



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**“LOS EFECTOS PATRIMONIALES DEL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL EN UNA
VISIÓN COMPARATIVA CON EL MATRIMONIO”**

**Memoria para optar al Grado
De Licenciado en Ciencias Jurídicas**

**Autor: Fernanda Carolina Maldonado Meneses.
Profesor guía: José Antonio Galván Bernabeu.**

VALPARAÍSO – CHILE

2016

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO

EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

I. GÉNESIS DEL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL	5
II. CONCEPTO Y SUS ELEMENTOS.....	8
III. CONSIDERACIONES GENERALES Y ACLARACIONES PREVIAS.....	10

CAPITULO SEGUNDO

REGÍMENES PATRIMONIALES EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

IV. REGULACIÓN DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES EN LA LEY 20.830	13
1. <i>Derechos y deberes entre convivientes civiles</i>	13
V. REGÍMENES ECONÓMICOS EN LA LEY 20.830	15
2. <i>Régimen de Separación de Bienes</i>	16
a) Contenido de la Regulación	16
b) Clasificaciones	18
c) Aplicación del régimen de separación de bienes a los acuerdos de unión civil o pactos equivalentes celebrados en el extranjero	18
d) Libertad de los convivientes para regular su situación patrimonial	19
3. <i>Régimen de Comunidad de Bienes</i>	20
a) Características del Pacto de Comunidad	20
b) Contenido del Pacto de Comunidad	21
c) Pacto de Sustitución	31

CAPÍTULO TERCERO

ESTATUTO DE LOS BIENES FAMILIARES EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

VI. FINES Y FUNDAMENTOS DE LA INSTITUCIÓN.....	35
VII. CONTENIDO DE LA REGULACIÓN	36
1. <i>Bienes objeto de declaración familiar</i>	37
2. <i>Constitución del bien familiar</i>	39
3. <i>Efectos que produce la declaración</i>	40
4. <i>Constitución de derechos reales sobre los bienes familiares</i>	42
5. <i>Desafectación de los bienes familiares</i>	43

CAPÍTULO CUARTO

DE OTROS EFECTOS CON CONTENIDO PATRIMONIAL

VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR TERCEROS A UNO DE LOS CONVIVIENTES CIVILES	47
1. <i>Historia de establecimiento de la ley</i>	47
2. <i>Análisis del sentido y alcance del artículo 20</i>	49
IX. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL.....	51
3. <i>Consideraciones Previas</i>	51
4. <i>Análisis del artículo 27 inciso 1º de la ley 20.830:</i>	54
5. <i>Requisitos de procedencia:</i>	55
6. <i>Fijación del monto y forma de pago de la compensación económica</i>	57
X. BREVE REFERENCIA A LOS DERECHOS SUCESORIOS	60
1. <i>Consideraciones generales</i>	61
2. <i>Ámbito de la sucesión intestada</i>	62
3. <i>Ámbito de la sucesión testada</i>	63
4. <i>Derechos del conviviente civil sobreviviente en la partición: “el derecho de adjudicación preferente”</i>	64
CONCLUSIÓN	65
BIBLIOGRAFÍA	67

INTRODUCCIÓN

Desde la época indiana y durante todo el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico como República independiente, se ha concebido al matrimonio como “base principal de la familia”, idea que ha sido recogida en el artículo 1º de la ley 19.947 de matrimonio civil y que implica que es esta institución la causa principal (y no exclusiva) generadora de la familia, al mismo tiempo que reconoce la existencia de familias cuya base no sea el matrimonio. Pese a que nuestro legislador no define el concepto de familia, es clara la importancia que se le atribuye, al punto de reconocerla a nivel Constitucional en su artículo 1º como “*el núcleo fundamental de la sociedad*” imponiendo el deber al Estado de propender a su protección y fortalecimiento. De ahí la relevancia de delimitar su alcance, considerando que en la actualidad el concepto de familia se ha ido ampliando a partir de las diversas realidades que han desplazado el modelo paradigmático fundado en el matrimonio. Dentro de estas “otras causas” que pueden dar origen a la familia encontramos el fenómeno de la convivencia afectiva tanto de parejas heterosexuales como del mismo sexo, respecto de las cuales nuestro sistema jurídico no ofrecía regulación legal concreta. El Acuerdo de Unión civil crea una institución paralela al Matrimonio, fundada en una realidad familiar basada en la convivencia, que tiene por fin regular los efectos generados por la vida en común entre los convivientes. Dentro de estos efectos, cobra particular importancia la cuestión relativa a los bienes y la regulación de las relaciones patrimoniales entre convivientes civiles, así como entre estos y terceros. Siendo una materia de esencial interés, resulta conveniente examinar el funcionamiento, características e implicancias que en términos patrimoniales tiene la inserción de esta nueva figura jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, materia que será abarcada a lo largo de esta memoria conformada por cuatro capítulos.

La primera parte de esta memoria se avocará a otorgar un panorama general de esta nueva institución familiar denominada Acuerdo de Unión civil, comenzando con la explicación de su origen; siguiendo con su conceptualización y finalizando con ciertas consideraciones de orden general que permitirán tener a la vista los antecedentes necesarios para comprender el resultado legislativo de esta ley en lo que a materia patrimonial se refiere.

En el segundo capítulo, se aborda uno de los efectos patrimoniales centrales de esta memoria, constituida por los regímenes patrimoniales a los que da origen el Acuerdo de Unión civil, los que serán analizados desde una perspectiva comparativa al funcionamiento de los regímenes patrimoniales en el Matrimonio.

La tercera parte de este trabajo, consta sobre la aplicación del estatuto de los bienes familiares al Acuerdo de unión civil. Pese a estar íntimamente vinculado al capítulo anterior, se abarca de modo independiente al tratarse de una figura compleja y de

aplicación transversal, cualquiera sea el régimen económico adoptado. Se analizarán sus principales características y se plantean las complejidades de su aplicación.

El capítulo cuarto y final, tiene un carácter residual, comprendiendo una serie de efectos de naturaleza patrimonial, cuyos contenidos no son posibles de adscribir a las categorías anteriores, motivo por el cual, han sido recopilados en el capítulo denominado “de otros efectos con contenido patrimonial”.

