



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**ANÁLISIS DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES
DEL CONCUBINATO**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

VIVIANA ALEJANDRA PAREDES MARTÍNEZ
PROFESOR GUÍA: CARLOS URQUIETA SALAZAR

Santiago de Chile, 2021

Gracias por todo, a todos los que están y a los que no.

Pero, sobre todo, gracias por tu constante inspiración, Carola.

| | |
|--------------------------|----------|
| ABREVIATURAS..... | 8 |
|--------------------------|----------|

| | |
|---------------------------|----------|
| INTRODUCCIÓN | 9 |
|---------------------------|----------|

| | |
|---|-----------|
| PRIMERA PARTE: ASPECTOS GENERALES..... | 12 |
|---|-----------|

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, EVOLUCIÓN Y POSTURAS DEL LEGISLADOR FRENTE A LAS UNIONES DE HECHO | 12 |
|---|-----------|

| | |
|------------------------------|------------------|
| <i>CONCEPTO</i> | <i>12</i> |
|------------------------------|------------------|

| | |
|--|----|
| A. Elementos del concubinato..... | 15 |
| 1. Unión entre dos personas y singularidad..... | 15 |
| 2. Consentimiento libre y espontáneo, comunidad de vida y affeccio. | 18 |
| 3. Capacidad matrimonial..... | 19 |
| 4. Permanencia y estabilidad | 22 |
| 5. Cohabitación y vida en común | 24 |
| 6. Notoriedad | 25 |
| 7. Ausencia de solemnidades..... | 26 |

| | |
|--|------------------|
| <i>NATURALEZA JURÍDICA DE LAS UNIONES DE HECHO.....</i> | <i>27</i> |
|--|------------------|

| | |
|---|----|
| A. El concubinato como hecho ilícito..... | 27 |
| B. Concubinato como contrato | 27 |
| C. Concubinato como cuasicontrato | 28 |
| D. Concubinato como hecho simple | 29 |
| E. Concubinato como hecho jurídico..... | 29 |

| | |
|--|------------------|
| <i>BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO</i> | <i>30</i> |
|--|------------------|

| | |
|-------------------------|----|
| A. Derecho romano | 31 |
|-------------------------|----|

| | |
|--------------------------|----|
| B. Derecho canónico..... | 33 |
| C. Derecho Francés..... | 34 |

REGULACIONES LEGISLATIVAS DE LAS UNIONES DE HECHO 34

| | |
|----------------------------------|----|
| A. Posición abstencionista | 35 |
| B. Posición sancionadora..... | 36 |
| C. Posición reguladora..... | 37 |
| 1. Posición equiparadora..... | 37 |
| 2. Posición proteccionista..... | 39 |

CAPÍTULO SEGUNDO: ALGUNOS PROBLEMAS QUE ORIGINAN LAS UNIONES DE HECHO 41

CUESTIONES PRELIMINARES..... 41

PROBLEMA EN CUANTO A LOS BIENES ADQUIRIDOS DENTRO DEL CONCUBINATO..... 41

| | |
|--|----|
| A. Modelos de regulación | 41 |
| 1. Presunciones de un determinado régimen | 42 |
| 2. Regulación de los bienes mediante pactos | 44 |
| 2.1. Convenios o pactos expresos..... | 45 |
| 2.2. Límites a los pactos..... | 46 |
| B. Abstención de regulación o voluntades tácitas | 48 |
| 1. Constitución de una sociedad de hecho..... | 49 |
| 2. Existencia de una comunidad | 51 |
| 3. Existencia de una relación laboral | 52 |

PROBLEMA EN CUANTO A LAS DEUDAS ADQUIRIDAS DENTRO DE EL CONCUBINATO..... 53

| | |
|---|-----------|
| A. Modelos de regulación | 54 |
| <i>PROBLEMA EN CUANTO A LAS INDEMNIZACIONES.....</i> | 55 |
| A. Indemnizaciones de índole moral..... | 55 |
| 1. Seducción | 56 |
| 2. Abuso del derecho | 57 |
| B. Indemnización de índole económica | 58 |
| | |
| SEGUNDA PARTE: REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO..... | 62 |
| | |
| CAPÍTULO PRIMERO: SITUACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO..... | 62 |
| | |
| <i>SITUACIÓN EUROPEA</i> | 62 |
| A. Francia..... | 63 |
| 1. Antecedentes..... | 64 |
| 2. Reconocimiento de las uniones libres. | 65 |
| 3. Efectos del concubinato en Francia. | 66 |
| 3.1. Relaciones personales. | 66 |
| 3.2. Relaciones patrimoniales..... | 67 |
| 4. Algunos alcances jurisprudenciales relativos a las uniones de hecho. | 68 |
| 4.1. Donaciones y otras liberalidades..... | 69 |
| 4.2. Responsabilidad extracontractual..... | 71 |
| B. España | 72 |
| 1. Breves antecedentes históricos | 73 |
| 2. Liquidación del régimen patrimonial de la convivencia. | 75 |
| 2.1. Establecimiento de pactos. | 77 |
| 2.2. Comunidad de bienes. | 79 |
| 2.3. Sociedad irregular. | 80 |

| | | |
|--|--|------------|
| 3. | Mecanismos jurídicos que amparan la protección de la pareja de hecho. | 82 |
| 3.1. | Principio general de protección del conviviente perjudicado. | 83 |
| 3.2. | Teoría del enriquecimiento sin causa. | 84 |
| <i>SITUACIÓN LATINOAMERICANA</i> | | 86 |
| A. | Argentina..... | 87 |
| 1. | Regulación anterior al Código Civil y Comercial de la Nación. | 87 |
| 2. | Regulación comprendida en el Código Civil y Comercial de la Nación..... | 88 |
| 3. | Efectos patrimoniales en las uniones convencionales. | 89 |
| 3.1. | Existencia pactos. | 90 |
| 3.2. | Límites a los pactos | 91 |
| 4. | Evolución respecto a la legislación de pensiones y de alquiler..... | 92 |
| 4.1. | Derecho de pensión a los convivientes. | 92 |
| 4.2. | Derecho sobre la vivienda alquilada. | 94 |
| 5. | Diferencias con el matrimonio..... | 95 |
| B. | Perú..... | 95 |
| 1. | Características de las uniones de hecho en el Perú..... | 96 |
| 2. | Regulación constitucional de las uniones de hecho en el Perú | 97 |
| 3. | Regulación legal de las uniones de hecho en el Perú | 98 |
| 3.1. | Regulación en el Código Civil | 98 |
| 3.2. | Ley 30.007..... | 100 |
| 4. | Diferencias entre las uniones de hecho y el matrimonio | 102 |
| CAPÍTULO SEGUNDO: SITUACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN CHILE | | 104 |
| <i>EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA</i> | | 104 |
| <i>REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO</i> | | 107 |
| A. | Leyes nacionales | 107 |
| B. | Proyectos de ley | 111 |

| | |
|---|------------|
| <i>ALGUNOS ALCANCES JURISPRUDENCIALES</i> | 117 |
| A. Elementos controvertidos para configurar relaciones de hecho..... | 119 |
| B. Aplicación de figuras del derecho común al momento de la disolución..... | 121 |
| 1. Reconocimiento de una comunidad..... | 121 |
| 2. Reconocimiento de una sociedad de hecho | 123 |
| 3. Reconocimiento de prestación de servicios remunerados | 124 |
| C. Legitimación activa del conviviente | 125 |
| | |
| CONCLUSIONES | 128 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 131 |
| A. Fuentes bibliográficas. | 131 |
| B. Fuentes electrónicas. | 134 |
| C. Legislación | 135 |
| D. Jurisprudencia..... | 136 |

ABREVIATURAS

| | |
|-----------|---|
| AUC | Acuerdo de Unión Civil |
| CA | Corte de Apelaciones |
| CCyC | Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina) |
| CS | Corte Suprema |
| Fdm. dch. | Fundamento de derecho |
| Ibid. | En el mismo lugar |
| op. cit. | Oportunamente citado |
| p. | Página. |
| pp. | Páginas. |
| PaCS | Pacto de Solidaridad (Francia) |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial (España) |
| s/f. | Sin fecha. |
| TS | Tribunal Supremo Español |

INTRODUCCIÓN

El derecho de familia es una de las ramas del derecho que ha experimentado mayor evolución, tanto en el ámbito nacional como internacional. En el plano nacional, la secularización del matrimonio, la igualdad entre los hijos y el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, entre otros cambios, son hitos significativos que reflejan el cambio social que ha existido entre la época de dictación del Código Civil hasta nuestros días.

Sin embargo, aun con la basta evolución que ha tenido nuestro derecho podemos encontrar una importante laguna legal que dice relación con el *concubinato*, a grandes rasgos podemos entenderlo como el vínculo sexo-afectivo estable que se produce entre dos personas que no celebrado un “contrato de unión”.

El concubinato obedece a un hecho social y ha existido a lo largo de toda la historia, por lo anterior antiguas legislaciones, como la romana, se encargaron de regular sus efectos jurídicos. Sin embargo, y como se verá más adelante, con la llegada del catolicismo no sólo se desplazó el concubinato del derecho positivo, sino que en ocasiones fue sancionado por los ordenamientos, toda vez que se entendía que la única forma de constituir una familia era mediante la institución matrimonial.

Esta abstención legislativa significó que se suscitaran distintos problemas, sobre todo de índole patrimonial, al momento de la disolución de la relación extramatrimonial.

En la actualidad, producto de importantes cambios sociales, la visión fuertemente conservadora propia del catolicismo se ha ido debilitando y se ha entendido que el vínculo matrimonial no es la única forma de constituir una familia. Por lo anterior distintos países han dejado de guardar silencio respecto a las uniones extramatrimoniales normándolas legislativamente y otorgándole efectos jurídicos concretos.

En el plano nacional, ocurre una situación distinta pues nuestra legislación ha guardado un silencio casi absoluto sobre la materia, siendo la jurisprudencia la que se ha encargado de dotar de efectos jurídicos a estas relaciones extramatrimoniales al momento de su disolución. Ahora bien, y sin desmerecer la importante labor de los tribunales, este reconocimiento

jurisprudencial resulta insuficiente, toda vez que los fallos judiciales tienen efectos relativos y sus resoluciones pueden variar de un caso a otro según la interpretación de los juzgadores. En este sentido, y entendiendo las relaciones concubinarias como una forma para constituir una familia, es menester que las parejas que decidan unirse mediante esta figura cuenten con alguna certeza jurídica respecto a los efectos que generará la relación, sobre todo al momento de su disolución y, de esta forma, contar con una mayor certeza jurídica.

El estudio de las relaciones concubinarias puede ser objeto de gran interés y no solo en lo que concierne al ámbito jurídico, sino también en un ámbito sociológico e histórico. Ahora bien, con el fin de limitar el presente estudio a una materia específica he decidido realizar este trabajo sobre los efectos patrimoniales que pueden aparejar las relaciones concubinarias al momento de su disolución.

Me parece menester enfatizar que este trabajo no tiene por objeto limitar la existencia del concubinato al entenderlo como un hecho simple, sino que reconocerlo como un hecho o realidad jurídica que merece protección por el ordenamiento. Así, para lograr dicho objetivo he decidido establecer un panóptico general de las uniones de hecho y analizar distintos problemas que pueden suscitarse al momento de su disolución y con ello señalar las soluciones que han otorgado distintos ordenamientos, especialmente el nacional.

Para lograr lo anterior mi trabajo se dividirá en dos partes. La primera, se limitará a explicar los aspectos generales del concubinato, dividiéndose, asimismo, en dos capítulos, el primero intentará explicar qué es el concubinato y cómo ha sido abordado, mientras que el segundo se referirá a los problemas que presenta. La segunda parte se enfocará en el tratamiento que se ha otorgado a esta materia, dividiéndose de igual forma en dos capítulos, el primero hará mención a algunas legislaciones extranjeras, en específico Francia, España, Argentina y Perú, en tanto, el segundo, se enfocará en el tratamiento nacional.

Finalmente hago presente que se utilizará el concepto concubinato o unión de hecho, entre otros similares, para referirse a esta relación de facto que se produce entre dos personas sin un vínculo jurídico de por medio. Cabe señalar que numerosos autores y legislaciones han dejado de lado el término concubinato por considerarlo peyorativo o por no comprender

cabalmente lo que esta relación integra¹, sin embargo, y a juicio personal, creo que constituye un término apropiado principalmente por la relevancia histórica que presenta, sin que por ello dejemos de lado las otras nomenclaturas que se le han otorgado a la relación.

¹ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. Derecho de Familia Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, pp. 651-653.

PRIMERA PARTE:

ASPECTOS GENERALES

CAPÍTULO PRIMERO:

CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, EVOLUCIÓN Y POSTURAS DEL LEGISLADOR FRENTE A LAS UNIONES DE HECHO

CONCEPTO

En nuestro derecho positivo, si bien no se regula lo que se entiende por unión de hecho o concubinato podemos encontrar disposiciones que reconocen tal condición, como por ejemplo el artículo 210 del Código Civil² o el artículo 5° de Ley de Violencia Intrafamiliar³, los cuales aluden al concubinato y a la relación de convivencia, respectivamente.

² “Art. 210. 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.

³ Artículo 5°.- Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar 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

Es así que, si bien nuestra legislación reconoce dicha “institución”, aún no la ha dotado de un concepto, por lo que para encontrarlo debemos recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia.

Como señala René Ramos Pazos, el término “concubinato” es proveniente del latín “*concupinatus*”, de “*cum*” (con) y “*cubare*” (acostarse)⁴. Como primer acercamiento a su definición podemos señalar el que otorga la Real Academia Española señalando que “el concubinato es una relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados”⁵.

Partiendo de esa premisa, Federico Puig Peña lo define como: “La unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo.”⁶

Por su parte, el autor argentino Gustavo A. Bossert, sostiene que se trata de una “unión permanente entre un hombre y una mujer, que sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges.”⁷

El profesor Gabriel Hernández da un paso más allá al definir las uniones de hecho (o relaciones afectivo-sexuales como indica el autor) al sostener que éstas pueden comprender también a personas del mismo sexo. En este sentido señala que dichas uniones constituyen la “convivencia afectivo-sexual y material estable entre dos personas con o sin hijos, no nacida de la celebración de un acto jurídico.”⁸

La Corte Suprema, en su sentencia ROL N° 337-2011 pronunciada con fecha 07 de marzo de 2011, reconoce la definición de los profesores Javier Barrientos Grandon y Aranzazu Nóvalés Alquézar, sosteniendo que éstas se tratan de “Uniones lícitas entre un hombre y una

convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

⁴ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p. 647.

⁵ <https://dle.rae.es/concupinatus>

⁶ Citado por RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. Derecho de Familia Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, p. 648.

⁷ BOSSERT, GUSTAVO A. 1992. Régimen jurídico del Concubinato, Editorial Astrea, Buenos Aires, 36p.

⁸ HERNÁNDEZ, GABRIEL. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo. Editorial ARCIS, Santiago, p. 68.

mujer fundadas en un hecho que consiste en la convivencia efectiva con contenido sexual y a la que el derecho reconoce ciertos efectos”⁹

Además, podemos encontrar definiciones en distintos proyectos de ley nacionales (los cuales serán estudiados en el último capítulo), por ejemplo, el que constaba en el boletín 4153-18 de abril del 2006¹⁰ (rechazado año 2009).

Actualmente, existe un proyecto de ley (boletín 13712-07) que busca incorporar a la Ley 20.830 el reconocimiento a las uniones o convivencias legales de hecho¹¹, señalando que “se entenderá por convivencia de hecho la unión estable, pública y permanente de dos personas mayores de edad, del mismo o distinto sexo, que no tenga un acuerdo de unión civil o matrimonio vigente o de haberla tenido con un tercero, se hubiese producido la liquidación de los bienes adquiridos en común y vivan en una comunidad de vida análoga a dichos contratos, por un período no inferior a cinco años continuos y cumpliendo con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 9° de dicha ley.”

En el presente trabajo, más que hacer propia alguna de las definiciones anteriores. buscamos establecer un concepto que se centre en los elementos que esta situación refleja, tanto en el aspecto interno que deben reunir los concubinos, como el ánimo de permanecer juntos, y en lo externo, como la notoriedad que debe existir en la relación. De esta forma, entenderemos el concubinato o unión de hecho como la unión entre dos personas que no se encuentran unidas por un vínculo matrimonial o mediante un Acuerdo de Unión Civil, pero que tiene la apariencia de tal, tanto en el plano interno, como respecto a terceros, formada de forma libre y espontánea, las cuales tienen el ánimo de cohabitar de forma permanente y estable.

⁹ BARRIENTOS GRANDON JAVIER y NÓVALES ALQUÉZAR, ARANZAZU. 2004. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Editorial Lexis Nexis, p. 65, citado en Sentencia 337-2011, considerando décimo octavo, CS, 07 de marzo de 2012.

¹⁰ Este proyecto señala que “Constituye unión de hecho, la formada por un hombre y una mujer que de manera libre, han decidido tener una vida en común, poseyendo aquella un carácter de estabilidad y continuidad, con el objetivo de constituir una familia y cumpliendo los demás requisitos establecidos en la ley.”

¹¹ Véase texto íntegro: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/08/16/proyecto-de-ley-busca-el-reconocimiento-de-las-uniones-o-convivencias-legales-de-hecho/>

A. Elementos del concubinato¹²

De la definición otorgada anteriormente podemos desprender ciertos elementos o características que debe contener una unión de hecho para ser considerada como tal. Si bien la doctrina no está conteste en establecer un listado de elementos, podemos mencionar la unión entre dos personas, relación libre y espontánea, capacidad marital, convivencia y cohabitación, fidelidad, comunidad de vida, permanencia y estabilidad, la *affectio*, singularidad y notoriedad.

1. Unión entre dos personas y singularidad.

En este apartado es importante destacar dos puntos. Por una parte, vemos que la mayoría de las definiciones otorgadas precedentemente hacen mención única a la unión contraída entre un hombre y una mujer. Asimismo, existen legislaciones como la hondureña que prohíbe expresamente la unión de hecho entre personas del mismo sexo¹³ y la peruana en la que limita la unión de hecho a un hombre y una mujer.¹⁴

Sin embargo, no habría razón para excluir de la definición a las parejas homosexuales. Tal como lo señala la profesora María Magdalena Bustos, “[...] debemos reconocerla (a la pareja homosexual) como una realidad social y como tal acreedora de protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico, pero distinto al de la pareja heterosexual, principalmente porque lo que precisamente busca la pareja homosexual que convive es el reconocimiento de su unión

¹² Con excepción del elemento de *unión entre dos personas* que fue una modificación personal (al requisito de heterosexualidad) tomada del profesor Gabriel Hernández en su libro “Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo”, Editorial ARCIS de 2009, el resto de los elementos constituyen una recopilación de los señalados por los siguientes autores: Gustavo Bossert en su libreo Régimen Jurídico del Concubinato, 1992; María Magdalena Bustos días en su memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile: Análisis crítico de los efectos jurídicos de las uniones de hecho en Chile. Una propuesta de regulación orgánica patrimonial, 2007; y apuntes de clases de derecho civil de la facultad de derecho de la Universidad de Chile de Martinic Galetovic, María Dora y Weinstein, Graciela, Concubinato y uniones de hecho, Santiago.

¹³ Artículo 11, inciso final Código de Familia de Honduras: Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas de los mismos sexos celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras

¹⁴ Artículo 326 Código Civil peruano: La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

por las leyes civiles del matrimonio, en cambio la pareja heterosexual sin impedimento para contraer matrimonio, que se une de hecho, generalmente escapa de él.”¹⁵

En concordancia con lo anterior, Gabriel Hernández señala tres características que deben comprender las uniones de hecho, a saber: *convivencia afectivo-sexual y material*, eso se refiere a que los convivientes deben mantener una vida en común, en un plano sentimental y sexual como en el compartir domicilio¹⁶; *singularidad*, la característica implica que la convivencia afectivo-sexual y material se desarrolla con el otro conviviente y no con terceras personas¹⁷; y *permanencia, duración o estabilidad*, excluyéndose las relaciones efímeras o breves¹⁸. Es así, como lo señala el autor, que no habría inconveniente alguno para que las parejas de hecho cumplan con dichos requisitos para configurar su unión.

Distintas legislaciones han reconocido que el concubinato puede estar conformado por personas de igual sexo. En Uruguay la Ley de Unión concubinaria del año 2007¹⁹, señala: “(...) se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales.”

Asimismo, y reforzando el punto anterior, es importante recordar que en Chile la Ley de Acuerdo de Unión Civil reconoce a las parejas homosexuales como convivientes civiles. Esto demuestra la evolución que ha tenido en nuestra sociedad y, con ello, legislación, el reconocimiento jurídico a las parejas homosexuales.

Por otra parte, es menester destacar la singularidad, esto es, que la unión sólo puede ser entre dos personas, descartándose las uniones grupales o comunales²⁰. Es así, como este

¹⁵ BUSTOS DÍAZ, MARÍA MAGDALENA. 2007, Análisis crítico de los efectos jurídicos de las uniones de hecho en Chile. Una propuesta de regulación orgánica patrimonial. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P. 13

¹⁶ HERNÁNDEZ, GABRIEL. 2009.op. cit., pp. 73-74.

¹⁷ Ibid. p. 76.

¹⁸ Ibid. p. 78.

¹⁹ Artículo 2° de la Ley 18.246 de Uruguay, véase texto íntegro <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18246-2007>

²⁰ Así se ha establecido en distintas legislaciones que regulan la materia, ya sea estableciendo la unión entre un hombre y una mujer o entre dos personas. Por lo demás, sostiene Gabriel Hernández al referirse a la singularidad que “Esta característica implica que los miembros de la unión la conciben como una relación de exclusividad con su conviviente, en el sentido que la convivencia afectivo-sexual y material se desarrolla permanentemente con

requisito se encuentra vinculado al elemento de “fidelidad” entre los convivientes. Ahora bien, respecto a qué debe entenderse por fidelidad, la doctrina se encuentra dividida, sosteniendo una parte de ella que debe existir absoluta singularidad, la cual debe ir aparejada de fidelidad de la mujer y unilateralidad del varón. En esta línea hay autores que sostienen que de la unión concubinaria surge una responsabilidad recíproca que los obliga a los deberes de fidelidad y socorro.²¹ Así, Yuri Vega Mere, sostiene que esta exigencia implica una absoluta fidelidad, pues aunque los convivientes no se encuentren unidos por un vínculo matrimonial deben tener un comportamiento ceñido a la lealtad exclusividad y a la monogamia.²² A su vez, “Julio López de Carril entiende que “la unión de personas libres” ha de reunir, entre otros, los siguientes caracteres: “Fidelidad recíproca. Vivir en condiciones de moralidad suficiente. Honestidad de la mujer... Exclusión de toda unión o concubinato”.”²³

Desde una perspectiva opuesta, se ha sostenido que no es necesaria para la unión de hecho la exclusividad o fidelidad, puesto que queda configurada de igual forma esta unión en el caso de que existan relaciones sexuales momentáneas con terceros. Desde este punto de vista podemos sostener que lo que debe existir es una apariencia de exclusividad entre dos personas. Así lo sostiene Jorge Azpiri “la apariencia moral de fidelidad no requiere que efectivamente se cumpla con este deber, sino que se comporten respetando públicamente la lealtad que existe entre los miembros de la unión de hecho, que debe guardar similitud con la matrimonial.”²⁴ Por el contrario, si cualquiera de los convivientes tuviese relaciones con terceros sin guardar la apariencia de fidelidad y siendo éstas públicamente conocidas sí se estaría afectando la singularidad de la relación, que constituye un elemento determinante para la relación de hecho.²⁵

En una línea similar, Gustavo Bossert alude a que: “(...) los elementos que constituyen el concubinato debe darse solamente entre dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por

aquel y no con terceras personas”, esta afirmación lleva a la conclusión que el otro conviviente sólo puede ser uno y no varios. Citado de HERNÁNDEZ, GABRIEL. 2009. op. cit., p. 76.

²¹ MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA y WEINSTEIN, GRACIELA, Concubinato y uniones de hecho, Santiago, Apuntes de la Cátedra Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, s/f. p. 202.

²² VEGA MERE, YURI. 2005. Ruptura del concubinato y reparación civil, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (58): 131-171. 156p.

²³ Citado por BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 42.

²⁴ AZPIRI, JORGE, Uniones de hecho, citado en pie de página por HERNÁNDEZ, GABRIEL. 2009. op. cit., p. 77.

²⁵ ZANNONI, EDUARDO A. 1970. El concubinato, Editorial Depalma, p. 132, citado por SOLARI, NESTOR E. 1999. Liquidación de bienes en el concubinato. Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, p. 40.

el hecho de que alguno de dichos elementos se dé entre uno de los concubinos y otro sujeto, en la medida en que ello resulte posible. Por ejemplo, la singularidad no se destruye, si el concubino mantiene una momentánea relación sexual con otra mujer, o si la concubina es infiel, en un momento dado, al concubino.”²⁶

Es así que, adhiero a la opinión de varios autores y sostengo que constituye un error el hablar de fidelidad y, por ello, se debe recurrir al concepto de singularidad, pues en la medida que el encuentro con un tercero no constituya una relación paralela permanente y se tratase sólo de un evento casual, no habría pie para declarar la extinción de la unión de hecho.

El problema que puede presentar esta postura se presenta en el escenario de que uno de los concubinos se encuentre unido a una tercera persona por un vínculo matrimonial ¿Existiría, en este caso, la singularidad? Mi postura es que no deja de haber singularidad, toda vez que los cónyuges se encuentran unidos por un vínculo meramente formal, referencia a este punto lo haré en el apartado de “capacidad para contraer matrimonio”.

2. *Consentimiento libre y espontáneo, comunidad de vida y affeccio.*

Este punto no merece mayores comentarios y se reduce a que no cabe la configuración de una unión de hecho respecto de relaciones forzadas, sea la fuerza física o moral.

Por su parte, la *affeccio* dice relación con un elemento subjetivo de los convivientes, es decir, no basta con que estos vivan juntos por lazos de amistad u otros motivos, sino que se requiere una relación “*more uxorio*”. Esta *affeccio* se debe entender como la “amistad auténtica y el afecto recíproco entre los convivientes que es causa y afecto de la convivencia misma”.²⁷ Lo anterior se encuentra fuertemente vinculado a la comunidad de vida que debe existir entre los convivientes, comunidad que, precisamente, distingue a esta unión de otras, como explican: “esta comunidad de vida nace a raíz de las relaciones de afectividad que se generan y que se encaminan, como su nombre lo indica, a tener una vida en común, planes de vida que convergen para alcanzar los fines que la pareja se proponga, diversos a los queridos por cada uno de sus integrantes. En este sentido, existe un ánimo de mantenerse en una relación de convivencia, que

²⁶ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 42.

²⁷ MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA Y WEINSTEIN, GRACIELA, s/f. op. cit., p. 200.

implica la ‘voluntad mutua de ambas partes de formar una pareja y compartir el mismo proyecto de vida’²⁸

Como señala Gustavo Bossert, esta comunidad de vida no implica que deban compartirlo todo, como sus actividades individuales, pero sí lo que dice relación con un aspecto íntimo, como en el ámbito matrimonial realizan los cónyuges.²⁹

En este apartado es menester destacar que la *affeccio* es sumamente importante, ya que es lo que determina la unión de hecho, pues una vez que la *affeccio* cesa la unión se desvanece. Además, me atrevo a aseverar que este es el elemento generador de las uniones de hecho, ya que es el que lo diferencia de la convivencia con amigos, familiares o compañeros o cualquier otra persona. Cabe señalar, por ejemplo, que para algunos autores no es necesaria la cohabitación para configurar las uniones de hecho (posición contraria a nuestro pensamiento como se señalará más adelante) mas no puede faltar la *affeccio*.

3. Capacidad matrimonial

La capacidad matrimonial como requisito del concubinato dice relación con que los convivientes no se encuentren sujetos a un impedimento matrimonial para que la relación produzca efectos jurídicos, en este sentido debemos pensar, principalmente, en que éstos no se encuentren unidos por un vínculo matrimonial no disuelto³⁰ o acuerdo de unión civil, en su caso.

Así las cosas, si analizamos literalmente este requisito no se podría configurar una unión entre dos personas cuando una de ellas estuviese unida con un tercero por alguno de aquellos vínculos (al ser contrario a la ley) y, por tanto, el conviviente se encontraría completamente desprotegido. En este mismo entendido, la legislación de Madrid señala que no pueden constituir una unión de hecho las personas ligadas por el vínculo del matrimonio no separadas judicialmente³¹.

²⁸ DE LA BARRA SUMA DE VILLA, MARÍA ASUNCIÓN. 2010. Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena: posibilidad de aplicación a parejas homosexuales, Revista de Derecho y humanidades, vol. 2 (16): 101-117. P. 107.

²⁹ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 39.

³⁰ BUSTOS DÍAZ, MARÍA MAGDALENA. 2007. op. cit., p. 16.

³¹ Artículo 2º letra b) Ley 11/2011. Ver texto íntegro: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-4374-consolidado.pdf>

Sin embargo, un vínculo matrimonial o de unión civil, en su caso, no podría ser un impedimento para que personas contrajeran una unión de hecho, toda vez que este vínculo es una realidad netamente jurídica quedando desprovisto de toda realidad fáctica.

Bajo la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 esto era un problema de mayor envergadura, toda vez que al no existir el divorcio vincular los cónyuges que se separaban se encontraban obligados a permanecer casados hasta la muerte del otro y, a menos que logaran que se anulara el vínculo, tenían como única solución para rehacer su vida con un tercero la unión de hecho. Sin perjuicio de lo anterior, y aunque esta realidad jurídica haya cambiado al dictarse la Nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004 y permitiese la disolución del vínculo mediante la institución del divorcio, todavía no es dable sostener que no se podría configurar una unión de hecho por un vínculo jurídico no disuelto, ya que por diversas razones, ya sean personales, faltas de medios probatorios, entre otras, las personas podrían optar por mantener el vínculo matrimonial³².

Desde esta misma premisa puede surgir otro problema, que ocurre cuando uno de los convivientes se encuentra casado con un tercero bajo el régimen de sociedad conyugal³³. Solución a ello daba el antiguo proyecto de ley Sobre Patrimonio de Concubinato que establecía 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 patrimonio no podrá estar constituido por bienes de la sociedad conyugal vigente”.³⁴

³² El proyecto de ley del 12 de abril de 2006, en su artículo segundo permitía la unión de hecho aun cuando alguno de los convivientes se encontrara unido por matrimonio, señalando: “Sólo podrán establecer una unión de hecho los que pudieran contraer válidamente matrimonio civil en conformidad a la ley.

Con todo, podrán constituir unión de hecho aquellos ligados por vínculo anterior no disuelto, en los casos en que hubiere mediado una regulación ya convencional, ya judicial, de sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 21 y 27 de la ley N° 19.947.” Véase: <https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=1527622&idPersona=2993&idDocumento=650939&idAkn=entity53TL9TF3>

³³ Recordar que bajo este régimen todos los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges entrarán al haber de la sociedad conyugal.

³⁴ Boletín N° 4875-18. Artículo Primero.

Artículo Segundo.- 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.

Actualmente este problema no tiene una solución equitativa, puesto que todos los bienes que el conviviente que se encuentre aún casado en sociedad conyugal con un tercero, adquiera a título oneroso, van a formar parte del acervo de la sociedad³⁵. Si los convivientes adquieren en conjunto bienes a título oneroso se producirá la extraña figura: el conviviente no casado quedará desprotegido de toda adquisición que efectuasen en conjunto y la única solución viable sería inscribir a nombre de este último cualquier bien.

El problema anterior no se suscita solamente en el régimen de sociedad conyugal, sino que también cuando los cónyuges pactan el régimen de participación en los gananciales, pues en este caso se deberá observar el patrimonio final de cada uno de los cónyuges (esto es, al momento de la disolución del matrimonio) y compararlo con el patrimonio de cada uno al momento de casarse. Al igual que en el caso anterior, si los convivientes adquieren bienes a título oneroso en conjunto, también se produciría una extraña figura: si los bienes adquiridos por los convivientes son de mayor valor que los adquiridos por el cónyuge éste se beneficiaría.

En el caso del régimen de separación total de bienes no habría problema, puesto que el bien adquirido por cualquiera de los cónyuges ingresará a su patrimonio; por su parte, en la separación parcial se producirá el mismo problema que en la sociedad conyugal respecto a los bienes comunes.

