un hombre y una mujer solteros, entre los cuales no habría impedimento alguno para contraer matrimonio entre sí.

1.4.- Del amancebamiento.

En este caso, la convivencia supone repudio tanto social cuanto jurídico, ya que *“el amancebado es un delincuente, delito que comete quien, siendo casado, tiene manceba, que podía ser de condición casada, soltera o viuda. Sus hijos no son naturales, como los de la barraganía, sino “de dañado ayuntamiento”⁵.*

⁵ DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio (2003: Esquema Del Derecho De Familia Indiano (Santiago. Ediciones del Instituto de historia del derecho, Juan de Solózano y Pereyra) pp. 5-13

CAPÍTULO 2: Marco teórico.

2.1.- Clasificación de las uniones de hecho.

Aunque tradicionalmente, la doctrina se hace cargo de las uniones de hecho con diferencia de sexo, estimamos que en virtud de la realidad actual y de la mayor tolerancia hacia las relaciones homosexuales, se hace necesario incorporarlas al análisis por cuanto no estarán exentas de los conflictos de interés jurídico propios de este tipo de relación.

Sin perjuicio de la promulgación de la Ley 20.830, que permite la formalización de las uniones tanto entre un hombre y una mujer cuanto entre personas del mismo sexo, subsisten casos de vínculos que mantienen el carácter fáctico.

2.1.1.- De las clases de uniones entre personas de distinto sexo.

Según nuestra doctrina tradicional, el concubinato exige la diferencia de sexo entre los partícipes. Rene Ramos Pazos⁶, señala las siguientes clases de concubinato:

i.- Concubinato completo.

También llamado concubinato perfecto o unión libre. Este es *“caracterizado por relaciones sexuales estables fuera de matrimonio, existiendo entre las partes una comunidad de vida expresada en el hecho de vivir públicamente juntos, bajo un*

⁶ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 629)

*mismo techo*⁷. Corresponde a la propia definición que se proporcionará más adelante.

ii.- Concubinato incompleto.

Esta unión carece de comunidad de vida, por lo tanto se limita a la práctica de relaciones sexuales fuera del matrimonio. El autor señala que *“por la misma razón constituye una situación clandestina”*⁸. Discrepamos de esta afirmación, por cuanto la clandestinidad o falta de publicidad no es un requisito que determine que el concubinato no sea completo. Es más, no hay impedimento alguno en que la carencia de ánimo de formar una vida en común sea de público conocimiento, la publicidad de la relación no viene a completar el concubinato, sino que es la falta del ánimo de formar una vida en común lo que lo hace incompleto.

iii.- Concubinato Directo.

*“Es aquel en que la voluntad de los concubinos es lisa y llanamente mantener relaciones sexuales con visos de estabilidad”*⁹. Acá la voluntad originaria de los partícipes es mantener una unión desformalizada, no existe aspiración a devenir en un matrimonio o en un acuerdo de unión civil.

⁷ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 629)

⁸ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 629)

⁹ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 629)

iv.- Concubinato indirecto.

Es “aquel en que la intención inicial no es la de constituir tal estado, sino de tenerse como marido y mujer, pero que viene a resultar concubinato por haber faltado algún requisito de existencia del matrimonio”¹⁰.

Se debe agregar que el requisito de existencia faltante no puede ser cualquiera de ellos. La diferencia de sexo es de la esencia tanto del matrimonio cuanto del concubinato tal como se ha señalado.

Por otro lado, respecto del consentimiento, recordemos que el autor señala que la intención inicial de los concubinos es tenerse como marido y mujer; el consentimiento recae por ende, en contraer matrimonio. Si el consentimiento siempre recayó en formar una unión desformalizada, el concubinato es directo. No es este requisito el que debe faltar.

Por lo tanto, los requisitos de existencia que deben faltar, para estar ante un concubinato indirecto, dicen relación con aquellas solemnidades que la Ley prescribe en atención a la existencia del matrimonio y que determinan por lo demás el carácter estadual de este contrato solemne: la presencia del oficial del Registro Civil o de un Ministro de Culto y la ratificación ante el primero respecto del matrimonio celebrado ante una entidad religiosa y la respectiva inscripción.

Resulta complejo imaginar la circunstancia descrita en el párrafo anterior, que origine un concubinato indirecto, en atención a que el camino para contraer matrimonio tiene visibilidad estatal y con las facilidades que proporciona la modernidad, desde la manifestación hasta su celebración y ratificación según el caso. Podría pensarse en la situación descrita en el artículo 383 del código penal, esto es, el que engañare a una persona simulando la celebración de matrimonio con

¹⁰ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 629)

ella (sancionado con reclusión menor en sus grados medio a máximo); sin embargo, de esta situación ¿debieramos entender que existe una especie de concubinato putativo para aquel que sufrió el engaño? Parece dudoso.

Mención especial, merece el análisis de los requisitos que no afectan a la existencia del matrimonio sino a su validez. En la especie, el matrimonio existe, pero adolece de algún vicio que lo hacen susceptible de anularse. En caso de anularse dicho matrimonio, habrá un matrimonio putativo para ambos o para aquel que lo contrajo de buena fe y con justa causa de error. No habrá por ende, concubinato.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe entender que en el concubinato indirecto no deben concurrir vicios que afecten a la validez de un eventual matrimonio.

Respecto del consentimiento, este debe ser libre y espontáneo y debe recaer, al menos inicialmente, en el hecho de tenerse como marido y mujer. Como se ha señalado el concubinato es una unión cuya naturaleza es informal, por lo tanto, su “constitución”, carece de ritualidades en las que tenga participación el Estado. Dicho lo anterior, el estudio de los requisitos de validez, se limita a determinar si los concubinos deben carecer de impedimentos dirimentes. En este sentido, siendo causales de incapacidad para contraer matrimonio con cualquier persona o con determinadas personas, parece de toda lógica que los concubinos carezcan de tales impedimentos, por cuanto, el concubinato no puede devenir en amparar uniones que pugnen con la Ley.

v.- Concubinato clandestino.

Esta unión no está expresamente señalada por el autor; sin embargo cuando se aborde el requisito de publicidad de la convivencia, veremos que se discute sobre la necesidad de que la relación sea notoria.

vi.- Concubinato adulterino.

Es aquel que coexiste con un vínculo matrimonial no disuelto de uno o ambos partícipes. Más adelante, se hará un análisis de la licitud de esta unión.

2.1.2.- Clases de uniones entre personas del mismo sexo.

Creemos que se hace necesario agregar las uniones homosexuales, toda vez que para determinar sus efectos patrimoniales, la doctrina y jurisprudencia ha recurrido a las reglas generales del Derecho civil para salvar el silencio de la ley en cuanto al destino de los bienes adquiridos mientras subsiste la convivencia desformalizada, solución que no distingue el sexo de los eventuales derecho habientes; por tanto, resulta del todo irrelevante la diferencia de sexo entre los partícipes de la misma.

2.2.- El concubinato en el Mensaje del Código Civil.

El Mensaje del Código Civil, hace referencias al Derecho romano y a las Siete Partidas respecto de las voces concubina y barragana.

En el ordenamiento romance, se exigía el otorgamiento de escritura pública a efecto de legitimar la descendencia habida bajo esta situación fáctica, una vez contraído matrimonio. En esta legitimación el páter, a voluntad, podía elegir cuáles hijos legitimar; además, este acto requería el consentimiento del hijo para que el aliene juris fuera perfecto¹¹.

Similar solución adoptó nuestro Código civil en su artículo 180 inciso 2, exigiendo que *“la paternidad y maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que este Código establece, o bien se determinen por reconocimiento*

¹¹ Mensaje Código Civil Chileno

*realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el artículo 187*¹².

Respecto de la voz barragana, etimológicamente es recogida en las propias Siete Partidas en la Ley 1, Título 14, Partida Cuarta, señalando que *“tomó este nombre de dos palabras, de barra, que es de árabigo, que quiere tanto decir como fuera, y gana que es de ladino, que es por ganancia; y estas dos palabras juntadas en uno quieren tanto decir como ganancia que es hecha fuera de mandamiento de la iglesia, y por ello los que nacen de tales mujeres son llamados hijos de ganancia*¹³.

El código de Alfonso X, confiere la legitimación ipso iure, pero sólo al hijo de barragana, al hijo natural¹⁴.

2.3.- De las definiciones.

Federico Puig Peña define al concubinato como *“la unión verdadera y estable de dos personas del sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo*¹⁵. Esta definición, es recurrentemente citada además por la jurisprudencia¹⁶.

¹² Código Civil Chileno

¹³ Las Siete Partidas. [En línea] (fecha de consulta: 2 noviembre 2019). Disponible en <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>

¹⁴ Código Civil Chileno

¹⁵ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 627)

¹⁶ Corte de Apelaciones de Concepción. 31 de mayo de 2013. Rol Nro. 97-2013. “Recurso de apelación, Poblete Jara, Annie c/ Figueroa Gutiérrez, Patricio”. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>

Esta definición excluye, por lo tanto, las relaciones simuladas, esporádicas y efímeras exigiendo una permanencia en el tiempo. Además es categórica al exigir la diferencia de sexo entre los concubinos, requisito que descarta las uniones homosexuales, situación que se aparta de la legislación francesa, y en particular en su Código Civil, que en su artículo 515-8 lo define como la *“unión de hecho, caracterizada por la vida en común que presenta un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja”*¹⁷.

Respecto de la expresión *“que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo”*, entendemos que los concubinos de facto asumen deberes y obligaciones pero que no dan acción para exigir su cumplimiento y además debe estar dotada de algún grado de publicidad que permita que el conjunto de características o circunstancias con que aparece o se presenta a la vista den a entender que se trate de un matrimonio.

Por su parte, un fallo de la Corte Suprema define la unión de hecho no matrimonial como *“la unión lícita entre un hombre y una mujer fundada en un hecho que consiste en la convivencia afectiva con contenido sexual y a la que el derecho reconoce ciertos efectos”*¹⁸. Esta definición es recogida también por Javier Barrientos Grandón¹⁹.

A diferencia de la definición que nos proporciona Federico Puig Peña, el primer aspecto que se debe tener en cuenta para definir la unión de hecho, es la licitud que debe existir en la relación de convivencia, de tal manera que no resulta

¹⁷ Código Civil Francés. (En línea) (Fecha de consulta: 2 de noviembre e 2019). Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr › content › download › Code_41

¹⁸ Corte Suprema. 26 de abril de 2011. Rol Nro. 7568-2009. “Recurso de casación en el fondo, Vargas Guzmán, René c/ Morales González, María L. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>

¹⁹ BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 28)

admisible el concubinato como un medio que permita cobijar relaciones que repugnan a la moral, el orden público y nuestro ordenamiento jurídico, excluyendo así por ejemplo, una relación entre un hombre y una mujer, pero en donde uno o ambos tengan una edad en que se proteja su indemnidad sexual, impidiendo que la unión tenga un contenido de tal naturaleza.

Cabe analizar el alcance de la licitud. ¿Es lícita una relación que se sostenga paralelamente con un vínculo matrimonial no disuelto de uno o ambos concubinos? ¿Puede existir una especie de “concubinato putativo” para uno de los convivientes, si éste desconoce el vínculo primitivo?

Javier Barrientos Grandón²⁰, hace un lato análisis respecto de la licitud, distinguiendo:

a.- Licitud como ausencia de reproche.

No debe existir un reproche a las uniones de hecho, es decir, no debe existir norma expresa que lo prohíba. Cabe señalar que países tales como Turquía o Arabia Saudita, prohíben expresamente este tipo de vínculo.

b.- Licitud como adecuación al ordenamiento jurídico.

En este caso exige que la unión no se encuentre prohibida o impedida por la ley, tal como ocurre cuando esta se mantiene por la fuerza de uno de los convivientes sobre el otro, o cuando se trata de dos personas menores de cierta edad, o bien, cuando se trate de relaciones incestuosas.