En definitiva lo que se persigue con esta memoria es dar una mirada general acerca de los diversos efectos patrimoniales que genera esta nueva institución en nuestro ordenamiento jurídico y determinar cuáles son las implicancias jurídicas que se desprenden de su inserción como contrato o institución paralela al Matrimonio. Ello se pretende lograr a través de un examen comparativo entre el Matrimonio y el Acuerdo de Unión Civil y su funcionamiento respecto de diversas figuras jurídicas contempladas en uno y otro. A partir del análisis comparativo se podrán reconocer puntos de conexión entre ambos, a la vez que identificaremos puntos de quiebre. Por último, además de identificar semejanzas y diferencias entre estas instituciones, será posible advertir las posibles deficiencias y vacíos legales que eventualmente podrían generar situaciones problemáticas ante los tribunales en atención a la técnica legislativa empleada, exponiendo las soluciones pertinentes.

CAPÍTULO PRIMERO EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

I. GÉNESIS DEL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

Los procesos sociales, los cambios culturales e ideológicos, unidos al abandono progresivo del conservadurismo han contribuido a una mayor aceptación de las distintas realidades sociales y expansión de los derechos. La legislación es la expresión normativa de estos cambios, siendo una herramienta importante para impulsarlos y satisfacer a las necesidades sociales.

La familia, como institución natural, social y jurídica no ha quedado ajena a estas transformaciones. La diversidad en las uniones afectivas ha dado lugar a una variedad de formas familiares; así encontramos familias matrimoniales, no matrimoniales, adoptivas, monoparentales y ensambladas, todas las cuales exigen contar con el reconocimiento, respeto y protección jurídica que la Constitución asegura a todas las tipologías de familia, independiente de la forma que ella adopte. La realidad contemporánea ha venido a ampliar el concepto de familia tradicional y a extenderlo a aquellos casos de uniones afectivas - tanto entre personas de igual o distinto sexo- originadas al margen de un vínculo matrimonial, quedando en consecuencia desprovistas de una serie de beneficios conferidos únicamente por el régimen matrimonial

Con este propósito surge la iniciativa de regular y otorgar protección a la denominada “pareja de hecho”¹ y conferirle un estatuto jurídico propio y distinguible del Matrimonio, al mismo tiempo que se propendía avanzar legislativamente en el respeto a la diversidad sexual y supresión de la discriminación. De esta forma es como a partir del año 2003 se instala de manera definitiva la idea de legislar sobre este tema, comenzando con la primera presentación formal sobre esta materia a través del proyecto de Ley de Fomento de la no Discriminación y Contrato de Unión Civil entre personas del mismo sexo, presentado en julio de ese año, el que sin embargo fue archivado. No obstante el fracaso inicial, los intentos por legislar no cesaron y en los años sucesivos varias propuestas ingresaron al Congreso en busca de igual objetivo, pero corrieron igual suerte². Cabe destacar , el Proyecto sobre Pacto de Unión Civil, ingresado el año 2009 creado a iniciativa del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, MOVILH,³ el que realiza innovaciones en relación a los proyectos presentados con anterioridad, dado que pretende regular la pareja a través de un contrato de unión civil sin hacer distinción entre heterosexuales y homosexuales. De esta manera las partes quedan en situación de plena autonomía para decidir si adscribirse al régimen matrimonial, al pacto de unión civil o

¹ Protección referida a una protección legal y sistemática, ya que tal figura sí goza de un reconocimiento jurisprudencial y también normativo, pero cuya regulación se ha desarrollado de manera casuística. (Ver Cit. 17).

² Boletín N° 5623-07, que crea la figura de Unión Civil en los Gananciales; Boletín N° 5774-18, que regula la Unión Civil entre Personas del Mismo Sexo; Boletín N° 6735-07, sobre Pacto de Unión Civil.

³ Boletín N° 6735-07, sobre Pacto de Unión Civil. define el Pacto como “*un contrato celebrado por dos personas naturales, de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común*”.

permanecer en la situación de hecho; idea que se mantiene en los posteriores proyectos que son los que finalmente dan origen a la ley 20.830 que crea el acuerdo de unión civil.

No fue hasta agosto del año 2011, que se logra finalmente el objetivo con el proyecto iniciado como Acuerdo de vida en Pareja⁴ (en adelante AVP), ingresado mediante mensaje del entonces Presidente Sebastián Piñera, en cumplimiento de su promesa de campaña electoral y cuyo texto lo definía como “*un contrato celebrado entre dos personas con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común*”.

Este proyecto que ingresó como AVP, encuentra su génesis en el proyecto anterior de Acuerdo de Vida en Común⁵ presentado por el senador Andrés Allamand el 29 de junio del año 2010; ambos proyectos presentan similitudes evidentes, lo que motivó en el año 2013, la decisión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado de someterlos a tramitación conjunta refundiéndolos en un solo texto.

La ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil es en síntesis, el resultado de la fusión de esos dos mencionados proyectos, que tras múltiples modificaciones y años de tramitación fue finalmente aprobado y promulgado por el Ejecutivo el 13 de abril de 2015 y publicado en el Diario Oficial el 21 del mismo mes y que entra en vigencia seis meses después, esto es, a partir del 22 de octubre de 2015.

La ley consta de un total de 48 artículos y está dividida en siete títulos, a saber: Título I: del acuerdo de unión civil y de los convivientes civiles; Título II: de la celebración del acuerdo de unión civil, de sus requisitos de validez y prohibiciones; Título III: de los acuerdos de unión civil celebrados en el extranjero; Título IV: de los efectos del acuerdo de unión civil; Título V: disposiciones generales; Título VI: del término del acuerdo de unión civil; y Título VII: modificaciones a diversos cuerpos legales.