Como se puede apreciar, si bien tanto el régimen de sociedad conyugal, como el de participación en los gananciales y el de separación parcial de bienes pueden producir problemas en caso de que uno de los convivientes se encuentre casado con un tercero, el proyecto de ley citado sólo se pone en el supuesto del primer régimen. Especulo que lo anterior podría deberse a la gran cantidad de matrimonios que se unen en sociedad conyugal versus el pequeño número que pacta el régimen de participación en los gananciales.

Sin perjuicio de todo lo anterior, y a modo de conclusión, se puede sostener que el hecho de que los concubinos se encuentren unidos a un vínculo matrimonial no disuelto con un tercero

³⁵ La mención realizada no es absoluta, pues si bien la regla general es que los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges ingresen al haber de la sociedad conyugal, puede pasar que la mujer casada en sociedad conyugal adquiera bienes bajo el artículo 150 del Código Civil, en este escenario dichos bienes entrarían a su patrimonio reservado por lo que no se confundirían con los bienes sociales. Debemos recordar que esta institución beneficia sólo a la mujer, por lo que los bienes que adquiera el hombre casado bajo este régimen de todas maneras ingresarían al haber social.

no puede constituir un óbice para llevar a cabo la relación concubinaria, toda vez que éste es un requisito establecido únicamente para el matrimonio y para el acuerdo de unión civil, es así que las relaciones de hecho podrían producir efectos jurídicos aunque uno o ambos concubinos se encuentre unido por un vínculo matrimonial; en palabras de Gustavo Bossert “(...) el matrimonio, como cédula necesaria del grupo, recibe toda clase de protección (que se hace extremadamente patente en las normas que procuran evitar su finalización). En tanto que el concubinato no es así considerado; *en sí mismo* no recibe, ni ha de recibir protección alguna. Sólo se trata de resolver, con justo criterio, las numerosas cuestiones que plantea, pero no para preservar la unión extraconyugal, sino para que cada conflicto humano tenga la adecuada solución que merece”.³⁶

4. *Permanencia y estabilidad*

La permanencia y estabilidad es una cuestión difícil de determinar, pues algunos lo atribuyen a la cantidad de tiempo en que los convivientes permanecieron juntos, es así como algunas legislaciones señalan un plazo para que pueda configurarse esta unión, mientras que en otros casos el tiempo de duración se determina jurisprudencialmente.³⁷

Sin embargo, a juicio personal sostengo que la permanencia y estabilidad más que referirse a las relaciones de corto tiempo, excluye a aquellas en las que no existe una voluntad de permanecer juntos. Asimismo, las relaciones esporádicas o fugaces no gozan de este elemento.

Como señala Gustavo Bossert: “Deben tenerse en cuenta aspectos concernientes a lo afectivo; a la convicción que, en determinado momento, surge en los sujetos que comienzan a sentirse integrantes de una pareja, de que no es una unión caprichosa, accidental, o fruto exclusivo de un deseo sexual más o menos prolongado, sino que también tiene su mundo propio, su esfera íntima y algo de destino común.”³⁸

³⁶ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 49.

³⁷ HERNÁNDEZ, GABRIEL. 2009. op. cit., p. 78.

³⁸ Ibid. p. 45.

Ciertas legislaciones exigen un tiempo de vida en común. La legislación peruana, por ejemplo, exige un plazo de dos años para que se configure la unión de hecho. Por su parte el actual proyecto de nuestro país exigiría un plazo de cinco años para esta unión³⁹.

No obstante, sostengo que no es prudente señalar un plazo para dichas uniones mientras exista la intención de permanencia y estabilidad, pues la relación puede terminar de forma anticipada por diferencias irreconciliables. Lo que interesa, por tanto, es la voluntad de permanecer juntos y así descartar de la relación concubinaria las uniones pasajeras o esporádicas.

Osorio y Gallardo señalan que un elemento también a considerar es el de la edad de los convivientes, poniendo el siguiente ejemplo: una pareja constituye su unión a los veintiún años y el varón fallece a los veinticinco, es este escenario la unión subsistió un corto tiempo de cuatro años, pero como fue el total de los últimos años de vida del varón no se puede exigir mayor permanencia. Caso distinto es que el varón haya fallecido a los sesenta años, en este sentido una relación de cuatro años no es suficiente para configurar el concubinato.⁴⁰ Adhiero a la posición de los autores, pues sólo en el evento de que la existencia de la relación concubinaria se hubiese reclamado al término de ésta habría cabida para su reconocimiento, mas no si la acción se intenta mucho años después⁴¹.

Por último, me parece menester establecer que el distanciamiento ocasional que pueda existir entre los convivientes no constituiría la ruptura en la relación. Haciendo una analogía con el matrimonio, este no se disuelve por una ruptura momentánea a causa de pleitos o discusiones en un momento determinado si, posteriormente, existe reconciliación. La misma lógica habría de aplicar en el concubinato, pues si bien existe un quiebre en la relación, esta sólo debiese ser apreciada como una suspensión momentánea y en ningún caso privar de los efectos que se habrían originado.⁴²

³⁹ Véase cita número 9.

⁴⁰ OSORIO y GALLARDO, Matrimonio, divorcio y concubinato p. 142, citado por BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 45.

⁴¹ En este sentido es importante que se establezca un plazo o una condición para poder ejercer la acción, pues no parece razonable que se reconozca una unión de hecho después de haber transcurrido un tiempo muy largo o antojadizo.

⁴² Sin perjuicio de lo señalado, estos quiebres no pueden tener una duración tan extensa como para que alguno de los concubinos haya formado una nueva familia, ya sea con un matrimonio, acuerdo de unión civil o una relación con todos los elementos necesarios para constituir un nuevo concubinato.

5. *Cohabitación y vida en común*

La palabra cohabitar, en lo que atañe a nuestro estudio⁴³, admite tres acepciones, primero tenemos que puede ser entendida como el mantener relaciones sexuales; también como habitar juntamente con otra u otras personas y; por último, hacer vida marital.

Primeramente, señalaremos que la cohabitación establece que los concubinos mantengan relaciones sexuales, es decir, exista comunidad de lecho. Este requisito parece ser unánime en la doctrina, y aunque en la realidad los convivientes no mantengan relaciones sexuales, es menester que parezca, ante ojos de terceros, que las tienen (al igual que en el matrimonio donde existe una apariencia que entre los cónyuges existe comunidad de lecho).

La discusión que se mantiene a raíz de esta cohabitación apunta a si ésta debe ir acompañada de vida en común. Es así, que si los concubinos deben habitar o no bajo el mismo techo de manera que ante terceros su vida trascorra como si fuese un matrimonio, o, si en su defecto, sólo basta que exista una relación afectiva, permanente y estable aunque no exista residencia común.⁴⁴

Respecto a esto encontramos posiciones divididas. La profesora María Dora Martinic señala que lo importante para la configuración de la unión de hecho no es la comunidad de techo, sino que la relación trascienda el ámbito de lo estrictamente privado, creando en mayor o menor grado una apariencia de matrimonio frente a terceros. Lo importante para la profesora es que estas relaciones no permanezcan en clandestinidad, es decir, la relación no debe ser oculta.⁴⁵

Por su parte, Gustavo Bossert, señala que es imprescindible para la configuración del concubinato, tanto la comunidad de techo como de lecho. El autor es categórico en sostener que: “El rasgo que, decididamente distingue una unión concubinaría de una mera relación circunstancial, es el de la cohabitación”⁴⁶. Asimismo, Carolina Mesa afirma que no es posible

⁴³ Para aclarar: la Real Academia Española señala además que es “dicho especialmente de partidos políticos, o miembros de ellos: Coexistir en el poder”

⁴⁴ MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA y WEINSTEIN, GRACIELA. s/f. op. cit., p. 196.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 39.

establecer una unión de hecho sin convivencia y que éste sería el rasgo distintivo de otro tipo de relaciones extramatrimoniales.⁴⁷

Si los sujetos carecen de un domicilio común, no es posible sostener la existencia de un concubinato para los diversos efectos que este puede invocarse en el ámbito jurídico.”⁴⁸

No obstante, y por lo categórico del elemento de cohabitación, no puede entenderse, al igual que en el apartado anterior, que una interrupción temporal de la cohabitación implique el término de la unión de hecho, pues ésta puede deberse a razones de índole laboral, por enfermedad o cualquier otra. En estos casos no se produce ruptura, pues la *affectio* permanece.

6. Notoriedad

La relación, con todos sus elementos, debe ser conocida por terceros, esto es, no basta con que los convivientes sepan que se encuentran en unión, sino también es necesario que esta sea pública, excluyendo relaciones clandestinas.

La importancia de eso se remonta a que el concubinato o unión de hecho debe tener una apariencia de matrimonio, no existiendo tal apariencia si esta fuera secreta. Además, al momento de atribuirle efectos jurídicos a estas relaciones, éstas deben ser conocidas por terceros por los eventuales derechos que pudiesen afectarles.

No obstante, y de forma excepcional, algunos autores, entre ellos Álvaro Quintanilla, sostiene que la publicidad no sería un elemento necesario para configurar el concubinato⁴⁹. René Ramos Pazos, por su parte, señala que debe existir una apariencia matrimonial, lo que implica que terceros consideren a la concubina como “la mujer” o “la cónyuge” del concubino, y no como la querida ni la amante. Respecto a la publicidad, este último tampoco lo establece como un requisito indispensable y sólo le parece relevante para distinguir el concubinato del concubinato notorio.⁵⁰

⁴⁷ MESA MARRERO, CAROLINA. 1997. Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos. Tesis doctoral. Las Palmas de Gran Canaria, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, departamento de ciencias jurídicas básicas, p. 25.

⁴⁸ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 39.

⁴⁹ Citado por BUSTOS DÍAZ, MARÍA MAGDALENA. 2007. op. cit., p. 15.

⁵⁰ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p. 650.

7. Ausencia de solemnidades.

Este requisito es imprescindible y conlleva a que la unión de hecho debe ser configurada prescindiendo de cualquier tipo de formalidad, es decir, por el solo consentimiento libre y espontáneo de las partes.

Cabe aquí mencionar el caso del llamado *concubinato indirecto*, en virtud del cual partes no consienten en que su unión sea completamente libre, existiendo la intención ulterior de “contraer matrimonio”, pero por razones externas no se ha concretado.⁵¹ También será el caso de matrimonios religiosos cuando la ley del país no les otorga efectos civiles, como también el matrimonio civil declarado nulo y, en aquellas ocasiones en las que las partes, mediante pactos privados, regulen los efectos de la vida en común.

No adhiero a la opinión de estos autores en el caso de que los convivientes hayan celebrados pactos, pues en este escenario debemos entender que dichas convenciones corresponden a acuerdos privados los que sólo regulan las relaciones que tendrá la pareja, pero en ningún caso demuestran una intención positiva de formalizar o solemnizar el vínculo. Asimismo, a diferencia de los dos casos anteriores, estos pactos no vienen a “crear” el vínculo, sino que sólo se efectúan para regular cuáles serán sus efectos mientras la relación de hecho se encuentre vigente, cuestiones referentes a estos pactos serán analizadas más adelante.

Esta ausencia de solemnidades corresponde al elemento distintivo para diferenciar al concubinato del matrimonio o de cualquier otra institución que lleve a formalizar una relación de pareja⁵².

Por último, es importante mencionar que ciertos países (en los cuales se ha regulado el concubinato) han creado sistemas para registrar las uniones de hecho, sin embargo, esto no importa un requisito para que la unión se constituya, sino que tiene por objeto oficializar la unión, así se tiene certeza jurídica de que la unión existe pudiéndose regular los efectos jurídicos en el caso de disolución. Por lo anterior no hay un plazo establecido para su inscripción y en muchos casos dicha inscripción se efectuará cuando existan conflictos entre los convivientes, ya sean derivados producto de una separación o de la muerte de alguno.

⁵¹ MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA y WEINSTEIN, GRACIELA. s/f. op. cit., p. 196.

⁵² Como el acuerdo de unión civil en Chile o el Pacto de Solidaridad en Francia.

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS UNIONES DE HECHO

A. El concubinato como hecho ilícito

Entender el concubinato como hecho ilícito implica, principalmente, relacionarlo como contrario a las buenas costumbres. Podemos sostener que esta postura se remonta al derecho canónico, posterior a la dictación del Concilio de Trento, cuestión que se verá más adelante.

“Sus principales expositores fueron Planiol y Ripert, quienes postulaban la ilicitud del concubinato por ser contraria a la moral y buenas costumbres. Fundamentaban su posición, afirmando que, en materia civil lo inmoral se confunde con lo ilícito, toda vez que una conducta contraria a las “buenas costumbres” es capaz de generar sanciones civiles.”⁵³

Si aplicásemos lo anterior a nuestro derecho, en ningún caso las uniones de hecho podrían producir efectos jurídicos ya que, en tal caso, y al ser este un acto contrario a las buenas costumbres, sería sancionado con nulidad absoluta, cuestión que está lejos de ocurrir.

Es por lo anterior que hablar del concubinato como hecho ilícito sólo tiene relevancia histórica pues, como se ha establecido, en nuestros días éste ya no constituye un hecho ilícito y así lo han demostrado los múltiples fallos que han regulado esta materia, los que incluso le han dado solución aplicando figuras del derecho común, tales como, cuasicontrato de comunidad, sociedad de hecho, prestación de servicios remunerados y reparación de enriquecimiento sin causa, dichas soluciones jurisprudenciales serán analizadas en el último capítulo.

B. Concubinato como contrato

Al considerar el concubinato como un contrato se establece que éste genera efectos jurídicos sin que exista un vínculo matrimonial. En este sentido la doctrina y jurisprudencia han entendido que con la unión de hecho se genera un contrato innominado por la prestación de

⁵³ PLANIOL y RIPERT. 1939. Tratado práctico de derecho civil Francés, La Habana, Editorial Cultural S.A. Citado por BAEZ AGUIRRE, DANIELA y SEPÚLVEDA, CLAUDIA. 2004. El tratamiento jurídico de las uniones de hecho. Memoria para optar al Gran de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P. 23.

servicios que uno de los concubinos ha hecho al otro y, en razón de ello, nace la obligación de indemnizar.

En mi apreciación, no se podría hablar de que el concubinato constituya un contrato, primero porque los actos que regulan el derecho de familia son solemnes y de derecho estricto; además, los contratos per se generan derechos y obligaciones y, tal como señala la sentencia del 25 de julio de 1989, el concubinato por sí solo no produce efectos patrimoniales⁵⁴; pero principalmente lo sostengo por la forma de su disolución, ya que según el artículo 1545 del Código Civil, los contratos sólo pueden ser invalidados por el consentimiento mutuo o por causas legales. No obstante, para algunos puede existir discrepancia respecto a mi apreciación, pues el contrato de acuerdo de unión civil sí puede ser invalidado por la voluntad de solo un contrayente, es por tanto que aunque la nomenclatura de la ley le otorgue la naturaleza jurídica de contrato pienso que tal situación es discutible.⁵⁵

Para finalizar, y como cita René Ramos Pazos, este contrato innominado que podría existir sería, en realidad, un cuasicontrato innominado, señalando así: “Si la mujer no ha podido obtener la declaración judicial de una comunidad, los tribunales han admitido sus demandas de que se le remunere por los servicios personales prestados a la otra parte. Se ha sostenido que tal situación configura “un verdadero contrato innominado, cuya existencia deriva del hecho voluntario de haberse aceptado por parte del concubino la prestación ininterrumpida de los servicios de la mujer y, como consecuencia de ello, nace la obligación de remunerar tales servicios. Como el hecho es lícito y no convencional, constituye un cuasicontrato”.

C. Concubinato como cuasicontrato

En este apartado no se merecen mayores argumentos y sólo quiero volver a señalar lo dicho anteriormente en el sentido de que el concubinato, al ser un hecho lícito y no convencional, estaría situado en la esfera de los cuasicontratos. Esta teoría ha sido recogida en la jurisprudencia la cual resolvió en un antiguo fallo de 18 de agosto de 1920, “si una mujer vive maritalmente con un hombre y aquélla demanda a éste para que le pague sus servicios por la atención de él,

⁵⁴ MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA y WEINSTEIN, GRACIELA. s/f. op. cit., p. 217.

⁵⁵ No me enfocaré más en este punto, ya que, aunque la discusión sobre la realidad jurídica de los acuerdos de unión civil puede ser de interés escapa al análisis de la presente investigación.

de los hijos y del hogar común, ha existido en realidad un cuasicontrato innominado en derecho, cuya existencia se deriva del hecho voluntario de haberse aceptado y consentido por el demandado la sucesión durante años de los servicios personales de la demandante y ese hecho es por su naturaleza lícito”⁵⁶

Esto, a diferencia de lo que ocurre con el concubinato como contrato, no estaría en discrepancia con nuestra legislación, pues el artículo 2285 del Código Civil establece que hay tres principales cuasicontratos. Con la utilización del vocablo *principalmente* es posible subsumir al concubinato como un cuasicontrato.

D. Concubinato como hecho simple

Esta doctrina ha sido la imperante en nuestra jurisprudencia, toda vez que entiende que el concubinato per se no genera efectos jurídicos. Esto explica que los bienes y las deudas ingresan al patrimonio del conviviente que los haya adquirido.

Por tanto, en lo que respecta a terceros, sólo quedaría obligado en conviviente que celebró el acto o contrato aun cuando éste haya sido en beneficio de ambos.

El hecho de que el concubinato sea considerado como hecho simple implica que para la resolución de los conflictos que por él se susciten la jurisprudencia deba recurrir a figuras del derecho común.

E. Concubinato como hecho jurídico

Con esta doctrina se señala que de él derivan o pueden derivar importantes consecuencias jurídicas. Constituye un hecho jurídico lícito al no ser contrario a la ley.⁵⁷

Si bien nuestra legislación no reconoce expresamente esta postura ha ido estableciendo leyes que dotan de realidad jurídica a esta institución. Así podríamos señalar el artículo 210 del

⁵⁶ Gaceta de los tribunales año 1920, 2º semestre, pp. 56, citado por RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p. 670.

⁵⁷ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p. 655.

Código Civil⁵⁸, el artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar⁵⁹, los artículos 177⁶⁰ y 302⁶¹ del Código Procesal Penal, entre otros. Además, podemos mencionar el actual proyecto que viene a incorporar a la Ley 20.830⁶² el reconocimiento a las uniones o convivencias legales de hecho.

Esta posición también es posible encontrarla en legislaciones como la uruguaya⁶³, boliviana⁶⁴, peruana⁶⁵, por mencionar algunas.

A esta postura es a la que adherimos por cuanto es importante dar a las uniones de hecho un tratamiento legislativo propio, pues con el avanzar de los tiempos esta unión extramatrimonial se ha convertido en una situación que es capaz de producir importantes efectos jurídicos, tanto en los ámbitos de repartición de bienes, sucesorios, compensatorios, entre otros.

BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

El concubinato como situación fáctica ha existido a lo largo de toda la historia. En el Código de Hammurabi ya se hablaba de la concubina, otorgándole derecho según si existían hijos o no. Autores señalan que probablemente existía en todos los derechos vigentes en la

⁵⁸ 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.

Si el supuesto padre probare que la madre cohabitó con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquél.

⁵⁹ Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar 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 recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente. (...)

⁶⁰ Incumplimiento de la obligación de denunciar. Las personas indicadas en el artículo 175 que omitieren hacer la denuncia que en él se prescribe incurrirán en la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal, o en la señalada en disposiciones especiales, en lo que correspondiere.

La pena por el delito en cuestión no será aplicable cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos.

⁶¹ Facultad de no declarar por motivos personales. No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado (...)

⁶² Ver cita número 9.

⁶³ Ley 18.246, véase https://oig.cepal.org/sites/default/files/uruguay_ley_18.246_2008.pdf

⁶⁴ Código de Familia de Bolivia artículos 158 y ss. Véase http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Familia_Bolivia.pdf

⁶⁵ Artículo 326 Código Civil peruano, véase <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>

península ibérica antes de la conquista romana. Por su parte, entre los atenienses se le daba un rango inferior al matrimonio.⁶⁶ En el derecho romano esta situación se encontraba reconocida y regularizada. En el derecho canónico fue aceptado en un primer momento para posteriormente ser sancionado. Por último, el Código Napoleón se abstuvo completamente de su regulación, esto es importante, pues en palabras de Bossert “esta actitud legislativa ha sido de gran importancia para la adopción de la línea “abstencionista” asumida, en esta materia, por la mayor parte de las legislaciones occidentales”⁶⁷, línea que se analizará más adelante.

A. Derecho romano

En el derecho romano se entiende por concubinato como la unión estable de un hombre y una mujer sin *affectio maritalis* o que teniéndola, carecen de *conubium* (capacidad jurídica para contraer matrimonio)⁶⁸. Así las cosas, se distinguía del matrimonio, por la *affectus maritalis*⁶⁹; y de las uniones extramatrimoniales, por la calidad de las personas que participaban en ésta.

El emperador Octavio Augusto fue quien empezó a regular el concubinato, con el objeto de dotar de realidad jurídica una situación recurrente en la sociedad. El emperador reguló la figura con las leyes *Iulia de Maritandis*, *Papia Poppece*, y luego con la ley *Iulia de Adulteris*. En el año 9 d.C.⁷⁰. El concubinato adquiere, entonces, la condición de estado legal; por lo anterior éste establecía ciertos requisitos, a saber: debía ser conformado por personas púberes sin vínculo de parentesco afín o consanguíneo, el concubino debía ser soltero. En el caso de que las personas fueran parientes no se configuraba un concubinato, sino que trataba de *incestum*. Asimismo, si la unión era entre personas casadas o se había ejercido sobre la persona honesta

⁶⁶ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p. 648.

⁶⁷ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 17.

⁶⁸ PANERO, R. 2008. Derecho Romano, Valencia, p. 311, citado por PANERO, PATRICIA. 2010. El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho. Revista Internacional de Derecho Romano. p. 96

⁶⁹ Es menester hacer presente que el matrimonio en Roma no procedía de alguna formalidad, sino de la cohabitación singular y notoria (cuestión idéntica al concubinato), por tanto, este afecto era sumamente importante y a la vez imprescindible para su diferenciación. No obstante, como lo señala Ortolán, habían casos en que era clara la conformación de un concubinato como cuando se trataba de una mujer domiciliada en la provincia.

⁷⁰ Por dichas leyes el concubinato se eximió de penalidad, lo que no ocurrió con las relaciones extramatrimoniales, como el *stuprum*, *incestum* y *adulterium*.

violencia o corrupción se trataba de *adulterium* o *stuprum*, respetivamente, figuras no amparadas por el derecho.⁷¹

La singularidad constituía otro de los requisitos, además, no era posible tomar como concubinas a mujeres honestas, sino sólo a aquellas de bajo rango como actrices, mujeres manumitidas o libertas, prostitutas, mujeres sorprendidas en adulterio; por su parte, en las provincias el gobernador enviado por Roma sólo podía tomar a una mujer del lugar como concubina y no como esposa.⁷² Asimismo, para que se configurara el concubinato no se requería solemnidad alguna, éste sucedía después de una cohabitación singular y notoria.

En cuanto a los hijos nacidos dentro del concubinato, en un primer momento, se entendió que eran cognados de la madre y de sus parientes maternos, pero carecían de la autoridad paterna y nacían *sui juris*. Fue con Constantino cuando aparece un lazo de natural entre el hijo nacido dentro del concubinato y el padre, designándolos *liberi naturales*⁷³ y el padre podía legitimarlos. Posteriormente, se concedió la legitimación de estos hijos si los padres, luego de tenerlos, contraían matrimonio.

No obstante, con el emperador Justiniano se regula de forma legal la calidad de hijo natural. “Además en el corpus iuris se establece la obligación alimentaria en favor de los hijos naturales y se confieren a éstos ciertos derechos hereditarios para participar en la sucesión del padre.”⁷⁴

Como dato adicional, es importante señalar que en el ámbito de filiación los hijos nacidos en concubinato eran considerados naturales, mientras que los nacidos en uniones extramatrimoniales eran *spuri*⁷⁵.

⁷¹ BOSSERT, GUSTAVO.1992, op. cit., p. 17.

⁷² Ídem.

⁷³CHIRINO CASTILLO, JOEL. 2017. Concubinato y Matrimonio [En línea] México < <https://docplayer.es/87835350-Concubinato-y-matrimonio.html>> [consulta, 1 de marzo de 2021], p. 40

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ No podían ser reconocidos al no tener jurídicamente padre.

B. Derecho canónico

En el derecho canónico siempre fue contemplado el concubinato, distinguiéndose de dos maneras diametralmente opuestas de abordarlo, marcadas por el Concilio de Trento de 1563.

En un primer momento el derecho canónico, al igual que el romano, entendió que era una realidad social y por ello trató de regularlo, con el fin de que produjera efectos, asegurar la monogamia y la estabilidad de la pareja. Así, alrededor del año 400 el Concilio de Toledo admite la unión entre un hombre y su concubina, con la condición de que esta unión fuera perpetua y que el hombre no fuera casado. Además, es importante recalcar que San Agustín permitió el bautizo de la concubina si ella se comprometía a no abandonar el concubinato.⁷⁶

Posteriormente, a raíz del Concilio de Trento se dictaron muchas medidas para fortalecer el poder de la Iglesia Católica. El Concilio prohibió el matrimonio “presunto” y estableció la obligación de contraer matrimonio cumpliendo una serie de formalidades. En consecuencia, el concubinato fue proscrito dictándose penas severas contra los concubinos que, advertidos tres veces, no cesaran su relación imponiéndoseles la excomunión y la calificación de herejía. Inclusive, en el siglo XVI se autorizó el uso de la fuerza pública para romper estas uniones.⁷⁷

Esta prohibición proveniente del derecho canónico toma gran importancia respecto a su regulación legal, principalmente en Castilla, donde en las Partidas se establece una regulación referente a la barraganía y aplicaciones legales rigurosas que prohibían las uniones extramatrimoniales, como señala Ángel Luis Molina “Las relaciones extraconyugales fueron frecuentes y admitidas en la sociedad medieval cuando las mismas no implicaban un delito contra el honor del marido o la familia. Es decir, *cuando las relaciones de concubinato se llevan a cabo discretamente* y, sobre todo, cuando se trata de personas libres -solteras-, entonces la sociedad adopta una actitud tolerante que refleja una mentalidad religiosa abierta.”⁷⁸

⁷⁶ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op., cit., p. 15.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ MOLINA MOLINA, ÁNGEL LUIS. 1993. Aspectos de la vida cotidiana en Las Partidas, Revista de historia del derecho Europeo, Universidad de Murcia. P. 179.

C. Derecho Francés

Inicialmente el derecho francés, influenciado por el derecho canónico, rechaza las uniones concubinarias. Es así como en el año 1604 el Código Michaud invalidaba toda donación entre concubinos y por diversas medidas legislativas se negó toda trascendencia a la unión concubinaria⁷⁹

Posteriormente, el Código de Napoleón hizo un completo silencio respecto al concubinato, es decir, siguió una postura abstencionista y como consecuencia no reguló ningún tipo de conflicto de intereses que pudiese suscitarse entre los concubinos, señalando que, si éstos ignoraban el derecho al mantenerse deliberadamente fuera del matrimonio, el derecho por su parte debe también ignorarlos⁸⁰

Así, en Francia la jurisprudencia jugó un papel trascendental, pues en el siglo XIX tuvo que realizar una compleja elaboración para resolver los conflictos que el concubinato ocasionaba. Luego, producto de la Primera Guerra Mundial se sancionaron numerosas leyes que intentaron solucionar los múltiples problemas que existían entre los soldados y sus concubinas; no obstante, la jurisprudencia continuó realizando una valiosa labor.⁸¹

Esta no regulación es de gran importancia pues, como verá en el siguiente apartado, dicho código tuvo gran influencia en los ordenamientos jurídicos de la gran mayoría de las legislaciones occidentales, incluyendo la nuestra, las que se abstuvieron de regular los conflictos provenientes de las uniones de hecho.

REGULACIONES LEGISLATIVAS DE LAS UNIONES DE HECHO⁸²

⁷⁹ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 16.

⁸⁰ TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. 2005. Código Civil 1855-2005, Evolución y perspectivas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.112. Citado por Bustos Díaz, María Magdalena, op. cit., p.25.

⁸¹ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p.17.

⁸² Las distintas posturas que pueden adoptar las legislaciones frente a la relación concubinaria han sido extraídas de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile de Daniela Baez Aguirre y Claudia Contreras Sepúlveda, 2004, PP. 33-39; complementada con el Libro Derecho de Familia, tomo II, de René Ramos Pazos, Editorial Jurídica de Chile, 2010. Pp. 653-655.

El concubinato constituye una realidad hasta nuestros días y es por ello que las legislaciones, a lo largo de su historia, han establecido distintas reglamentaciones en la materia: algunas lo han reprochado, otorgándole adversos efectos jurídicos; múltiples ordenamientos se han abstenido de regularlo; mientras que la tendencia actual es la de promover su regulación, ya sea otorgándole los efectos propios del matrimonio, o bien, estableciendo efectos especiales, reconociéndolo así como un hecho jurídico.

A. Posición abstencionista

Esta posición tiene como fuente el Código de Napoleón, el cual ignoró por completo las uniones de hecho, absteniéndose de regular cualquier efecto que éste pudiese producir.⁸³ La posición abstencionista carece de una regulación con respecto a las uniones de hecho, es decir, no las sanciona como tampoco las protege. Antiguamente varias legislaciones optaban por esta posición, así podemos mencionar Argentina, Uruguay, España, entre otras, las cuales fueron cambiando en los años y regulando, finalmente, la unión de hecho.

Nuestro país opta por esta posición aun cuando han existido proyectos que intentaron legislar sobre esta materia.

La posición abstencionista descansa en que los convivientes decidieron no estar vinculados, prescindiendo así del vínculo matrimonial, como lo explica el profesor René Ramos Pazos: “La sustentación ideológica de esta posición descansa en la idea de que no parece razonable apartarse de lo que los propios interesados quieren. En seguida, que de regularse, se generaría un tratamiento equivalente al del matrimonio, lo que no parece adecuado, pues en el matrimonio los cónyuges asumen los compromisos jurídicos y morales que implican las nupcias, en tanto que en las uniones de hecho las partes voluntariamente se abstienen de adquirir esa responsabilidad. Se agrega que la regulación puede contribuir a aumentar este tipo de relaciones. Finalmente, se argumenta que, por muy duradera y estable que resulte la unión, no deja por ello de ser una situación de hecho.”⁸⁴

⁸³ TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. 2005. Código Civil 1855-2005, Evolución y perspectivas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.112., citado por BUSTOS DÍAZ, MARÍA MAGDALENA, op. cit., p.25.

⁸⁴ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p. 653.

Se puede sostener que esta postura, de algún modo combate el concubinato al negarle toda trascendencia jurídica. Sin embargo, esta posición difiere de la sancionadora en cuanto si bien no le otorga efectos jurídicos a las uniones de hecho, tampoco les son desfavorables. Así, al no estar regulado podemos encontrar su sustento en la premisa de que en el derecho privado está permitido todo lo que la ley no prohíba.

Por lo demás no podemos sostener que en ningún caso la unión de hecho no generará efectos jurídicos, toda vez que en caso de discrepancias se puede recurrir a la justicia y ésta se encuentra obligada a fallar produciendo por tanto efectos relativos entre las partes inmiscuidas.

B. Posición sancionadora

Esta posición no sólo no reconoce las uniones de hecho, sino que la sanciona, principalmente mediante la creación de cargas especiales para los convivientes. Descansa en fundamentos morales y tiene por finalidad fomentar el matrimonio entre las personas.

Podemos encontrar esta posición en el derecho canónico, pues como ya se mencionó, luego del Concilio de Trento derivaron fuertes represalias para quienes mantenían un vínculo extramarital, llegando incluso al auxilio de la fuerza pública para hacer cesar la unión.

En el derecho indiano también se pueden apreciar normativas relativas a prohibir el concubinato, pues con la llegada de los españoles no sólo se instala el monoteísmo, sino el matrimonio como única forma para constituir una familia. Un ejemplo de tal conminación es la Cédula Real de 1539, por la cual se ordenó a los españoles que tuvieran indios bajo su autoridad en las encomiendas, que los obligaran a casarse para garantizar el aumento poblacional y lograr la ocupación de las extensas tierras de América.⁸⁵

Los ordenamientos que proscriben y sancionan el concubinato han sido derribados con el pasar de los años y, actualmente, encontramos en crecimiento las posiciones reguladoras respecto a la materia en la medida que se ha entendido la unión de hecho como una realidad social y de necesaria protección jurídica.