²⁰ BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 30)

Respondiendo las interrogantes planteadas, el autor citado señala que un ejemplo de una relación que no se adecúa al ordenamiento jurídico, es aquella que se pretenda constituir existiendo un vínculo matrimonial no disuelto. Se fundamenta su ilicitud por cuanto el artículo 1 de la Ley 19.947 (Ley de Matrimonio Civil), establece que el matrimonio es la base principal de la familia, y siendo ésta el núcleo fundamental de la sociedad tal como lo consagra al artículo 1 inciso 2 de nuestra Constitución Política de la República. Por lo tanto el reconocimiento de la licitud del concubinato, no honra la tutela constitucional que goza la familia matrimonial. Por lo mismo, aun cuando alguno de los concubinos ignore la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, no obsta que éste se encuentra premunido constitucionalmente.

Siguiendo con el análisis de los elementos de la definición ofrecida por el fallo de nuestra excelentísima Corte, se funda la unión en la *“convivencia afectiva con contenido sexual”*, excluyendo por tanto convivencias basadas en otros intereses como aquellas personas que deciden vivir juntas por razones económicas, laborales, etcétera.

Finalmente, señala que la ley le reconoce ciertos efectos; estos serán abordados más adelante.

Vodanovic, por su parte, lo define como *“el estado de un hombre y una mujer que, en forma estable y duradera, viven juntos como casados, sin estarlo”*²¹.

Fernando Fueyo²², señala dos modalidades de concubinato:

²¹ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 629)

²² DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 14)

En primer lugar, proporciona un concepto estricto o “more uxorio”, donde el concubinato consiste en una *“vida en común asidua y permanente, con toda la complejidad que le es propia, y con una semejanza tan grande con el matrimonio que a los ojos de los demás no hay distinción de importancia”*.

Nuestra doctrina y jurisprudencia, ha adoptado esta concepción.

Incorpora la publicidad de la unión, elemento que si bien no fue mencionado expresamente en las definiciones analizadas, también es recogida, ya que la apariencia de matrimonio legítimo se entiende ante los ojos de los demás.

Por otro lado, señala una tesis amplia *“una relación duradera, fuera del matrimonio, sin que se requiera la cohabitación o comunidad de mesa u hogar, y sin que se tome en cuenta si esa unión es semejante a la de los que viven como marido y mujer (doctrina francesa)”*.

Creemos que de la sola lectura de esta tesis, queda de manifiesto que dista del concepto que nuestra doctrina y jurisprudencia ha adoptado respecto de este tipo de unión.

2.4.- Elementos de las uniones de hecho.

Debido a que el concubinato no se encuentra definido por nuestra legislación, tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia, como se ha podido apreciar, no son contestes en cuanto a los elementos que constituyen al concubinato.

Florencia Donoso y Andrés Rioseco²³, concluyen que los elementos son los siguientes:

²³ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 16-19)

a.- Unión entre dos personas, que no se encuentran casadas entre sí.

Este elemento exige la diferencia de sexos entre los concubinos. La doctrina y jurisprudencia nacional es conteste en este punto.

Cabe señalar que con la promulgación de la Ley 20.830, que establece el Acuerdo de Unión civil, se debe incluir también el requisito de que las personas no sean convivientes civiles. el concubinato se caracteriza por ser una convivencia desformalizada.

b.- La comunidad de lecho.

Que se manifiesta en la práctica de relaciones sexuales, excluyendo como se señaló, otros tipos de convivencia, como la que puede existir entre familiares, amigos o personas que decidan compartir gastos bajo un mismo techo.

Los autores citados atribuyen a este elemento importancia ya que *“las consecuencias patrimoniales que se asignan a una unión de hecho se justifican por significar éste un vínculo afectivo trascendente que es base o punto de partida de un grupo familiar”*²⁴.

Discrepamos de esta conclusión, puesto que como se verá, la jurisprudencia amparada en la Ley, prescinde del elemento afectivo para justificar la formación de la comunidad o sociedad de hecho, prefiriendo elementos objetivos materiales como la colaboración a la formación del patrimonio disputado de manera conjunta o colaborativa. Así, la Corte de Apelaciones de Concepción, señala que *“se ha fallado que la comunidad de bienes entre los concubinos no emana del concubinato, ni de la circunstancia de haberse éstos adquirido durante el lapso en que hicieron vida*

²⁴ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 18)

*matrimonial, sino del hecho de haberse acreditado que los bienes fueron obtenidos con el producto del trabajo realizado conjuntamente, o bien del aporte de bienes en común o el incremento de los citados bienes en razón del trabajo o la industria de una o ambas personas, circunstancias que debe acreditar quien alega la existencia ya sea de una sociedad de hecho o de una comunidad de bienes*²⁵.

En la misma línea, la Corte Suprema estima que “(...) *el concubinato no constituye una presunción de existencia de comunidad entre concubinos, no crea el concubinato, por sí solo, comunidad alguna. La comunidad se formará si hay aportes, consistan en bienes, trabajo, industria o cualquiera otra actividad conjunta, que haya sido la causa de la existencia de la masa de bienes que forma la comunidad que se pretende establecer. Quien pretenda sostener la existencia de tal comunidad deberá acreditarla*”²⁶.

c.- Cohabitación exclusiva y estable.

Lo que implica la cohabitación para la formación de un hogar común.

No nos queda claro el alcance que los autores dan a la voz cohabitación. Por una parte dentro del elemento “*comunidad de lecho*”, se encuentra la práctica de relaciones sexuales, que deben necesariamente tener el carácter de estable para formar comunidad, por tanto la cohabitación exclusiva y estable redundaría en la misma idea. En este sentido, con el propósito de interpretar el elemento de modo que justifique su incorporación, creemos que la voz “*cohabitación*” está utilizada en el sentido de convivencia y no en el sentido de la práctica de relaciones sexuales.

²⁵ Corte de Apelaciones de Concepción. 31 de mayo de 2013. Rol Nro. 97-2013. “Recurso de apelación, Poblete Jara, Annie c/ Figueroa Gutiérrez, Patricio”. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>

²⁶ Corte Suprema. 26 de septiembre de 2007. Rol Nro. 1381-2005. “Recurso de casación en el fondo, Díaz Osorio, Claudia c/ Troncoso Mouriño, Fernando V. “. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>

Respecto del carácter exclusivo del concubinato, la Corte de Apelaciones de Temuco, adopta un criterio diverso, por cuanto estima que “(...) *la existencia de un matrimonio e incluso la mantención de un cierto grado de convivencia en el mismo, no excluye que por otra parte uno de los cónyuges mantenga por otro lado una relación de convivencia o de llamado concubinato adulterino, con otra ya que la exigencia de permanencia o de cohabitación no implica exclusividad*”²⁷.

No adherimos a la conclusión de la ilustrísima Corte, ya que el llamado concubinato adulterino no cumple con el estándar de licitud tal como fue señalado anteriormente. el hecho de que el concubinato no implique exclusividad, podrá ser argumentado cuando se trate de relaciones “*adulterinas*” en que no exista un vínculo matrimonial no disuelto, es decir, el hecho de que uno de los concubinos mantenga una unión paralela con otra persona sin estar casados, ya que de otro modo, se estaría quebrantando la tutela constitucional de la familia matrimonial.

Por su parte, René Ramos Pazos, señala como elementos del concubinato los siguientes: a) unión entre personas de diferente sexo que no se encuentran casadas entre sí; b) relación libremente consentida; c) cierto grado de estabilidad²⁸.

Respecto del segundo elemento señalado, si bien no fue expresamente incorporado en la doctrina mencionada anteriormente, entendemos que se encuentra dentro de la exigencia de adecuación al ordenamiento jurídico como imperativo de licitud de la unión.

²⁷ Corte de Apelaciones de Temuco. 12 de diciembre de 2008. Rol Nro. 407-2008. “Recurso de apelación, Delgado Delgado, Mario c/ D’Appollonio Iturra, Elizabeth del C.”. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>

²⁸ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 627)

2.5.- Características de la convivencia.

Luego de analizar los elementos del concubinato, uno de estos es la convivencia, que debe poseer ciertas características de modo que tenga la aptitud de surtir ciertos efectos que le reconoce la Ley.

Seguimos en esta materia a Javier Barrientos Grandon²⁹, quien recoge tales características de la intención del legislador de aproximar esta convivencia a la del matrimonio, manifestada en las modificaciones legales que reconocen ciertos efectos a las uniones de facto. Tales características son:

2.5.1.- La permanencia del hecho de la convivencia.

Como se ha dicho, no constituye concubinato las relaciones de carácter efímero, accidental o esporádicas. Esta misma permanencia en el tiempo, es la que exige el legislador para la reanudación de la vida en común tanto para poner fin a la prosecución del procedimiento para declarar la separación judicial de los cónyuges y para interrumpir los plazos exigidos por la Ley para hacer procedente la demanda de divorcio. Tal como señala el autor, *“el establecimiento de una vida en común, precisamente, exige una cierta estabilidad y proyección en el tiempo, imprescindibles para llevar adelante un proyecto unitario de vida y es tal el sentido en el cual la Ley 19.947 se refiere a la reanudación de la vida en común con ánimo de permanencia (Art. 38 y 55 inc.5 Ley 19.947)”*³⁰.

El carácter de permanente de la vida en común que en este caso se exige para el matrimonio, resulta aplicable a la permanencia en la vida en común del

²⁹ BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 41)

³⁰ BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 42)

concubinato en virtud de la ya señalada intención del legislador de aproximar esta convivencia a la de los cónyuges.

En sede judicial, será necesario entonces acreditar dicha permanencia; el mero acto sexual que produce descendencia no basta para acreditar la existencia del concubinato. Un fallo de la excelentísima Corte Suprema se pronuncia en este sentido, estableciendo que *“probada con los instrumentos públicos pertinentes en cinco de los casos de haber concebido seis hijos durante su prolongada relación amorosa, si bien podría haber llegado a constituir un indicio, de manera alguna es prueba concluyente del pretendido concubinato entre Mario Delgado y Elizabeth D'Appollonio, toda vez que es un hecho público y notorio que no se precisa convivencia para que una pareja conciba uno o más hijos, bastando al efecto una relación sexual esporádica, tal como ha sostenido la demandada”*³¹.

2.5.2.- La notoriedad o publicidad del hecho de la convivencia.

Es evidente que, para que la Ley reconozca ciertos efectos al concubinato, y especialmente en aquellas materias que la Ley recoge esta situación fáctica como se verá en el capítulo siguiente, se requiere que salga de la esfera de conocimiento de sus partícipes.

Como lo señala un autor, *“la vida en común ha de manifestarse externamente, pues su publicidad es la que precisamente, la convierte en un hecho de interés jurídico. La furtividad o clandestinidad de la unión impiden que el derecho pueda ocuparse de ella, pues implican que sus miembros la guardan sólo para sí mismos, y si al derecho le repugnan los matrimonios clandestinos, sino mayor, al*

³¹ Corte Suprema. 19-Oct.-2010. Rol Nro. 866-2009. “Recurso de Casación en el Fondo, Delgado Delgado, Mario c/ D'Appollonio Iturra, Elizabeth del C.”. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>

*menos igual razón existe para que excluya de su campo operativo a estos hechos furtivos*³².

También esta característica es recogida por la jurisprudencia; la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de fecha 31 de agosto de 1962, señala que *“el concubinato debe haber sido notorio, lo que significa que esta unión ha debido ser pública, a la vista de todos y sin ocultación de nadie*³³.

2.5.3.- La afectividad en el hecho de la convivencia.