Fines y Fundamentos de la ley

Dentro del programa de Gobierno que impulsó esta ley, estaba comprendido el fortalecimiento y promoción de la familia, pero una familia entendida en un sentido amplio, inclusiva de todas aquellas formas existentes en la realidad actual. Tal idea queda de manifiesto en el mensaje que antecede al proyecto de AVP en que se señala la necesidad de otorgar reconocimiento a la familia en sus distintas expresiones destacando que “*cada uno de ellas, incluso los que no den ni puedan dar lugar a la procreación, son dignos de respeto y consideración por el Estado pues todos en mayor o menor medida, significan un beneficio para quienes los integran y la sociedad en su conjunto (...)*”⁶

Es por tanto, de tal importancia la familia al punto de ser reconocida constitucionalmente como núcleo fundamental de la sociedad, que resultaría perjudicial privar a determinadas personas del goce de los derechos y protección que la Constitución les confiere. Lo señalado encuentra su fundamento no sólo a nivel interno a través del

⁴ Boletín N° 7.873-07

⁵ Boletín N° 7.011-07

⁶ Palabras de S.E. el Presidente de la República, Sebastián Piñera Echeñique, contenidas en el mensaje que antecede el proyecto de ley que establece y regula el Acuerdo de Vida en Pareja, Santiago, 8 de Agosto de 2011 (Boletín N°7.873-07)

mandato que hace al legislador el artículo 1° y 5° de nuestra Carta Fundamental⁷, sino también en el ámbito externo mediante diversos instrumentos internacionales que así la reconocen.⁸

Como consecuencia de lo planteado, surge la necesidad de regular aquella familia fundada en la convivencia o unión de hecho de parejas heterosexuales como del mismo sexo. Las cifras demuestran que un gran porcentaje de los chilenos se encuentran en esta situación de desregulación, siendo un imperativo para el Estado otorgar un marco jurídico que implique un reconocimiento tanto jurídico como social de esta realidad⁹. La ausencia de regulación normativa de aplicación general a la pareja de hecho, creaba un estadio de incerteza e inseguridad jurídica, que demandaba la necesaria protección que pretende dar esta ley a través de la creación de un contrato que regule los derechos patrimoniales, sucesorios y sociales de su relación. Necesidad que también ha sido recepcionada en el derecho comparado donde es posible observar figuras jurídicas que van desde las uniones civiles hasta la consagración del derecho al matrimonio para parejas del mismo sexo.¹⁰

⁷ Artículo 1° CPR: *Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*

Artículo 5° CPR (inciso 2°): *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

⁸ La Declaración Universal de Derechos Humanos (art 16.3); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI) ; el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (art. 23.1); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (art.10.1) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art.17.1 y 17.2). El Comité de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos entre otros.

⁹ De acuerdo a la última encuesta Casen del año 2013, hay aproximadamente 1.750.000 de personas que conviven y mantienen una relación afectiva sin estar casadas.

¹⁰ Entre los países que reconocen los derechos de parejas del mismo sexo bajo las formas de uniones civiles o uniones libres están: Alemania, Andorra, Australia, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Reino Unido, República Checa y Suiza. Mientras que los países que han consagrado el Matrimonio Homosexual son: Holanda (2001); Bélgica (2003); España (2005); Canadá (2005); Sudáfrica en mérito de una sentencia del Tribunal Constitucional, legisla el año 2006. Noruega (2009); Suecia (2009); Portugal (2010); Islandia (2010) y 5 Estados federados de los Estados Unidos de América. En el contexto de América Latina, las uniones civiles son reconocidas en Brasil, Colombia y Ecuador. Argentina modifica su Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, mediante Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario del año 2010. Posteriormente Uruguay legaliza el Matrimonio homosexual, a través de la Ley de Matrimonio Igualitario, ley 19.075, aprobada en abril del año 2013. También Brasil acogió el Matrimonio igualitario en mayo del 2013, transformándose en el tercer país sudamericano que lo aprueba.

Todo lo referido anteriormente, no significa en modo alguno alterar la institución del Matrimonio, el que sigue en nuestro derecho estando reservado exclusivamente a parejas heterosexuales.

En consecuencia la finalidad de esta ley es triple: regular la situación de las parejas heterosexuales que no se encuentran unidas en Matrimonio; extender tal regulación legal a parejas del mismo sexo ; y mantener como institución base de la sociedad el Matrimonio, reservándolo exclusivamente a personas de distinto sexo.

II. CONCEPTO Y SUS ELEMENTOS

La ley entrega un concepto de Acuerdo de Unión Civil en su artículo 1° definiéndolo como *“un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente”*

De la definición legal se pueden desprender las siguientes ideas:

- Es un contrato: por cuanto es un acuerdo de voluntades; es de carácter bilateral, en cuanto genera derechos y deberes para ambas partes. Conviene aclarar que no hay una equiparación entre los derechos conferidos y los deberes estipulados. A diferencia de lo que sucede en el Matrimonio en que se establecen una serie de deberes entre los cónyuges¹¹, en el AUC se caracteriza por una ausencia de deberes, refiriéndose sólo a uno de ellos - el deber de ayuda mutua - sin perjuicio de la obligación recíproca de contribuir a solventar los gastos derivados de la vida en común; mientras que le son aplicables a los conviviente la mayoría de los derechos y prerrogativas que le corresponden a los cónyuge en el Matrimonio¹².
- Se trata de un contrato de carácter solemne, aunque la ley no lo diga expresamente, en atención a que debe realizarse ante un oficial de Registro Civil igual que el Matrimonio, con la salvedad que en este caso no se exige la presencia de testigos.
- Se celebra entre dos personas: cabe advertir, que a diferencia de la definición que hace el legislador de Matrimonio en el art.102° del Código Civil en el que destaca que el contrato es entre un hombre y una mujer, en la ley en comento no se hace referencia alguna a la diferencia de sexos, por lo que el acuerdo puede celebrarse libre e indistintamente entre personas de igual o distinto sexo.

¹¹ El matrimonio contempla ocho deberes: deber de fidelidad (art. 131 del Código Civil); deber de socorro (artículos 131 y 134); deber de ayuda mutua o de asistencia (artículo 131); deber de respeto recíproco (artículo 131); deber de protección recíproca (artículo 131); derecho y deber de vivir en el hogar común (artículo 133); deber de cohabitación y el deber de auxilio y expensas para la litis.

¹² Confiere estado civil; derecho eventual a compensación económica; derechos a concurrir en la sucesión testada como intestada en el primer y segundo orden sucesorio; se le otorga la posibilidad de afectar un bien como familiar; derecho de adjudicación preferente; se le reconoce legitimación activa para demandar indemnización de perjuicios; podrá ser considerado carga de su conviviente reconociéndosele derechos previsionales como el ser beneficiario de pensión de sobrevivencia, beneficio de cuota mortuoria, entre otros. Como contrapartida a esta igualdad de derechos tenemos que se le hacen extensiva a los convivientes las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que las leyes y reglamentos establecen para los cónyuges.