⁸⁵ GARCÉS, HUGO. 2017. Perspectiva histórica del concubinato en Colombia, Revista de Derecho, escuela de postgrado Universidad de Chile, N°9, p. 99.

C. Posición reguladora

Esta postura ha ido en auge en los últimos años, al ser numerosos, los ordenamientos jurídicos que han optado por reconocer y regular los efectos jurídicos de los concubinatos o uniones de hecho. Es posible distinguir legislaciones que les otorgan los mismos o similares efectos que a el matrimonio, mientras que otras les reconocen efectos propios. Se las ha denominado, posición equiparadora y posición proteccionista, respectivamente.

1. Posición equiparadora

Esta posición no sólo reconoce el concubinato, sino que le otorga los mismos efectos que al matrimonio mientras se cumplan ciertos requisitos. Podemos encontrar esta postura en el Código de Familia boliviano (artículos 158 - 172) el cual señala que la unión conyugal libre o unión de hecho produce efectos similares al matrimonio⁸⁶, también en el Código de Familia cubano⁸⁷ y en el Código Civil de Guatemala⁸⁸, por mencionar algunos.

La legislación panameña es una gran expositora de esta posición, pues en el artículo 53 del Código de Familia señala que: la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil. Es así que si la unión de hecho cumple con los requisitos mencionados se mirará como un verdadero matrimonio.

Los que sostienen esta postura argumentan que su regulación responde a una necesidad social, sin importar las causas por las que se configuró la unión de hecho. Como señala Carolina Mesa Marrero: “La razón fundamental de que exista una regulación legislativa de la unión de hecho en gran parte de los países hispanoamericanos se debe sobre todo a que las condiciones

⁸⁶ Artículo 159 Código de Familia Boliviano: REGLA GENERAL. Las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compatible con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación.

⁸⁷ Artículo 18 Código de Familia Cubano: La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente.

⁸⁸ Artículo 184 Código Civil de Guatemala: El varón y la mujer cuya unión de hecho conste en la forma legal, se heredan recíprocamente ab-intestado en los mismos casos que para los cónyuges determina este Código. Las disposiciones de este Código relativas a los deberes y derechos que nacen del matrimonio y al régimen económico de éste, tienen validez para las uniones de hecho, en lo que fueren aplicables.

sociales y económicas en las que vive una gran parte de su población dificulta, en la mayoría de los casos, la celebración del matrimonio. La pobreza, ignorancia y la lejanía de las instituciones civiles son las principales causas por las que en esos países las uniones extramatrimoniales son casi más frecuentes que las matrimoniales. Esta situación social justifica que el legislador intervenga en la reglamentación de las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes, proporcionando una adecuada protección legal a estos grupos familiares.”⁸⁹

Siguiendo esta línea argumentativa, lo que haría el legislador es asumir que existe una voluntad tácita de los convivientes quienes buscan contraer matrimonio (al configurar su unión con condiciones propias de tal institución), pero por razones de diversa índole se encuentran impedidos de hacerlo, es así que esta postura entiende que las parejas no rechazan los efectos jurídicos que protege la mentada institución.

Esta postura ha sido criticada desde varios puntos de vista:

- Rebase los límites de la libertad individual. Los convivientes que integran una relación de hecho por voluntad propia se apartan del matrimonio, sea cual sea su fundamento. Es así que al otorgarle a esta situación los mismos efectos jurídicos que los del matrimonio, se les estaría imponiendo a los concubinos derechos y obligaciones de los cuales ellos, libremente, querían escapar.
- Matrimonios de segunda clase. Bajo esta premisa se entiende que al dotar de los mismos efectos jurídicos de una unión conyugal a las uniones de hecho se formarían matrimonios que no cumplieron con los requisitos legales para ser establecidos como tales, en este sentido se vulneraría toda disciplina matrimonial al tornarla innecesaria⁹⁰

Al respecto se puede concluir, de la misma manera que señala Carolina Mesa, que “No se trata de establecer una equiparación absoluta entre la unión de hecho y el matrimonio, ni de crear un matrimonio de segunda clase, fundamentalmente porque estamos ante dos situaciones que, si bien comparten elementos comunes, son esencialmente distintas, pues el matrimonio constituye un estado de la persona del que derivan una serie de derechos y deberes propios de

⁸⁹ MESA MARRERO, CAROLINA. 1997. op. cit., p. 74.

⁹⁰ FERRER, FRANCISCO. 1998. citado por BAEZ AGUIRRE, DANIELA y SEPÚLVEDA, CLAUDIA, op. cit., p. 37.

esta institución, por lo que no cabe la aplicación global de la normativa del matrimonio a la unión de hecho. “⁹¹

Sin perjuicio de las anteriores críticas, si bien la equiparación no es, en nuestra opinión, la mejor solución, es a todas luces mejor que la posición abstencionista, pues dota de realidad jurídica a una situación fáctica cada vez más recurrente en nuestra sociedad; el desconocer esta realidad sólo conlleva a innumerables problemas de discriminación e injusticias.

2. *Posición proteccionista.*

Esta segunda posición supone otorgar un efecto propio a las uniones de hecho y así las parejas que opten por dicha normativa quedarán sujetas a sus leyes. A diferencia de la postura equiparadora, el legislador en estos casos dota de un régimen específico a los concubinos con el fin de solucionar problemas concretos.

Han adherido a esta posición algunas comunidades de España, en la que podemos mencionar el Código Civil de Cataluña⁹², la cual regula vastamente la unión de hecho otorgándole efectos propios, distintos a los del matrimonio. La legislación peruana ⁹³ por su parte señala en que el caso de una unión de hecho la comunidad de los bienes queda sujeta al régimen de sociedad de gananciales. Finalmente, podemos mencionar la legislación francesa que, aunque ha establecido una regulación respecto a la materia, es muy escasa y se refiere sólo a ámbitos de filiación, contratos de alquiler, contratos de seguridad social y al derecho que tienen los concubinos heterosexuales a optar por técnicas de reproducción asistida.⁹⁴

A esta postura es a la que adhiero, pues primero, y más importante, se reconoce, regula y protegen las uniones de hecho; luego, al otorgarle efectos propios al concubinato no se vulnera el principio de libertad ni autonomía de la voluntad, toda vez que los concubinos, de forma libre, pueden escoger si se sitúan bajo el régimen del matrimonio, con todos los derechos y

⁹¹ MESA MARRERO, CAROLINA. 1997. op. cit., p. 78.

⁹² Véase texto completo <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>

⁹³ Artículo 5 Constitución de la República del Perú: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable

⁹⁴ BORRILLO, DANIEL. 2014. Uniones libres, convencionales y conyugales en el derecho francés. Revista de derecho privado y comunitario: 523-545. P. 527.

obligaciones que este conlleva o, por el contrario, si su voluntad descansa en la base sólo de convivir, pueden ser protegidos por las normas propias de las unión de hecho.

Con esta postura, entonces, no se establece una discriminación arbitraria entre las distintas familias. El régimen diferenciado descansa en que la situación típica que forma la unión es distinta, y por ello es menester que los efectos que producen ambas uniones sean distintos.

CAPÍTULO SEGUNDO:

ALGUNOS PROBLEMAS QUE ORIGINAN LAS UNIONES DE HECHO

CUESTIONES PRELIMINARES

Como se pudo apreciar en el capítulo anterior, las uniones de hecho presentan innumerables problemas en tanto no se encuentre establecida su regulación, esto debido a que ciertas legislaciones, como la nuestra, han optado por la postura abstencionista.

Distinto es el caso de los ordenamientos jurídicos que han promovido su regulación. En algunos casos, se le ha otorgado efectos específicos por el solo ministerio de la ley sin posibilidad de pacto en contrario, mientras que, en otras, se contempla la existencia de pactos con el fin de que los concubinos puedan, de manera voluntaria, regular las relaciones que se establecerán en la unión.

Es por lo anterior que, para delimitar los problemas que se generan respecto al concubinato, se debe distinguir: a) si existen presunciones en la regulación de la materia; b) si era procedente el establecimiento de pactos y estos se establecieron; o bien, c) si los pactos fueron insuficientes para la regulación o la postura adoptada por el legislador, en su no regulación, responde a la abstencionista.

PROBLEMA EN CUANTO A LOS BIENES ADQUIRIDOS DENTRO DEL CONCUBINATO.

A. Modelos de regulación

Para hablar de los modelos de regulación, además de centrarnos en la doctrina, podemos observar la manera en la cual esta materia ha sido tratada en otros países toda vez que, como ya sabemos, hay legislaciones que se refieren, de manera más o menos exhaustiva, estas uniones.

Es así, que, en ciertas legislaciones, como la boliviana, la peruana y la paraguaya, se establecen presunciones de los bienes adquiridos mediante la unión. Otros ordenamientos han establecido un régimen de regulación para los bienes adquiridos en la relación, siendo éste un elemento de la naturaleza de la unión al poder sustituirse por pacto en contrario; mientras otros elevan los pactos a elementos esenciales, por lo que sin estos no se puede reglamentar la unión de hecho, como es el caso de Cataluña.

1. Presunciones de un determinado régimen

En distintos países encontramos que existe una presunción respecto al régimen que se formará en el concubinato, el que se entiende constituido de pleno derecho. En este apartado quiero destacar a Bolivia, Perú y Paraguay. Dentro de estas legislaciones no existe el problema de determinar qué pasará con los bienes adquiridos dentro de la convivencia, toda vez que, como se dijo, el régimen está entregado por ley.

- Presunción legal el Bolivia: bienes comunes.

Artículo 158 Código de Familia Boliviano: “Son bienes comunes de los convivientes y se dividen por igual entre ellos o sus herederos cuando la unión termina, los ganados por el trabajo personal o el esfuerzo común y los frutos que los mismos producen, así como los bienes adquiridos por permuta con otro bien común o por compra con fondos comunes y los productos del azar o la fortuna.”

En dicho país, el matrimonio constituye entre los cónyuges una comunidad de gananciales⁹⁵. Dicha comunidad de gananciales está establecida por ley y no puede modificarse ni renunciarse por convenio entre los cónyuges, bajo pena de nulidad⁹⁶.

La separación de bienes, como lo dispone el artículo 124 del Código de Familia Boliviano, sólo puede ser judicial y tiene causales taxativas. Estas son: la declaración de

⁹⁵ Artículo 101 Código de Familia boliviano: (inciso primero) CONSTITUCION DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES. El matrimonio constituye entre los cónyuges, desde el momento de su celebración, una comunidad de gananciales que hace partibles por igual, a tiempo de disolverse, las ganancias o beneficios obtenidos durante su vigencia, salvo separación judicial de bienes en los casos expresamente permitidos.

⁹⁶ Artículo 102 Código de Familia boliviano: REGULACION DE LA COMUNIDAD Y PROHIBICION DE SU RENUNCIA O MODIFICACION La comunidad de gananciales se regula por la ley, no pudiendo renunciarse ni modificarse por convenios particulares, bajo pena de nulidad.

interdicción o la ausencia de uno de los cónyuges y cuando peligran los intereses de uno de los cónyuges por los malos manejos o la responsabilidad civil en que pudiera incurrir el otro⁹⁷.

- Presunción legal de Perú: participación en los gananciales.

Artículo 326 inciso primero Código Civil de Perú: “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.”

Los artículos 295 y 296 del Código Civil peruano, señalan que en lo que respecta al matrimonio los cónyuges tienen la libertad, ya sea antes o durante el matrimonio, de elegir entre el régimen de sociedad de gananciales y de separación de bienes.

- Presunción legal de Paraguay: Sociedad de hecho.

Artículo 220 Código Civil de Paraguay: “La unión concubinaria, cualquiera sea el tiempo de su duración, podrá dar lugar a la existencia de una sociedad de hecho, siempre que concurren los requisitos previstos por este Código para la existencia de esta clase de sociedad. Salvo prueba contraria, se presumirá que existe sociedad toda vez que las relaciones concubinarias hayan durado más de cinco años.”

El artículo 189 del Código Civil de Paraguay da a los cónyuges posibilidad de elegir el régimen matrimonial, a falta de acuerdo en contrario se sujetarán a la comunidad de bienes. La reforma parcial del Código Civil 1/92 de 1992, establece que los regímenes patrimoniales son: la comunidad de gananciales bajo administración conjunta, el régimen de participación diferida y el régimen de separación de bienes.⁹⁸

Estos tres países si bien solucionan el conflicto que podría originarse con respecto a los bienes adquiridos dentro de la unión presentan un gran problema, toda vez que se limita por

⁹⁷ Artículo 124 Código de Familia boliviano: CASOS EN QUE PROCEDE LA SEPARACION JUDICIAL DE BIENES Uno de los cónyuges puede pedir la separación judicial de bienes cuando se declara la interdicción o la ausencia del otro y cuando peligran sus intereses por los malos manejos o la responsabilidad civil en que pudiera incurrir este último.

La separación extrajudicial es nula.

⁹⁸ Ver ley íntegra en: <https://www.pj.gov.py/images/contenido/secretariadegenero/marcolegal/LEY-1-1992.pdf>

completo la voluntad de los concubinos para regular sus propios intereses. A excepción de Bolivia, país que sigue la posición equiparadora, Perú y Paraguay establecen una clara discriminación entre los concubinos y los cónyuges, puesto que a los primeros no se les permite sustituir su régimen patrimonial como a los segundos.

En este sentido cabe tener presente que el hecho de que las parejas opten por establecer una unión concubinaria implica un acto de mayor “libertad” que el hecho de contraer matrimonio, puesto que en el primer caso el único fin es convivir con la otra persona y no contraer todas las obligaciones que derivan del vínculo matrimonial, así no parece lógico que a los concubinos se les prohíba pactar el régimen patrimonial que les parezca conveniente.

2. Regulación de los bienes mediante pactos

El artículo 182 número 2 del Código Civil de Guatemala acepta que los convivientes pacten el régimen de separación de bienes, señalando: “La unión de hecho inscrita en el Registro Civil, produce los efectos siguientes: 2o.- Si no hubiere escritura de separación de bienes, los adquiridos durante la unión de hecho se reputan bienes de ambos, salvo prueba en contrario que demuestre que el bien fue adquirido por uno solo de ellos, a título gratuito, o con el valor o por permuta de otro bien de su exclusiva propiedad; (...)”

Por su parte, la Ley N° 18.246 del Uruguay señala en su artículo 5° inciso segundo “El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria.”

La legislación argentina en su artículo 518 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia.

A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella.”

El Código Civil de Cataluña va aún más lejos en la aplicación de estos pactos, señalando que las relaciones se regularán exclusivamente por los pactos de los convivientes: “Artículo 234-3. Régimen durante la convivencia. 1. Las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia. (...)”

Vemos como estos países les permiten a los concubinos regular su régimen patrimonial, en el primer caso la libertad es limitada, ya que sólo se les permite optar por el régimen de separación de bienes; por otra parte, en la legislación uruguaya y argentina se les permite establecer el régimen patrimonial que los concubinos, de común acuerdo escojan y; por último, la legislación de Cataluña declara que es un requisito indispensable el pacto entre los convivientes.

Personalmente adhiero a la postura argentina, toda vez que, a los concubinos, en son del principio de la autonomía de la voluntad, se les debe reconocer el derecho de regular el régimen patrimonial que les plazca, mientras estos no sean contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afecten los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial⁹⁹ y así a falta de estipulación se les mira como separados de bienes. Asimismo, sostengo que no se debería limitar a los regímenes establecidos para el matrimonio, puesto que estos corresponden a resabios de dicha institución y los concubinos, libre y voluntariamente, han decidido escapar de él.

2.1. Convenios o pactos expresos.

Los pactos, también denominados por algunos: *capitulaciones concubinarias*, son aquellas convenciones hechas por los convivientes que determinan cómo se regularán los conflictos que se susciten una vez disuelta la unión en un ámbito económico. Regularán, entonces, el régimen patrimonial aplicable respecto a los bienes y deudas adquiridas, y en general, todos y cada uno de los efectos y obligaciones patrimoniales que asuman al término de la unión. Sólo en el caso de que no existan pactos o que, existiendo, estos sean insuficientes para

⁹⁹ Dichos límites se encuentran plasmados en el mismo código argentino en el artículo 515.

regular todos los efectos patrimoniales originados por la disolución, se deberá recurrir a formas alternativas de solución.¹⁰⁰

Históricamente, en España estos pactos fueron sancionados con nulidad al decir que carecían de causa lícita, pues los tribunales españoles consideraban las uniones extramatrimoniales como situaciones contrarias a la moral, al orden público y a las buenas costumbres; se estimaba que los contratos celebrados entre convivientes de hecho eran ilícitos, especialmente cuando con dichos convenios se intentara iniciar, mantener, restablecer o remunerar dichas relaciones. Fue así que cualquier acto que se celebrase con motivo de estas relaciones era declarado inadmisibles por ser su causa inmoral y, por consiguiente, contraria al ordenamiento jurídico.¹⁰¹

Si bien la licitud de los pactos entre los convivientes fue un tema controvertido tanto en la doctrina y la jurisprudencia, hoy en día no pareciese ser razonable prohibir a los concubinos que regulen el régimen patrimonial aplicable a su unión, sea esta un régimen propio del matrimonio o no¹⁰².

En particular, en nuestro ordenamiento jurídico, consagramos el principio de la autonomía de la voluntad, el cual tiene como límites la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres. Al tener en consideración que las relaciones de hecho ya no pueden entenderse contrarias a estos límites, los pactos derivados de ellos no serían ilícitos, toda vez que es un accesorio y estos siguen la suerte de lo principal.

2.2. Límites a los pactos

En principio debemos tener muy claro que estos pactos, además de no ser contrarios al orden público, a las buenas costumbres, a la moral ni a la ley, deben respetar la igualdad entre las personas que componen la unión, así como tampoco pueden afectar los derechos fundamentales de estos.

¹⁰⁰ VARAS ARAVENA, DAVID. 2013. De la situación patrimonial de las uniones de hecho en el ordenamiento jurídico español, *Revista de Derecho - Escuela de postgrado* (3). 25p.

¹⁰¹ MESA MARRERO, CAROLINA. 1997. op. cit., p. 182.

¹⁰² Recordemos que esta posición no es absoluta, pues como vimos, legislaciones como la boliviana al equiparar la unión de hecho con el matrimonio sanciona con nulidad absoluta cualquier otro régimen pactado por los concubinos.

Es así, y a modo de ejemplo, no se podría establecer un pacto por el cual todo lo que se adquiriera dentro de la unión, comprado con el esfuerzo de ambos convivientes, quede a merced de solo uno de ellos, pues habría una afectación a la igualdad; en el orden sucesorio no se podría establecer como legitimario al conviviente, por ser contrario a la ley y al orden público; asimismo, no se podría pactar una indemnización de índole moral en caso de ruptura, pues en tal caso, se estaría pagando un “valor por la libertad” del conviviente, lo que sería contrario a este derecho fundamental.

Ahora, fuera de lo anterior, se ha establecido que existe un límite a estos pactos, en tanto los convivientes, mediante estos, sólo pueden delimitar los efectos patrimoniales de la unión, no pudiendo, entonces, regular aspectos personales que miren la convivencia de los concubinos. En este sentido la Ley de Canarias del año 2003 señala de modo categórico que: “En ningún caso se inscribirán los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o atenten a la esfera de la intimidad de los convivientes.”¹⁰³

De igual modo, gran parte de la doctrina presenta una opinión muy reticente a admitir los pactos que regulen relaciones personales, se sostiene entonces que estos pactos tendrán validez “(...) siempre que dichos convenios teniendo un contenido estrictamente patrimonial, se mantuviera en el plano de lo lícito.”¹⁰⁴

En concordancia con lo anterior, señala María Asunción de la Barra que, si bien la jurisprudencia ha reconocido la unión de hecho como una realidad social y no ha procedido a su sanción, es claro que dicho reconocimiento viene dado únicamente respecto al ámbito patrimonial por lo que no se puede aventurar a cuál será la respuesta respecto a los efectos personales.¹⁰⁵

Ana María Pérez Vallejos, sostiene una postura contraria al sostener que los pactos sobre materias no patrimoniales serían válidos: “(...) un convenio en que los convivientes asumieran

¹⁰³ Artículo 8, número 3, ley 5/2003

¹⁰⁴ MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA y WEINSTEIN, GRACIELA. s/f. op. cit., p. 217.

¹⁰⁵ DE LA BARRA SUMA DE VILLA, MARÍA ASUNCIÓN. 2010. op. cit., p. 105

libre y responsablemente las recíprocas obligaciones que contienen los artículos 67¹⁰⁶ y 68¹⁰⁷ del Código Civil no podría estimarse ilícito. Y es que, ciertamente no contraviene ninguna ley que expresamente lo prohíba, no puede estimarse ya contrario a la moral, ni tampoco conculca el orden público (...) Tanto es así que el incumplimiento de dichos convenios sobre relaciones personales daría lugar a una suerte de obligación natural, que al momento de la ruptura se torna en obligación jurídica, constituyendo de esta forma causa de la indemnización que voluntariamente prestase uno de los convivientes al otro por incumplimiento del contrato, preferentemente a la disolución de la convivencia.”¹⁰⁸

No adhiero a la opinión de esta última autora, toda vez dichos pactos deben mirar a una esfera netamente patrimonial, pues los efectos personales son propios de la moral, es decir, su cumplimiento o no está delimitado al plano interno de la persona, sin poder ser exigidos por coerción. Por lo demás, los efectos personales son regulados en razón del matrimonio y, como hemos mencionado latamente en el presente trabajo, el vínculo matrimonial no es equiparable con las uniones de hecho. Finalmente, existe una razón de tipo funcional para rechazarlos, puesto que es de la esencia de las uniones extramatrimoniales que no existan requisitos para su disolución más que la mera voluntad de una de las partes, es así que para eludir los acuerdos suscritos mediante pactos sólo es necesario que uno de los convivientes termine la relación; en definitiva la eficacia que podrían tener estos pactos se encontraría limitada a las consecuencias ulteriores de la ruptura.¹⁰⁹

B. Abstención de regulación o voluntades tácitas

El que los convivientes no regulen expresamente los efectos patrimoniales de su relación mediante pactos no significa que no se vayan a producir, pues, en este caso nos encontramos en presencia de acuerdos tácitos. En palabras de un autor: “Frente a la ausencia de pactos expresos

¹⁰⁶ Artículo 67 Código Civil Español: Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

¹⁰⁷ Artículo 68 Código Civil español: Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo

¹⁰⁸ Nota a pie de página VARAS ARAVENA, DAVID. 2013. op. cit., p. 27.

¹⁰⁹ POSADA FERNÁNDEZ, MARÍA TERESA. 2018. Ruptura de la pareja de hecho: La influencia de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos y deberes de los convivientes. Tesis doctoral. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, facultad de derecho. p. 20.

de los convivientes, la doctrina y jurisprudencia recurren a los hechos o circunstancias que permitan deducir las normas a las cuales se han sujetado tácitamente (*facta concludentia*), resolviendo así las pretensiones económicas planteadas por éstos después de la ruptura de la unión de hecho.

Lógicamente, aquel de los convivientes que alegue la aplicación de una normativa en particular, deberá probarla, demostrando la concurrencia y cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la ley para su constitución y validez”¹¹⁰

Así las cosas, los conflictos que se irroguen existiendo ausencia de pactos serán resueltas por los tribunales según las pruebas aportadas por las partes. Dentro de estas soluciones encontramos: a) la constitución de una sociedad de hecho, b) existencia de una comunidad de bienes y, c) la existencia de una relación laboral.

1. Constitución de una sociedad de hecho.

Nuestra legislación establece en el artículo 2053 del Código Civil que “la sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poder algo en común con mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan (...)”, por su parte el artículo 2057 del mismo cuerpo legal hace alusión a la sociedad de hecho, disponiendo que: “Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni 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 (...)”.

De las disposiciones anteriores es dable sostener que la sociedad de hecho puede formarse en caso de que las partes se hayan comportado como si hubieran constituido una sociedad, pero sin cumplir con las solemnidades legales.

En lo que nos atañe al estudio, debemos señalar que, si bien los concubinos tienen la posibilidad de constituir una sociedad, la sola existencia de una relación extramarital no trae como consecuencia, por sí sola, el nacimiento de una sociedad entre los concubinos¹¹¹. Es más, ni siquiera implica que ésta se presuma y para que pueda ser aplicada, el conviviente que lo

¹¹⁰ Ibid. 30p.

¹¹¹ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 63.

reclama debe acreditar todos los requisitos previstos por el legislador para su constitución, estos es, a) que existan aportes, ya sea en dinero o trabajo, b) que los socios participen de las ganancias y de las pérdidas, c) affectio societatis, y d) no debe existir contrato de sociedad.

Sin la concurrencia de todos estos elementos, no puede estimarse que exista una sociedad de hecho entre los concubinos, así lo ha señalado una jurisprudencia argentina: “La posibilidad de constituir una sociedad de hecho, no debe inducir al error de suponer el mero hecho de la existencia de la unión extraconyugal, implica por sí sola la existencia de una sociedad entre los sujetos. En el caso traído a resolución no se ha demostrado, ni probado la existencia de tal sociedad, ya que no se ha probado los aportes de una empresa común, ni la participación en las pérdidas y las ganancias”¹¹²

Es así que todos los requisitos son indispensables para que los tribunales declaren este efecto jurídico al momento de la disolución de la unión de hecho, a continuación de verán de forma muy sucinta cada uno:

- El aporte: puede consistir en dinero, bienes o trabajo personal, siempre que se pueda acreditar que son aportes societarios, esto es, para el giro económico de la sociedad y destinado a producir utilidades.
- Participación de ganancias y contribución a las deudas: es menester que tanto las utilidades como las pérdidas sean soportadas por ambos convivientes. Se debe demostrar, por tanto, la intención de conseguir un lucro común, repartible.
- Affectio societatis: según parte de la doctrina es lo más difícil de probar, pues como en ningún caso se presume, se deben demostrar una serie de circunstancias que hagan vislumbrar este ánimo. Se ha entendido que concurre este elemento cuando los convivientes han participado en la vida empresarial o comercial del otro.
- No debe existir un contrato de sociedad: pues en el caso de que se tuviese no habría cabida para que esto fuese interpretado así por la justicia.

¹¹² Sentencia pronunciada por la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Argentina, 04 de julio de 2002, citado por BAEZ AGUIRRE, DANIELA Y SEPÚLVEDA, CLAUDIA. 2004. op. cit., p. 100.

2. Existencia de una comunidad

Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha señalado que, una vez disuelta una unión de hecho, se formaría una comunidad, lo que se sustentaría en el hecho de que los convivientes tuvieron un proyecto de vida en común, aunque no hayan desarrollado actividades económicas en conjunto.

Para que se constituya este cuasicontrato, es necesario que los convivientes hayan, de alguna manera, manifestado su voluntad en ese sentido pudiendo. Se podría recurrir a hechos positivos que pudiesen manifestar dicho consentimiento, ya sea con aportaciones recíprocas, tanto personales como económicas, con la finalidad de adquirir bienes y de hacerlos comunes.¹¹³

Al igual que en la sociedad de hecho, la existencia de una comunidad tampoco se presume por la relación extramatrimonial, sino que para demostrarla es necesario que existan aportes reales y efectivos a un fondo común. Como se mencionó en el párrafo anterior, no es menester que los aportes sean económicos, sino que pueden ser personales, así lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Talca:

“Resulta acreditado en los términos referidos por la apelante, que la actora contribuyó con trabajo, esfuerzo y sacrificio a la adquisición y conservación de dicho inmueble. De la prueba testimonial rendida por la demandante, reseñada en la decisión de primer grado, aparece que la mujer ayudaba en la parcela, en todo, y, especialmente en trabajos como plantar cebollas, picar porotos, hacer huerta, excavar chacras (...) además de realizar las tareas domésticas, como las de hacer pan, cocinar y lavar para el y sus hijos.

Que, consecuente con lo anterior, resulta probada la existencia de la comunidad habida entre la demandante y el demandado durante el tiempo del concubinato, por lo que ambos tienen igual derecho sobre las cosas que les pertenecen, siendo dable aceptar lo impetrado a través del presente recurso de apelación.”

En el caso de que se establezca un cuasicontrato de comunidad, los bienes adquiridos se dividirán por partes iguales entre los convivientes.

¹¹³ VARAS ARAVENA, DAVID. 2013. op. cit., p. 32.

3. Existencia de una relación laboral

Una de las primeras soluciones dadas por la jurisprudencia chilena para resolver los conflictos que se originaban al momento de la disolución de la unión de hecho es la prestación de servicios remunerados, esto puede entenderse como la existencia de una relación laboral en virtud de la cual uno de los convivientes, por lo general la mujer, ha desempeñado trabajos personales que implican una prestación de servicios al otro.

Es así que, a fin de no desamparar y proteger los intereses del conviviente que ha prestado servicios personales, se ha entendido que lo que existe en un contrato de trabajo, esto es, una relación de subordinación y dependencia y que, por tanto, merece recibir las remuneraciones que en virtud su trabajo le correspondían.

Si bien esta interpretación jurisprudencial ha sido más limitada que las anteriores, podemos recoger un pronunciamiento de la Corte Suprema del año 1904 en el caso “Díaz con Carvajal” que estableció: “(...) que, aún aceptando que la demandante hubiese sido concubina de Díaz Vargas, esto no excluye los servicios positivos de otro género que ella pudo prestarle. Y lo único que se habría probado en este caso es que doña Petronila Carvajal, además de haber servido a Díaz Vargas durante 38 años en cocinar y atender su casa, labrar sus terrenos, ordeñar sus vacas y fabricar quesos y mantequilla, lo habría favorecido también entregándole su cuerpo durante el tiempo indicado, servicio no estimable en dinero y que no hay para qué tomar en cuenta en este pleito”¹¹⁴

Por su parte la jurisprudencia española también ha dado lugar a que existió entre los convivientes un contrato de trabajo, toda vez que en el entendido no hay una vulneración a su legislación¹¹⁵, una sentencia del Tribunal Supremo español del 24 de febrero del año 2000 establece que sí existió relación laboral, ya que la convivencia no puede equipararse al matrimonio, a saber: “La convivencia de hecho o ‘more uxorio’ no encaja dentro del tipo legal contemplado en el artículo 1.3.e) del ET. Es cierto que en el caso de autos hay convivencia entre

¹¹⁴ Sentencia CS 16.12.04, citada por LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2019. Efectos jurídicos de las relaciones de hecho en la legislación chilena, Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana (11): 266-293. 271p.

¹¹⁵ Ley de estatuto de los trabajadores, artículo 1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.(...) 3. Se excluyen del ámbito regulado por esta ley: e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

la actora y el empresario, sin embargo está ausente la condición de familiar. La norma se está refiriendo cuando habla de familia a la nacida del matrimonio; no prevé la convivencia ‘more uxorio.’¹¹⁶”

Finalmente, podemos concluir que la interpretación de servicios remunerados se asemeja bastante a lo que hoy conocemos por compensación económica y los bienes que le corresponderán al conviviente que prestó servicios serán los que el juez determine en razón del tiempo de la relación, trabajos realizador, entre otros elementos.

PROBLEMA EN CUANTO A LAS DEUDAS ADQUIRIDAS DENTRO DE EL CONCUBINATO

Al hablar de las deudas adquiridas dentro de la relación concubinaria debemos distinguir si éstas fueron contraídas por uno o ambos miembros de la pareja. Es así, que en el caso de que las deudas hayan sido contraídas por ambos, para llevar a cabo proyectos familiares no existiría problema, ya que dichos gastos miran en beneficio de los dos. Asimismo, tampoco existiría problema cuando uno de los miembros solventa con dineros propios sus deudas personales.

En este entendido, el problema se suscita cuando sólo uno de los convivientes adquiere deudas para llevar a cabo proyectos familiares, o cuando las deudas son adquiridas por uno en beneficio del otro y, por último, aquellas que caucionan intereses de terceros.

A diferencia de lo que ocurre en la sociedad conyugal con las llamadas recompensas, si uno de los convivientes invierte en un proyecto familiar no cuenta con ninguna acción legal para que el otro conviviente le restituya la porción en lo que se ha beneficiado. Por tanto, sería el concubino que realizó el gasto quien, en definitiva, soportaría las pérdidas totales.