En términos generales, el Derecho no alcanza al fuero íntimo de las personas. Es difícil determinar que efectivamente exista una afectividad de parte de ambos concubinos, ni aun la práctica de relaciones sexuales es prueba concluyente de la existencia de esta afectividad. Sin embargo, ciertos fallos de nuestros tribunales superiores de justicia, han entendido que la afectividad no es ajena y aún más, es una característica *sine qua non* del concubinato, que la distingue de otro tipo de relaciones de menor cohesión.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia del 20 de octubre de 2004, confirmada por la Excelentísima Corte Suprema conociendo del recurso de casación de 24 de enero de 2007, estima que *“no se reconoce en nuestra legislación la relación de pareja, situación ésta solo de hecho, transitoria e inestable que no contiene la existencia de un afecto profundo entre sí, ni anhelos y proyectos de vida en común, realidad inversa a la convivencia o concubinato que la Ley reconoce y ampara en determinados casos*³⁴.

³² BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 44)

³³ BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 45)

³⁴ BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 46)

Del fallo referido se puede colegir, que el sentenciador distingue al concubinato de una simple relación de pareja, haciendo patente que pese a ser ambas situaciones de hecho no reguladas por el legislador, reconoce en el concubinato, una unión de mayor entidad y en consecuencia, reconoce la necesidad de ciertos requisitos para su existencia y la producción de efectos jurídicos.

La naturaleza afectiva del concubinato, para don Javier Barrientos Grandón, *“denota esa cierta comunidad de vida generada y querida por las personas que forman la unión”*³⁵.

No concordamos con la postura planteada por los autores, así como tampoco con los argumentos esgrimidos por la ilustrísima Corte, pues creemos que no existe ningún tipo de medio de prueba que pueda esclarecer fehacientemente, la voluntad interna de un individuo que nos haga presumir eficazmente la existencia del *“afecto”* en una relación de convivencia, y al no poder llegar a una certeza sobre este punto, se hace del todo innecesario esta tercera característica. A mayor abundamiento, no existe en el Código Civil ni en la Ley de Matrimonio Civil, norma alguna que se refiera al afecto en el matrimonio; no es señalado como requisito ni como causal de término, es un elemento que escapa al imperio de la Ley, con mayor razón para el caso del concubinato. Por otro lado, como se ha señalado y se expondrá más adelante, para la determinación de los efectos patrimoniales del concubinato, la jurisprudencia prescinde del elemento afectivo de la unión resolviendo tales cuestiones *“por la vía de su tratamiento a la luz de categorías generales del derecho de las obligaciones, tales como la comunidad no convencional, la sociedad de hecho y la reparación de daño causado por hechos ilícitos”*³⁶.

³⁵ BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 46)

³⁶ BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 2)

Se debe aclarar, que haciendo una analogía con la convivencia matrimonial, esta se compone por dos elementos, a saber, el *corpus* y el *affectio*.

El *corpus*, se refiere a la situación fáctica de vivir juntos; el *affectio*, por su parte, dice relación con la voluntad de compartir la vida en común. Así, es tolerable en casos calificados que exista convivencia cuando se carece de *corpus* como en el caso de que a alguno de los cónyuges le asista razones graves para no hacerlo.

Es posible que la falta de *affectio*, tenga como consecuencia el cese de la convivencia aunque se mantenga el *corpus*, por ejemplo por razones económicas; en este sentido la ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción ha declarado que *“no es necesario para el cese de convivencia el corpus separationis, sino la no subsistencia de la affectio, requisito que caracteriza la intención de no hacer vida en común, todas razones por las cuales la demanda será acogida”*³⁷.

No debe confundirse el *affectio* con la afectividad, lo que tiene relevancia jurídica es el ánimo de hacer una vida en común, que puede estar fundada en la afectividad o no, y en todo caso, de existir afectividad se exterioriza a través del *affectio*.

Con todo, la legislación ha reconocido la afectividad en otras materias en función *“de su aproximación al matrimonio con la consiguiente ubicación de algunas de sus cuestiones en sede jurídico familiar”*³⁸.

³⁷ Corte de Apelaciones 11-Dic.-2014. Rol Nro. 475-2014. “Recurso de Apelación, Castro con Peñailillo”. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>

³⁸ BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 3)

2.5.4.- El contenido sexual en el hecho de la convivencia.

El fundamento del reconocimiento legal para determinadas normas descansa precisamente en la aptitud de generar posteridad dentro de este tipo de unión, lo que la hace merecedora de cierta protección del ordenamiento jurídico y la distingue de otras formas de convivencia.

A diferencia de la característica anterior, la práctica de relaciones sexuales, sí tiene repercusiones que son de interés jurídico; en ese sentido el profesor Barrientos Grandón, señala que *“el necesario contenido sexual de ella la define y delimita de otras múltiples posibilidades de comunidad y la dota de su naturaleza familiar, en cuanto de ella es posible predicar, actual o potencialmente, la posibilidad de fundamento, mantenimiento y conservación de la sociedad”*³⁹.

2.6.- Efectos de concubinato.

Respecto de las materias en que eventualmente podrían manifestarse efectos del concubinato en el Derecho Civil, nos remitimos a la enumeración proporcionada por René Ramos Pazos en su libro *“Derecho de Familia”*⁴⁰. Se analizan las siguientes materias:

a.- Relaciones personales entre los concubinos.

En Chile no existe regulación al respecto. En Francia, la jurisprudencia ha señalado que los concubinos se deben un cierto deber de lealtad, por ejemplo, declarando la obligación de indemnizar al conviviente abandonado bajo ciertas circunstancias.

³⁹ BARRIENTOS GRANDON , Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p. (p. 46)

⁴⁰ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 634)

b.- Nulidad de pactos sobre mantención del concubinato.

El pacto sobre mantención del concubinato, debiera elevar al carácter de derechos, deberes y obligaciones los elementos del concubinato, es decir, el hecho de vivir juntos, la cohabitación y todo aquello que implique la formación y mantención de una comunidad de vida entre los partícipes. Quizás, podría incluir causales y procedimiento de término de la unión, un régimen de bienes y otros tipos de capitulaciones.

Creemos que la causa y objeto de este tipo de pacto son ilícitos por cuanto se funda en un hecho contrario al orden público, y por consiguiente, acarrea la nulidad absoluta del pacto, ya que los deberes y obligaciones que pretende son propios de la institución del matrimonio. Tampoco sería moralmente admisible que se legitime un pacto de esta naturaleza y más aún que se le brinde amparo a través del imperio de los tribunales. Este pacto no puede ser objeto de una declaración de voluntad ya que transgrede el artículo 1461 inciso final del Código Civil.

Ramos Pazos, cita una sentencia del Tribunal Supremo español, en la que se expresa: *“sobre los efectos del pacto escrito, celebrado por una pareja de solteros que se obligaban a mantener relaciones sexuales, brindándole ella al varón toda clase de atenciones y consideraciones y obligándose este último, como justa compensación y para demostrar el afecto que le profesaba, a abonarle una renta vitalicia mensual. (...) El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial declararon nulo el pacto de pagar la pensión, dejando en claro esta última que el demandando no debía abonar a la demandada las pensiones vencidas y no satisfechas. Deducido recurso de casación, el Tribunal Supremo español lo desestimó, considerando que el contrato era inexistente, por ser ilícita su causa como contraria a la moral y buenas costumbres”*⁴¹.

⁴¹ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 634)

c.- Nulidad de las donaciones hechas por el concubino.

Entendemos que en nuestro Derecho, las donaciones hechas a uno de los concubinos se regirán por las reglas generales para este tipo de acto, normado en el Título XIII del Libro III del Código Civil.

No se observa que el partícipe adolezca de alguna inhabilidad para donar, por lo tanto, no se podrá enervar el acto por esta vía.

Podría argumentarse que en virtud de la prohibición de realizar donaciones irrevocables entre cónyuges y que por aplicación del artículo 23 de la Ley 20.830 se extiende a los convivientes civiles, y hacerla extrapolable a los partícipes en vista de la intención del legislador de aproximar la convivencia a la de los cónyuges. Sin embargo, al ser la prohibición una norma de derecho estricto, no sería aplicable a los concubinos.

En la misma línea argumenta el profesor Hernán Corral Talciani, expresando que *“no quedan afectados por la prohibición los integrantes de uniones de hecho no formalizadas por el matrimonio: los concubinos pueden donarse irrevocablemente, sin perjuicio de que su donación pueda devenir en nula si adolecen de objeto o causa ilícita, por ser contrarias a la moral o a las buenas costumbres”*⁴².

Otro aspecto que se debe analizar, dice relación respecto de la legitimación activa para demandar la nulidad. El artículo 1683 del Código Civil, señala que la nulidad Absoluta, *“puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”*⁴³. En tanto, la nulidad relativa, fundada por ejemplo en hipótesis

⁴² Corral Talciani, Hernán, DONACIONES ENTRE CÓNYUGES, Una prohibición de veinte siglos [En línea]. (fecha de consulta: 12 noviembre 2019). Disponible en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/donacionesyconyuges.pdf>

⁴³ Código Civil Chileno

de error, fuerza o dolo (salvo los casos de error obstaculo), solo puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las Leyes, es decir, tanto el concubino donante como sus herederos o cesionarios pueden alegarla.

Carlos Álvarez Núñez, citado por René Ramos Pazos, sintetiza la solución jurisprudencial francesa en los siguientes términos⁴⁴:

- i. El concubinato, en sí mismo, carece de valor jurídico y, por tanto, no constituye una incapacidad para disponer y para recibir;
- ii. Se ha aplicado la teoría de los móviles para apreciar la causa en esta clase de liberalidades: son nulas las donaciones cuya causa impulsiva y determinante ha sido el establecimiento, la remuneración o la continuación de relaciones extramatrimoniales, la causa es inmoral; son válidas en cambio, aquellas fundadas en la reparación, en el deseo de asegurar la subsistencia de la concubina después de la muerte del donante o de la ruptura del concubinato;
- iii. Los pactos celebrados por los ex partícipes, o por uno de ellos, con la familia de la concubina muerta, con el objeto de indemnizar a la mujer, cuando se ha roto la situación extramatrimonial, son válidos, pues nada tienen de ilícito.

d.- Nulidad de compras simuladas hechas a nombre de la concubina.

La simulación supone que la concubina actúa como interpósita persona para la compra, siendo el concubino el auténtico comprador.

⁴⁴ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 636)

Si el motivo por el cual el concubino actuó mediante interpósita persona, fue para burlar algunas de las inhabilidades para el contrato de compraventa señaladas en los artículos 1795 al 1800 del Código Civil, no cabe duda que debe entenderse nulo el contrato.

Cabe señalar que el artículo 2151 del Código Civil, autoriza al mandatario a contratar a su nombre propio. Es cierto que en este caso no se trata de una simulación sino más bien la concubina actúa como mandatario, sin perjuicio que el vendedor pueda desconocer al verdadero comprador. No se trata de una situación que merezca reproche.

Otra situación se observa si la compraventa tiene una causa simulada pues, en este caso, se debe analizar la causa verdadera; si esta es lícita, el contrato es perfectamente válido. Si por el contrario, la causa verdadera es ilícita, el contrato adolece de un vicio de nulidad.

e.- Nulidad de compraventa entre concubinos.

El artículo 1796 del Código Civil, prohíbe la compraventa entre cónyuges no separados judicialmente. Se trata de una prohibición y por ende, de derecho estricto que no admite su interpretación por analogía al concubinato.

Esta prohibición protege a los terceros que de buena fe contraten con los cónyuges, ante un uso malicioso de la herramienta. Frente a la misma razón debiera imperar la misma disposición, por lo que en esta materia podrían generarse conflictos.

Sin embargo, el legislador no ha incorporado a los convivientes no formalizados dentro de los sujetos que alerten cierta sospecha que justifiquen

custodia de la Ley. Un ejemplo de esto, se encuentra en la Ley 20.720⁴⁵ (Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas), que no incluye al conviviente dentro de las personas relacionadas con el deudor en los términos del artículo 2 numeral 26 de la norma.

f.- El concubinato como título para invocar responsabilidad extracontractual, en el caso de muerte del concubino.

Se analiza la legitimación activa de uno de los partícipes para impetrar la reparación con ocasión del fallecimiento del concubino.