- Los contratantes deben compartir un hogar común: es un elemento material, implica el hecho de vivir juntos bajo el mismo techo, vivir en compañía de otro compartiendo un hogar común. Es uno de los elementos que le otorga el carácter de convivencia. Íntimamente ligado al compartir un hogar, está el hacer vida en común, elemento de tipo psicológico, que implica un ánimo, una consciencia de que se comparte no sólo la materialidad del hogar común sino un proyecto de vida en común¹³ de quienes hasta ese momento estaban unidos de hecho. Se protege el hogar común a través de la aplicación del estatuto de los bienes familiares, figura que antes de esta ley era de aplicación exclusiva a la familia fundada en el Matrimonio.
Cabe advertir que a diferencia de otras legislaciones que han reconocido las uniones civiles, en nuestro ordenamiento jurídico no hay exigencia de un plazo mínimo de convivencia entre quienes comparten un hogar común¹⁴. Ello da cuenta de que este elemento se transforma en un requisito irrelevante a la hora de contraer el Acuerdo, pudiendo perfectamente suscribirlo dos personas conocidas, amigos o incluso extraños que acuerden voluntariamente someterse a las reglas de este contrato.
- La unión ha de ser de carácter estable y permanente. Ambas características son necesarias para llevar a cabo el proyecto de vida en común, pues tal fin exige necesariamente una proyección en el tiempo. En consecuencia se trata de un contrato indefinido, y que se prolongará mientras no opere una de sus causales de terminación. Por su parte en el Matrimonio la unión es indisoluble y por toda la vida- en teoría - salvo excepción de divorcio, figura incorporada con la nueva ley de Matrimonio civil.
Sin embargo esta característica al igual que la anterior es más literal que una exigencia jurídica para celebrarlo, ya que su ausencia no es causal de nulidad. Además no se condice con la facultad de ponerle término unilateralmente, pues sólo es menester la decisión de uno de los contratantes incluso sin expresión de causa y frente un ministro de fe para disolverla (previa inscripción) poniendo en conocimiento al otro conviviente mediante una notificación, de cuya falta, no se sigue su invalidación, teniendo lugar igualmente el término del Acuerdo independientemente de que se haya tomado o no conocimiento por parte del otro conviviente.
- La finalidad del contrato es regular los efectos jurídicos derivados de la vida en común: A diferencia del Matrimonio cuyos fines son “*vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente*”, los fines del AUC están orientados a otorgar un estatuto jurídico a los convivientes que regule principalmente los efectos patrimoniales que se derivan del mismo. No obstante ser esta la idea original de su regulación, se extendió a otorgar efectos en otros ámbitos, generando así no sólo derechos sucesorios entre los convivientes, sino también efectos personales- aunque mucho más limitados que los generados por el contrato de Matrimonio¹⁵- lo que se explica

¹³ BARRIENTOS GRANDÓN , Javier , *De las Uniones de Hecho*, (Santiago Chile , 2008.), pp.39-41.

¹⁴ Es el caso de Uruguay, que a través de la Ley 18.246 que regula la Unión Concubinaría, establece en su artículo 1º la convivencia ininterrumpida de a lo menos cinco años.

¹⁵ Se origina entre los convivientes el deber de ayuda mutua y el de solventar los gastos derivados de la vida en común.

en atención a que tales derechos y deberes personales entre cónyuges dicen relación con el cumplimiento de los fines hacia los que se orienta este contrato y que lo dotan de una naturaleza específica.

En términos generales, y como ha quedado de manifiesto sólo a partir del desglose de los elementos integrantes del concepto de AUC, este nuevo contrato del derecho de familia presenta tanto similitudes como diferencias con el Matrimonio. Una mirada comparativa y pormenorizada entre estas dos instituciones implica una labor compleja y extensa, que excede el objeto de esta memoria, la que está orientada específicamente a abordar los efectos patrimoniales¹⁶ que crea el Acuerdo de Unión Civil desde una perspectiva comparativa con el Matrimonio, sin perjuicio de que a partir de su examen puedan realizarse observaciones o referencias a otros ámbitos en donde este contrato también genera efectos.

III. CONSIDERACIONES GENERALES Y ACLARACIONES PREVIAS

Las uniones de hecho no matrimoniales basadas en la convivencia -sustrato de la actual ley que regula la figura en análisis - no eran una realidad ajena y desconocida en nuestro ordenamiento jurídico¹⁷. Sin embargo, esa escasa regulación de normas diseminadas en diversos textos legales, hacía del todo necesaria una regulación sistemática a la hora de resolver los conflictos de orden patrimonial principalmente, generados por la convivencia y en su mayoría derivados de la ruptura o término de la misma, cuya dirección iba a determinar qué sucedía con los bienes adquiridos en común. La solución, vino entonces dada por la jurisprudencia, que recurría a la legislación existente sobre comunidad, sociedad de hecho y principios generales del derecho como el de equidad o enriquecimiento injustificado para resolver la situación patrimonial de los concubinos. Sin embargo la respuesta se hizo insuficiente, ya que los problemas suscitados con ocasión de la convivencia no se limitaban al régimen de bienes, sino que se extienden a una serie de

¹⁶ Efectos patrimoniales que se restringen exclusivamente a aquellos desprendidos de su texto legal, sin comprender aquellos derivados de sus disposiciones transitorias.

¹⁷ Algunos ejemplos de este reconocimiento en normas aisladas son: el artículo 18 de la ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias sobre responsabilidad solidaria de los concubino; El artículo 210 del Código Civil sobre presunción judicial de paternidad que hace aplicable la presunción al actual conviviente de la mujer; El artículo 5° del DL 3500 que regula el sistema de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia que otorga pensión de supervivencia al conviviente al causante así como una pensión de sobrevivencia a quien vivía a expensas de él de acuerdo al artículo 9° del mismo cuerpo legal; El artículo 24 de la ley N° 15.386 de revalorización de pensiones; El artículo 1° de la ley de violencia intrafamiliar N° 19.325 que incluye dentro de los afectados al actual conviviente del ofensor; El Código Procesal Penal, que en su artículo 108 dispone que el conviviente puede ser víctima por repercusión ; El artículo 31 de la ley N° 18.490 de seguro automotriz obligatorio , que reconoce entre los beneficiarios a la madre de los hijos naturales de la víctima, sin requisito alguno ; El artículo 45 de la ley N° 16.744 de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales , que establece que la madre de los hijos del causante que hubiere estado viviendo a expensas de éste hasta el momento de su muerte, tendrá derecho a una pensión equivalente al 30% de la pensión básica; El artículo 37 de la ley N° 19.968, que señala que el testigo puede ejercer el derecho a negarse a declarar cuando por su declaración, pudiere incriminar a su cónyuge o a su conviviente.

otros aspectos que no se encontraban totalmente resueltos por los tribunales de justicia como por ejemplo el qué ocurría con las deudas generadas bajo la vigencia de la relación de convivencia; la legitimación activa del cónyuge supérstite por la responsabilidad de un tercero en la muerte de su conviviente; la posibilidad de recibir compensación económica por uno de los convivientes al término de la relación ; entre muchas otras cuestiones que resuelve la misma ley , para las cuales no existía un estatuto especial que regulara de manera sistemática la figura de los convivientes.