También puede existir el caso en que uno de ellos incurra en gastos para el solo beneficio del otro, en este escenario, al igual que en el caso anterior, tampoco existe mecanismo legal a fin de solicitar el reembolso para quien realizó el gasto.

¹¹⁶ Extracto citado por VARAS ARAVENA, DAVID. 2013. op. cit., p. 34.

En otra perspectiva, puede ocurrir que uno de los convivientes caucione obligaciones de terceros con bienes que fueron adquiridos con el sacrificio de los dos miembros de la pareja.

Además de la repartición de las deudas, es necesario mirar el caso de los acreedores, pues estos contrataron con uno de los concubinos en su calidad de solteros, sin que, en principio, tengan conocimiento de los gastos y cargas familiares que deben soportar y, peor aún, sin tener el conocimiento de que en algún momento un tribunal pueda establecer que los bienes se dividirán en beneficio de ambos convivientes.¹¹⁷

A. Modelos de regulación

De la misma forma que se señaló en el apartado anterior, en los ordenamientos jurídicos pueden existir formas de regulación patrimonial de las uniones de hecho, solucionando de antemano el problema que podrían aparejar las deudas.

Es así como el Código de Familia de Bolivia, al equiparar el matrimonio con la unión de hecho dispone en su artículo 113 que:

“En general, los bienes se presumen comunes mientras no se pruebe que son propios del marido o de la mujer.

La confesión o reconocimiento que haga uno de los cónyuges a favor del otro sobre el carácter propio de ciertos bienes surte efecto solamente entre ellos, sin afectar a terceros interesados.”

Relacionado con lo anterior, el artículo 170 del mismo cuerpo legal dispone: “La participación de cada conviviente o de quienes lo representen, se hace efectiva sobre el saldo líquido, después de pagadas las deudas y satisfechas las cargas comunes.

Si no alcanzan los bienes comunes, quedan afectados los bienes propios.”

Este ordenamiento, al establecer la comunidad de gananciales a los convivientes, reparte entre ellos las deudas adquiridas, además establece que ambos se deben hacer cargo de los gastos familiares y, en lo que respecta a los terceros, no se permite que se afecten sus derechos.

¹¹⁷ BUSTOS DÍAZ, MARÍA MAGDALENA. 2007. op. cit., p. 75.

Por su parte, en el derecho francés a los concubinos no se les exige participar en las deudas comunes, como tampoco existe una obligación solidaria respecto a las deudas de la pareja. Aunque la pareja puede adquirir los bienes en indivisión, esta situación sería accidental, pues la regla general es que cada uno administre sus bienes y soporte sus cargas.¹¹⁸

Por otro lado, también los concubinos pueden regular pactos para establecer un régimen patrimonial o, asimismo, regular el cómo se repartirán estas cargas. Finalmente, puede ser la justicia quien resuelva la situación respecto a las figuras señaladas en el apartado anterior.

En conclusión, el problema de las deudas contraídas dentro de la unión, si bien presenta la singularidad de que además de involucrar a los convivientes puede afectar a terceros, debe seguir las mismas reglas relativas a la adquisición de bienes, por cuanto esta puede ser establecida por la propia legislación, mediante pactos o por la justicia en subsidio. Cabe hacer presente que, al seguir una postura abstencionista, en nuestro país los terceros se encontrarían desprotegidos en el caso de que exista liquidación de los bienes de la unión, pues en tal caso ellos sólo podrían dirigirse contra quien contrataron.

PROBLEMA EN CUANTO A LAS INDEMNIZACIONES

La indemnización en caso de ruptura ha sido un tema bastante controvertido. Cabe señalar que dicha indemnización puede tener una causa moral y otra patrimonial. La primera dice relación con el sufrimiento experimentado por el conviviente abandonado producto de la ruptura unilateral, mientras que la segunda apunta directamente a lo que actualmente conocemos como compensación económica.

A. Indemnizaciones de índole moral

La indemnización de índole moral mira a compensar al conviviente abandonado, ya sea, producto de falsas promesas matrimoniales hechas por uno o por la decepción dada por la justificada esperanza que tenía de establecer definitivamente su vida con el otro conviviente.

¹¹⁸ BORRILLO, DANIEL. 2014. op. cit., pp. 526-527.

En principio, podríamos sostener que el hecho de que una relación termine de forma unilateral por uno de los concubinos no produce obligación alguna de indemnizar, toda vez que no se le puede exigir a una persona que se mantenga en una relación afectiva contra su voluntad y, además, las parejas están – o deberían estar – consientes de que la ruptura es un hecho real y por tanto una probabilidad en cualquier tipo de relación.

Sin embargo, podemos ver que en Francia existieron dos momentos donde se aceptó esta indemnización. En el primer momento se entendió que se debía una indemnización si concurría el ilícito de seducción para crear y mantener la relación concubinaria y, el segundo momento¹¹⁹, se entendió que el conviviente que abandona ha cometido un abuso del derecho, al terminar unilateralmente una relación creada por dos.

1. Seducción

La seducción debemos entenderla como aquel hecho ilícito concertado por uno de los concubinos en virtud del cual obtiene la aquiescencia del otro para lograr el surgimiento o mantenimiento de la relación.

En principio, se estableció el deber de indemnizar a la concubina que hubiese sido víctima de seducción, entendiéndose que ella formó y se mantuvo en la relación concubinaria por falsas promesas matrimoniales hechas por el varón. En este supuesto la promesa de matrimonio constituyó el ardid que configuró la seducción.¹²⁰

Podríamos decir que en nuestro derecho una indemnización de esta índole no tendría cabida, toda vez que el artículo 98 del Código Civil señala que la promesa de matrimonio no produce obligación alguna ante la ley civil y, por tanto, no se podrá alegar tal promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio ni para demandar la indemnización de perjuicios. Sin embargo, la indemnización a la que nos referimos no sería la misma que la indemnización que se niega en el contrato de esponsales, pues como señala Henri Desbois: “Una cosa es negar el efecto obligatorio a la promesa de matrimonio considerada en sí misma, y otra cosa es tomarla

¹¹⁹ Si bien esta postura jurisprudencial no se impuso como mayoritaria es interesante señalarla.

¹²⁰ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., pp. 148-149.

en cuenta al tiempo de la cesación del concubinato del cual ella fue el factor determinante”¹²¹
Es así que esta indemnización se pagaría por una obra dolosa del varón, la que en ese escenario asume la forma de promesa de matrimonio.¹²²

Por tanto, si se prueba que la mujer se mantuvo en la relación concubinaria porque el varón efectuó una promesa de matrimonio con ninguna intención de cumplirla y con el solo objeto de mantener la antedicha relación, se podría considerar que la actuación es dolosa y habría pie para la indemnización de perjuicios¹²³. Esto no se escapa de nuestro derecho al entender el dolo como vicio del consentimiento, ya que en este supuesto la promesa de matrimonio habría sido obra del varón y sin esta promesa el concubinato no se habría formado.

Sin perjuicio de lo anterior, no adhiero a esta postura, pues el entender que una de las partes se mantuvo en una relación concubinaria por las falsas promesas de la otra supondría que aquélla no tenía la facultad de terminar la relación cuando se dio cuenta que las promesas eran falaces. Es así que si la mujer, en este caso, se da cuenta que después de cuatro años el varón no ha accedido a celebrar el matrimonio, ésta debería terminar su relación al no ser lo que esperaba. En cambio, si ésta continúa en el concubinato y, luego, el varón la abandona, no podría accionar contra éste, pues se mantuvo dentro de la relación sabiendo –o debiendo saber– que la intención de matrimonio no era seria, pues por años no se concretó. Así, al sostener que se tiene este derecho implicaría situar al conviviente como una especie de *incapaz relativo*, toda vez que se pone en el supuesto de que el abandonado, durante años, no tuvo el discernimiento para entender que la promesa constituía un engaño y, a todas luces, sí lo era.

2. *Abuso del derecho*

En un segundo momento, la jurisprudencia francesa deja de lado la seducción del varón y comienza a entender que las relaciones se formaron de mutuo consentimiento por los sujetos; de esta premisa nace la llamada *tercera etapa de la jurisprudencia francesa* la cual sostiene que el concubino está obligado a indemnizar al haber cometido un abuso de derecho, toda vez que

¹²¹ DESBOIS, HENRI, en: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1964-707, citado por BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 149.

¹²² *Ibid.* 149p.

¹²³ *Ídem.*

la relación concubinaria se formó por un acuerdo mutuo de voluntades y mediante el abandono (acto unilateral), se producen dos daños: uno material y otro moral; material, porque la mujer, luego de la ruptura, se encuentra en distintas dificultades para rehacer su vida y; moral, por la decepción sufrida por ésta dadas las “justificadas esperanzas de ver definitivamente unida su vida a las del hombre.”¹²⁴

Luego de la llamada tercera etapa jurisprudencial surge una cuarta etapa que sostiene, de forma opuesta, que en la antedicha premisa no hay obligación alguna de indemnizar, esto es, que en el supuesto “no hay culpa generadora de obligación civil.”¹²⁵

Es así como finalmente se empieza a negar la indemnización moral, pero comienzan a aceptarse aquellas de carácter netamente patrimonial, por lo que en muchos fallos se ha dado lugar a la demanda de la concubina, en las que no se ha podido establecer una sociedad de hecho ni una comunidad, pero se consigue acreditar la ayuda que ésta prestó durante la relación concubinaria, en estos supuestos se ha dado una aplicación especial al principio de enriquecimiento sin causa¹²⁶.

B. Indemnización de índole económica

Las rupturas, además de ocasionar un daño sentimental a quien es abandonado, tienen repercusiones pecuniarias dependiendo de la aptitud económica que tenía cada uno de los convivientes. Así, el conviviente que se dedicó al cuidado de los hijos y el hogar común y era sustentado económicamente por el otro caería en un gran estado de necesidad al momento de la separación. Por el contrario, si ambos convivientes tenían un trabajo remunerado y participaban de forma medianamente equitativa en los gastos del hogar común, el estado de necesidad para el conviviente abandonado podría ser menor o, incluso, podría no existir.

Esta indemnización puede ser regulada por la legislación, por los pactos celebrados entre los convivientes o por la justicia en subsidio.

¹²⁴ Ibid. p. 151.

¹²⁵ Cour de Cassation, 17/6/53, citado por BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 151.

¹²⁶ Ibid. p.152.

Es así como distintos ordenamientos han establecido normas que dan pie a la indemnización. Ejemplos de éstos los podemos ver en:

- Ley de Cataluña de Uniones Estables de Pareja del año 1998, la cual dispone “Cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto.”¹²⁷
- El Código Civil peruano establece que, si la unión de hecho termina de forma unilateral, el juez puede conceder a favor del conviviente abandonado una cantidad de dinero por concepto de indemnización o de alimentos.¹²⁸

Así, ambas legislaciones le otorgan el derecho al conviviente abandonado para que pueda reclamarle al otro una cierta cantidad de dinero producto de la ruptura unilateral. Sin embargo, se debe hacer la siguiente distinción: mientras la ley de Cataluña otorga esta compensación al conviviente que se encuentra en un estado de necesidad económica; la ley Peruana lo hace por el solo hecho de la ruptura, es más, señala que el abandonado puede pedir el dinero por concepto de indemnización o de alimentos. En este sentido podemos apreciar que mientras los alimentos tienen por finalidad amortiguar las eventuales carencias que sufrirá en conviviente abandonado, quien quedará privado de los medios que le proveía el otro para su subsistencia; la indemnización se enfoca a reparar el daño causado producto de la ruptura, podemos establecer entonces que la legislación peruana acepta la indemnización de índole moral, pues como lo señala Yuri Vega Mere: “La indemnización (...) solo podría reemplazar o hacer innecesaria la pensión alimenticia si aquella se extendiese a conceptos indemnizables diversos a los daños (generalmente morales) que padece el conviviente abandonado.”¹²⁹

¹²⁷ Artículo 13, Ley 10/1998, véase texto íntegro: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-20138>.

¹²⁸ Artículo 326, inciso 3°, Código Civil peruano, véase texto íntegro: <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>

¹²⁹ VEGA MERE, YURI. 2005. Ruptura del concubinato y reparación civil, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (58): 131-171, 168p.

Desde otra perspectiva, pueden ser los convivientes quienes regulen una eventual indemnización al momento de la separación, esto es perfectamente válido en cuanto los pactos son lícitos. Empero este pacto sólo tendrá validez en la medida que tiendan a regular la economía de los convivientes una vez disuelta la relación por cualquier causa, mas jamás podría establecerse que este pacto esté destinado a que un conviviente indemnice a otro para poder terminar la relación pagando un *precio de ruptura*, lo anterior supondría una afectación a la libertad de la persona y, además, carecería de causa lícita.¹³⁰

Como ejemplo de estos pactos podemos mencionar el Código Civil de Paraguay, que dispone en su artículo 218: “Es válida la obligación contraída por el concubino de pasar alimentos a su concubina abandonada, durante el tiempo que ella los necesite. Si medió seducción, o abuso de autoridad de parte de aquél, podrá ser compelido a suministrarle una indemnización adecuada, cualquiera sea el tiempo que haya durado la unión extramatrimonial.”¹³¹

Como se ve en la primera parte del artículo – y la que nos interesa – se reconoce el derecho a alimentos producto de un estado de necesidad que experimenta la concubina, hasta que cese el mismo.

Nuestro derecho, al seguir la posición abstencionista, no regula de modo alguno las eventuales compensaciones que podrían surgir a favor del conviviente más necesitado, por lo que sólo se podrían establecer pactos escritos para regular dicha situación¹³². No obstante, el problema que vemos con estas indemnizaciones apunta a lo que actualmente conocemos como *compensación económica*. Sin embargo si bien esta institución viene a mitigar desigualdades que se producen dentro de la relación, está establecida sólo respecto de los cónyuges y convivientes civiles, desamparando a los concubinos.

En este entendido, y en principio, al no ser la unión de hecho equiparable con el vínculo matrimonial no se podría establecer, toda vez que dicha institución, al ser excepcional, debe

¹³⁰ VARAS ARAVENA, DAVID. 2013. op. cit., p. 28.

¹³¹ Véase texto íntegro: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5293/codigo-civil>

¹³² No obstante, Gustavo Bossert postula la teoría de que las indemnizaciones económicas constituyen una obligación natural “un pago realizado en concepto de reparación de daños materiales o morales que a la mujer habrá de irrogar la ruptura por voluntad del hombre, será irrepetible (...)” Es así que si bien el pacto debe constar por escrito por las limitaciones a la prueba que existen en nuestro ordenamiento, si el abandonante pagó algo a modo de indemnización no podrá repetir contra el abandonado, no siendo menester la escrituración.

ceñirse a los casos en la que la ley lo establece. Sin embargo, los tribunales la han aceptado, mas su fundamentación no ha correspondido a establecer una analogía entre el concubinato y el matrimonio, sino a principios de equidad¹³³.

¹³³ En este sentido tenemos la sentencia 337-2011, pronunciada por la CS el 07 de marzo de 2012, la cual será analizada en el último capítulo.

SEGUNDA PARTE:

REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

CAPÍTULO PRIMERO:

SITUACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN EL DERECHO COMPARADO

SITUACIÓN EUROPEA

Según lo sostenido por Kiernn y Estaugh¹³⁴, la Europa de hoy se puede dividir en tres grupos según el tratamiento legislativo que le otorgar a las uniones de hecho:

Dentro del primer grupo encontramos a países donde las uniones de hecho se encuentran consolidadas, esto quiere decir que hay un alto porcentaje de la población que convive en concubinato, aquí se ubica Suecia, Dinamarca e Islandia. En estos países, las uniones de hecho constituyen el mayor porcentaje de uniones entre las parejas jóvenes, sin obstar a que cuando

¹³⁴ Citado por RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p.665.

aumenta la edad de las parejas el porcentaje baja significativamente.¹³⁵ En consideración a los altos porcentajes de parejas que se unen en concubinato ciertos autores estiman que esta unión tiene un carácter patrimonial.¹³⁶

En un segundo grupo encontramos a Francia, Alemania, Gran Bretaña y Noruega, países en los que, si bien existe la unión concubinaria, ésta constituye un periodo de corta duración y, por lo general, precede al matrimonio. Como señala René Ramos Pazos, en estos países las uniones de hecho representan entre un 10% y un 12% entre las parejas de más de 30 años.¹³⁷

Por último, en el tercer grupo encontramos a países como España e Irlanda, en los que baja considerablemente el número de este tipo de uniones¹³⁸. Dicha situación se podría explicar, por lo menos en España, por el carácter abstencionista de la antigua regulación, así como también por la fuerza de la Iglesia Católica. Sin embargo, dicho país ha evolucionado considerablemente en la legislación, toda vez que, dentro de las 17 comunidades que lo integran, 14 de ellas han regulado legislativamente las uniones, mientras que los restantes las han regulado mediante decretos.

En este apartado se hará mención a Francia y España.

A. Francia

Según los datos entregados por Institut National de la Statistique et Desétudes Économiques (INSEE)¹³⁹, para el año 2017 en Francia existían 15.035.878 parejas, de las cuales 10.913.742 se encontraban casadas; 1.143.729 de parejas habían celebrado un pacto de solidaridad; 2.692.161 de parejas se encontraban vinculadas por uniones de hecho; y 286.247 de parejas se encontraba unida por un estado civil distinto.

¹³⁵ Así para el año 1989 el 90% de las uniones entre personas de 16 y 19 años constituían uniones de hecho, mientras que dicha cantidad disminuye a un 21% cuando vemos parejas de 35 a 29 años, citado por Ramos Pazos, René, op. cit., p.665.

¹³⁶ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p.665.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ Véase en: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4516614?sommaire=4516657&geo=METRO-1>

Si situamos lo anterior en porcentajes, el 17,9% de las parejas de la población francesa se encuentran unidas por un concubinato, mientras que el 7,6% se encuentran vinculadas por un Pacto de Solidaridad y el 72,6% se encuentra unidas mediante un vínculo matrimonial.

Así, en Francia pueden existir tres formas jurídicas de regular la vida familiar: el concubinato o unión libre, el Pacto de Solidaridad y el matrimonio. En este país, las parejas homosexuales y heterosexuales gozan de los mismos derechos para conformar cualquiera de los vínculos mencionados, con excepción respecto a lo que concierne a técnicas de reproducción asistida, las cuales están establecidas a favor de las parejas heterosexuales.

La regulación de estas tres formas de constitución se encuentra establecida en el Código Civil. El concubinato se encuentra mencionado en su artículo 515-8, el cual establece que: “El concubinato constituye una unión de hecho caracterizada por la vida en común, con carácter estable y continuo, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja.”¹⁴⁰ Por su parte, en el artículo 515-1 dispone qué se entiende por pacto civil de solidaridad: “Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores de edad, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común.”¹⁴¹ Finalmente, el artículo 143 se refiere al matrimonio, señalando: “El matrimonio se contrae entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo.”¹⁴²

1. Antecedentes

Como se ha mencionado anteriormente, el Código de Napoleón de 1804 ignoró por completo las uniones de hecho absteniéndose de regularizar sus efectos, señalando que si los concubinos ignoraban la ley matrimonial, el derecho también debía ignorarlos. Fue así que la jurisprudencia, alrededor de los años 60' del siglo pasado, comenzó a entender las uniones de hecho como una realidad social y tuvo a su cargo resolver los conflictos jurídicos que se

¹⁴⁰ Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.

¹⁴¹ Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.

¹⁴² Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe.

derivaran del concubinato, sus principales motivaciones para darle un estatuto jurídico era el proteger a la concubina abandonada y garantizar las deudas de terceros.¹⁴³

Ahora, si bien las uniones concubinarias se comenzaron a reconocer por la jurisprudencia, inicialmente, y durante varios años, la Corte de Casación denegó la calidad de concubinos a las personas del mismo sexo, pues se establecía que éste sólo podía ser conformado por un hombre y una mujer: “(...) Al referirse en este artículo a la noción de vida marital, el legislador ha considerado al mismo tiempo, limitar los efectos de este derecho respecto de los seguros de enfermedad y maternidad, a la situación de hecho que consiste en la vida en común de dos personas que han decidido vivir como esposos sin haberse unido a través del matrimonio y esto concierne solamente a la pareja constituida por un hombre y una mujer.”¹⁴⁴

Así, las parejas homosexuales se encontraban completamente desamparadas por el derecho, en tanto no podían contraer matrimonio y no se les reconocía como un auténtico concubinato. Fue gracias al movimiento gay el cual creó una movilización política para que fuesen reconocidos derechos a favor de las parejas del mismo sexo; así en el año 1998 se crea el Pacto de Solidaridad, por el cual se regularizan las uniones concubinarias, concediéndoles a las parejas del mismo sexo el derecho de formalizar sus relaciones pudiendo generar efectos jurídicos.¹⁴⁵

Con la existencia del matrimonio y del Pacto de Solidaridad, el cual vino a formalizar las uniones concubinarias, las uniones libres no cuentan con una gran regulación en el derecho francés, aunque estas no quedan al margen del derecho; lo que se explica, primero, porque el concubinato se encuentra contemplado en el Código Civil y, segundo, porque, aunque no está suficientemente sistematizado, sí presenta algunas regulaciones.

2. *Reconocimiento de las uniones libres.*

En algunos municipios de Francia se proveen certificados reconociendo la unión concubinaria, el otorgamiento de estos certificados no constituye una obligación, sino una mera

¹⁴³ BORRILLO, DANIEL. 2014. op. cit., pp. 524-525.

¹⁴⁴ Sentencia Corte de Casación 11 de julio de 1989 N°86-10665.

¹⁴⁵ El PaCS es un contrato el cual regula la vida en pareja. Si bien es una institución interesante no será analizado, pues escapa al concubinato, constituyendo un símil con el AUC.

facultad; para dicho reconocimiento los convivientes deben aportar distintas pruebas, ya sean testigos, documentos, entre otros. En el caso de que la municipalidad rechace el otorgamiento de dicho certificado, el concubinato puede comprobarse por una declaración de honor firmada por ambos y de igual forma se deben acompañar pruebas de cualquier tipo.¹⁴⁶

Por lo general, las parejas optan por el reconocimiento de estas uniones en el caso de surgimiento de relaciones contenciosas, sea en el caso de que uno o ambos de los convivientes decidan terminar la relación o al producirse la muerte de cualquiera de ellos y se necesite liquidar alguna situación.¹⁴⁷ Es así que si nos encontramos frente a situaciones que los concubinos quieren resolver, pero que no se encuentran establecidas en la ley la jurisprudencia ha aplicado figuras del derecho común, como la sociedad de hecho, el cuasicontrato o el enriquecimiento ilícito.

3. Efectos del concubinato en Francia.

Dentro de los efectos en las uniones de hecho, podemos distinguir por una parte, los efectos personales, que no se encuentran regulados, siendo estos deberes propios del matrimonio y del pacto de solidaridad, y por otra, el ámbito patrimonial, en el que sí se consagran ciertos derechos.

3.1. Relaciones personales.

La unión libre, para su configuración, no requiere de formalidad alguna, como tampoco trae aparejada obligaciones. Sin embargo, para que ésta sea reconocida y surjan efectos jurídicos es necesario cumplir con ciertos elementos: primero debemos entender que en la relación libre es necesaria la notoriedad, además la convivencia sexual es un requisito indispensable para estas uniones (o por lo menos que exista una apariencia de ello). Respecto a la singularidad, la Corte de Casación, desde 1985, la ha considerado como indispensable. El tiempo de la relación también es un factor determinante para establecer si de la unión surgirán o no efectos jurídicos,

¹⁴⁶ BORRILLO, DANIEL. 2014, op. cit., p. 526.

¹⁴⁷ Ídem.

empero, como dicho periodo no se encuentra regulado en la legislación, será el juez quien debe determinar si éste fue suficiente o no.

Sin embargo, no existen deberes respecto a la fidelidad, asistencia o socorro mutuo, como tampoco implica derechos sucesorios, ni siquiera se contempla la obligatoriedad de compartir un domicilio común.¹⁴⁸ No obstante, la jurisprudencia ha establecido que a pesar de que de la unión libre no surjan efectos personales, sí existe un deber de lealtad que se encuentra amparado en que los concubinos deban actuar de buena fe respecto al otro, así podría existir obligación de indemnizar al concubino abandonado bajo ciertos supuestos.¹⁴⁹

3.2. Relaciones patrimoniales.

Las relaciones patrimoniales son escasas, mas hay ciertos aspectos que el derecho francés ha regulado, como por ejemplo respecto a la seguridad social y el contrato de alquiler.

Respecto a los bienes adquiridos dentro de la unión concubinaria, cada uno será titular de su derecho, es decir, se mirarán como separados de bienes para todos los efectos legales, teniendo, por tanto, cada uno la administración de sus bienes. Sin embargo, nada obstará a que éstos se adquieran en común, lo cual es perfectamente posible si se establecen pactos, en cuyo caso la administración será de consuno. Por su parte, respecto a las deudas contraídas para el hogar común, no existe obligación a que ambos participen en éstas, como tampoco existe obligación solidaria respecto a terceros ni por las deudas contraídas en beneficio personal, como tampoco por las contraídas en beneficio de la pareja.

Respecto a la obligación alimentaria no existe una obligación civil, sino que cada concubino es libre de suministrársela al otro si se encuentra en situación de necesidad, mas una vez dada no puede repetirse, lo que la convierte en una obligación natural.

¹⁴⁸ Si bien no se establece que deban tener un domicilio común (registrado) sí se requiere que deben vivir bajo un mismo techo; el tiempo necesario para que esta convivencia de facto surja efectos jurídicos lo determinará el juez, pues la legislación de ha abstenido de regularlo: pie de página de Borrillo, Daniel, op. cit., p. 526.

¹⁴⁹ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p. 656.

En torno a la filiación, no existen diferencias respecto al matrimonio o al pacto de solidaridad, ya que todos los hijos se mirarán como iguales¹⁵⁰, la única diferencia radicada es que los hijos nacidos dentro de un concubinato no gozarán de presunción de paternidad.

En lo que concierne al contrato de alquiler, el concubino titular del contrato no subrogará sus derechos a su conviviente en el caso de que aquél decida terminar la relación. No obstante, la situación cambia si el concubino no titular del contrato es abandonado o el arrendatario fallece. En el supuesto de abandono la Ley 89-462 de 1998 en su artículo 14 dispone que continuará en contrato de arrendamiento en beneficio del cónyuge, los descendientes, los ascendientes, el conviviente de hecho notorio y a favor de quienes estuviesen a cargo del arrendatario. Con la sola excepción del cónyuge, los demás deben demostrar que la unión con el arrendatario ha durado, por lo menos, un año. La jurisprudencia ha establecido que para que opere este derecho se requiere que el abandono sea brusco e imprevisible.¹⁵¹

En el caso de muerte del arrendatario la ley sigue los mismos supuestos respecto a los plazos, así es necesario que la convivencia haya durado a lo menos un año¹⁵².

Respecto de la seguridad social, cualquiera de los convivientes podría beneficiarse de las prestaciones que pertenecen al otro, cuando aquél se encuentre totalmente a su cargo, afectiva y de forma permanente¹⁵³. Sin embargo, hay ciertos derechos de los cuales se encuentran excluidos como, por ejemplo, la pensión de viudedad, la cual está establecida sólo en beneficio de los cónyuges.¹⁵⁴

4. Algunos alcances jurisprudenciales relativos a las uniones de hecho.

¹⁵⁰ La ley 72-3 de 1972 abolió la diferencia entre los hijos legítimos (nacidos dentro del matrimonio) y los naturales (nacidos de uniones extramatrimoniales).

¹⁵¹ GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ. 1991. La Ley francesa de 6 de julio de 1989, de arrendamiento de viviendas e inmuebles de uso mixto. Revista de estudios de derecho extranjero: 719-743. 736p.

¹⁵² Ibid. 737p.

¹⁵³ BORRILLO, DANIEL. 2014. op. cit., p. 528.

¹⁵⁴ Visto en CLEISS République Française, véase en https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/es_3.html

4.1. Donaciones y otras liberalidades.

En 1629, el Rey Luis XIII de Francia firmó una ordenanza real, conocida con el nombre *Código de Michaud*, en cuyo artículo 132 prohibía toda donación entre concubinos. Posteriormente, el Código de Napoleón derogó de forma tácita esa disposición no considerándola; quedando en manos de los jueces delimitar si las donaciones entre concubinos eran anulables o no.¹⁵⁵

Para analizar los pasos jurisprudenciales dados en esta materia es importante remitirse a las teorías de la causa. La concepción tradicional de la causa en el derecho francés consistía en la postulada por Domat y Pothier, quienes señalaban que este elemento de existencia se refería a la *causa final*, esta acepción de la causa sostiene que ésta es el fin abstracto, intrínseco e idéntico para cada categoría de contrato.¹⁵⁶ En 1837 con la sentencia *Pendaries* comienza a identificarse la causa con el motivo, es así que, a propósito de las donaciones, éstas podían ser invalidadas cuando el motivo era inmoral, por lo que procedía la nulidad si la donación se efectuaba con el fin de pagar relaciones sexuales.¹⁵⁷

El problema que se acentuó posteriormente decía relación con los medios de prueba utilizables para demostrar la ilicitud de la causa en la donación. Desde 1860, con la sentencia *Guillot* se asienta la llamada *prueba intrínseca*, en virtud de esta postura jurisprudencial la causa inmoral, es decir, que el motivo de la donación haya sido el mantenimiento de relaciones sexuales, debía establecerse en la misma acta de donación. Esta tendencia jurisprudencial se mantuvo hasta el año 2007, terminando con la sentencia *Fruneau*, momento en que se comienza a apreciar la *prueba extrínseca*, así cualquier medio resultaba válido para probar la ilicitud de la causa.¹⁵⁸

Un autor resumió el tratamiento que la jurisprudencia francesa ha dado respecto a las donaciones entre los concubinos. Primero se señala que el concubinato en sí mismo carece de valor jurídico, por lo que no habría incapacidad por una parte para entregar y por la otra, para recibir. Segundo, que para este tipo de liberalidades se ha aplicado la teoría de los móviles de la

¹⁵⁵ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 118.

¹⁵⁶ TURCOTT CÁRDENAS, AUGUSTO. s/f. La causa interpretación comparativa del derecho francés y español con el derecho mexicano en su origen, Instituto de Investigaciones Jurídicas: 207-222. p. 112.

¹⁵⁷ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 118.

¹⁵⁸ Ibid. 119

causa; así, si la donación tuvo como causa determinante el establecimiento, la remuneración o el mantenimiento del concubinato, ésta es inmoral y, por tanto, está sujeta a anularse. Tercero, si la donación tiene por objeto indemnizar a la concubina por los perjuicios derivados al término de la relación ésta no posee causa inmoral y, por consiguiente, son válidos, no procediendo su nulidad.¹⁵⁹ Cabe agregar, además, que la jurisprudencia ha dado lugar a la nulidad de la donación cuando el concubinato es adulterino.

Asimismo, la doctrina francesa señala que no existe ilícito en las donaciones entre convivientes. Así, Esmein señala que no puede sostenerse que las donaciones sean el símil al precio de una compra. En relación a la liberalidad de establecer pactos a favor de la concubina abandonada es enfático al señalar que si las donaciones se realizan por motivo de una ruptura, este acto jurídico se enfrasca en las liberalidades de los concubinos, podría constituir, en este caso, un acto de agradecimiento por una de las partes. Este agradecimiento, como señala el autor, nada tiene de inmoral a menos que el pago sean por los servicios entregados por una meretriz, pero la concubina no es una prostituta, pues la relación de hecho conlleva una apariencia de unión matrimonial.¹⁶⁰

Sobre la base de obligaciones naturales, distintos fallos han establecido la posibilidad de resarcir a la conviviente abandonada, es así que se ha establecido lícito que el ex concubino se obligue a pagar una indemnización o una renta periódica, asimismo, se ha resuelto que es válido es seguro de vida a favor de la concubina¹⁶¹. Por tanto, si el concubino pagó a la mujer por su abandono éste no tendrá derecho a repetir.