El Código Procesal Penal, en su artículo 108 literal c⁴⁶, incorpora al conviviente como víctima ante la imposibilidad del ofendido de hacer valer sus derechos.

También podrá accionar como víctima por repercusión, en la medida que acredite el perjuicio; en este caso, a diferencia de lo que ocurre en el Código de enjuiciamiento penal, no existe prelación respecto del actor.

g.- Responsabilidad del concubino frente a las compraventas domésticas hechas por la concubina.

Ramos Pazos, señala al efecto que: *“cuando la concubina ha contraído obligaciones para atender las necesidades de la vida común, se admite, en doctrina, que los proveedores se dirijan preferentemente contra el varón, que, corrientemente, es el más solvente. Para ello se recurre a la teoría de la apariencia, naciendo la responsabilidad del hecho de crear la situación de apariencia. Por la*

⁴⁵ Ley 20.720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas

⁴⁶ Código Procesal Penal [CPP]. Ley 19.696. 12 de octubre de 2000

*misma razón, esta solución sólo tendrá cabida en los casos de concubinatos notorios*⁴⁷.

Se debe prevenir que en la actualidad no procede el distingo entre varón o mujer, toda vez que no corresponde atribuir a los concubinos una mayor o menor solvencia por razones de género; lo que subyace en el texto es una pretérita subordinación de la concubina que no se condice con la realidad actual.

h.- Responsabilidad civil por los delitos o cuasidelitos cometidos por la concubina.

Se analiza la procedencia de demandar al concubino. Esto se sustentaría en el artículo 2320 del Código Civil, que reza: *“Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”*⁴⁸.

Discrepamos de esta interpretación pues, en los tiempos que corren, no se tolera que en una convivencia, sea formal o desformalizada, el varón se entienda investido de un ascendiente de autoridad que permita imputar la *“culpa in vigilando”*.

i.- Contratación entre concubinos.

No existe impedimento alguno que embarace la contratación entre concubinos.

j.- Situación patrimonial al término del concubinato.

Se verá en detalle en el Capítulo V de este trabajo.

⁴⁷ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 641)

⁴⁸ Código Civil Chileno

2.7.- Término de la convivencia.

La convivencia es esencialmente precaria. A diferencia del matrimonio y del Acuerdo de Unión Civil, en las uniones de hecho, basta la sola pérdida del ánimo de hacer vida común para que finalice el “*vínculo*” sin más trámite.

Se observa un gradiente en la institucionalidad que regula las relaciones personales, encontrándose en su cima la institución matrimonial, entendida más que un contrato como es considerado por la doctrina; en un segundo nivel, el contrato de Acuerdo de Unión Civil; y finalmente, la situación meramente fáctica del concubinato.

Sin perjuicio de lo anterior, Florencia Donoso y Andrés Rioseco, señalan ciertas causales de término de la convivencia desformalizada⁴⁹ y se adelanta lo que se desarrollará en profundidad más adelante respecto de las consecuencias patrimoniales:

2.7.1.- Muerte.

El fallecimiento de uno de los partícipes de la unión fáctica, pone término a ésta, tal como ocurre con el matrimonio y la convivencia civil.

Respecto del patrimonio obtenido durante la convivencia cuyo titular sea el fallecido, el sobreviviente podría demandar a la sucesión del causante por la participación que pretenda en aquél.

⁴⁹ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 20)

2.7.2.- Separación o ruptura.

Como se señaló, la precariedad de la convivencia se materializa en la mera determinación de uno de los partícipes de terminar con la unión.

Normalmente, el partícipe no titular de los bienes obtenidos bajo su vigencia accionará contra el otro por la cuota que pretenda en dichos bienes.

2.7.3.- Matrimonio.

Si los partícipes contraen matrimonio, la unión fáctica deviene en una de derecho, sometiéndose a las reglas de la referida institución.

Los autores no se refieren al destino de los bienes obtenidos en el curso del concubinato. Creemos que esta situación puede no ser pacífica, por cuanto, de haber sociedad conyugal, los inmuebles obtenidos a título oneroso quedarán en el haber propio del cónyuge titular en desmedro del otro cónyuge. Cumpliéndose los presupuestos para que procedan las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto del destino del patrimonio de las uniones de hecho que se desarrollarán más adelante, creemos que no habría impedimento para que la parte alícuota que corresponda, se radique en aquél que lo demande.

CAPITULO 3: Recepción del concubinato en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante que el desarrollo del concepto de concubinato obedece a una construcción fundamentalmente jurisprudencial y doctrinaria, el ordenamiento positivo lo ha recogido en ciertas materias, reconociendo ciertos efectos a esta unión fáctica.

En este apartado, se compende algunas de las normas en que, ya sea tanto porque se regula expresamente el concubinato o convivencia expresamente para ciertos efectos, cuanto porque sin referirse expresamente a esta unión, son reglas cuyo alcance puedan ser de interés en esta materia.

3.1.- Recepción en la Constitución.

Nuestra constitución, reconoce que las personas y sus derechos son anteriores al Estado, y frente a un órgano tan poderoso que detenta el monopolio del ejercicio de la fuerza física, resulta fundamental para el respeto de espacios de la libertad por parte de los individuos, que aquel reconozca su subordinación a los particulares. En este sentido, el artículo 1 inciso 3: *“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”*⁵⁰.

Las vertientes tradicionales generadoras de familia, son el matrimonio y el parentesco, siendo aquella, el principal y más importante grupo intermedio. A estas vertientes, se sumó el Acuerdo de Unión Civil (Ley 20.830, año 2015), que permite regular además las relaciones de convivencia entre personas del mismo sexo.

Se observa una marcada tendencia que pretende ampliar la concepción de familia, incorporando nociones que vienen a reconocer realidades fácticas

⁵⁰ Constitución Política de la República

contemporáneas. Así, hoy se habla de diversas familias, tales como: familia monoparental, aquella constituida por solo un progenitor; familia homoparental, aquella donde la pareja que detenta el rol parental, está constituida por personas del mismo sexo, ya reconocida en cierto modo por la Ley 20.830. En es sentido, en virtud de la autonomía que la Constitución reconoce a las personas, para agruparse para cumplir con sus fines propios y específicos, resulta evidente la licitud de una unión desformalizada no siendo contraria a la moral, las buenas costumbres y el derecho ajeno.

3.2.- Recepción en el Código Civil.

En materia de las acciones de reclamación de filiación, el artículo 210 inciso 1, establece que *“El concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad”*⁵¹.

Esta regla probatoria, reconoce un primer y muy importante efecto del concubinato, por cuanto en virtud del contenido sexual de la unión, es capaz de generar descendencia, y es lógico que el legislador, en concordancia con el resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, proporcione al menos una base de presuncion judicial para su determinación.

También el Código de Bello reconoce efectos al concubinato en materia de personas jurídicas. En el artículo 551-1 del código civil, establece que *“Los directores ejercerán su cargo gratuitamente, pero tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos, autorizados por el directorio, que justificaren haber efectuado en el ejercicio de su función”*⁵².

⁵¹ Código Civil Chileno

⁵² Código Civil Chileno

El inciso 2 de la misma norma, autoriza remunerar a los directores por servicios distintos de la labor de director, salvo que los estatutos lo impidan, pero establece una carga para esta situación. Así, *“de toda remuneración o retribución que reciban los directores, o las personas naturales o jurídicas que les son relacionadas por parentesco o convivencia, o por interés o propiedad, deberá darse cuenta detallada a la asamblea o, tratándose de fundaciones, al directorio”*⁵³.

En lo que interesa a este trabajo, se debe interpretar el sentido y alcance de la expresión convivencia al tenor de lo señalado en dicha norma. Sabido es que los conyuges no se encuentran unidos por una relación de parentesco, por lo tanto, cabe preguntarse si la expresión *“convivencia”* señalada, podría comprender tanto la convivencia conyugal, civil y desformalizada. Parece evidente que el espíritu de la norma procura prever situaciones que supongan grados de corrupción dentro de la persona jurídica. En ese sentido y de acuerdo al aforismo *“donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición”*, se estima que la carga se hace extensiva a cualquier forma de convivencia, sea reconocida por la Ley o no. Incluso, debe ser extendida a uniones de personas del mismo sexo.

3.3.- Ley 20.066, que Establece Ley de Violencia Intrafamiliar.

En el artículo 5 inc. 1 de la Ley 20.066, se define lo que constituye violencia intrafamiliar y se señala quiénes son las personas con legitimación activa y pasiva para ser partes demandante y demandada en dicha causa tramitada en sede de familia de acuerdo a las normas de procedimiento especial de violencia intrafamiliar consagrado en la Ley 19.968, o en sede penal de acuerdo al delito de maltrato habitual, tipificado en el artículo 14 de la Ley de fondo. El legislador, define violencia intrafamiliar como *“todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea*

⁵³ Código Civil Chileno

*recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente*⁵⁴.

Esta norma incluye al conviviente dentro de la presunta víctima/ofensor de violencia intrafamiliar. Queda claro que es factible la violencia intrafamiliar entre concubinos; sin embargo, cabe la duda si esta figura típica procede respecto de parejas del mismo sexo, aun cuando se haya suscrito entre ellas el Acuerdo de Unión Civil. Este asunto ha sido discutido en sede penal, respecto de la posibilidad de enjuiciar por parricidio cometido contra un conviviente del mismo sexo. Esta materia será tratada más adelante respecto de la recepción del concubinatio en sede penal.

3.4.- En materia previsional.

En el antiguo sistema de pensiones, el artículo 24 de la Ley 15.386⁵⁵, establece que *“La madre de los hijos naturales del imponente, soltera o viuda, que estuviere viviendo a las expensas de éste, y siempre que aquéllos hubieren sido reconocidos por el causante con tres años de anterioridad a su muerte o en la inscripción del nacimiento, tendrá derecho a una pensión de montepío equivalente al 60% de la que le habría correspondido si hubiera tenido la calidad de cónyuge sobreviviente”*.

Obviamente, por su naturaleza, esta norma solo procede en el contexto de uniones de personas de distinto sexo. Nuevamente la ley hace un reconocimiento de esta situación fáctica, y por esta vía, beneficia a quien en los hechos es la mujer del difunto, otorgando una fracción de lo que le hubiere correspondido a la cónyuge de este. Dado que el precepto exige la existencia de hijos fruto de esta unión, se colige la reticencia del legislador, al menos en este caso, a reconocer la convivencia

⁵⁴ Ley 20.066, Establece Ley de violencia intrafamiliar. *Diario Oficial*, 7 de octubre de 2005

⁵⁵ Ley 15.386, Revalorización de pensiones. *Diario Oficial*, 11 de diciembre de 1963

desformalizada, limitándose a reglar ciertos efectos cuando esta se encuentra acompañada de un factor calificante como es la existencia de hijos. Cabe señalar, que la norma exige además que la concubina estuviere viviendo a las expensas del imponente; por lo tanto, si ésta es económicamente independiente, tampoco sería titular del beneficio.

En cuanto al sistema previsional en vigor, el Decreto Ley 3.500⁵⁶, establece en su artículo 5 inciso 1, que *“serán beneficiarios de pensión de sobrevivencia, los componentes del grupo familiar del causante, entendiéndose por tal, el o la cónyuge o conviviente civil sobreviviente, los hijos de filiación matrimonial, de filiación no matrimonial o adoptivos, los padres y la madre o el padre de los hijos de filiación no matrimonial del causante”*.

Como se puede observar, la norma termina con la diferencia en cuanto al porcentaje de la pensión que se le atribuye al superstite: mientras que en el antiguo sistema, la madre de los hijos de filiación no matrimonial solo se hace titular del 60% de lo que le correspondería en calidad de conyuge, actualmente el sistema no incorpora dicho diferencial.

Otra diferencia con el antiguo sistema, es que el actual sistema hace extensivo el beneficio al padre superstite de los hijos de filiación no matrimonial.