De esta manera se instaló en forma definitiva el debate sobre legislar y reconocer legalmente las uniones de hecho, tanto para parejas homosexuales como heterosexuales, figura existente en otras legislaciones y que como es usual en estas materias seguir un modelo basado en el derecho comparado; en este caso se optó por asimilarlo al modelo del “Pacto civil de solidaridad” o “Pacs francés” figura de acceso tanto a parejas homosexuales como heterosexuales que es definido como *“un contrato celebrado por dos personas físicas mayores de edad de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común”*¹⁸.

Sobre esta idea de regular los efectos patrimoniales entre convivientes se presentaron los primeros proyectos de ley, cuyos antecedentes, como se hizo referencia en la historia de la ley 20.830, se configura por la fusión de dos proyectos, cuyo contenido en materia de régimen patrimonial se expone a continuación:

El boletín 7011-07 sobre “Acuerdo de Vida en Común” presentado por el senador Allamand, establecía la separación total de bienes como régimen legal supletorio y el régimen de comunidad como régimen alternativo. De optar por el pacto de comunidad, se hacían aplicables las normas que rigen el cuasicontrato de comunidad contenidas en los artículos 2304 y ss. del Código Civil. En cuanto a los bienes que la componían, serían todos aquellos adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen, sin distinguir entre muebles e inmuebles, exceptuando los muebles de uso personal de los contratantes; y tomando como fecha de adquisición la del respectivo título para determinar si ingresan o no a la comunidad. Respecto a la administración, no se establece en este proyecto, normas respecto a cuál de los contratantes será el administrador, ni expresa la posibilidad de que éstos puedan pactar que la administración de ella recaiga sobre uno solo. En cuanto a la responsabilidad por deudas, establecía la solidaridad de los convivientes frente a los acreedores por deudas contraídas en pro de la comunidad.

Por su parte, el boletín 7873-07, el proyecto presidencial “Acuerdo de Vida en Pareja”: establecía como régimen legal y único la comunidad de bienes, estando las partes vedadas de pactar otro régimen. Los bienes que componen esta comunidad se limitan a aquellos bienes muebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia del contrato y no sujetos a registro. Respecto a la administración se hacía remisión a las normas del código civil que regulan el cuasicontrato de comunidad. No hay norma de protección a los terceros acreedores referida a la responsabilidad por las deudas.

¹⁸ Artículo 515-1 de la ley del 15 de noviembre de 1999 que introdujo en el Código Civil francés un nuevo título denominado “Del Pacto civil de solidaridad y del concubinato” que contiene 8 artículos.

De lo expuesto se observa que el primer proyecto otorga mayor libertad a las partes en orden a optar entre el régimen de separación o pactar la comunidad de bienes, a diferencia del proyecto de gobierno que resultaba demasiado rígido, estableciendo de manera estricta y necesaria la aplicación de una comunidad restringida sólo a los bienes muebles no sujetos a registros, considerando que son los bienes inmuebles y muebles sujetos a registros los bienes considerados como de mayor valor y utilidad social. La situación descrita dio lugar a la decisión adoptada por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado de someter ambos proyectos a una tramitación conjunta y a las modificaciones posteriores que se materializaron en el texto actual de la ley que flexibiliza el régimen patrimonial al dar posibilidad de optar entre un régimen de comunidad o uno de separación, a la vez que amplía el régimen de comunidad a los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso, cuestión se desarrollará en profundidad en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO SEGUNDO REGÍMENES PATRIMONIALES EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

La irrupción del Acuerdo de Unión Civil en nuestro ordenamiento jurídico viene a cambiar el paradigmático modelo de familia tradicional chileno, basado en el Matrimonio. Fuera de su trascendencia en términos sociales y culturales, constituye una nueva figura jurídica que crea una nueva institución familiar, cuyos efectos jurídicos se extienden a diversos ámbitos como el personal, sucesorio y patrimonial del conviviente civil. Sin embargo y desde los proyectos originarios de la ley 20.830 una materia de principal interés para el legislador fue la regulación de los regímenes económicos, es por este motivo que el capítulo II de este trabajo está dedicado a analizar el efecto patrimonial central del Acuerdo de unión civil como lo es el régimen de bienes aplicable a los convivientes civiles y sus implicancias. Con todo, es necesario previamente detenernos a hacer una breve explicación acerca de los efectos patrimoniales de esta nueva institución familiar, abarcada desde una perspectiva global.

IV. REGULACIÓN DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES EN LA LEY 20.830

El título IV que lleva por nombre “De los efectos de Acuerdo de Unión Civil” contiene los principales efectos que genera este contrato para los convivientes civiles. Entre ellos encontramos la existencia de derechos y obligaciones entre las partes; la fijación de un régimen legal de bienes tanto para los acuerdos civiles celebrados en Chile como en el extranjero; la aplicación del estatuto de los bienes familiares cualquiera sea el régimen adoptado por los convivientes civiles; el otorgamiento de derechos sucesorios al conviviente sobreviviente; el derecho de adjudicación preferente del conviviente civil supérstite; la legitimación activa conferida al conviviente civil para demandar la reparación del daño causado en dos supuestos previstos por la ley ; y por último un efecto que no está tratado en este acápite, sino que en relación al término del Acuerdo contemplado en el título VI del cuerpo legal y que es la compensación económica.

1. Derechos y deberes entre convivientes civiles

El artículo 14 con el que se da inicio a este título y con ello al catálogo de efectos mencionados establece: *“Los convivientes civiles se deberán ayuda mutua. Asimismo, estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos.”*

Según lo anterior, la disposición establece dos deberes para los convivientes civiles: el de ayuda mutua y el deber de solventar los gastos comunes, los que no obstante ser deberes personales, se discute el alcance de su contenido, el que podría dar origen a una obligación patrimonial como lo es el derecho de alimentos, razón por los que son tratados en este acápite.