La situación anterior cambia en el evento que se logre acreditar que las liberalidades fueron producto de causa torpe. Así, los jueces franceses han aceptado la declaración de nulidad de los legados y otras disposiciones testamentarias hechas a favor de la mujer, en el caso de que se pruebe que hubo causa torpe en su establecimiento. Por su parte, la Corte de París, en 1955, declaró la nulidad por causa torpe de un contrato de seguro de vida contratado por el concubino que dejaba como beneficiaria a la mujer.¹⁶²

¹⁵⁹ Comentario de Carlos Álvarez Núñez, citado POR RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p. 658.

¹⁶⁰ RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. pp. 661, 657-658.

¹⁶¹ ÁLVAREZ NÚÑEZ, CARLOS. 1968. Algunas consideraciones doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato, Revista de Derecho Universidad de Concepción (143): 5-31. 16p.

¹⁶² BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 120.

No es baladí mencionar que en el caso de que demandas similares se hubiesen presentado en nuestro ordenamiento no se habría dado lugar a la declaración de nulidad, esto por el artículo 1683 del Código Civil el cual señala que no puede alegar la nulidad quien sabía o debía saber el vicio que lo invalidaba. Así, para nuestro ordenamiento, nadie puede aprovecharse de su propia torpeza.

4.2. Responsabilidad extracontractual.

En este punto se hará referencia a si los concubinos cuentan con acción para demandar a un tercero que por un hecho ilícito, culpable o doloso, causó la muerte de uno de los miembros de la pareja. Esta situación no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Dentro de los pronunciamientos de la jurisprudencia francesa relativa a la materia, pueden advertirse tres etapas:

En un principio la jurisprudencia se orientó en el reconocer la acción de la concubina. Se invocaba como fundamento el perjuicio cierto y directo que traía aparejado la cesación del beneficio de los alimentos que el concubino muerto proporcionaba a la mujer.¹⁶³ En este momento los tribunales no discutían respecto al lazo que unía a los concubinos, despreciando si este constituía un vínculo amparado por el ordenamiento jurídico o no.

En año 1937 la Corte de Casación dictó un fallo¹⁶⁴ en el cual se negó por primera vez la demanda de una concubina expresando que el “demandante de una indemnización delictual o cuasidelictual debía justificar no un daño cualquiera sino que la lesión cierta de un interés legítimo, jurídicamente protegido.”¹⁶⁵ Como consecuencia de estas decisiones, se comienza a denegar la indemnización por el daño material a la conviviente.

El razonamiento para negar dichas indemnizaciones se fundaba en que la concubina carecía de un interés legítimo, pues el vínculo que la unía con el concubino muerto constituía una situación ilegítima o extralegal, situación en que ella misma, por su propia liberalidad, se

¹⁶³ Ibid. p. 178

¹⁶⁴ Fallo pronunciado por la Corte de Casación, en este caso a pesar de comprobarse el fallecimiento accidental del conviviente por obra de un tercero, que el concubinato había durado más de 15 años, que la mujer padecía una ceguera total y que producto de la relación habían nacido cinco hijos que quedaban a su cargo, se negó la demanda deducida por la concubina. Pie de página 27 señalado por ÁLVAREZ NÚÑEZ, CARLOS. 1968. op. cit., p. 18.

¹⁶⁵ Citado por RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p. 661.

había allanado. Se argumenta que para reclamar una indemnización producto de un hecho ilícito se requiere un interés jurídicamente protegido, en este entendido, si los concubinos no pueden reclamar derechos entre sí, menos podrían reclamarlos respecto a terceros. Por último, se establecía que no había sufrido una lesión cierta, pues como la concubina tampoco podía enervar una acción para el pago de alimentos nada aseguraba que si el difunto hubiese vivido la habría continuado ayudando económicamente.¹⁶⁶

En lo personal, manifiesto mi desdén con esta última argumentación, toda vez que no se puede sostener que el daño no sea cierto, ya que, siguiendo esta postura, los jueces de alguna forma asumirían que la relación se habría terminado, siendo un razonamiento antojadizo y con completamente carente de fundamento. Es así que, para que el daño sea cierto, es necesario que se estime si era seria la probabilidad de que el concubino siguiese alimentando a la mujer, en este entendido si la concubina logra demostrar que el concubinato se ha extendido por años y además que ésta fue socorrida por el hombre como una mujer por su marido no debería argumentarse que no existe un daño cierto, toda vez que siguiendo el curso natural de las cosas el sustento económico habría permanecido inmóvil.

Finalmente, la tercera etapa, y la que impera en nuestros días, comienza en 1970 por un fallo de la Cámara Mixta, en el cual se reconocen la indemnización al conviviente de hecho. De esta forma, la actual jurisprudencia exige que para que se indemnice un daño resulta necesario atender a su existencia e importancia, no importando el vínculo que existía entre el fallecido y quien reclama el perjuicio; desde este entendido se ha señalado que el conviviente de hecho puede demandar a un tercero por la muerte del otro pudiendo invocar tanto un daño moral como patrimonial si se prueba que el fallecido permeaba las necesidades del conviviente sobreviviente.¹⁶⁷

B. España

Según el Instituto Nacional de Estadísticas de España¹⁶⁸, para el año 2013 dicho país contaba con un aproximado de 11.465.500 parejas, de dicha cantidad 9.889.100 se encontraban

¹⁶⁶ ÁLVAREZ NÚÑEZ, CARLOS. 1969. op. cit., p. 19.

¹⁶⁷ Martín Casals, Miquel, citado por RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. op. cit., p. 662.

¹⁶⁸ Véase en: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/10/&file=01018.px&L=0>

casadas; mientras que 1.567.400 parejas se encontraban unidas por un vínculo de hecho. Situando lo anterior en porcentajes encontramos que un 13,7% de las parejas constituían parejas de hecho, mientras que el 86,3% se encontraban unidas por un vínculo matrimonial.

Para el año 2019 la cantidad de parejas disminuye siendo, aproximadamente, 11.344.600, de dicha cantidad 9.563.100 se encontraban unidas por matrimonio; mientras que 1.781.500 constituían parejas de hecho. Es así que para este año 84,3% se las parejas se encontraban unidas por un vínculo matrimonial; mientras que el 15,7% se encontraba en concubinato.

España, a diferencia de los otros países a analizar, se organiza en comunidades autónomas, existiendo un total de diecisiete. De ellas, han sido catorce las que han regulado las uniones de hecho por vía de ley, mientras que las tres restantes¹⁶⁹ lo han hecho en virtud de decretos.

A raíz de la basta regulación que hoy en día tiene España respecto a la materia, gracias a las comunidades autónomas, en este apartado me centraré, principalmente, en señalar algunas jurisprudencias anteriores que han venido a regular la liquidación de las uniones de hecho, como la protección a las mismas. De más está decir que estos alcances jurisprudenciales son un fiel reflejo de lo que hoy en día ocurre en países que siguen una posición abstencionista.

1. Breves antecedentes históricos

Para referirse a las uniones de hecho en España, durante la Edad Media, se utilizó en término *barraganía*¹⁷⁰, el cual se fundaba en un contrato de amistad y compañía, tenía como principal condición la permanencia y la fidelidad, por lo demás, debían ser relaciones no condenadas por el ordenamiento jurídico y se constituían mediante el libre consentimiento de las partes. Por lo general, dicho consentimiento era manifestado y regulado mediante la firma

¹⁶⁹ Estas comunidades corresponden a: Castilla y León, Castilla La Mancha y La Rioja.

¹⁷⁰ A diferencia de lo que ocurre en la etapa posterior al concilio de Trento, en este período la barraganía no era condenada por el ordenamiento jurídico.

en un contrato el cual recibía en nombre de *cartas de compañía*, en el cual se establecían los deberes y derechos para los contrayentes.¹⁷¹

Posteriormente, el fuero de Zamora consagró derechos para la barragana (este fuero es el que sirvió de base para la *Carta de Ávila* o *Carta de mancebía e compañería* de 1361), el cual concede derecho a la mujer de percibir rentas de su señor, aun luego de la muerte de éste, asimismo, se le otorgaba el derecho de poder compartir con él el pan y la mesa.¹⁷²

En 1361 se promulga la Carta de Ávila, y se dice que ésta constituía una manifestación escrita del contrato de mancebía, regulando las relaciones extramatrimoniales. Así se reconocían ciertos efectos jurídicos para las relaciones si éstas duraban más de un año. Por su parte, varios fueros otorgaron derechos sucesorios a los hijos naturales quienes podían concurrir junto con los hijos legítimos.¹⁷³

Se regularon de tal modo las relaciones de hecho que en el Libro XIV de la Cuarta Partida se establecían los requisitos para constituir la barraganía, los cuales consistían en:¹⁷⁴:

- a) Soltería o viudedad de las personas unidas en barraganía;
- b) Inexistencia de vínculos de parentesco entre los miembros de la unión;
- c) La barragana no podría ser mujer virgen ni estar ligada a vínculos de castidad;
- d) La barragana debía ser mayor de 12 años;
- e) Ausencia de título de nobleza o de gran linaje del concubino; y
- f) Singularidad de la unión.

La situación descrita cambió al dictarse el Concilio de Trento de 1563, el cual proscribió las relaciones extramatrimoniales.

Las uniones de hecho se consideraron inmorales e ilícitas hasta la Constitución Española de 1978, pues con ésta se produce un cambio de paradigma al reconocer los principios de igualdad ante la ley y el libre desarrollo de la personalidad. Si bien con este cuerpo legal no se reconocen las uniones de hecho, sí da pie para que la jurisprudencia las reconozca como una

¹⁷¹ SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. Las parejas de hecho y su marco legal. 1º Edición. Madrid. Editorial Reus. S.A. pp.17-18.

¹⁷² Ibid. 18p.

¹⁷³ Ídem.

¹⁷⁴ Requisitos señalados en BAEZ AGUIRRE, DANIELA y SEPÚLVEDA, CLAUDIA. 2004. op. cit., p. 52.

realidad social: “Después de la entrada en vigor nuestra Constitución, el día 29 de diciembre de 1978, ya no se puede considerar a las uniones extramatrimoniales contrarias a la moral, al orden público ni a las buenas costumbres, sino que, por el contrario, se trata de situaciones totalmente lícitas y de las que, en principio, se pueden derivar cualesquiera consecuencias jurídicas, ya que el texto constitucional ni prohíbe ni considera contrarias a derecho (por lo que en base al principio del “favor libertatis” está permitido) el que una persona, en manifestación de su derecho fundamental al “libre desarrollo de su personalidad” (recogido en el número 1 del art. 10 de la Constitución), conviva extramatrimonialmente con otra persona. Constituyen una “familia” de hecho respecto de la cual, por mor del número 1 del artículo 39 de la Constitución (la palabra final “familia” engloba tanto a la de origen matrimonial como a la extramatrimonial), los poderes públicos deben asegurar su protección social, económica y jurídica”¹⁷⁵.

Así las cosas, aunque no existiera regulación sobre la materia, la jurisprudencia reconoció y atribuyó efectos a las relaciones de hecho. Sin embargo, con el transcurso de los años esa situación cambió y se comenzaron a regular las uniones extramatrimoniales; pionera en este ámbito fue Cataluña, comunidad que promulgó la Ley 10/1998 relativa a *Uniones Estables* en el año 1998.

Como se mencionó, hoy en día todas las comunidades en España han regulado las uniones de hecho, ya sea mediante leyes o decretos.

2. *Liquidación del régimen patrimonial de la convivencia.*

Antes de las regulaciones establecidas por las comunidades autónomas no se contaba con un estatuto que reglamentara el régimen patrimonial de las uniones de hecho, así se fueron generando diversos conflictos con respecto a la liquidación de los bienes y de los derechos adquiridos durante la convivencia, por lo que la jurisprudencia jugó un rol trascendental para zanjarlos.

Una de las alternativas para zanjar estas dificultades consistía en dar un tratamiento igualitario a la unión de hecho con el matrimonio. No obstante, tanto la doctrina como la

¹⁷⁵ SAP de Madrid 22 de Marzo de 1995, citada por SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. Las parejas de hecho y su marco legal. 1º Edición. Madrid. Editorial Reus. S.A. p.35.

jurisprudencia rechazaron este camino al establecer que los concubinatos carecían del vínculo matrimonial y, por tanto, no se les podía aplicar las normas de la sociedad de gananciales, al no ser estas uniones equiparables al matrimonio.¹⁷⁶ Así, la sentencia 184/1990 dictada por el Tribunal Supremo español establece que el matrimonio es una institución amparada por la Constitución española, por lo que el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo corresponde a un derecho constitucional, por su parte la convivencia de hecho no es una institución garantizada constitucionalmente. Por tanto, no existe inconstitucionalidad al otorgar un tratamiento distinto y más favorable a la unión matrimonial con respecto a las uniones de mera convivencia, como tampoco establecer medidas que promuevan el contraer matrimonio, esto siempre y cuando no coarte ni dificulte irrazonablemente la libertad que tiene un hombre y una mujer para convivir de hecho. Asimismo, se señala que tal distinción no sería contraria al principio de igualdad ni tampoco con el artículo 39.1¹⁷⁷ de la Constitución.

Así, el matrimonio constituye una institución reconocida constitucionalmente y garantizada; situación que no ocurre en la convivencia de hecho, sin embargo, no debe pensarse que ésta es inconstitucional, ilícita ni jurídicamente irrelevante, pero el rasgo distintivo es evidente. De esta manera, no sería constitucional equiparar la unión de hecho al matrimonio, como tampoco lo sería el hecho de negar la creación de familias de hecho o que discriminación arbitraria de la familia de hecho versus la familia matrimonial.

Habiéndose descartado la figura propia matrimonial para liquidar el régimen de la unión de hecho cabe preguntarse cuáles serían las soluciones aplicables, para esto primero debe recurrirse a la voluntad de las partes, en este sentido el Tribunal Supremo español ha entendido que las uniones de hecho se rigen principalmente por lo querido por los convivientes,¹⁷⁸ así si los convivientes han establecido pactos para regular la situación de los bienes adquiridos habrá que estarse a ellos, pero en el entendido que no existiesen habrá que mirar la voluntad tácita, entendiendo ésta como la forma en que se comportaron durante su relación. Este último supuesto da pie para que puedan ser aplicables figuras del derecho común, como la comunidad de bienes

¹⁷⁶ AGUDO, M. R. D. 2004. El principio de protección al conviviente perjudicado por la unión de hecho. Boletín del Ministerio de Justicia, 58(1966), 2100-2105. 2101p.

¹⁷⁷ Artículo 39 número 1 Constitución Española: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”

¹⁷⁸ SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. op. cit., p. 195.

o la sociedad, mas como se ha señalado anteriormente, éstas no se presumen por lo que será carga del actor probarlas.

En el SAP de Zaragoza del 2 de mayo de 2002 se establece que “La doctrina legal se puede pues resumir, estableciendo que: 1º) que las uniones matrimoniales y las paramatrimoniales no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes; 2º) que no es aplicable ni por analogía a esas uniones de hecho las normas que están establecidas específicamente para la regulación del matrimonio ni en particular la normativa del régimen económico matrimonial de gananciales y 3º) que para que pueda sostenerse que entre quienes mantuvieron este tipo de convivencia se constituyó una comunidad o una sociedad irregular es necesario, en particular para esta última, “la existencia de pactos inter partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1665 del Código Civil” (S. 22-7-93), pactos que podrán ser expresos o tácitos pero que en todo caso tiene que patentizar la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal.”¹⁷⁹

Se ha señalado, por tanto, que las normas del código Civil español relativas a la comunidad de bienes o a las sociedades pueden ser aplicadas a las uniones de hecho ya sea porque así se ha pactado, porque el comportamiento de los miembros señala de modo inequívoco su intención de someterse a estos regímenes o por aplicación de analogía.¹⁸⁰

2.1. Establecimiento de pactos.

Como se mencionó, la jurisprudencia española ha establecido que el régimen patrimonial aplicable a las uniones serán el que ellos hayan pactado. Es así que, si los convivientes han establecido pactos para regular sus relaciones no existiría a priori un problema.

Sin embargo, se han suscitado conflictos frente al hecho de que los convivientes decidan pactar un régimen económico matrimonial, frente a este escenario la doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas, existiendo un sector que considera válidos estos pactos, mientras que otro lo rechaza.

¹⁷⁹ Ibid. 195-196pp.

¹⁸⁰ Ibid. 198.

El sector que rechaza el establecimiento de estos pactos se funda en que ese régimen está previsto sólo para los casos de matrimonio y, además, el único medio válido para su establecimiento serían las capitulaciones matrimoniales las que deben extenderse por escritura pública.¹⁸¹

Otro sector de la doctrina y al cual adhiero, no ve problema alguno en establecer el régimen matrimonial a las uniones de hecho, toda vez que en España existe la libertad de pactar según el artículo 1255 del Código Civil¹⁸². Si se respetan los límites legales, los pactos de convivientes serán válidos mientras la convivencia se mantenga.

Por su parte, distintas jurisprudencias han establecido la licitud y validez de estos pactos, así se puede mencionar la sentencia del Tribunal Supremo español del 18 de mayo de 1992 que estimó “no ha de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen matrimonial, si expresamente se pacta.”¹⁸³

Asimismo, la SAP de Córdoba del 21 de abril de 1986 estableció “(...) no existe precepto alguno que prohíba la celebración de un contrato en cuya virtud las partes convienen en hacer comunes para ambos las ganancias o provechos obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, mientras convivan maritalmente, (...) Su base legal se encuentra en el artículo 1255 del Código Civil, al entender que este convenio no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público y en el artículo 1261 Cc, por reunir los requisitos de validez y eficacia de todo contrato (...).”¹⁸⁴

Como sostiene Carolina Mesa, las únicas razones concretas para sostener la invalidez de estos pactos sería, primero, considerar la convivencia extramatrimonial como una situación ilícita y, segundo, argumentar que dichos convenios carecen de causa al sostener que el derecho mantiene una postura de desconocimiento de la unión de hecho. Asimismo, señala, citando a Pantaleón Prieto, que es del todo erróneo considerar estos argumentos, toda vez que las uniones de hecho no corresponden a uniones inmorales, como tampoco el ordenamiento español mantiene una posición de desconocimiento frente a ellas. En definitiva, en virtud del principio

¹⁸¹ MESA MARRANO, CAROLINA. 1997. op. cit., p. 105.

¹⁸² Artículo 1255: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público

¹⁸³ Sentencia citada por MESA MARRANO, CAROLINA. 1997. op. cit., p. 107.

¹⁸⁴ Ibid. pp. 107-108.

de autonomía de la libertad (y al no estar reguladas las relaciones de las convivencias de hecho) parece adecuado y válido que las parejas regulen su unión de la forma que mejor les parezca.¹⁸⁵

2.2. Comunidad de bienes.

Sin necesidad de pacto expreso, la jurisprudencia española ha establecido que existe comunidad siempre que se acredite que la voluntad de los convivientes fue el hacer comunes todo o parte de los bienes adquiridos, aun cuando éstos se encuentren a nombre de sólo uno de los miembros de la pareja.

Moreno Quesada señala que las parejas bien pueden suscribir un pacto para establecer una comunidad, pero si nada dicen también puede ser formada una comunidad incidental¹⁸⁶, esta presenta cuatro requisitos: a) reconocimiento de la libertad de creación, b) existencia de actuaciones jurídicas de naturaleza patrimonial que impliquen a los dos convivientes, c) inaplicabilidad de los regímenes matrimoniales y d) inexistencia de causa ilícita.¹⁸⁷

La mayor dificultad probatoria para que se establezca una comunidad dice relación con establecer el ánimo de las partes para formar la comunidad, en la práctica se los tribunales han apreciado dicha voluntad cuando se adquieren bienes comunes, se abre una cuenta bancaria a nombre de ambos, explotan un negocio común, entre otras conductas.

En este sentido, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Supremo español pronunciada el 14 de mayo de 2004, en virtud de la cual se establece que existe comunidad cuando un bien se compró a nombre de ambos miembros, aunque el dinero afectivo haya provenido sólo de uno, así el tribunal razona en su fdm. dch. cuarto “Tal como se ha dicho, la compraventa otorgada en escritura pública es válida y eficaz, ya que ni se ha alegado ni se ha pedido su invalidez o su ineficacia. Por ella, con título y modo, ambos litigantes, entonces convivientes, adquirieron “por mitades indivisas”, como se dice literalmente. (...) la prueba de la aportación económica no

¹⁸⁵ MESA MARRENO, CARLINA. 1997. op. cit., pp. 108-109.

¹⁸⁶ El artículo 392 Código Civil Español señala: “Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.” Es así que debemos entender la comunidad incidental como aquella no regulada por medio de contratos.

¹⁸⁷ MORENO QUESADA, BERNARDO. 1996. La comunidad de bienes surgida en la convivencia de parejas de hecho, citado por SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. op. cit., p. 199.

implica la consecuencia jurídica de la propiedad exclusiva de lo adquirido, siendo así que el negocio jurídico de adquisición no ha sido impugnado y dándose el caso de las aportaciones personales de la convivencia concurren con las económicas, siendo indiscutible que el ahorro y el esfuerzo para tal adquisición son comunes. Por tanto, no puede estimarse la demanda en que pide la declaración de propiedad exclusiva de la vivienda adquirida en común.”¹⁸⁸

Asimismo, otra sentencia del Tribunal Supremo español dictada el 26 de enero de 2006¹⁸⁹, estableció que si existía comunidad en el caso de que se edificara en el suelo propio de la mujer. En este caso una pareja fue cotitular de distintas cuentas de ahorro y adquirieron un terreno proindiviso, posteriormente, el varón cedió la mitad del terreno a la mujer y construyeron una vivienda la cual fue costeada por ambos convivientes.

Al término de la relación, el varón solicita se declare que el 50% de los bienes adquiridos dentro de la unión le sean adjudicados, al haber existido una comunidad a lo que la mujer se opuso. La sentencia de primera y segunda instancia y la de casación declararon que la construcción pertenecía a ambos de forma proindiviso y no aplicaron las reglas generales de la accesión, por entender que existió una voluntad tácita de crear una comunidad respecto a la edificación.

2.3. Sociedad irregular.

La sociedad irregular consiste en aquella sociedad civil que tiene la fuerza de obligar y genera derechos y obligaciones entre los socios, pero que carece de personalidad jurídica porque sus pactos permanezcan ocultos y se contrate a nombre propio con terceros¹⁹⁰.

No habría problema en que los convivientes celebrasen una convención en la cual se pactara que sus relaciones patrimoniales se regirán por el contrato de sociedad, empero, si dichos pactos no se han realizado se deberá acudir a la justicia para que se declare la existencia de dicha sociedad. Como ya se ha mencionado, no se presumen la existencia de sociedad por la sola

¹⁸⁸ Sentencia citada por SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. op. cit., p. 204.

¹⁸⁹ Ibid. pp. 205-206.

¹⁹⁰ El artículo 1665 del Código Civil español define La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias; por su parte, el artículo 1669 del mismo código señala que No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.

circunstancia de existir una convivencia de hecho, sino que es necesario demostrar la *affectio societatis*, dicho elemento se concreta cuando los concubinos han cooperado con su trabajo en la obtención de ganancias o, bien, cuando han aportado de forma recíproca bienes para llevar a cabo un negocio común.¹⁹¹

Aunque la inexistencia de pactos escritos y el hecho de que los concubinos contraten con terceros a nombre propio pueda suponer que existe una sociedad irregular (como lo señala la norma), la jurisprudencia se ha mostrado reacia a declarar la existencia de una sociedad, toda vez que no resultan suficientes los presupuestos antedichos, como tampoco el haber establecido en conjunto de una actividad laboral o comercial, sino que se deben reunir los todos los requisitos de la sociedad y, en especial, la *affectio societatis*, el cual, se dice, es el más difícil de probar.

Varios fallos han negado la existencia de una sociedad al carecer de la *affectio*, entre los cuales podemos destacar la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo español del 11 de diciembre de 1992: “La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial, que aún siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siempre ha de estimarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que, en las uniones que dan lugar a la convivencia *more uxorio*, prefieran, quienes la forman, mantener su independencia económica”¹⁹²

Se ha entendido que sólo puede declararse la existencia de la sociedad cuando aparezca de modo inequívoco que los convivientes tenían la intención de hacer comunes todos los bienes y ganancias adquiridas durante la unión. Se destaca la sentencia de 18 de marzo de 1995, del TS, que declaró la existencia de una sociedad civil irregular de carácter universal, pues quedó probado que los concubinos “(...) ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente o individualmente uno de ellos pero para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común había consolidado (...)”¹⁹³

¹⁹¹ SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. op. cit., p. 221.

¹⁹² Sentencia citada por MESA MARRENO, CAROLINA. 1997. op. cit., p. 134.

¹⁹³ Ibid. p. 136.

3. *Mecanismos jurídicos que amparan la protección de la pareja de hecho.*

La pareja de hecho, al ser una realidad social, debe ser protegida por el derecho al igual que el matrimonio, pues ambas constituyen una familia. Como antiguamente no existía una regulación patrimonial respecto a estas uniones, la jurisprudencia aplicó ciertos principios para salvaguardar la estabilidad del conviviente desfavorecido producto de la disolución de la relación. Para lograr este objetivo se han integrado normas referentes al matrimonio para regular, de alguna forma, las rupturas de los concubinatos.

Como se ha explicado latamente, en España se niega por completo la equiparación del matrimonio a las uniones de hecho, por dicha razón no es fácil realizar esta integración de normas, puesto que se sostiene que ciertas instituciones son propias del matrimonio y, por tanto, no se pueden extrapolar a otros vínculos afectivos. Para solucionar dicho problema, los tribunales han recurrido a la analogía, como también a los principios generales del derecho.

Son diversas las sentencias que han recurrido a la analogía, tanto *legis* como *iuris*¹⁹⁴, para los supuestos de convivencias de hecho. En algunas se ha aplicado, mientras que en otras se han rechazado, sin que exista una línea jurisprudencial clara para llenar el vacío legal existe en estas relaciones.¹⁹⁵

Me parece adecuado el razonamiento de De Amunátegui quien entiende que recurrir a la analogía no supone una creación judicial de derecho, pues si bien reconoce la inaplicabilidad de utilizar de plano las normas relativas al matrimonio a las uniones de hecho, sí existe la posibilidad de aplicar alguna norma concreta. Lo importante para la autora es averiguar el fundamento y los intereses de la norma y una vez constatado que más que el matrimonio es la relación de convivencia la que inspira a la norma se debería permitir su aplicación a través de la analogía a las uniones de hecho.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Muchos autores indican que la analogía *legis* es la recogida en el art. 4 del CC (Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón) «procede de lo particular a lo particular», mientras que la analogía *iuris* es la obtención de un principio general del derecho de modo deductivo, parte de una serie de normas para aplicarlo al caso no regulado de que se trata. Pie de página citado por SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. op. cit., p. 168.

¹⁹⁵ Ibid. p. 168.

¹⁹⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA. 2002. Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables. 1º edición. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. Pp. 187-188.

3.1. Principio general de protección del conviviente perjudicado.

La sentencia del Tribunal Supremo español dictada el 10 de marzo de 1998 es innovadora y se dice que plantea un cambio jurisprudencial con la aplicación del principio general de protección del conviviente perjudicado declarando la inaplicabilidad por analogía con respecto al matrimonio.

En sus razonamientos se establece que la convivencia de hecho, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, no se encuentra regulada ni sancionada por la legislación, como tampoco prohibida por el derecho. Es así que, para regularla, se debe recurrir a los principios generales del derecho. En este entendido se citan dos sentencias una del 20 de octubre de 1994 y otra del 16 de diciembre de 1996, ambas del Tribunal Constitucional, la primera señala que las en ciertos casos las uniones de hecho pueden ser causas legítimas de alguna reclamación; y la segunda agrega que si bien se deben excluir las normas aplicables al matrimonio con respecto a las uniones de hecho, esta exclusión no puede extenderse al hecho de que derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que se susciten a razón de estas uniones entre la pareja e incluso entre la pareja y terceros.

Señala el fallo que el principio aplicable para la resolución de estos conflictos no sería otro que el de protección al conviviente perjudicado, principio que deriva de diversas normas constitucionales¹⁹⁷, de normas de derecho privado¹⁹⁸, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del mismo TS.

En virtud de tal razonamiento me parece dable citar el fdm. dch. Número 4: “La sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 del Código Civil¹⁹⁹ y la doctrina

¹⁹⁷ Principio de dignidad de las personas, principio de igualdad, principio de protección a la familia

¹⁹⁸ Artículo 96 Código Civil Español: En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

¹⁹⁹ Véase pie de página anterior.

jurisprudencial pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de las demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en este caso protección referida a la atribución del uso de la vivienda familia, muebles y plaza de aparcamiento asignada a la vivienda.”

Es así como la mentada sentencia, sin realizar una analogía del artículo 96 del Código Civil equiparando las normas previstas para el matrimonio a las uniones de hecho, lo entiende como un principio general, en el entendido que ésta debe ser una norma aplicada por el hecho de existir una relación de pareja (sea matrimonial o no), convirtiéndose, por tanto, en un principio de resguarda el interés del conviviente desprotegido.

3.2. Teoría del enriquecimiento sin causa.

Esta teoría como forma de resolver los conflictos derivados de las uniones de hecho ha tenido un fuerte asidero en la jurisprudencia española, estimándose por algunos que sería la vía más apropiada y solicitada para compensar los desequilibrios patrimoniales causados por la ruptura de la unión en casos que no es posible probar una comunidad de bienes u otras formas societarias.²⁰⁰

Esta teoría presenta como núcleo el evitar el enriquecimiento de uno de los convivientes en desmedro del empobrecimiento del otro. Las exigencias para la aplicación de este principio no difieren sustancialmente a las exigidas en el ordenamiento nacional, recayendo en a) aumento del patrimonio de un conviviente; b) correlativo empobrecimiento del otro; c) falta de causa que justifique este enriquecimiento y; d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de este principio.

La sentencia del Tribunal Supremo español dictada el 31 de marzo de 1992 señala : “La *conditio* puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido incluso con ignorancia o buena fe por parte del provocador, ya que la doctrina del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo cual es

²⁰⁰ SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. op. cit., p. 171.

compatible con la buena fe (...) La operatividad del enriquecimiento injusto basta que se ocasionen unas ganancias, ventajas patrimoniales o beneficios sin un derecho que los apoye o advere, con derivado empobrecimiento o minoración patrimonial o de utilidad en la parte afectada”.²⁰¹

En este sentido se ha entendido que si el trabajo de uno de los convivientes sólo generó un aumento en el patrimonio del otro y no en el propio, se tiene el derecho de que esto sea resarcido al momento de la disolución de la relación. El trabajo realizado por el conviviente desfavorecido puede ser dentro o fuera del hogar, así el trabajo dedicado a la familia también debe ser recompensado.

En esta línea cabe destacar la apreciación de García Rubio quien sostiene que la aplicación de dicha teoría es discutible en los casos que uno de los convivientes se haya dedicado al cuidado de los hijos y del hogar, pues el conviviente que decide trabajar para el hogar común lo hace a cambio de nada. De esta forma, sólo sería aplicable esta teoría en los casos que la contribución haya sido excesiva en relación a la contribución del otro, bien porque la no remuneración al trabajo realizado sea redundante en el aumento del patrimonio del otro o, bien porque aunque no exista un trabajo excesivo el otro conviviente incumple un deber moral que también le incumbe.²⁰²

No adhiero a la opinión del autor, pues pienso que es del todo incorrecto suponer a priori que el conviviente empobrecido tuvo la intención de realizar sus trabajos de un modo gratuito, más bien, a mi entendimiento, estos trabajos se realizan sin una correlativa remuneración al existir la expectativa razonable de que la relación perdure y, por tanto, se mantengan inmutables las circunstancias económicas de ambos. En segundo lugar, pienso que esta teoría debe ser aplicada en el caso de que se cumplan los supuestos ya previstos, no pudiendo agregarse que dicho enriquecimiento deba ser excesivo, máxime por ser un supuesto de difícil estimación al no estar consagrado un rango que lo delimite y, además, por la profunda variación que podría existir en la aplicación de distintos casos.

Ahora, dejando de lado la apreciación del autor, cabe hacer presente que si bien la teoría del enriquecimiento injustificado ha servido para solucionar numerosos conflictos referente a

²⁰¹ Sentencia citada por SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. op. cit., p. 172.