El Art. 45 de la Ley 16.744⁵⁷, consagra en el caso de fallecimiento del trabajador por enfermedad o accidente laboral que *“La madre de los hijos del causante, soltera o viuda, que hubiere estado viviendo a expensas de éste hasta el momento de su muerte, tendrá también derecho a una pensión equivalente al 30% de la pensión básica que habría correspondido a la víctima si se hubiere invalidado*

⁵⁶ Decreto Ley 3.500, Establece nuevo sistema de pensiones ministerio del trabajo y previsión social. *Diario Oficial*, 13 de noviembre de 1980

⁵⁷ Ley 16.744, Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. *Diario Oficial*, 1 de febrero de 1968

totalmente o de la pensión básica que perciba en el momento de la muerte, sin perjuicio de las pensiones que correspondan a los demás derecho-habientes”.

Como comentario común a las tres normas citadas, se puede señalar que no es la convivencia por si misma la que genera el beneficio, sino que será la existencia de hijos reconocidos por el causante lo que dará lugar a la prestación correspondiente.

Tal como ya se ha señalado, la sola existencia de hijos comunes no constituye prueba del concubinato. Esto se ve reflejado en un fallo de la Excelentísima Corte que ya se ha mencionado anteriormente. Así, señala que *“probada con los instrumentos públicos pertinentes en cinco de los casos de haber concebido seis hijos durante su prolongada relación amorosa, si bien podría haber llegado a constituir un indicio, de manera alguna es prueba concluyente del pretendido concubinato entre Mario Delgado y Elizabeth D’Appollonio, toda vez que es un hecho público y notorio que no se precisa convivencia para que una pareja conciba uno o más hijos, bastando al efecto una relación sexual esporádica, tal como ha sostenido la demandada”*⁵⁸.

Es perfectamente posible, entonces, que el superstite, no haya tenido convivencia alguna con el causante.

3.5.- En el Derecho Penal.

En el evento que ante la comisión de un delito se produjere el fallecimiento de la víctima o bien ésta no pudiera ejercer sus derechos, el artículo 108 del Código Procesal Penal⁵⁹, establece un orden de prelación en el cual se consignan las

⁵⁸ Corte Suprema. 19-Oct.-2010. Rol Nro. 866-2009. “Recurso de Casación en el Fondo, Delgado Delgado, Mario c/ D’Appollonio Iturra, Elizabeth del C.”. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>

⁵⁹ Código Procesal Penal Chileno

personas que serán consideradas víctima. Así, luego del cónyuge o conviviente civil y los hijos, y los ascendientes, en el tercer orden prelatorio, será el conviviente del ofendido quien será considerado víctima y podrá ejercer tales derechos.

Nuestro ordenamiento jurídico recoge el concepto de convivencia en el Derecho sustantivo penal, tipificando que quien da muerte a su conviviente (incorporado por la Ley 20.066), se verá expuesto a un mayor reproche por parte de la ley. Esto se materializa al considerar al conviviente hechor dentro de los sujetos activos para cometer parricidio, tal como lo consagra el artículo 390 en su inciso 1, en los siguientes términos: *“El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”*.

Cabe preguntarse si en el referido delito, es posible incluir como sujeto activo a aquel que cause la muerte de su conviviente del mismo sexo.

Esta problemática es ventilada en un fallo de la ilustrísima Corte de Apelaciones de Chillán, conociendo del recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública, en contra del fallo en juicio ordinario del Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, en que se condena a J.L.C.Q. a la pena de doce años de presidio mayor en su grado medio como autor del delito consumado de parricidio de su conviviente M.A.M.R., ambos de sexo masculino, delito perpetrado a fines de junio de 2016⁶⁰.

La ilustrísima Corte, señala en el considerando cuarto del fallo, basándose en la alegación realizada por la defensa, que *“se requiere que el autor y la víctima, sin estar casados, hayan mantenido, hasta el momento de la comisión del hecho*

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Chillán. 17-Jul.-2017. R.I.C.: 189-2017. “Recurso de Nulidad”. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>

punible, una situación de “convivencia” jurídicamente asimilable a una familia, requisito éste que debe concurrir en el autor y víctima del delito de parricidio”.

Expresa además la sentencia, que “la familia no sólo es el principio de la sociedad, sino también es el núcleo que le garantiza su sostén y mantenimiento, de modo que en ella se ve a un cuerpo que, por sí mismo está destinado a la conservación de la sociedad, y es por ello que la esencial vinculación existente entre la familia y la posibilidad, actual o potencial, de su ampliación mediante la generación o procreación y la educación de esa eventual prole se torna imprescindible, ya que sin ésta es, ontológicamente, imposible que la sociedad pueda tener un cimiento sobre el cual descansa su conservación y permanencia”.

De lo anterior, concluye el fallo, que “la voz “conviviente” utilizada en el artículo 390 del Código Penal deriva de una convivencia entre un hombre y una mujer, estimando la citada familia como núcleo, sustento y proyección en el tiempo de la sociedad misma, por lo que en el caso de marras entre el sentenciado y la víctima no existía una relación de convivencia en los términos requeridos por la norma que fue erróneamente aplicada”.

En el considerando quinto, se afirma entonces que “para que dos personas puedan ser calificadas, recíprocamente como convivientes, para los efectos del artículo 390 del Código Penal, deben reunir las siguientes condiciones: 1) Ser persona de distinto sexo: Sólo pueden ser, jurídicamente, considerados “convivientes”, aquellas personas de distinto sexo que mantenían entre sí, al tiempo de la comisión del delito, una vida en común, de naturaleza familiar, porque la noción de “cónyuge” es relacional e implica, legalmente, la diversidad de sexo, de esta manera no toda unión de hecho, entre víctima y su agresor puede incorporarse a la figura descrita en el artículo 390 del Código Penal”.

Finalmente, la sentencia afirma que “no cabe duda que de la historia de la Ley 20.066, fluye con claridad que el legislador quiso incorporar como sujetos del

delito de parricidio, a los convivientes, partiendo de la base que esa relación que, a su vez debe reunir determinados requisitos para existir, debía necesariamente verificarse entre personas de distinto sexo”.

Reconociendo que el tema no es pacífico, atendiendo a la tendencia a ampliar la noción de familia, en principio no procedería la aplicación del artículo 390 a uniones desformalizadas del mismo sexo.

Finalmente, la Ley 21.212⁶¹, incorpora el artículo 390 bis, tipificando el delito de femicidio. En su inciso 1, establece que *“el hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”.*

Además, hace un reconocimiento a uniones de carácter sentimental de menor entidad que la convivencia de hecho, al establecer en su inciso 2 que *“La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia”.*

3.6.- Recepcion en el derecho de familia.

La Ley 14.908⁶², indicaba en su artículo 18 que *“serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante, y los que, sin derecho para ello, dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación”.*

⁶¹ Ley 21.212, Modifica el código penal, el Código Procesal Penal y la Ley n° 18.216 en materia de tipificación del femicidio. *Diario Oficial*, 4 de marzo de 2020

⁶² Ley 14.908, Fija el texto definitivo y refundido de la Ley numero 5.750, con las modificaciones introducidas por la Ley numero 14.550. *Diario Oficial*, 5 de octubre de 1962

Esta norma fue modificada por la Ley 20.152⁶³, quedando el texto que rige en la actualidad en los siguientes términos: *“serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia los que, sin derecho para ello, dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación. El tercero que colabore con el ocultamiento del paradero del demandado para efectos de impedir su notificación o el cumplimiento de alguna de las medidas de apremio establecidas en la presente Ley, será sancionado con la pena de reclusión nocturna, entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días”*.

Aun cuando en el texto vigente no se señala expresamente al concubino del alimentante, sin embargo, ello no impide que acreditado que sea que éste dificulta o imposibilita el fiel y oportuno cumplimiento de la obligación, sea declarado como deudor solidario de la obligación alimentaria.

En la Ley 19.968⁶⁴ que crea los tribunales de familia, dentro del párrafo que regula la forma como debe rendirse la prueba testimonial, particularmente en su artículo 37, se consagra el principio de no autoincriminación, que faculta al testigo para *“negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito”*. Del mismo modo también podrá ejercer este derecho cuando la respuesta *“pudiere incriminar a su cónyuge, a su conviviente, a sus ascendientes o descendientes, a sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, a su pupilo o a su guardador, a su adoptante o su adoptado”*.

⁶³ Ley 20.152, Introduce diversas modificaciones a la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. *Diario Oficial*, 09- de enero de 2007

⁶⁴ Ley 19.968, Crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial*, 30 de agosto de 2004

3.7.- Recepción en otras normas.

La Ley 19.253⁶⁵, establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. En su artículo 13, establece que *“Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta Ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia”*.

Además, señala en su artículo 14 que *“Tanto en las enajenaciones entre indígenas como en los gravámenes a que se refiere el artículo anterior, el titular de la propiedad deberá contar con la autorización establecida en el artículo 1749 del Código Civil a menos que se haya pactado separación total de bienes y, en caso de no existir matrimonio civil, deberá contar con la autorización de la mujer con la cual ha constituido familia. La omisión de este requisito acarreará la nulidad del acto”*.

A pesar de no referirse expresamente a la voz concubinato o convivencia, es del todo evidente que la expresión *“mujer con la cual ha constituido familia”* alude a una unión desformalizada.

En materia de seguro automotriz obligatorio, la Ley 18.490⁶⁶, en su artículo 31, señala quiénes serán beneficiarios de las indemnizaciones previstas en dicha Ley cuando a propósito del siniestro se produzca el fallecimiento del titular. En el

⁶⁵ Ley 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena. *Diario Oficial*, 5 de octubre de 1993

⁶⁶ Ley 18.490, Establece seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados. *Diario Oficial*, 4 de enero de 1986

quinto orden de precedencia se encuentra a la madre de los hijos naturales de la víctima.

Nuevamente y remitiendo a lo dicho respecto del Art. 45 de la Ley 16.744, la existencia de hijos no es requisito del concubinato; sin embargo, es posible que el legislador, en ambas normas, haya querido beneficiar a la superstite con dichas indemnizaciones. Pese a lo anterior, se estima que la fuente material de la norma que prima en dichos casos es la existencia de hijos y no la de la unión, ya que de no haberlos no se originaría el derecho para la concubina sobreviviente.

La Ley 21.145, que modifica la Ley 19.451⁶⁷, sobre trasplante y donación de órganos, incorpora en su artículo 2 bis literal a), al “*conviviente de hecho*”, dentro del mismo orden de prelación que el conyuge y conviviente civil, para los efectos de responder previo a la extracción de los órganos, cuando exista una duda fundada respecto a la voluntad del fallecido respecto a su intención de ser donante. Es preciso señalar que en este mismo artículo, se consagra que, por el solo ministerio de la Ley, toda persona mayor de 18 años se considera donante.

⁶⁷ Ley 19.451. Establece normas sobre trasplante y donación de órganos. Diario Oficial, 12 de marzo de 2019

CAPÍTULO 4: El problema del patrimonio, una solución doctrinaria y jurisprudencial.

4.1.- Origen del conflicto.

Tal como señala don René Ramos Pazos, *“es corriente que una vez que cesa el concubinato se presenten demandas alegando derechos sobre los bienes adquiridos durante la convivencia”*⁶⁸.

Si bien es cierto que se está frente a uniones de carácter precario, no es menos cierto que éstas pueden tener larga data, y que en la generación o incremento del patrimonio de alguno de los partícipes, en particular cuando dicho patrimonio está compuesto por bienes sujetos a registro público que suelen ser de apreciable valor económico, sea razonable considerar la contribución de aquél concubino que no aparece como titular directo de tales derechos, ya sea porque contribuyó con trabajo o bien con aportes patrimoniales informales significativos. Todo lo anterior, deviene al menos que sea plausible el fundamento para litigar por tales bienes.

4.2.- Inexistencia de solución en la ley.