Como observación general, es evidente la diferencia numérica entre los deberes establecidos por este Acuerdo de Unión Civil y los fijados por el Matrimonio, en los que no están presentes los deberes de fidelidad, respeto y protección recíproca, cohabitación, ni el deber de socorro. Ello se explica en atención a que el cumplimiento de los fines a los que

se orienta la institución matrimonial, se encuentran en una relación directa en la protección que le brinda la exigencia de tales deberes.

Durante la tramitación del proyecto se discutió la posibilidad de agregar a la redacción original, deberes como el de respeto, protección, fidelidad e incluso el deber de socorro. Sin embargo estas indicaciones fueron rechazadas, manteniendo sólo estos dos deberes, fundados en que el AUC es un contrato diametralmente distinto al Matrimonio y no cabe entonces llegar a equipararlo a través del establecimiento de estos deberes que le son característicos.

Queda entonces determinar cuál es el alcance de los deberes contemplados:

1.1 Del deber de ayuda mutua

En el Primer trámite constitucional¹⁹, al discutirse el artículo 7º, disposición original de los boletines N° 7011-07 y 7.873-07 refundidos, que contenía el deber en discusión, se señaló por el señor Pablo Urquiza que *se está en presencia de una regla de carácter moral más que una legal* y en consecuencia no sería posible exigir su cumplimiento forzado, descartando con ello una interpretación que le otorgue algún contenido económico. Por su parte la Profesora LATHROP se remitió a lo sostenido por la jurisprudencia, la que ha señalado que *ésta puede tener un sentido tanto material como inmaterial*, reflexionando acerca de si se debía incorporar o no la obligación de alimentos. Ante esta última posibilidad, se puso énfasis en distinguir el deber de ayuda mutua de la obligación de socorro, prevista en sede matrimonial, porque de lo contrario, podría entenderse que cualquiera de las partes podría demandar alimentos en caso de necesidad.

Resulta pertinente traer a colación las palabras del profesor de Derecho Civil, señor EDUARDO COURT quien en la discusión en particular del proyecto, precisó que el deber de ayuda mutua en el matrimonio no corresponde al derecho de alimentos. Indicó que lo que más se asemeja al derecho de alimentos es el deber de socorro. En relación al derecho de alimentos, expresó que este *“tiene lugar en el matrimonio cuando los cónyuges están separados, mientras que estando juntos existe el deber de socorro. Cuando el matrimonio termina por divorcio cesa el derecho de alimentos respecto del cónyuge. De existir este derecho en el Acuerdo de Vida en Pareja y uno de los contrayentes es demandado, lo primero que hará este, será poner término unilateral a dicho acuerdo”*, motivo por el cual considera que no tiene sentido incorporarlo en esta iniciativa. Una posición distinta sostuvo el profesor Mauricio Tapia quien se proclamó a favor de incluir el derecho de socorro, y de la modificación de las normas del respectivas de código civil (art. 321 y s. C.C) .Según su opinión, *“parece a todas luces una discriminación arbitraria que se deba al cónyuge alimentos y que no ocurra lo mismo en el AVP”*; concordamos con su postura; además no se comprende por qué se incluyen otros derechos como el de compensación económica o la declaración de bien familiar y se excluye uno tan fundamental como la obligación de dar alimentos.

En conclusión, el alcance de este derecho se limita a uno de contenido moral o afectivo y no patrimonial a diferencia del deber de socorro. La expresión fue sacada del

¹⁹ Información obtenida de la historia fidedigna de la ley 20.830, disponible en página web del Congreso Nacional, visitada el 22 de julio de 2015.

derecho matrimonial y alude al cuidado y atención personal que se deben los cónyuges en todas las circunstancias de la vida mientras dure el matrimonio (art.131 C.C). Se excluye entonces una eventual obligación de exigir alimentos entre convivientes civiles, decisión que lamentamos, ya que si bien es razonable el argumento expuesto para no incorporarlo, quizás la solución habría venido por una modificación a las causales de término del acuerdo, entre las cuales está la facultad absoluta de poner término unilateralmente al Acuerdo por los conviviente (estableciendo limitaciones o requisitos adicionales) y que viene a poner traba a una serie de derechos que en definitiva se vuelven ilusorios con esta facultad, considerando que en sede de Unión civil no existen las figuras de divorcio o separación judicial, ni se justifica la solicitud de separación de bienes como mecanismo de sanción ante un eventual incumplimiento de los deberes del otro conviviente.

1.2 De la obligación de solventar los gastos generados por la vida en común

Al igual que el caso anterior, esta obligación se contenía ya en los proyectos originarios con leves variaciones. Se advierte en la propia disposición que lo regula un marcado carácter económico o patrimonial. De ahí la diferencia a emplear por el legislador el vocablo “obligación”- de connotación económica - y no “deber” -de connotación ética o moral-. En la historia fidedigna de la ley se habla de “especie de deber de socorro implícito en el AUC”, sin que alcance a configurar una obligación alimentaria. En este mismo orden de ideas se pronunció en el informe de la comisión legislativa del proyecto la profesora LATHROP quien expuso: *“lo más probable es que, no obstante parecer que en la historia fidedigna de la ley, se excluyen expresamente (aludiendo a la obligación de socorro y alimentos), podrían existir demandas en tal sentido, por el hecho de tener esta institución una naturaleza jurídica matrimonial en su base”*.

Cabe preguntarse entonces si es posible su exigencia forzada en caso de incumplimiento. Atendido la redacción del propio precepto, pareciere admitirse esta posibilidad, pudiendo el conviviente civil que sí ha dado cumplimiento a su obligación, dirigirse en contra del otro para que conforme al mérito de las pruebas aportadas, se solicite al juez de familia, la fijación de un monto al demandado, con el que deba contribuir a pagar los gastos generados de la vida en común, para lo cual se deberá tener en consideración las facultades económicas de los convivientes civiles y el régimen patrimonial existente entre ambos²⁰.

V. REGÍMENES ECONÓMICOS EN LA LEY 20.830

La regulación de esta materia está contemplada en el Título IV de la Ley que lleva por nombre *“De los efectos del Acuerdo de Unión Civil”* a partir de los artículos 15 y siguientes de la ley.