²⁰² Pie de página citado por SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. op. cit., p. 171.

esta materia no debe estimarse que el hecho de la convivencia extramatrimonial genera en sí la aplicación de este principio, toda vez que estos aumentos y empobrecimientos patrimoniales deben ser probados, no bastando el simple abandono para alegar un perjuicio, así la sentencia del Tribunal Supremo español dictada con fecha 5 de febrero de 2004 declaró “Todo ello hace que no se deba tener en cuenta la teoría del enriquecimiento injusto alegada por la parte recurrente, ya que no se ha demostrado un perjuicio patrimonial que le afecte, ni un enriquecimiento consecuente en el patrimonio de su pareja. Pero sobre todo no se ha comprobado que uno solo de los miembros de la unión de hecho, se haya aprovechado del trabajo y esperanzas del otro, y no se ha determinado patrimonio alguno adquirido durante la convivencia.”²⁰³

SITUACIÓN LATINOAMERICANA

En gran parte de Hispanoamérica las uniones extramatrimoniales son más comunes que las matrimoniales, la pobreza, la ignorancia y la lejanía de los ciudadanos con las instituciones civiles han causado que las personas no formalicen su vínculo de pareja. Dicho escenario constituye la razón de que exista una gran regulación de las uniones de hecho, así, la encontramos en países como Bolivia, Paraguay, Panamá, Perú, Guatemala, México, entre otros.²⁰⁴

No es casual que en el continente exista afluencia de este tipo de relaciones, sino que responde a causas culturales dentro de las que podemos mencionar: la gran marginalidad social, económica y cultural que existe en ciertos sectores de la población y la fuerte influencia indígena presente en el continente, lo que configura que se celebren “matrimonios” según las leyes propias de la etnia, los cuales quedan desamparados de la legislación civil siendo, en definitiva, uniones de hecho.

En ciertos países resultaba crucial legislar sobre la materia, con el fin de que producto de la unión procedieran derechos y obligaciones que tuvieran un régimen legal común o que la

²⁰³ Sentencia citada por SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. op. cit., p. 178.

²⁰⁴ MESA MARRERO, CAROLINA. 1997. op. cit., p. 74.

unión se convirtiera en un matrimonio con el transcurso del tiempo²⁰⁵. Con esta legislación positiva se logra que los convivientes se vayan incorporando a la organización social y, asimismo, que los miembros de la familia extramatrimonial sean protegidos por el derecho.²⁰⁶

En lo que sigue se analizará Argentina y Perú, ambos países legislaron respecto a las uniones de hecho, en el año 2015 y 1978, respectivamente.

A. Argentina

Según señala Gustavo Bossert, antiguamente la gran cantidad de concubinatos en Argentina se debía a la falta existencia de un divorcio vincular, situación que cambió en 1987 con la publicación de la ley 23.515, momento en que se reconoce dicha manera de poner término al vínculo matrimonial.²⁰⁷

Sin embargo, la entrada en vigencia de esta ley no impidió que los argentinos siguiesen viviendo en convivencias extramatrimoniales, es por ello que en el año 2015, con la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación, se instaura la figura convivencia estable la cual tiene por fin dotar de efectos jurídicos a las uniones de hecho de parejas homo y heterosexuales.

1. Regulación anterior al Código Civil y Comercial de la Nación.

Desde 1869 hasta el año 2015 regía en Argentina el “Código Civil de la República Argentina”, llamado por algunos, en honor a su autor, Código Civil de Vélez Sarsfield. En dicho cuerpo normativo existían algunas disposiciones que hacían referencia al concubinato y, por el contenido de su redacción. se puede establecer que dicha legislación miraba con recelo las uniones de hecho, dentro de estas disposiciones encontramos:

- Artículo 210: Todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que los percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge.

²⁰⁵ Un ejemplo de este caso lo encontramos en Panamá, así, su artículo 53 del Código de Familia señala: La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco (5) años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad surtirá todos los efectos del matrimonio civil.

²⁰⁶ MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA y WEINSTEIN, GRACIELA. s/f. op. cit., p. 200.

²⁰⁷ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p.5.

- Artículo 3574, inciso 4: En todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge.
- Artículo 223 número 1: Si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno. La nulidad tendrá los efectos siguientes:
 1. La unión será reputada concubinato.

Por su parte, existía una disposición que si bien no protegía el concubinato, protegía la filiación de los hijos nacidos dentro de él. El artículo 257 que disponía: El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario. A su vez, el artículo 218 establecía una equiparación del matrimonio con el concubinato en la prestación alimenticia y el derecho de asistencia, así, estos beneficios cesarían si se contrajeran nuevas nupcias o uno de los cónyuges viviese en concubinato.

Así las cosas, el derecho argentino anterior no era completamente abstencionista en su regulación sobre la materia en estudio, pues además de las normas citadas, existieron grandes discusiones respecto a la pensión que podía recibir la concubina por la muerte de su conviviente y respecto al contrato de arrendamiento cuando había cesado la convivencia, ambas cuestiones se verán más adelante.

2. Regulación comprendida en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Las uniones convencionales se encuentran reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación en el Título III del Libro Segundo, en los artículos 509 y siguientes. Si bien no se las define, sí se describen una serie de características en su artículo 509 al señalar: “(...) la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.”

Los requisitos para que estas uniones produzcan efectos jurídicos no son muy distintas a las mencionadas al principio de este trabajo. Sin embargo, no producirán efectos las uniones

que se mantengan si uno de los convivientes se encuentra casado o mantiene inscrita otra unión convencional²⁰⁸.

Otro punto importante a destacar es el tema del registro. El artículo 511 señala que la existencia de la unión convencional, su extinción y sus pactos se debe inscribir en el registro de la jurisdicción local que corresponda para fines probatorios. Este tema ha generado confusión en tanto se estaría exigiendo una formalidad para constituir la unión de hecho, mas las dudas respecto al punto deben ser disipadas y se debe entender que esta inscripción es facultativa y, como señala la ley, su finalidad es la prueba.²⁰⁹

No obstante, el carácter facultativo de las inscripciones se va perdiendo cuando se quiere hacer valer la unión frente a terceros, es así que si se han celebrado pactos entre los convivientes éstos deben ser inscritos (en conjunto con la convivencia) y sólo mediante este acto las convenciones serán oponibles a terceros. Asimismo, si la unión se encontraba inscrita se debe inscribir su cese, pues aunque para las partes el cese es inmediato, para los terceros surgirá efecto desde su inscripción, así lo señala el artículo 517²¹⁰.

3. Efectos patrimoniales en las uniones convencionales.

Como ocurre en la mayoría de las uniones de hecho, mientras éstas gozan de estabilidad y armonía no existen inconvenientes respecto a los efectos de la relación, pero cuando la unión cesa se producen todo tipo de diferencias.

Antes de la reglamentación de las uniones convencionales, Argentina se encontraba en una posición abstencionista, por lo que los conflictos eran resueltos por la jurisprudencia y se

²⁰⁸ Artículo 510 CCyC: Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea.

²⁰⁹ El profesor Joel González, en su libro “Acuerdo de unión civil” Editorial Thomson Reuters, 2017, tilda a las uniones convencionales con el carácter uniones de hecho formalizadas, estas uniones serían aquellas que engloban al PaCS y al AUC. Contrariamente a lo sostenido por el autor, considero que las uniones convencionales no revisten este carácter, pues su inscripción no es óbice para que la relación pueda ser formalizada, sino que su finalidad es únicamente probatoria.

²¹⁰ Artículo 517: Momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de los terceros. Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos. Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura

decretaba la forma en que se liquidaría esta unión, ya sea estableciendo una comunidad, sociedad de hecho, aplicando el principio de enriquecimiento sin causa, etc., pero no existía una línea jurisprudencial zanjada, sin embargo, lo único que se encontraba claro era el rechazo a realizar una analogía con el matrimonio.²¹¹

3.1. Existencia pactos.

Como ya se ha mencionado, en Argentina son válidos los pactos entre convivientes, estos son sumamente flexibles, así dichos pactos pueden recaer en la organización de la vida familiar o en la organización de los bienes en caso de ruptura, los límites se encuentran definidos por el orden público. De modo ejemplificativo el artículo 514 del Código Civil y comercial de la Nación menciona que los pactos pueden recaer en a) la contribución a las cargas del hogar, b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura y c) La división de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, en caso de cese de convivencia.

Se señala que para el establecimiento de los pactos éstos deben ser escritos y si bien la forma más eficaz sería establecer los pactos por escritura pública (pues estos dotan de fecha cierta, facilita su registración, entre otros), la ley no los ha limitado a tal instrumento porque el legislador argentino tuvo en cuenta las diferentes realidades familiares, socioeconómicas y culturales, considerando especialmente los datos estadísticos que reflejaban que la mayor cantidad de convivientes correspondía a la población con más carencias. En consecuencia, con el objeto de proteger a todas las familias, se han internado evitar trabas y, por consiguiente, el único requisito de los pactos es su escrituración.²¹²

Finalmente, es menester señalar que estos pactos pueden ser modificados y deben ser inscritos para que surjan efectos respecto a terceros. En el caso de cese de la unión, éstos se extinguirán de pleno derecho en lo que respecta a los convivientes, y al momento de la inscripción del cese para que tenga efectos respecto a terceros.

²¹¹ MOLINA DE JUAN, MARIEL F. 2019. Las uniones convencionales en el derecho argentino, Revista de actualidad jurídica Iberoamericana (11): 200-223, p. 208.

²¹² MOLINA DE JUAN, MARIEL F. 2019. op. cit. P. 210.

3.2. Límites a los pactos

Las reglas específicas que señala la ley a propósito de los límites a los pactos entre los convivientes se encuentran en el artículo 513, disposición que exige que consten por escrito y que no pueden dejar sin efecto lo prescrito en los artículos 519, 520, 521 y 522:

- Deber de asistencia (artículo 519): la comunidad de vida lleva aparejada ciertas atribuciones personales que los convivientes deben cumplir. Así, en el caso que se pacte que los convivientes no se deben asistencia el pacto carecerá de valor.
- Contribución a los gastos del hogar: en el caso de que no se realicen pactos se registrarán conforme al artículo 455 según lo establecido para los cónyuges, así deberán concurrir en proporción a sus recursos²¹³. Ahora, si se celebran pactos éstos no pueden recaer sobre sólo uno de los convivientes, pues afectaría en principio de igualdad que se establece como un límite.

Respecto al trabajo doméstico se ha aceptado que tiene valor como aporte en los gastos.²¹⁴

- Obligaciones con terceros: los convivientes serán solidariamente responsables por las deudas que cualquiera de ellos hubiese contraído cuando hayan sido a beneficio de los hijos o del hogar común, se aplica la misma regla que en el caso de los cónyuges²¹⁵. Ahora bien, si se hubiese acordado que sólo uno se haría cargo de una deuda específica o si dicha deuda excede la proporción de los recursos que uno debiese pagar, luego de haberse pagado al acreedor, se podrá repetir contra el otro conviviente, en los términos del artículo 840²¹⁶.
- Protección a la vivienda familiar: en que respecta a la vivienda familiar no es baladí si la unión se encuentra inscrita o no, pues si se encuentra inscrita se deberá disponer

²¹³ Artículo 455 CCyC: Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

²¹⁴ MOLINA DE JUAN, MARIEL F. 2019. op. cit., p. 212.

²¹⁵ Artículo 461 CCyC: Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455.

²¹⁶ Artículo 840 CCyC: Contribución. El deudor que efectúa el pago puede repetirlo de los demás codeudores según la participación que cada uno tiene en la deuda. La acción de regreso no procede en caso de haberse remitido gratuitamente la deuda.

de consuno respecto a los derechos sobre dicha vivienda y sobre los muebles que la guarnecen. Se señala que el juez puede autorizar la disposición del bien, siempre que no comprometa los intereses de la familia. En el caso de no mediar autorización ni consentimiento del otro conviviente, éste tiene legitimación para demandar la nulidad del acto que se haya ejecutado, siempre que continuase la convivencia. Por último, la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas posteriormente a la inscripción de la convivencia, con la excepción de que se hayan contraído de consuno o por uno con el consentimiento del otro.

En concordancia con los artículos mencionados, esta disposición no puede ser objeto de pactos.

4. Evolución respecto a la legislación de pensiones y de alquiler.

Respecto a éstas y otras materias se sostuvieron variadas discusiones, como también distintas legislaciones que trataron de regularlas. Ambas han quedado zanjadas con la legislación actual, sin embargo, es interesante revisar someramente su evolución.

4.1. Derecho de pensión a los convivientes.

En los años sesenta y setenta se sancionaron aisladas disposiciones que conferían derechos de pensión a la concubina por el conviviente-trabajador fallecido. Por lo general se establecían requisitos tales como una relación de permanencia por un tiempo determinado; asimismo, la relación debía ser notoria y el trato entre los concubinos debía ser similar al de marido y mujer; y era menester la comunidad de habitación y vida. Dichas disposiciones fueron derogadas en el régimen militar.²¹⁷

A modo ejemplificativo, en 1961 se promulgó en la ciudad de Buenos Aires la ordenanza N° 18.447, que extendió los derechos de la viuda a la concubina en caso de que el trabajador hubiese fallecido, cumpliéndose los siguientes requisitos: a) no mediaran impedimentos matrimoniales, b) hubiese vivido públicamente con el fallecido durante un plazo mínimo de

²¹⁷ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 256.

cinco años y c) que la concubina hubiese tenido un hijo reconocido por ambos o presentarse prueba instrumental. La ordenanza fue posteriormente derogada por el decreto N° 4270/63.²¹⁸

En 1973, en la misma ciudad, se dictó la ordenanza N° 27.944, estableciendo para la concubina los mismos derechos que para la viuda, siempre que la pareja hubiese convivido públicamente, en aparente matrimonio, durante cinco años inmediatos al fallecimiento. La diferencia de esta ordenanza con la anterior es que no se exigía que los concubinos no tuviesen incapacidad para contraer matrimonio. Fue derogada por el decreto 1645/78.²¹⁹

Entretanto, la jurisprudencia argentina también jugó un rol, sobre todo en los periodos que no hubo regulación legal de la materia. Por lo general la reclamación hecha por la concubina era rechazada, empero, en algunas sentencias se estableció el derecho a favor de ellas, se puede mencionar, como ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema 20/12/56 en la cual se otorgó el beneficio cuando los concubinos habían contraído matrimonio religioso. Este matrimonio era inexistente a los ojos de la ley civil, pero la Corte otorgó el derecho a favor de la mujer, pues se dijo que el fin del derecho previsional es prever y cubrir riesgos de subsistencia que se presentan para todas las personas, aunque su estado civil no sea perfecto.²²⁰

Actualmente, la discusión de encuentra zanjada por la ley N° 32.570 que establece que: “Tendrá derecho a la pensión la conviviente o el conviviente, en el mismo grado y orden y con las mismas modalidades que la viuda o el viudo, en el supuesto que el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos años cuando hubiere descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite en el goce de la pensión, salvo que el causante hubiera estado contribuyendo al pago de los alimentos, que éstos hubieran sido reclamados fehacientemente en vida o que el causante fuera culpable de la separación; en estos tres casos el beneficio se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.”

²¹⁸ Ídem.

²¹⁹ Ibid. pp. 256-257.

²²⁰ Citado por BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 262

4.2. Derecho sobre la vivienda alquilada.

El debate que se produjo respecto a esta materia fue impulsado por la ley N° 13.581, de 1949, la que, en su artículo 8 estableció lo siguiente: “En caso de fallecimiento del inquilino de una vivienda, la prórroga beneficiará a los miembros de su familia y personas que habitualmente a su cargo vivieren con él.”²²¹ Por su parte, el artículo 1496 disponía: “Los derechos y obligaciones que nacen del contrato de locación, pasan a los herederos del locador y del locatario.” En respuesta a esta disposición legal, surgen dos corrientes interpretativas. La primera señalaba que la concubina no podía subrogarse los derechos del arrendatario, toda vez que no era parte integrante de la familia, ni tampoco estaba legalmente a cargo de él; de forma contraria, se señalaba que la norma hacía referencia a la familia real, sin importar el estado civil de quienes habitaba.²²²

En 1960 se promulga la ley N° 15.775, que modificó las reglas respecto de quiénes podían subrogarse en el contrato de locación, en caso de fallecimiento o abandono voluntario del inquilino: “a) los miembros de la familia y b) las personas que hubieran estado a su cargo y recibido de él trato familiar, con tal de que hubieren convivido con él de forma habitual y continuada durante un mínimo de un año anterior al fallecimiento o abandono.”²²³ En 1965, esta ley es reemplazada por la ley N° 16.739 que hace prácticamente suya la disposición anterior. Con estos preceptos normativos se aleja de dudas que la concubina sí se subrogaría el contrato de arrendamiento.

La ley N° 23.091 volvió a regular la materia siguiendo las mismas directrices que las leyes anteriores, señalando, además, que pueden continuar en la vivienda hasta el vencimiento del contrato quienes acrediten haber convivido y recibido del locatario un ostensible trato familiar. En dicha ley no se establecía un plazo de convivencia.²²⁴

Actualmente, el derecho del conviviente a permanecer en la vivienda arrendada se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 526 del Código Civil y Comercial de la Nación, al regular sobre la atribución de vivienda familiar, este artículo dispone en su inciso

²²¹ Artículo citado BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 186.

²²² Zannoni A, Eduardo., citado por BAEZ AGUIRRE, DANIELA Y SEPÚLVEDA, CLAUDIA. 2004. op. cit., p. 78.

²²³ BOSSERT, GUSTAVO. 1992. op. cit., p. 186.

²²⁴ Ciarrocca de Cervetto, Laura, citado por BAEZ AGUIRRE, DANIELA Y SEPÚLVEDA, CLAUDIA. 2004. op. cit., p. 79.

cuarto que: “Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose él obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.” Es así que hoy en día no hay lugar a dudas que existe el derecho a subrogación del otro conviviente.

*5. Diferencias con el matrimonio*²²⁵

Si bien algunos efectos de las uniones convencionales son similares a los del matrimonio, esta similitud no se extiende a toda órbita, pudiendo mencionar algunas diferencias importantes entre ambos:

- Parentesco por afinidad: sólo el matrimonio genera dicho parentesco.
- Régimen patrimonial: los cónyuges quedan sujetos a la comunidad de ganancias o de separación; mientras que en las convivencias se estará a lo dispuesto en los pactos, en el caso de que no existan los bienes ingresarán al patrimonio de quien los adquiera.
- Derechos sucesorios: el conviviente no tiene derechos sucesorios intestado, el cónyuge, por su parte, es legitimario.
- Alimentos: el cónyuge divorciado puede solicitarle alimentos al otro, mientras que el conviviente separado no goza de este derecho.
- Apellido: el cónyuge puede adicionarse el apellido del otro, en el caso de la convivencia ambas partes mantienen su apellido y no gozan de la facultad.

B. Perú

Las estadísticas peruanas indican un aumento significativo de las parejas de hecho en su población. En el Censo realizado el año 2017²²⁶, se aprecia que, de un total de 23.196.391 personas censadas desde los 12 años en adelante, 6.195.705 aseveran formar parte de una relación de hecho, dicha cantidad corresponde al 26,7% de la población.

²²⁵ Diferencias extraídas de MOLINA DE JUAN, MARIEL F. 2019. op. cit., pp. 205-206.

²²⁶ Véase https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf informe en:

El número de convivientes ha aumentado progresivamente desde el año 1981 al año 2017; así, en el año 1981 un 12% de la población convivía en una unión de hecho, el año 1993 el porcentaje era de un 16,3%, para el año 2007 el porcentaje aumenta a un 24,6% y, finalmente, en el año 2017 el porcentaje corresponde a un 26,7%. Por su parte el porcentaje de casados ha disminuido, pasando del 38,4% en el año 1981 hasta culminar con un porcentaje de 25,7% para el año 2017.

Como se aprecia, la tendencia es que las relaciones de hecho han ido en aumento, mientras que los matrimonios han disminuido, llegando a ser, para el año 2017, menor el porcentaje de estos últimos que de los primeros.

1. Características de las uniones de hecho en el Perú

En Perú se encuentran reguladas las uniones de hecho, tanto en la Constitución Política, en el Código Civil como en otros cuerpos normativos. Así, se las ha dotado de reconocimiento al establecer que de ellas derivan efectos jurídicos. Sin embargo, se debe tener presente que no todo concubinato se encuentra protegido, puesto que debe diferenciarse el concubinato en sentido estricto (propio o puro) y el concubinato en sentido amplio (impropio o concubinato adulterino). El primero de ellos supone que entre los miembros de la unión no existe impedimento para contraer matrimonio; mientras que en el segundo sí existe, ya sea porque alguno de los convivientes se encuentra unido por un vínculo matrimonial con un tercero o por alguna otra causa legal; es así que sólo el primero de éstos es el que está amparado por el ordenamiento jurídico.²²⁷

Por lo demás, se ha establecido que estas uniones deben ser heterosexuales y monogámicas. Para conformar un hogar de hecho se debe compartir habitación, techo y lecho, es así que las parejas deben llevar su vida como si éstas fuesen cónyuges. La permanencia dentro de esta unión debe durar por lo menos dos años y la apariencia de vida conyugal debe ser pública y notoria.²²⁸

²²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional EXP. N.º 06572-2006-PA/TC, 06 de noviembre de 2007.

²²⁸ Ídem.

Como se puede vislumbrar, las características señaladas en el ordenamiento peruano no presentan grandes diferencias con las señaladas al principio de este trabajo. No obstante, cabe hacer la distinción de que en el Perú no puede constituirse un concubinato si uno de los convivientes se encuentra unido por un vínculo matrimonial con un tercero, ya que esto derivaría en un concubinato impropio, el cual no es merecedor de tutela jurídica por parte de dicho ordenamiento.

Por otra parte, también se priva del este reconocimiento a las parejas del mismo sexo, quienes quedan desamparadas de la protección estatal.

Es así como la legislación peruana no dota a los concubinatos impropios de los efectos jurídicos pertenecientes a las uniones de hecho, empero no los desampara absolutamente, pues el interesado tiene a su merced la acción de enriquecimiento indebido.

2. Regulación constitucional de las uniones de hecho en el Perú

La Constitución peruana de 1979²²⁹ señalaba en su artículo 9 que la unión de hecho entre un hombre y una mujer (que cumpliera con las condiciones que señaladas por la ley) daría lugar a una sociedad de bienes, la cual se sujetaría al régimen de sociedad de gananciales. Ahora bien, aunque dicha constitución establecía un régimen patrimonial a estas uniones no garantizaba protección a éstas, sino que únicamente a la matrimonial, esto se vislumbraba en su artículo 5 el cual disponía que el estado protegía al matrimonio y a la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. De la afirmación anterior se colige que la protección otorgada por el Estado era a la familia que surgía netamente del matrimonio, desamparando así las familias que surgían por una unión de hecho. Se piensa que anterior se debía a una visión fuertemente conservadora de la época que miraba a la familia surgida del matrimonio como la única merecedora de protección por parte del Estado.²³⁰

La protección cambia con la nueva Constitución Política del Perú del año 1993, así se establece un cambio respecto a la protección de la familia, estableciendo en su artículo 4, inciso

²²⁹ Véase texto íntegro: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>

²³⁰ DEL ÁGUILA, JUAN CARLOS. 2020. La convivencia, la unión de hecho y su situación frente al matrimonio [En línea] Perú <<https://lpderecho.pe/convivencia-union-de-hecho-situacion-frente-matrimonio-por-juan-carlos-del-aguila/>> [consulta, 23 de marzo de 2021]

primero: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.” La nueva redacción deja de lado el copulativo entre familia y matrimonio, es así como se comienza a dotar de protección a todo tipo de familia, independiente de la forma en que éstas surjan.

3. Regulación legal de las uniones de hecho en el Perú

Desde esta perspectiva, el Código Civil, en su artículo 326 establece directrices sobre las uniones de hecho y la Ley N° 30.007, que modificó el Código Civil y estableció derechos sucesorios para los convivientes.

3.1. Regulación en el Código Civil

El artículo 326 del Código Civil peruano, complementa lo señalado en la Constitución al señalar que la unión de hecho debe realizarse voluntariamente, mantenida por un hombre y una mujer libres de impedimentos matrimoniales y que debe cumplir deberes semejantes al matrimonio, ésta además debe durar por lo menos dos años y en el caso de que se cumplan dichos requisitos originará una sociedad de bienes los que se sujetan al régimen de los gananciales.

Asimismo, señala las formas por las que ésta puede terminar, a saber, por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, como se señaló en apartados anteriores, en el caso de que la unión termine por el último motivo el conviviente abandonado tendrá derecho a una indemnización o a una pensión de alimentos, según escoja.

Este artículo reconoce derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, además contempla la acción de enriquecimiento indebido para el caso de que el concubinato no haya cumplido con los requisitos legales.

- Sociedad de gananciales

Dicho lo anterior, es importante entender la sociedad de gananciales, régimen regulado en relación al matrimonio. Dentro de este régimen encontramos dos patrimonios: los bienes propios de cada cónyuge (artículo 302²³¹) y los bienes de la sociedad (artículo 310²³²).

El primero de estos patrimonios es administrado por cada cónyuge, pudiendo vender y gravar los bienes a voluntad (artículo 303); mientras que la administración del patrimonio social corresponde a ambos, sin embargo, la norma autoriza a cualquier cónyuge a facultar al otro para que éste administre la totalidad o parte de los bienes y en el caso que dicha administración haya causado perjuicios (y se configure dolo o culpa) el administrador deberá indemnizar los daños (artículo 313). La antedicha autorización es importante sólo en el caso que se quiera disponer de bienes inmueble, pues en este escenario se necesita la autorización de ambos cónyuges para su enajenación, a menos que medie mandato; no ocurriendo lo mismo con los bienes muebles ya que pueden ser enajenados por cualquiera de los cónyuges (artículo 315).

En lo que concierne a las deudas o cargas, el Código dispone que las deudas contraídas antes de establecerse la sociedad de gananciales deberán ser pagadas con los bienes propios, pero en el caso de que éstas hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar se pagarán con bienes sociales si los bienes propios no son suficientes (artículo 307). Por su parte, los bienes propios de cada cónyuge no responderán por las deudas contraídas en beneficio del otro (artículo 308). Si fue la sociedad la que contrajo las deudas ésta será la que responderá y en el caso de que los bienes sean insuficientes responderán los cónyuges con sus bienes propios a prorrata (artículo 317).

²³¹ Artículo 302 Código Civil peruano: Son bienes propios de cada cónyuge: 1. Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales. 2. Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla. 3. Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito. 4. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad. 5. Los derechos de autor e inventor. 6. Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio. 7. Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio. 8. La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio. 9. Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

²³² Artículo 310 Código Civil peruano: Son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construídos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso.

Por último, en el caso de responsabilidad extracontractual de un cónyuge, ésta no perjudicará al otro en sus bienes propios, como tampoco lo perjudicará en su parte en el caso de que existiese liquidación de la sociedad (artículo 309).

- Filiación

El Código Civil peruano establece una diferencia entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Los hijos nacidos dentro del matrimonio gozan de una presunción de paternidad y son hijos matrimoniales, mientras que los nacidos dentro de una unión de hecho son hijos extramatrimoniales (artículo 386). En este último caso la paternidad podrá ser declarada judicialmente cuando el presunto padre hubiere vivido en concubinato con la madre en la fecha de concepción (artículo 402 número 3).

Sin perjuicio de la diferenciación en la nomenclatura de los hijos, en la práctica no existe diferencia, toda vez que la Constitución Política del Perú establece en su artículo 6, inciso tercero que: “Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”. Es así que la distinción es simplemente nominal, mas no podía quedar sin mención toda vez que aunque sea nominal si se establece una discriminación diferenciando unos hijos de otros.

3.2. Ley 30.007²³³

Merece especial atención la Ley 30.007 publicada en el año 2013, que modifica normas de distintos cuerpos normativos estableciendo derechos sucesorios para los convivientes.²³⁴

Anterior a la promulgación de esta ley no se establecían derechos sucesorios para los convivientes, sino únicamente para los cónyuges. La única disposición en lo tocante a la herencia que hacía mención a las uniones de hecho, y que aún se mantiene, corresponde a la del artículo 826 del Código Civil, esta disposición señala una excepción y permite que el cónyuge sobreviviente suceda al causante enfermo aun cuando el matrimonio se haya contraído 30 días

²³³ Véase <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30007.pdf>

²³⁴ Dicha ley modifica los artículos 326, 724,816 y 2030 del Código Civil; el inciso cuarto del artículo 425 y el artículo 831 del Código de Procedimiento Civil; y los artículos 35, 38 y 39 inciso cuarto de la Ley 26.662.

antes de su fallecimiento producto de dicha enfermedad, siempre y cuando el motivo del matrimonio haya sido regularizar una situación de hecho.²³⁵

Con la dictación de la ley mencionada se establece que los convivientes tendrán derechos sucesorios siempre que se cumplan todos los requisitos del artículo 326 del Código Civil. Además la unión debe estar vigente al momento del fallecimiento del causante (artículo 2), es así que éstas deben estar inscritas en el Registro Personal o reconocidas por vía judicial; no obstante, la misma ley establece que el conviviente sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión si no se hubiese inscrito antes de la muerte del causante (artículo 3).

La mentada ley agrega al artículo 326 del Código Civil el inciso cuarto, en dicho inciso se señala que las convivencias que reúnan las condiciones de los incisos precedentes producirán derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio²³⁶; asimismo, se agrega la calidad de heredero forzoso al sobreviviente de la unión de hecho²³⁷; por lo demás equipara al conviviente con el cónyuge situándolo en el tercer orden sucesorio y señalando que concurrirá junto con los herederos de primer y segundo orden.²³⁸

En lo relativo a los otros cuerpos normativos la ley viene a modificar los procedimientos que se seguirán para entablar las solicitudes respecto a la sucesión.

Es menester mencionar que esta ley ha sido objeto de críticas por sectores más conservadores señalándose que la norma no ha tenido en cuenta el artículo cuarto de la Constitución Política, el cual protege a la familia y promociona el matrimonio. Posturas de este tipo encuadran al matrimonio como una institución natural, señalando así que la familia debe provenir de un matrimonio heterosexual, monogámico e indisoluble pues así está dentro de la naturaleza del hombre.²³⁹

²³⁵ Así, la regla general señala que no podrá suceder la viuda o el viudo que contrajo matrimonio 30 días antes del fallecimiento del causante cuando éste se encontrara enfermo y haya fallecido producto de dicha enfermedad.

²³⁶ El artículo señala que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplicarán al conviviente sobreviviente en los mismos términos que al cónyuge.

²³⁷ Artículo 5 de la Ley 30.007, que modifica el artículo 724 del Código Civil.

²³⁸ Artículo 6 de la Ley 30.007, que modifica el artículo 816 del Código Civil.

²³⁹ DE LA FUENTE-HORTAÑÓN, ROSARIO. 2013. Algunas reflexiones en torno a la ley 30007: ¿similitud o equiparación de derechos hereditarios a los concubinos? ¿una ley desfiguradora de la familia tradicional?, Revista Jurídica vol. 25 (1): 2-7. 2-3pp.

Asimismo, se ha señalado que el matrimonio y la unión de hecho constituyen realidades diametralmente distintas y por ello requieren una regulación diferenciada, es así que no por la voluntad del legislador o de los concubinos la unión extramatrimonial se podría convertir en derecho.²⁴⁰

La crítica principal que se realiza a esta Ley es que los efectos sucesorios derivan mediante el parentesco que existe entre las personas, situación que no ocurre en las uniones de hecho, señalándose así: “La razón de ser de la herencia es la de la continuidad patrimonial en la familia, y está fundada en el parentesco. ¿Es que por ley se pueden crear lazos de parentesco? En la unión de hecho, no hay parentesco, porque como ha quedado dicho hay una voluntad antimatrimonial, pero ahora el concubino o concubina sobreviviente pasa a integrar la herencia intestada como heredero forzoso. No debe ser así.”²⁴¹

Cabe mencionar que en lo personal no adhiero en absoluto a esta postura, pues es innegable que los concubinos, al establecerse en una unión de hecho, han decidido crear y mantener una comunidad de vida y dicha comunidad debe ser amparada y respetada por el derecho, resultaría injusto, por tanto, que éstos quedasen desamparados patrimonialmente por el fallecimiento de uno de ellos, pues dicha comunidad ha sido construida con el sacrificio de ambos.

4. Diferencias entre las uniones de hecho y el matrimonio

Si bien con la regulación de las uniones de hecho se producen efectos similares a los del matrimonio, no debe pensarse que estas dos instituciones se equiparan completamente, existiendo claras diferencias, entre las cuales podemos mencionar²⁴²:

- Procedimiento: para establecer un matrimonio es necesario que medie un contrato solemne; no así en las uniones de hecho en las cuales se requiere un procedimiento notarial o judicial.