Como se ha dicho, en lo que respecta al ordenamiento positivo chileno, el concubinato tiene una recepción discreta, en normas dispersas y que regulan sólo algunos determinados efectos, dentro de los cuales, no se considera el destino de los bienes adquiridos por alguna de las partes durante la vigencia de la unión. No existe una institucionalidad que consagre el concubinato, y si lo hubiera, dejaría de ser una simple unión de hecho.

⁶⁸ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 647)

En este sentido, don Javier Barrientos Grandón, señala que *“en el sistema jurídico chileno, las uniones de hecho no matrimoniales constituyen hasta la actualidad una realidad que no cuenta con una disciplina legal propia y ante esta ausencia ha sido, sobre todo, la jurisprudencia la que ha construido casuísticamente desde finales del siglo XIX un cierto estatuto, hoy día relativamente consolidado, aplicable a las uniones de hecho heterosexual, sobre todo para el momento de la ruptura, al que también ha contribuido la doctrina trabajando sobre la jurisprudencia y los datos legales que aisladamente se refieren a ellas”*⁶⁹.

Cabe preguntarse si este constructo jurisprudencial también es aplicable a uniones desformalizadas del mismo sexo. El derecho del reclamante no emana del hecho del concubinato, sino que surge de la aplicación de las reglas generales del derecho de las obligaciones. La jurisprudencia ha sido categórica en este punto, *“se ha fallado que la comunidad de bienes entre los concubinos no emana del concubinato, ni de la circunstancia de haberse éstos adquirido durante el lapso en que hicieron vida matrimonial, sino del hecho de haberse acreditado que los bienes fueron obtenidos con el producto del trabajo realizado conjuntamente, o bien del aporte de bienes en común o el incremento de los citados bienes en razón del trabajo o la industria de una o ambas personas, circunstancias que debe acreditar quien alega la existencia ya sea de una sociedad de hecho o de una comunidad de bienes”*⁷⁰. Así, no se observa impedimento para que dicho estatuto tenga aplicación en las uniones de personas del mismo sexo.

Sin ir más lejos, es el propio Barrientos quien señala que *“si la jurisprudencia ha sostenido que el concubinato o unión de hecho no matrimonial carece de efectos patrimoniales por sí mismo, nada obsta a que semejante regla haya de aplicarse a*

⁶⁹ BARRIENTOS GRANDON, Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p.(p. 2)

⁷⁰ Corte de Apelaciones de Concepción. 31-may-2013. Rol Nro. 97-2013. “Recurso de Apelación, Poblete Jara, Annie c/ Figueroa Gutiérrez, Patricio “. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>

*las situaciones de convivencia entre personas de igual sexo, de modo que la causa radical de la disciplina de sus eventuales relaciones patrimoniales ha de situarse con independencia de la citada unión afectiva*⁷¹.

4.3.- Soluciones al problema del patrimonio desde una perspectiva histórica.

Es del todo esperable, cuando surge un conflicto de relevancia jurídica no abordado por el Derecho positivo, que los seres humanos busquen de manera inorgánica su resolución. Así, la reiteración en una determinada conducta conducente a resolver dicho conflicto, dentro de un determinado contexto social y humano y sumado a la convicción de estar cumpliendo con un imperativo jurídico, genera una de las fuentes de norma jurídica como es la costumbre.

Ahora bien, sabido es que en nuestro Derecho privado, la costumbre tiene fuerza imperativa solamente cuando es la ley la que se remite a ella. Si los señalados conflictos se canalizan a través del aparato jurisdiccional, es también esperable que, en virtud de los fundamentos de carácter fáctico y de derecho que proporcionen las partes, los tribunales de justicia se abran camino conforme a las normas de aplicación general, los principios generales del derecho y supletoriamente la equidad natural. Lo señalado, no supone un atributo de carácter volitivo de la judicatura, sino que se trata de la manifestación de la carencia de la facultad de excusarse de fallar, aun a pretexto de ausencia de norma que resuelva el conflicto.

Para el caso convocado, en el destino del patrimonio obtenido durante la unión no formal, la solución no ha sido única. En la búsqueda, se han adoptado distintos caminos hasta el ya consolidado destino actual: *“Los tribunales al resolver el problema en alguna de las formas que se acaban de mencionar – cuasicontrato*

⁷¹ BARRIENTOS GRANDON, Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p.(p. 2)

*de comunidad, sociedad de hecho o cuasicontrato innominado – buscan evitar el enriquecimiento sin causa de una de las partes en perjuicio de la otra*⁷². Tomando como parámetro la obra de Florencia Donoso y Andrés Rioseco⁷³, a continuación se presentan las soluciones jurisprudenciales a las que se ha llegado a lo largo de la historia.

a.- Remuneración de los servicios prestados.

Fue una primera solución, consistente en *“considerar que la concubina había prestado servicios personales a su pareja, por los cuales no había sido remunerada, y le correspondía, en consecuencia, su remuneración”*⁷⁴.

b.- Sociedad de hecho.

En esta solución, los tribunales declaran la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos, *“en virtud de los aportes de cada uno destinados a la producción de utilidades en común, pero sin que se hayan cumplido las formalidades de constitución de una sociedad”*⁷⁵.

c.- Comunidad.

Esta, constituye la solución preferente de nuestros tribunales: *“En el marco de una unión de hecho se ponen aportes y esfuerzos en común, lo cual constituye*

⁷² RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p. (p. 650)

⁷³ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 29)

⁷⁴ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 30)

⁷⁵ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 30)

*un hecho voluntario lícito que da lugar a un cuasicontrato de comunidad*⁷⁶. Para esta solución, *“los bienes que aparentemente adquiriera uno de los partícipes a su nombre son en realidad adquiridos por los dos, ya que se presume la voluntad de los partícipes de adquirir de manera conjunta”*⁷⁷.

d.- Enriquecimiento injustificado.

Finalmente, existe una solución que no ha sido acogida por nuestros tribunales y que la doctrina moderna ha propuesto, consistente en reparar el *“enriquecimiento injustificado de uno de los partícipes, que se ve favorecido por la titularidad formal exclusiva de los bienes adquiridos con esfuerzo común, por lo que se genera un crédito a favor del partícipe empobrecido hasta la concurrencia de ese empobrecimiento con el enriquecimiento de la otra parte”*⁷⁸.

⁷⁶ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 32)

⁷⁷ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 32)

⁷⁸ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 32)

CAPÍTULO 5: La solución de los tribunales chilenos: la comunidad y la sociedad de hecho.

Como se ha señalado, la comunidad y la sociedad de hecho han sido las hipótesis más recurrentes para resolver el destino de los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión desformalizada.

Como señala don Javier Barrientos Grandón, *“las causas en las que la jurisprudencia ha encontrado el origen de tal situación de indivisión han sido: o bien la comunidad no convencional, o bien la sociedad de hecho, aunque desde mediados del siglo pasado se ha desentendido de la preocupación por determinar con precisión cual de las dos figuras anteriores ha operado como causa del estado de indivisión, supuesto que le atribuye a ambas similares efectos jurídicos”*⁷⁹.

Pese a la supuesta desidia jurisdiccional para depejar la naturaleza jurídica que fundamenta el reparto del patrimonio resultante, es necesario referirse a tales instituciones con el propósito de vincular sus elementos con el concubinato.

5.1.- La comunidad.

Pese a que se han utilizado las voces *“comunidad”* y *“copropiedad”* como sinónimos, es posible distinguir una relación de género a especie entre ambas. Así, *“La comunidad se nos presenta, entonces, cuando dos o más personas se hallan respecto de una cosa en la misma situación jurídica. Cuando tienen el mismo derecho sobre la misma cosa o son poseedores o tenedores a un tiempo de la misma cosa”*⁸⁰.

⁷⁹ BARRIENTOS GRANDON, Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p.(p. 64)

⁸⁰ RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL Bienes TOMO III. Santiago, Chile: AbeledoPerro, 2011. 742 p. (p. 97)

Cuando dicho derecho o situación jurídica es el derecho real de dominio, se está frente a una copropiedad, que don Gonzalo Ruz Lártiga define, siguiendo a don Luis Claro Solar, como *“el derecho de propiedad de dos o más personas sobre una sola y misma cosa, proindiviso, cosa que corresponde a todas y cada una de ellas en una parte alícuota, ideal o abstracta”*⁸¹.

En el concubinato, dicha comunidad presunta recaería normalmente en bienes de alta apreciación pecuniaria, particularmente bienes raíces. Respecto de estos bienes, entonces, y a pesar del categórico sistema consagrado en la teoría de la posesión inscrita, el concubino no considerado en el sistema registral, sería dueño de una parte alícuota del bien raíz, pudiendo ser una cuota viril o no, dependiendo de su aporte a la comunidad.

Lo anterior ha sido criticado. Doña Florencia Donoso y don Andrés Rioseco, consignan que *“en la medida que entendemos la comunidad como una forma de detentar la propiedad, en que dos o más personas tienen derechos análogos sobre una misma cosa universal o singular, surge la necesidad de conocer cuál es el modo de adquirir de los bienes en común por los partícipes de la unión de hecho. Estos serán los que establece la ley conforme al artículo 588 del Código Civil y 19 número 24 de la Constitución Política de la República, y típicamente la tradición por cuanto solo formaran parte de la comunidad los bienes adquiridos a título oneroso”*⁸².

Agregan los citados autores que *“en opinión de Daniel Peñailillo, la doctrina jurisprudencial que ha llegado a admitir que bienes formalmente adquiridos por un*

⁸¹ RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL Bienes TOMO III. Santiago, Chile: AbeledoPerro, 2011. 742 p. (p. 97)

⁸² DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 64)

*sujeto y que por tanto pertenecen a él, terminen siendo de dos, constituye la transgresión de una regla fundamental del tráfico: la titularidad*⁸³.

No cabe más que adherir a tal crítica. Particularmente en el caso de los bienes raíces, normalmente aquellos que motivan la litis, la solución jurisprudencial, supone incluso una violación de la llamada “llave maestra” de la posesión inscrita, el artículo 724 del Código Civil Chileno.

5.1.1.- La comunidad en el Código Civil Chileno.

El legislador no proporciona una definición legal de comunidad. Además, del análisis de las normas, se colige que adopta una visión negativa a su permanencia, propendiendo a su término mediante la partición. En este sentido, *“para Andrés Bello, la comunidad sobre derechos constituye una traba que entorpece la libre circulación de la riqueza, uno de los criterios inspitadores de nuestro Código Civil. Se le atribuye a esta situación la calidad de transitoria que debe resolverse mediante la partición*⁸⁴.

El artículo 1317 del código sustantivo civil, *“ubicado en las normas sobre la partición de la herencia pero de aplicación general, establece que la partición puede pedirse siempre. Por su parte, el artículo 1344 consagra el efecto declarativo de la adjudicación, expresando una preferencia por la propiedad individual*⁸⁵.

⁸³ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 64)

⁸⁴ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 35)

⁸⁵ DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 36)

5.1.2.- Fuentes de la comunidad.

La comunidad puede originarse en un hecho, por ejemplo el fallecimiento, que da origen a la comunidad hereditaria, o un acto jurídico, cuando el dueño se desprende de una cuota de su dominio a favor de otro o cuando dos o más personas adquieren una cosa, o de la ley, como en el caso de la copropiedad inmobiliaria.

Se debe analizar cuál es el origen de la comunidad en el contexto del concubinato. Se ha señalado que la unión *“no genera por sí sola ni una comunidad de bienes ni una sociedad de hecho entre las personas que lo forman”*⁸⁶, lo que haría presumir que el origen de esta comunidad no sería el hecho de la convivencia.

Un acto jurídico como elemento generador de la comunidad entre los partícipes de la comunidad resulta aún más discutible. Particularmente en aquellos bienes sujetos a registro y en específico en los bienes raíces en que la voluntad de adquirir y transferir el dominio solo puede ser manifestada mediante el cumplimiento de la solemnidad prescrita por la ley, no parece razonable presumir que la voluntad manifestada en orden a que uno de los partícipes adquiriera el dominio deba ceder a una presunta voluntad no manifestada en la escritura de formar una comunidad.