Artículo 15.- Los convivientes civiles conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste, a menos que se sometan de

²⁰ Esta tesis es sostenida por el Profesor de Derecho Civil Juan Andrés Orrego en su sitio web, en su apunte “La Familia y el Matrimonio”, 2015. Visitado el 13 de octubre del 2015.

manera expresa a las reglas que se establecen a continuación, las que deberán ser acordadas por los contrayentes al momento de celebrarse el acuerdo de unión civil. De este pacto se dejará constancia en el acta y registro que se indica en el artículo 6°.

A partir de la disposición transcrita se establecen sólo dos regímenes económicos: el régimen legal de separación total de bienes y el régimen convencional y alternativo de Comunidad de bienes. No se prevé la existencia de un tercer régimen de participación de gananciales como ocurre en el Matrimonio, lo que resulta discutible, dado que la actual regulación matrimonial contempla un mayor reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los contratantes que esta nueva figura, al permitir optar entre tres regímenes patrimoniales distintos, a la vez que otorga facultades a los contratantes para realizar modificaciones durante la vigencia del mismo mediante las convenciones matrimoniales, cuestión que en la normativa en comento no se contempla.

2. Régimen de Separación de Bienes

a) Contenido de la Regulación

Se plantea como régimen legal supletorio el de separación total de bienes. Es decir, ante el silencio de las partes en orden a pactar el régimen de comunidad, el régimen aplicable será el de separación total de bienes. Solución que resulta coherente con la tendencia seguida en derecho comparado²¹; a diferencia de lo que ocurre en el Matrimonio, en que si las partes nada dicen, es la sociedad conyugal la llamada a regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y entre estos y terceros, siendo el régimen de separación total de bienes un régimen alternativo al primero.

A pesar de ser la separación de bienes el régimen legal, la norma no lo dice de manera expresa en la primera parte de su regulación, pero ello se deduce sus disposiciones. La expresión “separación total de bienes”, aparece recién en relación al pacto de sustitución del régimen.

El artículo 15 de la ley señala en su primera parte escuetamente a este respecto: *“Los convivientes civiles conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste”* (...). Por su parte el artículo 159 del Código civil contempla una disposición similar para la separación de bienes en el Matrimonio señalando: *“los cónyuges separados de bienes administran, con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieren durante éste, a cualquier título”*. Como queda de manifiesto, ambas normas son casi idénticas.

Un régimen económico es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regular las relaciones patrimoniales entre las partes, como las relaciones que pueden surgir entre éstas y terceros; es así como un determinado estatuto jurídico debe dar respuestas a diversas

²¹ En Francia, el PACS francés establece la separación como régimen supletorio y la comunidad de bienes como único régimen alternativo. De igual forma en Alemania, la comunidad de bienes es adoptada en defecto del Régimen de participación en los gananciales u otros regímenes.

interrogantes vinculadas al destino, administración y contribución de los bienes que formen parte de dicho régimen económico. En este sentido, la norma trascrita es bastante breve y resulta insuficiente considerando que pretende regular el régimen común aplicable a esta nueva categoría jurídica. Se echa en falta un mayor desarrollo normativo dedicado a la regulación del régimen de separación de bienes o en su defecto una remisión a los artículos 159, 160, 161, 162 y 163 del código civil que regulan el régimen de separación de bienes para el caso de los cónyuges²², de lo contrario, todos esos aspectos relevantes que deben ser resueltos por un régimen económico quedarían sin solución. No obstante su omisión, deben entenderse aplicables supletoriamente las normas citadas del régimen de separación de bienes matrimonial, por no ser incompatibles con el régimen de la nueva ley.

Como consecuencia de adoptarse esta última solución de remisión a las normas del código civil, los efectos que se siguen son los mismos que se producen en el ámbito matrimonial, los que se manifiestan en diversos aspectos a considerar:

- Destino de los bienes que tenían los contratantes al momento de celebrar el contrato y los adquiridos durante su vigencia.

En conformidad a lo que establece el citado artículo 159 del Código Civil:

Respecto a los bienes anteriores a la celebración, cada uno de los contratantes conserva su patrimonio anterior a la celebración del contrato.

En cuanto a la propiedad de los bienes muebles e inmuebles adquiridos a cualquier título durante la vigencia del Acuerdo pertenece al conviviente que los haya adquirido.

- Administración de los bienes.

En esta materia resulta aplicable el propio artículo 15 de la Ley 20.830 que está en la misma línea que el artículo 159 del Código Civil estableciendo que cada conviviente administra, usa, goza y dispone de sus bienes; por tanto hay administración separada e independiente y sin restricciones, salvo las que resulten de la aplicación del estatuto de bienes familiares como veremos más adelante.

- Contribución de las partes a los gastos del hogar común.

Los convivientes contribuyen a las necesidades del hogar común en proporción a sus facultades, pudiendo el juez reglar esta contribución.

Esta solución se extrae del art. 160 del Código Civil, la que es plenamente coherente con el propio artículo 14 de la ley 20.830, que señala al efecto: *“Los convivientes civiles se deberán ayuda mutua. Asimismo, estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos”*.

²² Remisión que sí estuvo presente en uno de los primeros proyectos sobre la materia, ingresado el 2008 a través del Boletín 5774-18, sobre Unión Civil, cuyo artículo 102 bis hace expresa remisión a las normas de la sociedad conyugal y separación de bienes para su aplicación supletoria en todo aquello que no contravenga su naturaleza.

- Responsabilidad por las obligaciones contraídas durante la vigencia del régimen.

Los acreedores sólo podrán dirigirse en contra del conviviente que contrajo la obligación, es decir cada conviviente responde por las deudas personales, salvo que uno de ellos se haya obligado a favor del otro otorgando una garantía personal.

Esta regla se extrae del artículo 161 del Código Civil que regula la situación de los cónyuges separados de bienes que han contraído obligaciones con terceros. Igual regla será aplicable a los convivientes.

- Destino de los bienes a su disolución.

Una vez disuelto el régimen, cada conviviente es propietario de los bienes adquiridos durante su vigencia y no hay participación bajo modalidad de gananciales ni crediticia, ya que no hay nada que repartir. Nunca hubo formación de un patrimonio común.

b) Clasificaciones

La separación de bienes en el Matrimonio admite 2 clasificaciones. Atendiendo a su extensión puede ser a) total o b) parcial. Atendiendo a su origen puede ser a) judicial, b) legal o c) convencional.