²⁴⁰ Ibid. p. 5.

²⁴¹ Ibid. p. 6.

²⁴² Diferencias extraídas de DEL ÁGUILA, JUAN CARLOS. 2020. op. cit.

- Sociedad conyugal: al configurarse el matrimonio se origina una sociedad conyugal, de ahí que las partes son denominadas cónyuges; no ocurre lo anterior con las uniones de hecho.
- Hijos: los hijos nacidos dentro del matrimonio son matrimoniales; mientras que los nacidos de las uniones de hecho son extramatrimoniales.
- Disolución: la unión de hecho puede terminar de manera informas, ya sea por voluntad de ambos o unilateralmente; situación que no ocurre en el matrimonio al ser un trámite formal, ya sea notarial, municipal o judicial.
- Régimen patrimonial: en el matrimonio los cónyuges pueden escoger la sociedad de gananciales o la separación de bienes; en las uniones de hecho sólo se establece una sociedad de gananciales.
- Deberes personales: en el matrimonio existen deberes, como asistencia, cohabitación y fidelidad; cuestiones que no se exigen en las uniones de hecho.
- Alimentos: estos pueden ser exigidos por los cónyuges dentro o al terminar el matrimonio, mas en las uniones de hecho sólo se pueden solicitar al término de la unión.

CAPÍTULO SEGUNDO:

SITUACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN CHILE

El censo realizado en el año 1992 arrojó que un 90% de las personas que convivían en pareja (mayores de 15 años) se encontraban casados, mientras que un 10% mantenía una relación de hecho. La cantidad de las uniones extramatrimoniales aumentó para el año 2002 donde el 16,2% de las personas que se encontraban en pareja señalaron ser convivientes, mientras que los casados correspondían a un 83,8%.²⁴³

Según los datos arrojados por el censo del 2012²⁴⁴, de una total de 6.909.604 personas que se encontraban en pareja, 4.795.901 correspondían a personas casadas que vivían con sus cónyuges, mientras que 2.113.703 personas señalaban vivir en convivencia de hecho. Situando lo anterior a porcentajes se vislumbra que el 69,4% de las personas conviven con sus cónyuges, mientras que un 30,6% de los encuestados mantienen una relación de hecho.

En virtud de los datos obtenidos²⁴⁵ se puede apreciar que en Chile las uniones extramatrimoniales han experimentado un fuerte aumento, llegando a triplicarse en veinte años.

EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

El derecho de familia actual no es el reflejo de lo que Bello sostenía al momento de la dictación del Código Civil, así gracias a los cambios sociales y culturales se han paleado distintas discriminaciones, principalmente para con la mujer, los hijos y, actualmente, con las

²⁴³ Véase en: <https://www.ine.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2002/sintesis-censal-2002.pdf> Las estadísticas señaladas fueron adecuadas, mediante operaciones aritméticas, para limitar los porcentajes únicamente a las personas que vivían en pareja, excluyéndose a las personas que no estaban en tal situación, como los separados, viudos, anulados y solteros. Así, si se considera el universo total, vemos que las parejas casadas corresponden a un 51,8% y los convivientes a un 5,7% para el año 1992, y a un 46,2% y un 8,9%, respectivamente, para el año 2002.

²⁴⁴ Menester es señalar que el censo del año 2012 ha sido objeto de fuertes críticas, por los que los datos señalados son ilustrativos y pueden no ser completamente efectivos respecto a la realidad del país en aquella época.

²⁴⁵ Los datos son apreciados hasta el año 2002, pues en censo del 2017 no incluyó dentro de sus estadísticas a las parejas de hecho.

parejas homosexuales. Así, en 1855 existían ciertas directrices que regulaban el ámbito familiar:²⁴⁶

- Matrimonio religioso e indisoluble;
- Incapacidad relativa de la mujer casada;
- Existencia de la potestad marital y consiguiente subordinación de la mujer al marido;
- Inmutabilidad del régimen económico entre los cónyuges;
- Preponderancia del marido en la administración del régimen de bienes;
- Patria Potestad exclusiva del padre y con poderes absolutos;
- Filiación matrimonial fuertemente favorecida.
- No reconocimiento jurídico de las familias de hecho.
- No tratamiento jurídico diferenciado de la violencia intrafamiliar.
- Adulterio como figura tipificada discriminatoriamente contra la mujer.

Como se puede apreciar, el derecho de familia ha sido la rama del derecho que ha vivido la mayor evolución legislativa. Esta evolución se ve en la dictación de ciertas leyes que regulan la materia como en otras regulaciones en el Código Civil. Así se puede comenzar por el año 1884 momento en que se secularizó el matrimonio y se organiza el Registro Civil, posteriormente se le entrega a la mujer casada la administración del patrimonio reservado. La ley 18.802 realiza modificaciones en las relaciones personales entre los cónyuges y desaparecen las obligaciones de obediencia, protección y residencia, asimismo, se le otorga plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal.²⁴⁷

En lo que concierne al Código Civil han permitido que los cónyuges puedan pactar un régimen patrimonial distinto al de la sociedad conyugal, sea antes del matrimonio, por medio de capitulaciones matrimoniales, en el acto mismo o durante el transcurso de éste. Por su parte, la mujer casada tiene el mismo derecho del marido a ejercer la patria potestad con respecto a los hijos y el marido, aunque éste continúa siendo el jefe de la sociedad conyugal, debe pedirle

²⁴⁶ VELOSO VALENZUELA, PAULINA. 1998. Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos, Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (XIX): 35-56. 36p.

²⁴⁷ FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. 2010. Curso de derecho Civil, tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, p. 90.

autorización a su cónyuge para celebrar ciertos actos o contratos relativos a los bienes de la mujer o bienes sociales.²⁴⁸

En materia de filiación la evolución tampoco es despreciable, toda vez que a principios del siglo XX se eliminó la categoría de hijos de dañado ayuntamiento²⁴⁹ quienes entraron a ser hijos ilegítimos. Posteriormente se comienzan a conceder mayores derechos a los hijos naturales, situación que cambió en 1998 cuando se deroga la diferenciación entre hijos legítimos e hijos naturales. Hoy en día el único estatuto civil aplicable es el de hijos, teniendo los mismos derechos sin importar si su nacimiento provino de una unión matrimonial o extramatrimonial. Por su parte, respecto a la adopción, se derogó el estado civil de adoptado y en la actualidad gozan del estatuto de hijos.²⁵⁰

El año 2004 se dictó la Nueva Ley de Matrimonio Civil, la cual introdujo el divorcio vincular como una forma de poner término al matrimonio y reconoció la institución de compensación económica. En lo que respecta a las formas de poner término al matrimonio, esta ley agrega, el año 2018, que la unión conyugal terminará “por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género”.

Finalmente, el último gran avance de nuestra legislación respecto al ámbito familiar corresponde a la Ley 20.840 del año 2015 que crea el Acuerdo de Unión Civil, por medio de dicha institución se viene a regular mediante un contrato solemne la situación de las parejas de hecho tanto hetero y homosexuales.

Es así como vemos que las primeras ideas han sido revocadas producto de la modernización, una autora señala que las nuevas directrices que inspiran este derecho, no sólo en Chile, sino que también en el derecho comparado son las siguientes:²⁵¹

- Matrimonio secular y posibilidad de disolución del vínculo.
- Reconocimiento del principio de igualdad entre los cónyuges en cuanto a sus deberes y derechos, respecto del régimen de bienes y en cuanto a los hijos.

²⁴⁸ Ídem.

²⁴⁹ Se llamaban así a los hijos nacidos producto de adulterio, incesto o sacrilegio, tenían menos derechos que los hijos ilegítimos, ya que no podían ser reconocidos por su padre ni por su madre.

²⁵⁰ FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. 2010. op. cit., p. 91.

²⁵¹ VELOSO VALENZUELA, PAULINA. 1998. op. cit., p. 56.

- Plena capacidad jurídica de ambos contrayentes, con independencia del régimen de bienes.
- Responsabilidades familiares compartidas. Patria Potestad y Autoridad Parental compartida.
- Única consideración respecto de los hijos: interés superior del menor.
- Estatuto filiativo no discriminatorio.
- Responsabilidad social de la maternidad.
- Reconocimiento jurídico de las familias de hecho.
- Reconocimiento jurídico con reglamentación propia del fenómeno de la violencia al interior de la familia.
- Mutabilidad del régimen de bienes con mayor presencia del principio de autonomía privada.
- Protagonismo de los principios de no discriminación en razón de sexo o de nacimiento.
- Protagonismo de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona

Sumo a las ideas anteriores el reconocimiento a las parejas homosexuales a formalizar sus uniones y el reconocimiento del derecho a cambio de sexo. Asimismo, considero que, por lo menos en Chile, no existe un reconocimiento jurídico a las uniones de hecho, pues si bien nuestro país ha evolucionado creando en Acuerdo de Unión Civil, este escenario se aleja de las uniones de hecho al ser el acuerdo un contrato solemne por definición, por lo que no existe regulación y por consiguiente no existe solución a los problemas que originan estas uniones.

REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

A. Leyes nacionales

Como se mencionó, las uniones de hecho han sido reguladas en forma casuística. Es así como, en ciertas leyes, encontramos el reconocimiento de esta institución, en apartados anteriores mencioné que el concubinato era reconocido en el Código Civil, así como también en el Código Procesal Penal y en la Ley de Violencia Intrafamiliar. En lo que sigue citaré algunas

normas que hacen alusión al conviviente, distinguiéndose entre normas de derecho de familia, de seguridad social, de derecho penal, de derecho procesal penal y de donación de órganos:

Derecho de familia:

- Artículo 210 del Código Civil: presunción de paternidad.²⁵²
- Artículo 37 de la Ley 19.968: “Principio de no autoincriminación. Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito. Asimismo, el testigo podrá ejercer el mismo derecho cuando, por su declaración, 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.”
- Artículo 5 de la Ley de Violencia intrafamiliar: considera que el conviviente puede ser tanto víctima como autor de violencia intrafamiliar.²⁵³

En lo relativo a la seguridad social

- Artículo 45 Ley 16.744: “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 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.

Para tener derecho a esta pensión el causante debió haber reconocido a sus hijos con anterioridad a la fecha del accidente o del diagnóstico de la enfermedad.

La pensión será concedida por el mismo plazo y bajo las mismas condiciones que señala el artículo anterior respecto de la pensión por viudez.

Cesará el derecho si la madre de los hijos del causante que disfrute de pensión vitalicia, contrajere nuevas nupcias, en cuyo caso tendrá derecho también a que se le pague de una sola vez, el equivalente a dos años de su pensión.”

²⁵² Véase pie de página número 1.

²⁵³ Véase pie de página número 2.

- Artículo 5 DL 3.500: “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.

Cada afiliado deberá acreditar ante la respectiva Administradora, la existencia de sus eventuales beneficiarios, por los medios legales pertinentes.”

Derecho Penal:

- Artículo 369 inciso cuarto Código Penal: “En caso de que un cónyuge o conviviente cometa alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 de este Título en contra de aquél con quien hace vida común, se podrá poner término al proceso a requerimiento del ofendido, a menos que el juez, por motivos fundados, no acepte.”
- Artículo 11 Código Penal: “Son circunstancias atenuantes: 4° La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente (...)”
- Artículo 390 Código Penal “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.”
- Artículo 390 bis inciso primero Código Penal: “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.”
- Artículo 259 Código Penal: “El empleado que solicitare a persona sujeta a su guarda por razón de su cargo, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.
Si la persona solicitada fuere cónyuge, conviviente, descendiente, ascendiente o colateral hasta el segundo grado de quien estuviere bajo la guarda del solicitante, las

penas serán reclusión menor en sus grados medio a máximo e inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.”

Derecho procesal penal

- Artículo 108 Código Procesal Penal: “Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos;
 - b) a los ascendientes;
 - c) al conviviente; (...).
- Artículo 177 Código Procesal Penal: no se aplicará la pena por infracción a denunciar si la denuncia arriesgaba la persecución penal de su conviviente.²⁵⁴
 - Artículo 302 Código Procesal Penal: no está obligado a declarar el conviviente del imputado.²⁵⁵

Respecto a la donación de órganos:

- El artículo 4 bis de la Ley N° 20.413 señala que el trasplante de órganos de una persona viva se permitirá a la persona que sin ser su cónyuge conviva con el donante.²⁵⁶
- Por su parte, el artículo 9 de la misma ley, en su inciso cuarto, dispone el orden de prelación de las personas que pueden decidir si el causante tiene la condición de donante o no, siempre que haya duda fundada sobre ésta, equiparando en el mismo orden al cónyuge y al conviviente para que den testimonio de la última voluntad del causante.

Se puede apreciar que ciertas normas equiparan al conviviente con el cónyuge. Así encontramos normas penales que vuelven más gravosa la pena por un delito al ser cometido por

²⁵⁴ Véase pie de página 58.

²⁵⁵ Véase pie de página 59.

²⁵⁶ Asimismo, la norma permite que el receptor pueda ser pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, además de su cónyuge.

el conviviente, como también leyes procesales que protegen la no incriminación al conviviente de la misma manera en que se protege al cónyuge. Asimismo, la ley de donación de órganos realiza una equiparación total del cónyuge para con el conviviente respecto al derecho que se tiene para recibir un órgano, como también para declarar la última voluntad del difunto a donar sus órganos.

Entretanto, existe diferenciación con el cónyuge en el Código Procesal Penal, pues se considerará víctima al conviviente sólo en el caso de que no exista cónyuge, conviviente civil, hijos ni ascendientes o que, existiendo, no ejerzan la acción. Es interesante destacar las normas respecto a la seguridad social, toda vez que éstas le otorgan derechos al conviviente superviviente en su calidad de padre o madre de los hijos del fallecido y no por su calidad de conviviente; más injusto aún resulta la ley 16.744 la cual otorga derechos únicamente a la madre de los hijos del causante, excluyendo de esta manera al padre, es así que para que el conviviente opte al beneficio es necesario que sea mujer.

Es clara la poca regulación que existe en nuestro país respecto a una realidad social que cada vez se vuelve más patente y, si bien, el ordenamiento ha intentado regularla por medio del Acuerdo de Unión Civil, no es menos cierto que no todas las personas se interesan por este régimen, toda vez que implica una solemnidad. Así, los efectos, sobre todo patrimoniales, que se originan al momento de la disolución de la pareja de hecho deben quedar en manos de los tribunales de justicia; en relación a este punto no se puede desconocer la enorme labor que han hecho los tribunales al regular la materia. Sin embargo, considero que no es prudente que se siga dejando en manos de estos órganos materias tan importantes, pues las sentencias de los tribunales tienen efectos relativos por lo que no se puede construir una línea argumentativa que podamos aplicar a todos los casos que se encuentren en la misma situación y, además, la carga probatoria es complicada, es así como numerosos fallos han dejado desprotegidos a los convivientes (sin reconocerles comunidad, sociedad de hecho, o cualquier otra figura del derecho común) por faltas de pruebas.

B. Proyectos de ley

Hoy en día existe un proyecto de ley que viene a incorporar a la Ley de Acuerdo de Unión Civil el reconocimiento de las uniones de hecho, este proyecto ingresó en agosto del año

2020 y tuvo su origen en el Senado. Como éste, han sido distintos los proyectos que han tratado de regular esta materia²⁵⁷, mas ninguno ha tenido buena recepción en el Congreso.

- Proyecto de ley que regula los efectos patrimoniales del concubinato²⁵⁸. Boletín N° 3377-07.

El proyecto contaba con dos artículos, el primero proponía agregar un artículo al Código Civil (2313bis) en el cual se reconocía la existencia de un cuasicontrato de comunidad cuando un hombre y una mujer viviera en concubinato. Asimismo, presumía de derecho una relación concubinaria cuando ésta hubiese durado cinco años o más, continuos o discontinuos, y se haya procreado hijos comunes.

Respecto al ámbito patrimonial, se proponía que al momento de término la comunidad ésta se liquidara respecto a las reglas de participación en los gananciales.

Por último, en su artículo segundo, modificaba el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales señalando que deberán resolverse por árbitros la liquidación que tenga su origen en el concubinato.

Como puede apreciarse, este proyecto restringía el concubinato a las parejas heterosexuales y no se señalaba qué se entendía por concubinato. De su lectura surgen ciertas preguntas, como, por ejemplo ¿Podrían haberse refugiado en este artículo los convivientes que se encontraran unidos por un vínculo matrimonial no disuelto o, por el contrario, aplicaba solamente a personas solteras? Asimismo, al ser vaga la expresión de qué se entiende por años discontinuos ¿Podría ser aplicable a relaciones en que haya mediado una separación de años? Considero, así, que la incorporación de dicho artículo, aunque beneficiosa para ciertos escenarios, resulta insuficiente al carecer de exhaustividad en su redacción.

²⁵⁷ Estos proyectos intentaron regular el concubinato y figuras símiles al AUC. Como se sabe el AUC fue aprobado y publicado el año 2015, el proyecto de ley correspondía al que regulaba el Acuerdo de Vida en Pareja, el cual refundió los boletines: 7873-07 y 7011-07.

²⁵⁸Cámara.cl [En caché]
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:FG_VjDvHxzMJ:https://www.camara.cl/verDoc.aspx%3FprmID%3D3484%26prmTIPO%3DINICIATIVA+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=cl> [Consulta, 08 de abril de 2021]

- Proyecto que establece regulación para las uniones de hecho²⁵⁹. Boletín 4153-18

Dentro de los argumentos para justificar este proyecto, sus autores sostienen que ha existido una reiterada evolución respecto a regular los aspectos matrimoniales, mientras que la regulación de las uniones de hecho ha quedado ausente. Asimismo, señalan que el poder judicial ha sido el encargado de regular los efectos patrimoniales de este tipo de uniones estableciendo mayoritariamente efectos propios del cuasicontrato de comunidad.

En definitiva, entienden las uniones de hecho como una realidad social que no debe estar exenta de regulación a raíz del fuerte crecimiento que han tenido en los últimos años y, por tanto, han sido causa generadora de la familia. Así, aunque no sean la base principal de la familia, como lo es el matrimonio, sí son una base en sí.

El artículo primero de este proyecto define lo que debe entenderse por unión de hecho: “Constituye unión de hecho, la formada por un hombre y una mujer que de manera libre, han decidido tener una vida en común, poseyendo aquella un carácter de estabilidad y continuidad, con el objetivo de constituir una familia y cumpliendo los demás requisitos establecidos en la ley.”

En su siguiente artículo se señala que sólo podrán establecerla quienes no tengan impedimento para contraer matrimonio, no obstante, sí podrán unirse quienes se encuentren ligados por un vínculo matrimonial no disuelto en el caso de que hayan regulado sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos.

La forma de la unión tendría carácter de solemne, toda vez se establece que debe ser manifestada ante notario competente con la presencia de dos testigos hábiles. También podrían acogerse a la ley aquellos cuya convivencia hubiese sido notoria, cuestión que debería ser probada con los medios establecidos por la ley.

Respecto a los efectos patrimoniales se establece que los bienes adquiridos a título oneroso conformarán una comunidad de bienes, a menos que en el momento de la adquisición o suscripción se haya pactado algo distinto.

²⁵⁹ Cámara de diputadas y diputados [En línea] <<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=4547&prmBoletin=4153-18>> [Consulta, 08 de abril de 2021]

Por su parte, la disolución también toma un carácter solemne, ya que siendo de mutuo acuerdo o por decisión unilateral debe ser suscrita mediante escritura pública, asimismo, termina por muerte natural o presunta de alguno de los convivientes o por matrimonio posterior de una de las partes.

Finalmente, regula el arrendamiento del inmueble que sirva como residencia habitual de la familia, el cual se entenderá subrogado, por el solo ministerio de la ley, al otro conviviente cuando el conviviente arrendatario hubiese fallecido; en el caso de que uno de los convivientes hubiese sido víctima de un delito o cuasidelito que haya causado su muerte, el otro conviviente tendrá el carácter de víctima por lo que gozará de legitimación activa para perseguir la reparación moral.

Como puede apreciarse, y según lo esgrimido latamente en el presente trabajo, el proyecto no venía a regular en sí al concubinato, toda vez que para la forma de constitución de la convivencia señalaba que debían existir solemnidades, cuestión que excede lo requerido por el concubinato para su constitución, por lo que cabría catalogarlo como una antesala del Acuerdo de Unión Civil.

- Proyecto de ley que otorga a la comunidad formada por la convivencia la propiedad de los bienes adquiridos en las condiciones que indica²⁶⁰. Boletín 4187-18.

El proyecto se fundamenta en la injusticia que podría producirse en el caso de que uno de los convivientes se encuentre sujeto a un vínculo matrimonial mediante régimen de sociedad conyugal.

Lo que se proponía era agregar un último inciso al artículo 1774 del Código Civil, el cual dispusiese que si los cónyuges se encuentran separados de hecho por un periodo superior a cinco años y si cualquiera de ellos se encontrase unido por una relación de hecho por un tiempo no inferior a tres años contados desde la separación de hecho, todo lo que se adquiriera a título oneroso por el cónyuge separado ingresará a la comunidad que se haya formado por éste y su pareja.

²⁶⁰ Cámara de diputadas y diputados [En línea]
<<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=4578&prmBL=4187-18>>
[Consulta, 08 de abril de 2021]

A mi parecer, el proyecto permitía subsanar una gran injusticia que hasta el día de hoy se produce, toda vez que en el régimen de sociedad conyugal no puede existir más patrimonios que el del hombre, la mujer, la sociedad conyugal y el eventual patrimonio reservado de la mujer. Hoy en día sólo la mujer puede proteger su patrimonio a causa de una separación de hecho, sin embargo, esta separación de patrimonio desampara a su conviviente de hecho, pues los bienes ingresados al patrimonio reservado pertenecen exclusivamente a ella. Si bien esta situación de injusticia podría ser subsanada mediante una declaración judicial, este camino conlleva gastos económicos y de tiempo, además, la solución no siempre será la deseada, puesto que está supeditada a las pruebas que puedan ofrecerse y al razonamiento de los jueces y, en este sentido, no habría una solución unánime para todos los casos que se presenten respecto a la materia.

- Proyecto de ley que establece un régimen legal para las uniones de hecho. Boletín 3494-07.²⁶¹

En sus fundamentos el proyecto reconoce que la unión matrimonial no es el único origen de la familia. Señala que la unión de hecho será la constituida por un hombre y una mujer, mayores de 16 años, que hayan convivido de forma notoria por un plazo superior a un año, plazo no exigido en el caso de que existan hijos comunes. Las partes podrán formar la unión de hecho en el caso de que no se encuentren afectos a impedimentos matrimoniales, salvo el caso de que el impedimento sea estar unido por un vínculo matrimonial anterior, en este caso la unión se podrá constituir probando que ha cesado la convivencia marital.

Respecto al régimen patrimonial, el proyecto establecía que se formaría una comunidad entre los convivientes sobre los bienes adquiridos a título oneroso y sus frutos, serían repartidos en igual proporción o en la proporción convenida, salvo pacto contrario.

En caso de fallecimiento de uno de los convivientes establece la adjudicación preferente al otro miembro de la pareja del inmueble que haya servido de residencia habitual de la familia y de los muebles que la guarnecen.

²⁶¹ Este proyecto fue retirado, por lo que no existe registro en la web, sin embargo, fue recogido por medio de la tesis de BAEZ AGUIRRE, DANIELA Y SEPÚLVEDA, CLAUDIA. 2004. op. cit., pp. 92-93

Por su parte, dispone como principal medio de prueba, tanto para probar la existencia como el término de la unión de hecho, una declaración jurada ante notario.

- Proyecto de ley que incorpora a la ley N° 20.830 el reconocimiento de las uniones o convivencias legales de hecho²⁶². Boletín 13712-07

Este proyecto se encuentra en tramitación en el Congreso, los fundamentos que lo inspiran dicen relación con el aumento de parejas de hecho en el país, así surge la necesidad de amparar jurídicamente a quienes se encuentran dicha situación pues se reconoce la insuficiencia legislativa de nuestro ordenamiento respecto a la materia. Se sostiene que ha sido la jurisprudencia la que ha velado por la protección de estas parejas, reconociéndolas y estableciendo efectos patrimoniales al momento de su disolución.

Por último, los senadores realizan una ilustración de la legislación comparada de ciertos países que han regulado las relaciones de hecho.

El objetivo del proyecto es agregar un nuevo título, Título IX, a la Ley 20.830 que conste de siete artículos (49-55), el primero de ellos da una definición de lo que se entiende por unión de hecho²⁶³, dentro de las características que entrega encontramos que es una unión entre dos personas mayores de edad; que no tengan lazos de parentesco por consanguinidad ni afinidad en toda la línea recta, como tampoco parentesco por consanguinidad hasta el segundo grado en línea colateral; y la convivencia debe tener una duración mínima de cinco años, además de ser permanente, notoria y estable.

El reconocimiento de esta unión será por sentencia judicial a petición de cualquiera de los convivientes de hecho o por el conviviente sobreviviente que haya sido pareja del difunto hasta el día de su muerte. Para acreditar la convivencia del segundo supuesto el conviviente sobreviviente podrá valerse de todo medio probatorio y serán apreciados por las reglas de la sana crítica.

Respecto a la liquidación de los bienes adquiridos durante la convivencia de hecho judicialmente reconocida, se presumirá de derecho el régimen de sociedad conyugal.

²⁶² Senado.cl [En línea] <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13752-07> [Consulta, 08 de abril de 2021]

²⁶³ Véase pie de página 11.

En lo que dice relación con los derechos sucesorios, el conviviente de hecho será heredero intestado y legitimario del otro y concurrirá en la misma forma del cónyuge y conviviente civil.

Por último, se expresa que no será beneficiarios de los derechos que establece este título aquel conviviente que haya sido formalizado por el homicidio y/o femicidio de su conviviente, como tampoco quien haya sido condenado como autor, cómplice o encubridor de los mismos delitos. Asimismo, no podrá acogerse a estas disposiciones quien haya sido condenado por hecho relativos a violencia intrafamiliar, ni quien haya estado sujeto a medidas de apremio por pago de pensiones alimenticias de los hijos comunes.

Personalmente, me parece del todo necesario agregar este último título a la ley, pues si bien la legislación ha dado cabida para regular las relaciones de pareja mediante el acuerdo de unión civil, no resulta del todo suficiente para regular las relaciones de una gran cantidad de parejas que no quieren comprometerse mediante un contrato. Sin embargo, considero que el tiempo requerido para establecer la unión es excesivo, pues como se mencionó al principio de este trabajo, más que la necesidad de un tiempo determinado, la unión de hecho se configura por un ánimo de permanencia y estabilidad.

Si bien este ánimo puede ser difícil de probar, al ser una convicción personal y de ahí la necesidad de establecer un tiempo, no cabe duda que han existido relaciones que han cumplido todos los requisitos para la configuración de una unión de hecho pero han durado menos de cinco años. Por lo anterior considero que sería pertinente establecer que los cinco años constituyen una presunción simplemente legal para el reconocimiento de la unión de hecho, así, en el caso de que la relación haya durado menos de cinco años, cualquier conviviente podrá desvirtuar dicha presunción acompañando antecedentes que den cuenta de la existencia de la relación.

ALGUNOS ALCANCES JURISPRUDENCIALES

Al no existir un estatuto legal que regule el concubinato, tanto su reconocimiento como efectos están encargados a los tribunales de justicia, quienes en virtud del artículo 76 de la

Constitución Política de la República, han ido zanjado qué debe entenderse por concubinato y cuáles son los efectos que pueden derivar de dicha institución.

El reconocimiento por vía judicial no está exento de problemas, principalmente porque no hay un estatuto fijo que consagre el destino de los bienes adquiridos dentro de la unión al momento de su disolución. Los tribunales han ido aplicando figuras del derecho común (cuasicontrato de comunidad, sociedad de hecho y prestación de servicios remunerados) para zanjar diferencias y evitar el enriquecimiento injusto. Lo anterior no resulta recomendable teniendo en vista la cantidad de parejas de hecho que existen hoy en día por lo que consideramos que, para obtener una solución equitativa, habría que otorgarle al legislador la labor de establecer cuál sería el régimen aplicable a estas uniones.

Otro problema viene dado porque en la relación concubinaria no existe una presunción de un determinado régimen, por tanto, si lo alegado por el actor no puede ser probado no se reconocerá ningún efecto patrimonial, aunque en la práctica pueda haber existido colaboración mutua. La Corte Suprema ha establecido en numerosas ocasiones que no hay presunción: “(...) la convivencia no es presunción de una comunidad de bienes como pretende la recurrente. Y así también lo ha resuelto esta Corte Suprema en sentencia de fecha veintiséis de abril de dos mil once, refiriéndose a este punto en los siguientes términos: ‘Que, entonces, al resolver ha de tenerse en cuenta que, para impetrar el reconocimiento del derecho sobre bienes adquiridos durante el período de vida en común, no basta con esgrimir la relación de convivencia. Así se ha dicho que la comunidad de bienes entre los concubinos no emana del concubinato, ni de la circunstancia de haberse adquirido durante el lapso en que hicieron vida matrimonial, sino del hecho de haberse acreditado que los bienes fueron adquiridos con el producto del trabajo realizado conjuntamente. (...)’”²⁶⁴

Para culminar el presente trabajo citaré distintas sentencias de tribunales nacionales, dividiendo este último apartado en tres partes: primero, se señalarán los elementos que ha tenido en cuenta la jurisprudencia para reconocer una unión de hecho; segundo, se señalarán las figuras del derecho común que han aplicado los tribunales para zanjar los conflictos suscitados al

²⁶⁴ Sentencia CS 21/02/17 ROL 87777-2016

momento de la disolución de la unión y; tercero, se hará referencia a la legitimación activa de los concubinos para demandar en caso de responsabilidad extracontractual.

A. Elementos controvertidos para configurar relaciones de hecho

Dentro de los elementos o requisitos para poder establecer un concubinato se señaló que habían algunos que era controvertidos, es decir, había discusión en la doctrina acerca de si estos eran necesarios o no, a saber: la inclinación sexual; la capacidad matrimonial, en el entendido que los convivientes no se encuentren unidos por un vínculo matrimonial y la cohabitación, la cual hace relación a si los convivientes deben mantener un hogar común.

De primeras, debemos sostener que la jurisprudencia ha ido evolucionando y si bien en principio se reconocía esta unión únicamente a persona heterosexuales, ahora se ha ampliado a personas del mismo sexo. Así, se recogía la definición de los profesores Javier Barrientos Grandon y Aranzazu Nóvales Alquézar, quienes señalaban que el concubinato consistía en “Uniones lícitas entre un hombre y una mujer fundadas en un hecho que consiste en la convivencia efectiva con contenido sexual y a la que el derecho reconoce ciertos efectos.”²⁶⁵ La definición anterior se ha ido modificando a través del tiempo y, hoy en día, vemos que esta unión puede ser de personas de igual o distinto sexo. En este sentido, Corte de Apelaciones de Rancagua ha dado características de estas uniones, señalando: “Las uniones de hecho no matrimoniales o convivencias, están determinadas por la existencia de la unión de hecho de dos personas (...).”²⁶⁶

Así, es menester dejar en claro que hoy en día no se hace una distinción por la sexualidad de los miembros de la unión, sino que únicamente se mira a si los concubinos han hecho una vida en común con todos los requisitos ya descritos.

Dentro de los otros elementos conflictivos podemos encontrar el hecho de estar unido por un vínculo matrimonial y el elemento de cohabitación. Como veremos, el primero no constituye óbice para constituir una relación concubinaria, mientras que el segundo si lo es, siendo un requisito indispensable el que los concubinos convivan bajo un mismo techo.

²⁶⁵ Véase pie de página 8.

²⁶⁶ Sentencia CA de Rancagua 29/06/16 ROL 2564-2015.