Si bien es cierto que por sí solo el concubinato no origina la comunidad, sirve como antecedente, en conjunto con otros elementos concurrentes para formarla. Por lo tanto, se puede decir que el origen de tal comunidad se aproxima a una formada por un hecho.

⁸⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p.(p. 60)

5.2.- La Sociedad.

Para definirla, se debe recurrir al artículo 2053 del Código Civil, que señala: *“La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.*

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”⁸⁷.

Del análisis de la definición proporcionada por el legislador, se puede colegir que se trata de un contrato que requiere que los socios dispongan de un bien determinado con un propósito preciso: obtener y repartir las utilidades que de él se deriven.

También se concluye, que en el caso del concubinato, se está ante tres patrimonios: el patrimonio particular de cada uno de los partícipes y un tercer patrimonio confundido en principio con el de uno de los integrantes de la unión y el cual se disputa.

5.2.1.- Elementos de la sociedad.

Siguiendo al profesor Juan Andrés Orrego⁸⁸, los elementos del contrato de sociedad son:

⁸⁷ Código Civil Chileno

⁸⁸ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, El contrato de sociedad [En línea]. (fecha de consulta: 16 de marzo de 2019). Disponible en <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/>

i.- Aporte de los socios.

Tal como ocurre en el mundo del comercio, los aportes sociales no requieren ser de la misma cuantía. Esto reviste importancia ya que, acogida que sea la tesis de existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos, será necesario determinar el alcance del aporte realizado por cada uno a fin de verificar la partición.

El artículo 2055 del Código Civil, en su inciso primero, sentencia que *“no hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero”*⁸⁹. Por lo tanto, dicha liquidación, no será por regla general de fácil determinación, considerando que dicha apreciación, principalmente cuando se trata de un servicio o trabajo apreciable pecuniariamente, se subordina a diversas variables como son: la extensión temporal del servicio, la calificación profesional del concubino que lo presta, entre otras. No es difícil concluir que arribar a la ecuación que permite evaluar dicho servicio o trabajo, supondrá una tarea de apreciable entidad.

ii.- Participación en las utilidades.

El mismo artículo mencionado, señala en su inciso segundo que *“tampoco hay sociedad sin participación de beneficios”*⁹⁰. Lo que viene a resultar que el reclamo del conviviente que acciona es precisamente reclamar dichos beneficios obtenidos gracias el aporte proporcionado a la sociedad que no se le han transferido en propiedad.

El inciso final del artículo en comento, decreta que *“no se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero”*⁹¹.

⁸⁹ Código Civil Chileno

⁹⁰ Código Civil Chileno

⁹¹ Código Civil Chileno

iii.- Contribución a las pérdidas.

Según lo establece el artículo 2068 del Código Civil, *“a falta de estipulación expresa, se entenderá que la división de los beneficios debe ser a prorrata de los valores que cada socio ha puesto en el fondo social, y la división de las pérdidas a prorrata de la división de los beneficios”*⁹².

iv.- Affectio societatis o intención de formar sociedad.

*“Este elemento permite diferenciar la sociedad de otros contratos, por ejemplo, el de trabajo, en el que la remuneración del trabajador consista en una participación en las utilidades”*⁹³.

5.2.2.- Diferencias entre sociedad y comunidad.

Siguiendo al paralelo propuesto por el profesor Juan Andrés Orrego, es posible distinguir las siguientes diferencias entre la sociedad y la comunidad:

i.- En cuanto a su origen.

La sociedad es un contrato, lo que implica que se origina en la manifestación de voluntad de los socios. En la constitución de la comunidad, puede estar presente la voluntad de los comuneros (a modo ejemplar cuando se origina mediante un título traslativo de dominio en el que el dueño se desprende de una cuota de su dominio a favor de otro o bien dos o más personas adquieren en común un mismo bien) o no concurrir (al formarse la comunidad hereditaria, no obstante se requiere la

⁹² Código Civil Chileno

⁹³ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, El contrato de sociedad [En línea]. (fecha de consulta: 16 de marzo de 2019). Disponible en <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/>

manifestación de voluntad de dos o más herederos en orden a aceptar la asignación). La comunidad es un cuasicontrato.

ii.- En cuanto a los patrimonios.

Habiendo sociedad, hay varios patrimonios, el personal de cada socio, y un patrimonio distinto radicado en la propia sociedad. Por otro lado, en la comunidad, los bienes comunes pertenecen en partes alícuotas a cada uno de los comuneros.

iii.- En cuanto a la mirada del legislador.

La sociedad es protegida y fomentada por el legislador, es un motor que permite la libre circulación de la riqueza. El legislador no tiene la misma mirada respecto de la sociedad, ya que no tiene regulación especial, salvo aquella que propende a su liquidación y posterior partición entre los comuneros. La mirada del legislador se funda en que se trata de una situación que dificulta la libre circulación de la riqueza.

5.2.3.- Sociedad de hecho.

El artículo 2057 en su inciso 1, alude a la sociedad de hecho, en los siguientes términos: *“si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, no como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes”*⁹⁴.

Quizás, esta es la norma que de forma más elocuente legitima, fundamenta y justifica que habiendo aportes por parte de los partícipes de la unión que dieron lugar a la obtención de utilidades que supongan un incremento en el patrimonio de

⁹⁴ Código Civil Chileno

solo uno de los concubinos, sea acogida la solicitud judicial de liquidación y retiro de lo que corresponda al actor.

Cabe preguntarse, declarada que sea la existencia de la sociedad fáctica, cuál es el alcance de dicho retiro. La norma señala expresamente que la facultad del actor será que se liquiden las operaciones y sacar sus aportes.

Por otro lado, como se mencionó, el artículo 2055 expresa en qué consiste dicho aporte, a saber, dinero o efectos, industria, servicios o trabajo apreciable en dinero.

Normalmente, no es del todo nítido el aporte, sobre todo cuando se trata de servicios y trabajos que podrían considerarse puramente morales y no avaluables, excluidos expresamente por el legislador como un beneficio social, lo que puede significar un desafío probatorio de apreciable consideración.

Finalmente, el legislador parece excluir al actor de la facultad de retirar las utilidades y eximir de las pérdidas que se hubieren generado durante la existencia de la sociedad de hecho, limitando el retiro sólo a su aporte.

5.3.- Indiferencia entre comunidad o sociedad de hecho como régimen de relaciones patrimoniales.

Como ya se señaló al inicio de este capítulo, la jurisprudencia no tan solo no es conteste en determinar la causa que legitima al actor para impetrar su reparación, a saber, si se trata de una comunidad de bienes o de una sociedad de hecho, sino que además ha mostrado cierto desdén en distinguir, limitándose a sus efectos que como se aprecia, serían análogos.

Dicha displicencia jurisprudencial se extiende también al ámbito legislativo, sin contar al día de hoy con iniciativas que busquen seriamente resolver la cosa patrimonial una vez terminada la unión desformalizada.

5.4.- Proyectos de ley sobre los efectos patrimoniales en las uniones de hecho.

i..- Proyecto de ley que regula los efectos patrimoniales en el concubinato (Boletín n°3377-07).

Este proyecto fue ingresado a la Cámara de Diputados el 15 de octubre de 2003, y fue archivado el 9 de julio de 2010. El legislador pretendió agregar al Código Civil, el artículo 2313 bis en los siguientes términos:

“Artículo 2.313 bis: Existirá un cuasicontrato de comunidad respecto de los bienes adquiridos por un hombre y una mujer mientras vivan en concubinato.

Se presumirá de derecho la existencia de un concubinato si ambas personas han cohabitado por un lapso igual o superior a 5 años, continuos o no, y han procreado hijos comunes durante ese lapso.

La liquidación de esta comunidad se efectuará conforme a las reglas dadas para la partición de gananciales contenidas en el párrafo quinto del título XXII del libro IV del Código Civil”⁹⁵.

Pese a la visión negativa que el legislador tiene de la comunidad, se pretendió recurrir a esta figura para resolver el asunto patrimonial al término de la unión.

⁹⁵ CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 15 Oct. 2003. Boletín 3377-07. “Proyecto de ley que regula los efectos patrimoniales en el concubinato “. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3697&prmBOLETIN=3377-07>

Cabe destacar que, como fundamento del proyecto, *“se ha considerado, siguiendo a la escasa doctrina que ha estudiado el tema, restringir el concubinato a un hombre y una mujer, toda vez que si en un futuro próximo se aceptaran las uniones entre personas de igual sexo, nada obstará a la modificación de esta norma la que ya en sí constituirá un paso importante en el reconocimiento de todas estas situaciones de hecho”*⁹⁶.

Por otro lado, destaca el establecimiento de una presunción, de derecho por lo demás, de la existencia del concubinato concurriendo los requisitos señalados en su inciso segundo. Este hecho fue materia de observación por parte de la Excelentísima Corte Suprema, ya que *“sugiere sustituir la presunción de derecho que se pretende incorporar al Código Civil (artículo 2313 bis) por una de carácter simplemente legal. Lo anterior, en razón de estimarse que una presunción de derecho como la propuesta, limita en grado sumo las atribuciones jurisdiccionales del tribunal respectivo, en lo que atañe a la apreciación de los hechos”*⁹⁷.

ii.- Establece regulación para las uniones de hecho (Boletín 4153-18).

Este proyecto fue ingresado el 12 de abril de 2006 y archivado el 5 de mayo de 2010, y refundido con el proyecto que pretendía otorgar a la comunidad formada por la convivencia la propiedad de los bienes adquiridos en las condiciones que indica (Boletín 4153-18).

⁹⁶ CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 15 Oct. 2003. Boletín 3377-07. “Proyecto de ley que regula los efectos patrimoniales en el concubinato “. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3697&prmBOLETIN=3377-07>

⁹⁷ CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 15 Oct. 2003. Boletín 4153-18. “Establece regulación para las uniones de hecho “. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3697&prmBOLETIN=3377-07>

El mencionado proyecto, mantiene el requisito de la diferencia de sexos para su establecimiento y señala que el objetivo de la unión es la formación de familia.

Un elemento a lo menos cuestionable que pretendió consagrar, dice relación con la posibilidad de constituir una unión de hecho aun cuando se encontrare alguno de los partícipes unido por un vínculo matrimonial no disuelto, con el solo requisito de tener reguladas las materias relativas a las relaciones mutuas y respecto de los hijos nacidos en el matrimonio.

El artículo sexto del proyecto, pretendía establecer que *“Durante la vigencia de una unión de hecho existirá una comunidad respecto de los bienes adquiridos a título oneroso. Se presumen indivisos por mitades dichos bienes, si en el acto de adquisición o de suscripción no se dispone algo distinto.*

La división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ella resulten se efectuará conforme a las reglas contempladas en el título X del Libro III del Código Civil”⁹⁸.

iii.- Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho (Boletín 3494-07).

El proyecto fue presentado el 07 de abril de 2004 y archivado el 14 Mar. 2014.

En el inciso primero del artículo 1, define que *“Son uniones de hecho las constituidas por un hombre y una mujer mayores de dieciséis años, que hayan*

⁹⁸ CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 12 Abr. 2006. Boletín 4153-18. “Establece regulación para las uniones de hecho”. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=4547&prmBOLETIN=4153-18>

*convivido de un modo público, libre y exclusivo por un período ininterrumpido no inferior a un año. No se exigirá el plazo señalado en caso de existir hijos comunes.*⁹⁹

Como se observa, mantiene el requisito de diferencia entre sexos para su existencia.

Respecto de los bienes, el proyecto se inclina por el establecimiento de una comunidad. Así, *“salvo pacto en contrario, los bienes adquiridos a título oneroso, durante la existencia de una unión de hecho y los frutos respectivos, pertenecerán a ambos miembros de ella en comunidad, por partes iguales o en la proporción que hubieran convenido”*¹⁰⁰, tal como pretendía consagrar el artículo 4 del proyecto.