La sentencia, dictada por la Corte Suprema el 20 de julio de 2010, estableció que se tenía por acreditada la existencia del concubinato y, además, que había existido una comunidad entre los convivientes. En los hechos, la concubina demandó a la sucesión de su conviviente para que fuera declarada una comunidad respecto a los bienes adquiridos durante su relación de convivencia. Tanto el hombre como la mujer se encontraban casados bajo régimen de sociedad conyugal, situación que no fue óbice para el reconocimiento de la comunidad y, por tanto, el reconocimiento de la unión de hecho; el fallo reza: “(...) que no es óbice a lo concluido, el hecho acreditado por la demandada con documentación fs. 113, que la actora se encontrara durante el concubinato, unida en vínculo matrimonial con Fredi Apablaza Mosqueira, bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal y que haya adquirido bienes dejando constancia que se hacía con su patrimonio reservado, pues se acreditó que a la fecha de adquisición de los bienes aludidos, don Pedro Pizarro Valenzuela [causante] se encontraba separado de su cónyuge desde hacía varios años -1986-, no mantenía cohabitación ni vida en común con doña Eterlina Barra Godoy [demandada] y; lo mismo acontecía con doña Virginia Cortes [demandante].”

Como se puede apreciar, cierta jurisprudencia se ha inclinado a excluir el hecho de que los convivientes se encuentren unidos por un vínculo matrimonial anterior, el elemento capacidad matrimonial debe excluirse, mientras se compruebe que se encuentran separados de hecho.

En sentido opuesto, los tribunales han sostenido que la cohabitación es un elemento determinante para establecer este tipo de uniones. La sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 19 de octubre del año 2010 desestimó el hecho de la existencia de un concubinato a pesar de que la relación de las partes había durado más de veinte años y se procrearon hijos comunes, toda vez que se estimó que la relación consistió en visitas esporádicas que realizaba el hombre al hogar de la mujer, así se señaló en su considerándose décimo segundo: “Es cierto, eso sí, que Wilson Espinoza [testigo] afirma que desde el año 1991, cuando ambos trabajaban en Villarrica, él traía de regreso en su auto a Mario Delgado [demandante] hasta Temuco y lo dejaba en calle Recreo. en donde vivía con la demandada, pero esta declaración de la que sí está dando razón de por qué lo afirma, sólo demuestra que Delgado concurría a diario en aquella época a casa de Elizabeth [demandada], mas no que pernoctara allí, que es lo que contradicen las testigos de ésta cuando sostienen que él no vivía allí y sólo la visitaba (...) Finalmente, la

circunstancia no controvertida por las partes, y además 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 ó más hijos, bastando al efecto una relación sexual esporádica, tal como ha sostenido la demandada; (...)²⁶⁷

De esta forma, se puede concluir que para que se configure la figura del concubinato es menester la cohabitación, no siendo suficiente que producto de la relación se hayan engendrado hijos ni que ésta haya durado numerosos años.

B. Aplicación de figuras del derecho común al momento de la disolución.

La jurisprudencia ha evolucionado y, desde el siglo XX, se agotó la discusión con respecto a si los concubinatos son lícitos o no. En efecto, su argumentación fue dirigida a establecer si en estas relaciones existían hechos capaces de generar obligaciones que pudiesen tener relevancia en la vida jurídica. Así, se comienza a reconocer derechos patrimoniales a los convivientes en los casos en que se logre acreditar una causa generadora de obligaciones, las figuras que la jurisprudencia admitió para dotar de efectos jurídicos a las relaciones extramatrimoniales fueron la comunidad de bienes, la sociedad de hecho y los servicios remunerados.²⁶⁸

1. Reconocimiento de una comunidad

La mayor aplicación que se ha hecho en la materia constituye al establecimiento de un cuasicontrato de comunidad, pues, a diferencia de lo que ocurre con la sociedad de hecho, aquí no es requisito la aportación de índole económica de ambos convivientes, sino que ésta puede ser suplida en el caso de que uno de los concubinos, por lo general la mujer, haya realizado trabajos domésticos para contribuir en el proyecto de vida y en los bienes adquiridos.

²⁶⁷ Sentencia 19/10/10 ROL 866-09

²⁶⁸ Considerando séptimo sentencia CS 29/06/16 ROL 2564-2015.

La sentencia de la Corte Suprema dictada el 26 de diciembre de 2011 estableció en su considerando vigésimo: “Que los presupuestos de hecho determinados y las conclusiones a que se han arribado con antelación conducen necesariamente a determinar la existencia de una comunidad que, por reunir los requisitos propios, de afectividad, de estabilidad emocional y espiritual, denotan una vinculación - a partir de la existencia de una vida en común y un trabajo en conjunto con la demandante - que hizo posible la adquisición del bien adjudicado al demandado. Adicionalmente la actora ha justificado la entrega o aporte efectuado a su conviviente, en términos económicamente cuantitativos para tal efecto, y existiendo en el proceso antecedentes suficientes para sostener que, en definitiva, el inmueble se adquirió producto del trabajo mancomunado de los convivientes.”²⁶⁹

Por su parte, cabe hacer mención a que la comunidad que se forma es singular y no universal como sucede en el régimen de sociedad conyugal²⁷⁰, la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 23 de agosto de 2017 hace propios los argumentos dictados por el tribunal de segunda instancia que señala: “(...) se descarta desde ya la existencia de una comunidad sobre cosa universal, toda vez que no procede a consecuencia del concubinato; (...). En este sentido, cabe tener presente que, analizado el petitorio y cuerpo del libelo de demanda, aparece que la actora no ha señalado bienes específicos respecto de los cuales exista una comunidad proindiviso entre ella y el demandado en los términos del artículo 2304 del Código Civil, más bien, su pretensión descansa sobre la base de que, a consecuencia de la declaración de la existencia de este concubinato, de pleno derecho, se forma una comunidad sobre la universalidad de los bienes adquiridos durante ese lapso, hipótesis descartada como efecto propio del concubinato o unión de hecho no matrimonial, con lo cual, no cabe sino rechazar, en este punto, la demanda de autos.”²⁷¹

Finalmente, es interesante destacar que se puede establecer comunidad aunque uno de los concubinos se encuentre unido por un vínculo matrimonial con el régimen de sociedad

²⁶⁹ Sentencia CS 26/12/11 ROL 8357-10

²⁷⁰ La comunidad que puede ser pactada en el AUC también responde a una de tipo singular, así lo sostiene el profesor Joel González “De lo dicho resulta claro que la comunidad del acuerdo de unión civil recae sobre cosas singulares, pues los convivientes no reciben un patrimonio que antes pertenecía a otro titular; la comunidad aquí, por el contrario, estará formada por los bienes que a lo largo del tiempo vayan adquiriendo los convivientes y siempre que sea a título oneroso.” Citado de: GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL. 2017. El acuerdo de unión civil. Editorial Thomson Reuters, Santiago.

²⁷¹ Sentencia CS 23/08/17 ROL 19069-2017

conyugal, mientras se pruebe que lo adquirido durante la convivencia no provino de dineros sociales: “Que conforme a lo prescrito por el artículo 1725 N° 5 del Código Civil, ingresan al haber de la sociedad conyugal todos los bienes muebles o inmuebles que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso.

Sin embargo, en el caso de autos los bienes quedados al fallecimiento de don Pedro Pizarro Valenzuela y sobre los que la actora pidió se declare la existencia de una comunidad de bienes, no fueron adquiridos con fondos sociales puesto que, conforme aparece del mérito del informe pericial, apreciado legalmente por los sentenciadores del grado, la demandante y el causante actuaban comercialmente desde la década de los 90 y adquirieron en conjunto los bienes a que se refiere la sentencia.”²⁷²

2. *Reconocimiento de una sociedad de hecho*

La sociedad de hecho se ha aplicado desde principios del siglo XX por nuestra jurisprudencia para determinar los efectos patrimoniales entre los convivientes. Constituye una sociedad de hecho y no una sociedad propiamente tal puesto que carece de las solemnidades necesarias para su constitución, cuestión que es del todo lógica en razón a que el lazo que une a los convivientes tiene una base de amor y confianza, siendo pocos los casos en que los concubinos celebren un contrato de sociedad, mas si lo realizan habrá que estarse a él.

En este sentido, se puede citar una sentencia de 1934 que señaló: “Establecido que entre dos personas que contrajeron matrimonio religioso, hubo sociedad de hecho constituida por el trabajo común y por los bienes que ambos adquirieron con dicho trabajo, aunque la ley civil no reconozca valor a ese matrimonio, no por eso procede desconocer la sociedad de hecho existente entre ellos, la cual habría tenido lugar dado lo expuesto, aún sin la existencia de ese matrimonio.”²⁷³

Por su parte, para configurar una sociedad de hecho es necesario que entre los convivientes exista una gestión económica común, destinada a producir utilidades. Ambos deben realizar aportes consistentes en bienes, dinero o trabajo. Cabe preguntarse, entonces, qué

²⁷² Sentencia CS 20/07/10 ROL 7577-08

²⁷³ Sentencia citada por BUSTOS DÍAZ, MARÍA MAGDALENA. 2007. op. cit., p. 50.

ocurre con el trabajo doméstico, puesto que, si bien este tipo de trabajo puede ayudar para generar utilidades en beneficio del hogar común, carece en sí de carácter patrimonial, situándose en la esfera personal de los convivientes. El trabajo doméstico podría ser el óptimo para que sea declarada una comunidad, mas no una sociedad de hecho, donde el trabajo realizado debe mirar exclusivamente a la producción de utilidades.

La Corte Suprema se ha pronunciado sobre el particular y ha señalado que se requiere el esfuerzo común para la adquisición de los bienes: (...) En efecto, algunos antecedentes dan cuenta de haberse encargado o preocupado el Sr. Toledo de la construcción de una vivienda en una propiedad de la demandada, lo que no es materia de autos, y otros podrían estimarse constitutivos de manifestaciones de gratitud, cariño, confianza e incluso reconocimiento de éste al apoyo dado por la actora durante el largo tiempo que estuvieron juntos, pero en ningún caso permiten establecer la existencia del esfuerzo conjunto de las partes y el aporte en común de las mismas a un trabajo, industria o sociedad de hecho y que este fuera el origen de los bienes adquiridos durante la convivencia, presupuesto de la acción intentada.”²⁷⁴

Finalmente, y de modo comparativo, debemos recordar que a) tanto el cuasicontrato de comunidad como la sociedad de hecho no se presumen por la unión concubinaria y tal es alcance de la afirmación anterior que siquiera puede ser deducida por medio de una presunción judicial; b) en lo que concierne al trabajo doméstico, sólo será relevante para la declaración de una comunidad; y c) existe similitud en los efectos prácticos de la declaración de comunidad y sociedad de hecho, pues en ambos casos los bienes singulares adquiridos se repartirán en partes iguales.

3. Reconocimiento de prestación de servicios remunerados

El reconocimiento de servicios remunerados fue una de las primeras soluciones dadas por la jurisprudencia para dotar de efectos patrimoniales a las uniones de hecho y ha procedido de manera residual, cuando no se ha podido acreditar la existencia de una comunidad o de una sociedad de hecho, la afirmación anterior se puede confirmar con lo señalado por la Corte Suprema en 1904: “Si bien los hechos expuestos en el considerando anterior no importan una

²⁷⁴ Sentencia CS 27/04/16 ROL 6972-2015.

comunidad o sociedad de hecho entre las partes, son servicios positivos que la demandante prestó al demandado durante veinte años.”²⁷⁵

El fundamento de esta figura descansa en los servicios personales ininterrumpidos que brindó el conviviente demandante, generalmente la mujer, al otro. En este escenario es importante que los servicios hayan sido lícitos, no siendo indemnizable, por ejemplo, los servicios sexuales.

Siguiendo este criterio, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió en 1919 que: “La mujer casada religiosamente que hace vida marital durante varios años y que presta durante ellos, tanto al marido como a los hijos comunes, una serie de servicios, tiene derecho para exigir del marido la remuneración de sus servicios.”²⁷⁶

C. Legitimación activa del conviviente

Como ya se mencionó, en sede penal se le otorga la calidad de víctima al conviviente en el caso de que su pareja haya fallecido producto de un delito o cuasidelito, es así que existiendo norma expresa, la cual ubica al conviviente en el tercer orden de prelación para demandar el resarcimiento por daño moral no hay lugar a una mayor interpretación.

Cuestión distinta ocurre en sede civil, donde no encontramos una norma expresa respecto a quien puede demandar el daño.

Como se sabe, la doctrina y la jurisprudencias han establecido lo que se conoce como *víctimas por rebote*, categoría prevista para aquellas personas que, sin ser víctimas directas, sufrieron un perjuicio emocional o patrimonial con el daño ocasionado a la víctima producto de la acción u omisión de un tercero, así en este escenario cabe preguntarse ¿Puede considerarse al concubino como víctima por rebote en el caso de fallecimiento de su conviviente o, por el contrario, la legitimación activa de este supuesto sólo cabe a quienes tengan la calidad de heredero del fallecido? Respecto a esta pregunta la jurisprudencia se ha manifestado en modo afirmativo y le concede legitimación activa al concubino.

²⁷⁵ Sentencia citada por BUSTOS DÍAZ, MARÍA MAGDALENA. 2007. op. cit., p. 56.

²⁷⁶ Ídem.

Para comenzar, cabe mencionar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1945 que concede legitimidad activa a la concubina que se encontraba unida al hombre por matrimonio religioso. Dicho fallo señaló: “para la reparación del daño proveniente de un hecho ilícito la ley no exige que exista un vínculo jurídico entre la víctima del delito o cuasidelito y la persona que reclama la indemnización por los daños que, a su vez, haya experimentado como consecuencia del hecho ilícito. Esta última, al deducir la acción de reparación del daño, ejercita un derecho propio y no derivado o transmitido de la víctima.”²⁷⁷ Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia sostiene que la situación de donde deriva el interés lesionado es lícita ya que el matrimonio religioso, para los católicos, es una fuente de gracias espirituales, que difieren del concubinato inmoral.²⁷⁸

Como se puede apreciar, los sentenciadores otorgaron legitimación activa a la concubina, pero con limitantes al señalar que no era un concubinato inmoral, toda vez que había un matrimonio religioso detrás de él. Así podemos ver como antes esta materia quedada supeditada al surgimiento del vínculo concubinario.

La situación descrita cambió con el pasar de los años y, hoy en día, se reconoce la legitimación activa de los convivientes para demandar perjuicios provenientes de responsabilidad extracontractual, por lo que ya no existe discriminación por la fuente en virtud de la cual nació el concubinato. Por el hecho de ser convivientes se presume que se ha experimentado un perjuicio. El fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago cita en su considerando séptimo la obra “El daño moral” de Carmen Domínguez Hidalgo señalando: “práctica de los tribunales ha sido la de conceder el derecho a la acción a los parientes cercanos de la víctima directa y sosteniéndose incluso una verdadera presunción de dolor o sufrimiento para ellos, de forma de no requerirse de prueba’, llegándose a señalar que los titulares de la acción son “todos los familiares, entendiéndose por tales, a todos los que componen el grupo social respectivo”, sin que sea menester que éstos tengan el carácter de sucesores.”

El considerando termina señalando que: “De esta forma, acorde al progresivo desarrollo y presencia más propagada de la institución en comento, se torna manifiesta una aceptación

²⁷⁷ Sentencia CA Santiago 03/01/45 citada por DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. 2012. El daño extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

²⁷⁸ DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. 2012. op. cit., pp. 51-52.

gradual de su existencia y el otorgamiento de consecuencias de índole jurídicas, entre ellas, la referida con antelación, asentada en la Doctrina y sentencias, de concederle la titularidad al concubino sobreviviente, de exigir reparaciones por el deceso de su acompañante de vida, derivado de un suceso trágico, asentado en los vínculos de afectividad, permanencia y notoriedad que lo unía con la víctima directa (...)"²⁷⁹

Siguiendo el mismo fallo, la parte demandada interpuso un recurso de casación respecto a la citada sentencia, la cual hacía mención a la falta de legitimidad activa de la demandante, pues era conviviente del fallecido sin tener lazos de parentesco. La Corte Suprema, siguiendo la misma línea interpretativa que el tribunal de segunda instancia rechazó el recurso y luego de hacer mención a distintas sentencias las cuales han concedido legitimación al conviviente para demandar en sede de responsabilidad extracontractual, las que se fundaron en el dolor legítimo que conlleva la muerte de un ser querido, sin establecer que sean necesarios vínculos de familia con el difunto, señala en su considerando octavo: "Que, en consecuencia, al acoger la acción resarcitoria reclamada por la conviviente de la víctima directa de la negligencia del conductor del camión de propiedad de la demandada, los jueces no han incurrido en el error de derecho que se les atribuye pues este tribunal de casación entiende que en nuestro derecho el sujeto activo de la acción de reparación por daño moral por repercusión es todo perjudicado o dañado con el acto ilícito."²⁸⁰

Es así que aunque no exista norma expresa, la jurisprudencia ha aceptado que el conviviente tiene un interés legítimo y la muerte de su compañero de vida es fundamento suficiente para que se demuestre.

²⁷⁹ Sentencia CA 29/06/16 ROL 2564-2015.

²⁸⁰ Sentencia CS 26/12/16 ROL 62202-16

CONCLUSIONES

La realidad social que inspira el derecho de familia ha sufrido cambios radicales con el transcurso de los años. Si antaño, nos encontrábamos con una familia constituida por medio de un vínculo marital indisoluble y religioso, formada con el propósito de procrear, sostenida y reglada por el marido, este paradigma se ha ido debilitando. Esto se explica primeramente a raíz de la secularización del matrimonio; seguido de un cambio en el rol de la mujer, el que se ha desplazado desde un plano netamente doméstico a su inclusión al mundo laboral, con la consiguiente mayor independencia para ella.

Dicha independencia, que hoy es propia de ambos sexos, ha logrado que las personas tengan un mayor poder de decisión a la hora de construir su biografía, dejando de lado al matrimonio como única forma de unión. En este sentido, encontramos la figura del concubinato como un exponente de esta nueva mentalidad, primero por otorgar a la familia heterosexual un escape al matrimonio y a la familia homosexual una forma de constitución. Sin embargo, como vimos, esta figura no se encuentra exenta de problemas, toda vez que, al ser concebida como una situación de hecho, no se encuentran regulados los efectos que ésta podría producir, principalmente, al momento de su disolución, por lo que en Chile ha quedado en manos de la jurisprudencia resolver los conflictos que de ella se susciten.

Comprendiendo la antedicha realidad, hemos visto cómo distintos países han comenzado a regular los concubinatos, dejando atrás la posición abstencionista, para situarse en una postura equiparadora o proteccionista, dotando, de esta manera, de efectos jurídicos a las uniones de hecho.

La situación nacional difiere de esta nueva tendencia y, hasta el día de hoy, los encargados de otorgar efectos a las relaciones concubinarias siguen siendo los tribunales de justicia, cuya labor si bien no puede desmerecerse, resulta imposible obviar que la solución no ha consistido en dotar de efectos jurídicos a las relaciones de hecho, sino que se ha limitado a establecer consecuencias para el caso de su disolución, aplicando figuras del derecho común, las cuales se alejan del ámbito del derecho de familia.

Recurrir a figuras del derecho común presenta graves inconvenientes. Si pensamos en una de las primeras aplicadas en nuestro ordenamiento, la prestación de servicios remunerados, podemos ver que existen dos problemas: el primero responde a cómo se evaluarán los servicios; y el segundo, y más importante, es que se escapa por completo del ámbito del derecho de familia a tal punto que deja absolutamente al margen la relación de afectividad que debe existir en la relación concubinaria para poder ser tal. Entender que dentro de la relación existe sólo una prestación de servicios por parte de uno de los miembros generaría que la relación afectiva fuera simulada, toda vez que no se configurarían los requisitos para entablar la unión; así, si la relación afectiva es simulada no se podría reconocer un concubinato y, en consecuencia, no habría cabida para establecer algún efecto patrimonial.

Por su parte, si reconocemos la relación concubinaria como una sociedad de hecho tendríamos que deducir que la relación se formó con el ánimo ulterior de generar ganancias y no con el objeto de constituirse como familia, toda vez que la *affectio societatis* es indispensable para una sociedad. Por lo demás, para configurar una sociedad de hecho es menester que existan aportes patrimoniales, por lo que estaría excluido de antemano el trabajo doméstico y el apoyo moral, quedando desprotegido el conviviente que no realizó aportes patrimoniales aun cuando su dedicación personal haya contribuido a la adquisición de activos.

Así, en principio, el cuasicontrato de comunidad vendría a ser la mejor solución dentro de las figuras que ha reconocido nuestra jurisprudencia, máxime porque al establecerlo no se aparta del ámbito del derecho de familia y, también, porque reconoce el trabajo doméstico. Sin embargo, el gran problema que existe, y que también se encuentra en la sociedad de hecho, se presenta a la hora de dividir las deudas y bienes comunes, toda vez que esta división es por partes iguales, equiparando la relación extramatrimonial a la sociedad conyugal.

Finalmente, la teoría del enriquecimiento injustificado, utilizada en algunos países, presenta como inconveniente principal la dificultad probatoria, siendo muy difícil determinar la cuantía del enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento.

En definitiva, la proliferación que han experimentado las uniones de hecho, unida a los problemas que se suscitan con una postura legislativa abstencionista, que obliga a los sentenciadores a aplicar figuras del derecho común, deja en claro que hoy existe una necesidad imperiosa de que nuestro ordenamiento norme las relaciones extramatrimoniales. Sin embargo,

este no es un trabajo que deba tomarse a la ligera, pues la relación concubinaria debe entenderse como una figura autónoma, independiente al matrimonio y a cualquier otro vínculo de pareja, por lo que no podemos equipararla al acuerdo de unión civil, ni menos pensar que es un matrimonio de segunda clase. Somos de la opinión de que debiese ser merecedora de un estatuto jurídico propio, pues atribuir los efectos inherentes del matrimonio o los del acuerdo de unión civil a estas uniones sería imponer a la pareja, que libremente escapó de estas instituciones, sus respectivas cargas.

En este entendido, el primer paso sería establecer un estatuto jurídico propio a estas uniones, el cual las regule únicamente de forma supletoria si entre los miembros no se han establecido pactos. Pienso que el proyecto de ley que se encuentra en tramitación en el Congreso sería una salida fructífera para paliar los problemas que presentan los concubinatos (con las prevenciones hechas en su momento), pues dicho proyecto mira la relación concubinaria como una situación jurídica autónoma e independiente de los otros vínculos de pareja.²⁸¹

Así, el libre desarrollo de las personas, sumado a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual son principios que ningún estado de derecho puede desconocer y es por ello que limitar las relaciones sexo-afectivas a instituciones solemnes priva a las personas al derecho de constituir su vida de la forma que mejor les parezca.

Debemos entender al derecho positivo como el encargado de buscar la paz social y el libre desenvolvimiento de los sujetos. En este sentido, no pueden quedar al margen de protección las parejas que, sin realizar actos contrarios al ordenamiento jurídico, han decidido emprender un camino alejado de la institución formal.

Por tanto, debemos comprender como país que existe una realidad social en auge, que corresponde a una forma de constituir una familia y, por tanto, merece protección jurídica no sólo para los hijos, sino que también para los miembros que la formaron.

²⁸¹ Para texto del proyecto, véase pie de página 261. Para la prevención véase la parte final del apartado “B. Proyectos de Ley” ubicado en el capítulo “Situación de las Uniones de Hecho en Chile”.

BIBLIOGRAFÍA

A. Fuentes bibliográficas.

1. ABELIUK MANASEVICH, RENE. 1993. Las Obligaciones. 3° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. 1983. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
3. AMEGLIO ARZENO, CARLOS. 1935. El régimen jurídico del concubinato. Argentina, impreso en Talleres Gráficos Pomponio Moreno 1224 Rosario.
4. AGUDO, M. R. D. 2004. El principio de protección al conviviente perjudicado por la unión de hecho. Boletín del Ministerio de Justicia, 58 (1966): 2100-2105.
5. ÁLVAREZ NÚÑEZ, CARLOS. 1968. Algunas consideraciones doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato, Revista de Derecho Universidad de Concepción (143): 5-31
6. BAEZ AGUIRRE, DANIELA y SEPÚLVEDA, CLAUDIA. 2004. El tratamiento jurídico de las uniones de hecho. Memoria para optar al Gran de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
7. BORRILLO, DANIEL. 2014. Uniones libres, convencionales y conyugales en el derecho francés. Revista de derecho privado y comunitario: 523-545.
8. BOSSERT, GUSTAVO. 1992. Régimen jurídico del concubinato. 3° edición. Argentina, Editorial Astrea.
9. BUSTOS DÍAZ, MARÍA MAGDALENA. 2007, Análisis crítico de los efectos jurídicos de las uniones de hecho en Chile. Una propuesta de regulación orgánica patrimonial. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, universidad de Chile, facultad de derecho.
10. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA. 2002. Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables. 1° edición. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

11. DE LA BARRA SUMA DE VILLA, MARÍA ASUNCIÓN. 2010. Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena: posibilidad de aplicación a parejas homosexuales, *Revista de Derecho y humanidades*, vol. 2 (16): 101-117.
12. DE LA FUENTE-HORTAÑÓN, ROSARIO. 2013. Algunas reflexiones en torno a la ley 30007: ¿similitud o equiparación de derechos hereditarios a los concubinos? ¿una ley desfiguradora de la familia tradicional?, *Revista Jurídica* vol. 25 (1): 1-4.
13. DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS. 2012. *El daño extracontractual*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
14. ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA. 2009. El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España, *Revista Chilena de Derecho Privado* (12): 9-67.
15. ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA. 2013. ¿Compensación de índole económica basada en la equidad o atribución de derechos sucesorios al conviviente sobreviviente?, *Revista Chilena de Derecho Privado* (20): 105-134.
16. GARCÉS, HUGO. 2017. Perspectiva histórica del concubinato en Colombia. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (9): 91-111.
17. GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ. 1991. La Ley francesa de 6 de julio de 1989, de arrendamiento de viviendas e inmuebles de uso mixto. *Revista de estudios de derecho extranjero*: 719-743.
18. GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL. 2017. *El acuerdo de unión civil*. Editorial Thomson Reuters, Santiago.
19. FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. 2010. *Curso de derecho Civil, tomo I*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
20. HERNÁNDEZ, GABRIEL. 2009. *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*. Santiago, Editorial ARCIS.
21. LEPÍN MOLINA, CRISTIÁN. 2019. Efectos jurídicos de las relaciones de hecho en la legislación chilena, *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana* (11): 266-293.
22. MARTINIC GALETOVIC, MARÍA DORA y WEINSTEIN, GRACIELA. s/f. *Concubinato y uniones de hecho*, Santiago, Apuntes de la Cátedra Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
23. MELI LANDWERLIN, GERARDO. 2003. *Las uniones de hecho en España*. Madrid, Centro de investigaciones sociológicas.

24. MESA MARRERO, CAROLINA. 1997. Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos. Tesis doctoral. Las Palmas de Gran Canaria, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, departamento de ciencias jurídicas básicas.
25. MOLINA DE JUAN, MARIEL F. 2019. Las uniones convencionales en el derecho argentino, Revista de actualidad jurídica Iberoamericana (11): 200-223.
26. MOLINA MOLINA, ÁNGEL LUIS. 1993. Aspectos de la vida cotidiana en Las Partidas, Revista de historia del derecho Europeo, Universidad de Murcia.
27. NESTOR E. 1999. Liquidación de bienes en el concubinato. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas.
28. PANERO, PATRICIA. 2010. El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho. Revista Internacional de Derecho Romano: 92-125.
29. POSADA FERNÁNDEZ, MARÍA TERESA. 2018. Ruptura de la pareja de hecho: La influencia de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos y deberes de los convivientes. Tesis doctoral. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, facultad de derecho.
30. RAMOS PAZOS, RENÉ. 2010. Derecho de Familia Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
31. SERRANO CHAMORRO, MARÍA EUGENIA. 2014. Las parejas de hecho y su marco legal. 1º Edición. Madrid. Editorial Reus. S.A.
32. TURCOTT CÁRDENAS, AUGUSTO. s/f. La causa interpretación comparativa del derecho francés y español con el derecho mexicano en su origen, Instituto de Investigaciones Jurídicas: 207-222.
33. VARAS ARAVENA, DAVID. 2013. De la situación patrimonial de las uniones de hecho en el ordenamiento jurídico español, Revista de Derecho - Escuela de postgrado (3): 19-50.
34. VEGA MERE, YURI. 2005. Ruptura del concubinato y reparación civil, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (58): 131-171.
35. VELOSO VALENZUELA, PAULINA. 1998. Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos, Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (XIX): 35-56.

B. Fuentes electrónicas.

1. CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS [En línea] <<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=4547&prmBoletin=4153-18>> [Consulta, 08 de abril de 2021]
2. CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS [En línea] <<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=4578&prmBL=4187-18>> [Consulta, 08 de abril de 2021]
3. CLEISS [En línea] <https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/es_3.html > [Consulta 31 de marzo de 2021]
4. CHIRINO CASTILLO, JOEL. 2017. Concubinato y Matrimonio [En línea] México <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5040/6.pdf> > [consulta, 1 de marzo de 2021].
5. DEL ÁGUILA, JUAN CARLOS. 2020. La convivencia, la unión de hecho y su situación frente al matrimonio [En línea] Perú <<https://lpderecho.pe/convivencia-union-de-hecho-situacion-frente-matrimonio-por-juan-carlos-del-aguila/>> [consulta, 23 de marzo de 2021]
6. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (España) [En línea] <<https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01018.px&L=0>> [Consulta 31 de marzo de 2021]
7. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA DE PERÚ [En línea] <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaless/Est/Lib1539/libro.pdf> [Consulta 31 de marzo de 2021]
8. INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DESÉTUDES ÉCONOMIQUES (Francia) [En línea] <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/4516614?sommaire=4516657&geo=METRO-1>> [Consulta 31 de marzo de 2021]
9. MOREYRA, JAVIER y SALIERNO, KARINA VANESA. 2020. El régimen jurídico de la convivencia [En línea] Buenos Aires < <http://www.revista->

notariado.org.ar/2020/03/el-regimen-juridico-de-la-convivencia/> [consulta, 07 de abril de 2021]

10. SENADO.CL [En línea]
<https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13752-07> [Consulta, 08 de abril de 2021]

C. Legislación

- Nacionales

1. Código Civil
2. Código Procesal Penal
3. Código Penal.
4. Código de Procedimiento Civil.
5. Ley 20.813.
6. Ley 20.413.
7. Ley 19.968.
8. Ley 16.744.
9. Ley 20.066.
10. Decreto Ley 3.500.

- Extranjera

1. Constitución española
2. Código Civil español
3. Ley de Canarias 5/2003.
4. Ley de Cataluña 10/1998
5. Código Civil de Cataluña
6. Código Civil de Guatemala
7. Código Civil de Paraguay
8. Reforma parcial de código Civil de Paraguay
9. Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina
10. Código Civil Argentino de 1869

11. Ley 23.570 Argentina.
12. Ley 23.091 Argentina.
13. Código de Familia de Bolivia
14. Código de Familia cubano
15. Código Civil francés
16. Ley 72-3 de 1972 Francia
17. Ley 89-462 de 1998 Francia
18. Código de Familia de Panamá
19. Constitución política del Perú de 1993
20. Constitución para la República del Perú 1979
21. Ley 30.007 del Perú
22. Ley 18.246 Uruguay

D. Jurisprudencia.²⁸²

- Nacional

1. Corte Suprema, ROL N° 7.577-2008, 20 de julio de 2010.
2. Corte Suprema, ROL N° 866-2019, 19 de octubre de 2010.
3. Corte Suprema, ROL N° 8.357-10, 26 de diciembre de 2011
4. Corte Suprema, ROL N° 337-2011, 07 de marzo de 2012.
5. Corte Suprema, ROL N° 6.972, 27 de abril de 2016.
6. Corte Suprema, ROL N° 2.564-2015, 29 de junio de 2016.
7. Corte Suprema, ROL N° 87,777-2016, 21 de febrero de 2017.
8. Corte Suprema, ROL N° 19.069, 23 de agosto de 2017.
9. Corte de Apelaciones de Rancagua, ROL N° 2.564-2015, 29 de junio de 2016.

²⁸² La basta jurisprudencia presentada en el trabajo fue extraída de diversos documentos (a los cuales se hace mención en los respectivos pies de páginas), por lo que la anotada en este apartado corresponde a aquella no citada en los textos consultados.

- Extranjera

1. Sentencia Tribunal Constitucional EXP. N° 06572-2006-PA/TC, 06 de noviembre de 2007 (Perú).
2. Sentencia Corte de Casación 11 de julio de 1989 N° 86-10665 (Francia)²⁸³

²⁸³ Sentencia traducida al español.