Sujeta la disolución de la comunidad, a las reglas de la partición de la herencia en el artículo 5 del proyecto.

iv.- Establece patrimonio especial para quienes vivan en concubinato no obstante mantener un vínculo matrimonial en sociedad conyugal (Boletín 4875-18).

El proyecto fue presentado el 06 de marzo de 2007, y archivado el 4 de agosto de 2009.

El propósito de este proyecto, tal como su título lo señala, es proporcionar un destino a los bienes obtenidos durante la vigencia de la unión de hecho, aun cuando

⁹⁹ CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 7 Abr. 2004. Boletín 3494-07. “Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho “. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3818&prmBOLETIN=3494-07>

¹⁰⁰ CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 7 Abr. 2004. Boletín 3494-07. “Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho. “. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3818&prmBOLETIN=3494-07>

se encuentre vigente un vínculo matrimonial cuyo régimen de bienes sea la sociedad conyugal.

Se ha señalado en varias ocasiones en el transcurso de este trabajo, que dada la protección constitucional que goza el matrimonio, no puede el concubinato coexistente con él, perjudicarlo, especialmente en lo que respecta a los bienes sociales regiendo el régimen supletorio de bienes.

En este mismo sentido, en la parte considerativa del proyecto, se observa que los autores del mismo, subestiman esta protección constitucional, es más, señalan en su considerando 6, *“que por otra parte, y como hemos dicho, considerando que hoy en día el matrimonio no es, aunque la Constitución lo pretenda, la base de la familia”*¹⁰¹.

Dicho patrimonio, sería de carácter excepcional y especial tal como se señala en el considerando 11º del proyecto, *“que sólo se puede formar en la medida que concurren copulativamente los requisitos que son: vivir en público concubinato y mantener un vínculo matrimonial no disuelto en régimen de sociedad conyugal”*¹⁰².

Así, el artículo primero que pretendió establecer el proyecto, rezaba que *“Las personas que vivan en público concubinato y que mantengan un vínculo matrimonial no disuelto, podrán destinar bienes a un patrimonio especial, denominado patrimonio de concubinato, el que se constituirá por escritura pública. Este*

¹⁰¹ CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 6 mar. 2007. Boletín 4875-18. “Establece patrimonio especial para quienes vivan en concubinato no obstante mantener un vínculo matrimonial en sociedad conyugal”. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=5262&prmBOLETIN=4875-18>

¹⁰² CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 6 mar. 2007. Boletín 4875-18. “Establece patrimonio especial para quienes vivan en concubinato no obstante mantener un vínculo matrimonial en sociedad conyugal”. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=5262&prmBOLETIN=4875-18>

*patrimonio no podrá estar constituido por bienes de la sociedad conyugal vigente*¹⁰³.

El artículo segundo del proyecto, pretendió hacerse cargo del destino de dicho patrimonio, falleciendo uno de los concubinos. *“El patrimonio de concubinato será transmisible al concubino sobreviviente, el que llevará, en ese acervo, el doble de lo que corresponda a cada legitimario por concepto de legítima rigurosa o efectiva, hasta concurrencia del total de dicho patrimonio. El cónyuge sobreviviente no será considerado en este patrimonio, ni aún para el cálculo de las legítimas rigurosas o efectivas*¹⁰⁴.

¹⁰³ CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 6 mar. 2007. Boletín 4875-18. “Establece patrimonio especial para quienes vivan en concubinato no obstante mantener un vínculo matrimonial en sociedad conyugal”. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=5262&prmBOLETIN=4875-18>

¹⁰⁴ CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 6 mar. 2007. Boletín 4875-18. “Establece patrimonio especial para quienes vivan en concubinato no obstante mantener un vínculo matrimonial en sociedad conyugal”. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=5262&prmBOLETIN=4875-18>

CONCLUSIONES.

1. Pese a que las uniones desformalizadas nos han acompañado desde el inicio de los tiempos y han sido materia de análisis doctrinal, como asimismo, sus conflictos han demandado el pronunciamiento de la judicatura, el legislador no ha proporcionado una orgánica definitiva que intente regularlas.
2. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra de manera dispersa, un conglomerado de normas que no alcanza a constituirse en un estatuto sistémico de esta situación fáctica, lo que ha justificado y probablemente lo siga haciendo, que esta materia sea merecedora de análisis de acuerdo a la variación de las circunstancias que sean determinadas por la sanción de nuevas normas que la recojan o bien por la variación socio cultural que experimente la humanidad con influencia incluso tecnológica. Por lo tanto, siendo un tema que no es novedoso, está lejos de estar agotado.
3. La descripción jurídica de las uniones de hecho, en cuanto a su definición, clasificación, elementos y características, de acuerdo a lo expuesto, es quizás lo que mayor mutabilidad ha experimentado, sobre todo considerando la creciente aceptación de vínculos afectivos inadmisibles social, legal y judicialmente en tiempos pretéritos, y que progresivamente generarán conflictiva de interés jurídico que al momento de alcanzar cierta masa crítica, pueden devenir en propuestas de carácter legislativo que pretendan normarla.
4. Se propone una clasificación que incorpora esta mutabilidad social, considerando aquellas uniones que tradicionalmente no han sido admitidas en esta materia.

5. Como se ha dicho, el conglomerado de normas positivas que hacen referencia a las uniones desformalizadas no constituyen un estatuto sistémico. Sin embargo, dan cuenta de que el legislador no desconoce esta situación fáctica y que comprende que someter ciertos efectos sólo a la moral de los partícipes podría devenir en situaciones derechamente injustas o que repugnan a la equidad, sobre todo cuando esta unión ha tenido la aptitud de generar familia habiendo descendencia. Por esto, se han establecido ciertos derechos de carácter previsional, se ha pretendido dar cierta tutela a los partícipes en sede de familia y en el Derecho penal y al mismo tiempo se intenta tímidamente prever actos de corrupción o que atenten contra derechos de terceros, a propósito de negocios jurídicos en que intervengan los concubinos.

6. Sin lugar a dudas, lo que tiene mayor resonancia es el destino de los bienes que hayan sido adquiridos durante la vigencia de la unión, y pese a su importancia y a que dicha conflictiva ha sido abordada por la doctrina y por nuestros tribunales por larga data, no pareciera existir gran interés en consolidar la solución en un instrumento jurídico, siendo indiferente si su régimen es considerado una sociedad de hecho o una comunidad.

7. En este ámbito, se observa incuria legislativa. Los proyectos que se conocen han sido relegados y al día de hoy, no hay iniciativa legislativa que pretenda consolidar un estatuto jurídico al patrimonio disputado.

BIBLIOGRAFÍA

1. BARRIENTOS GRANDON, Javier. De las uniones de hecho, Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. LexisNexis, 2008. 151 p.
2. Biblioteca del Congreso Nacional | Ley Chile. [En línea] Disponible en <https://www.bcn.cl/Leychile/navegar?idNorma=1075210&idParte=9590385&idVersion=2020-09-11> [Fecha de consulta 2 febrero 2021].
3. CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 15 Oct. 2003. Boletín 3377-07. “Proyecto de ley que regula los efectos patrimoniales en el concubinato “. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3697&prmBOLETIN=3377-07>
4. CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 15 Oct. 2003. Boletín 4153-18. “Establece regulación para las uniones de hecho “. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3697&prmBOLETIN=3377-07>
5. CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 7 Abr. 2004. Boletín 3494-07. “Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho “. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3818&prmBOLETIN=3494-07>
6. CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 6 mar. 2007. Boletín 4875-18. “Establece patrimonio especial para quienes vivan en concubinato no obstante mantener un vínculo matrimonial en sociedad conyugal“. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=5262&prmBOLETIN=4875-18>
7. Código Civil Chileno.
8. Código Civil Francés. (En línea) (Fecha de consulta: 2 de noviembre e 2019). Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr › content › download › Code_41
9. Código Procesal Penal Chileno
10. Constitución Política de la República
11. Corral Talciani, Hernán, DONACIONES ENTRE CÓNYUGES, Una prohibición de veinte siglos [En línea]. (fecha de consulta: 12 noviembre

- 2019). Disponible en
<https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/donacionesconyuges.pdf>
12. Corte de Apelaciones de Concepción. 31 de mayo de 2013. Rol Nro. 97-2013. “Recurso de apelación, Poblete Jara, Annie c/ Figueroa Gutiérrez, Patricio”.
<https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>.
13. Corte de Apelaciones de Temuco. 12 de diciembre de 2008. Rol Nro. 407-2008. “Recurso de apelación, Delgado Delgado, Mario c/ D´Appollonio Iturra, Elizabeth del C.”. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>
14. Corte de Apelaciones 11-Dic.-2014. Rol Nro. 475-2014. “Recurso de Apelación, Castro con Peñailillo”. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>
15. Corte Suprema. 26 de septiembre de 2007. Rol Nro. 1381-2005. “Recurso de casación en el fondo, Díaz Osorio, Claudia c/ Troncoso Mouriño, Fernando V. “. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>
16. Corte Suprema. 19-Oct.-2010. Rol Nro. 866-2009. “Recurso de Casación en el Fondo, Delgado Delgado, Mario c/ D´Appollonio Iturra, Elizabeth del C.”. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>
17. Corte Suprema. 26 de abril de 2011. Rol Nro. 7568-2009. “Recurso de casación en el fondo, Vargas Guzmán, René c/ Morales González, María L. <https://www.pjud.cl/consulta-de-causas2>
18. Decreto Ley 3.500, Establece nuevo sistema de pensiones ministerio del trabajo y previsión social. *Diario Oficial*, 13 de noviembre de 1980
19. DONOSO VERGARA, Florencia y RIOSECO LÓPEZ, Andrés. El concubinato ante la jurisprudencia chilena. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007. 100 p. (p. 14)
20. DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio (2003: Esquema Del Derecho De Familia Indiano (Santiago. Ediciones del Instituto de historia del derecho, Juan de Solózano y Pereyra).
21. Las Siete Partidas. [En línea] (fecha de consulta: 2 noviembre 2019). Disponible en
<http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>

22. Ley 14.908, Fija el texto definitivo y refundido de la Ley numero 5.750, con las modificaciones introducidas por la Ley numero 14.550. *Diario Oficial*, 5 de octubre de 1962
23. Ley 15.386, Revalorización de pensiones. *Diario Oficial*, 11 de diciembre de 1963
24. Ley 16.744, Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. *Diario Oficial*, 1 de febrero de 1968
25. Ley 18.490, Establece seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados. *Diario Oficial*, 4 de enero de 1986
26. Ley 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena. *Diario Oficial*, 5 de octubre de 1993
27. Ley 19.451. Establece normas sobre trasplante y donación de órganos. *Diario Oficial*, 12 de marzo de 2019
28. Ley 19.968, Crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial*, 30 de agosto de 2004
29. Ley 20.066, Establece Ley de violencia intrafamiliar. *Diario Oficial*, 7 de octubre de 2005
30. Ley 20.152, Introduce diversas modificaciones a la Ley nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. *Diario Oficial*, 09- de enero de 2007
31. Ley 20.720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas
32. Ley 21.212, Modifica el código penal, el Código Procesal Penal y la Ley nº 18.216 en materia de tipificación del femicidio. *Diario Oficial*, 4 de marzo de 2020
33. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, El contrato de sociedad [En línea]. (fecha de consulta: 16 de marzo de 2019). Disponible en <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/>

34. RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia, Tomo II. 6ª. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. 387 p.
35. Real Academia española [En línea]. Disponible en <https://dle.rae.es/?id=56pFwoS>. (fecha de consulta: 2 noviembre 2019)
36. RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL Bienes TOMO III. Santiago, Chile: AbeledoPerro, 2011. 742 p.