En el acuerdo de unión civil la separación según su extensión no tiene lugar, en atención a que sólo admite separación total de bienes, caso en el que se refiere a todo el patrimonio de los convivientes. La separación parcial tiene como presupuesto la existencia de la sociedad conyugal y sólo cobra sentido respecto de ella, en la que puede existir pluralidad de patrimonios.

Respecto a la separación en cuanto a su fuente u origen resultan aplicables sólo dos de las tres que contempla el Matrimonio: la legal y convencional, excluyéndose la de fuente judicial, que es la que efectúa el juez a petición de una de las partes (exclusivamente la mujer en el Matrimonio) por causas determinadas y taxativamente enumeradas en la ley y que no tienen lugar en el Acuerdo de unión civil, y que se fundamentan en la protección al patrimonio de la mujer por hechos o actos del marido –administrador de la sociedad conyugal- que lo puedan poner en riesgo; en el AUC no hay sociedad conyugal, ni administración otorgada a una de las partes que justifiquen el establecimiento de la separación por vía judicial.

En consecuencia, la separación total de bienes sólo puede tener fuente legal, por la aplicación común y supletoria que tiene este régimen; o convencional en la medida que las partes mediante un pacto de sustitución muten de un régimen de comunidad de bienes a uno de separación conforme a la facultad que la propia ley otorga a las partes en el artículo 15 inciso 2º y 3º.

c) Aplicación del régimen de separación de bienes a los acuerdos de unión civil o pactos equivalentes celebrados en el extranjero

El artículo 13 de la ley dispone al efecto : *“Los convivientes civiles que hayan celebrado el acuerdo o contrato equivalente en territorio extranjero se considerarán*

separado de bienes, a menos que al momento de inscribirlo en Chile pacten someterse a la comunidad prevista en el artículo 15 de esta ley, dejándose constancia de ello en dicha inscripción”.

Se siguió en esta materia el mismo modelo aplicado a los Matrimonios celebrados en el extranjero, a los que se les aplica el régimen de separación de bienes a menos que al momento de su inscripción pacten sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales conforme al inciso 2° del artículo 135 del Código civil, con la salvedad que en el caso en comento el pacto accesorio sólo puede referirse al régimen de Comunidad de bienes previsto en el artículo 15 de la ley 20.830, cuya inscripción puede ser efectuada en cualquier oficina del Registro Civil y no necesariamente en el de la Primera sección de la Comuna de Santiago como es requisito en el Matrimonio.

d) Libertad de los convivientes para regular su situación patrimonial

La ley 20.830 no limita a los convivientes en cuanto a su facultad de realizar convenciones en orden a regular sus relaciones patrimoniales conforme a las normas del derecho común patrimonial siempre y cuando no se hayan sometido al pacto de comunidad. Tal afirmación encuentra su fundamento en el principio de autonomía privada que informa nuestro ordenamiento jurídico, entendido como *el poder o facultad de los individuos para crear actos jurídicos o someterse a un estatuto legal o particular si así lo desean y regular los efectos del acto jurídico o someterse a un estatuto preexistente*²³, lo que unido al axioma de que en “derecho privado es posible hacer todo salvo lo expresamente prohibido” permiten confirmar tal idea.

A mayor abundamiento y dadas las profundas transformaciones que ha sufrido el derecho de familia, que ha ido admitiendo cada vez con mayor amplitud a la autonomía de la voluntad como fuente de obligaciones²⁴, no se advierte razón alguna que limite a los convivientes civiles a regular sus relaciones patrimoniales, quienes son por tanto libres para disponer de sus bienes. En este orden de ideas, las partes podrían someterse a un estatuto o figura legal preexistente, como lo sería un contrato de sociedad u otra figura contractual como un préstamo o donación por ejemplo, en la medida que se respeten las normas que lo regulan; o por el contrario, crear una regulación propia mediante una especie de convenio regulador sobre los bienes o reglamento de administración de los bienes.

²³ BARCIA, Rodrigo, “La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación”, en *Temas de Contratos. Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho Privado III*, (Santiago, Chile, 2006), p172-173.

²⁴ Encuentran su fundamento en este principio materias como: el convenio regulador en sede de divorcio; el reconocimiento de un hijo; la promesa de matrimonio; las capitulaciones matrimoniales; la liquidación de la sociedad conyugal; la determinación del crédito de participación en el régimen de participación en los gananciales; la asignación del cuidado personal y de la patria potestad, las transacciones sobre alimentos y la regulación del régimen de relación directa y regular entre padres e hijos ; así como la regulación de la compensación económica entre cónyuges.

3. Régimen de Comunidad de Bienes

Es un régimen de acceso convencional y alternativo al de separación de bienes, lo que supone una diferencia fundamental con el Matrimonio, en que la sociedad conyugal – perteneciente a los denominados regímenes comunitarios- no puede ser pactada (salvo el caso de Matrimonio celebrado en el extranjero e inscrito en Chile). Se agrega el hecho de que en el Matrimonio la comunidad es de término, en atención a que se forma sólo una vez disuelta la sociedad conyugal y en la medida que haya habido aceptación de gananciales y para el sólo efecto de liquidar y repartir las ganancias. Por su parte el Acuerdo de Unión Civil a través de la posibilidad del Pacto de Comunidad, genera una comunidad de bienes que constituye una forma de regulación de los bienes entre los convivientes civiles desde su inicio.

La regulación de este pacto de comunidad, se encuentra, al igual que el régimen de separación de bienes, tratado en el artículo 15 de la ley. La redacción de la disposición es compleja y otorga tratamiento conjunto a estos dos regímenes disímiles (de separación y comunidad de bienes), sin hacer en ninguno de los dos casos referencia a su denominación. Se desprende sólo a partir de su contenido, la pertenencia de reglas a uno u otro régimen:

Artículo 15.- *Los convivientes civiles conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste* (Régimen de separación de bienes), *a menos que se sometan de manera expresa a las reglas que se establecen a continuación, las que deberán ser acordadas por los contrayentes al momento de celebrarse el acuerdo de unión civil. De este pacto se dejará constancia en el acta y registro que se indica en el artículo 6º. (...)* (Pacto de Comunidad de Bienes)

a) Características del Pacto de Comunidad

- Se trata de un pacto accesorio al Acuerdo de unión civil, en razón de que se puede pactar en la medida que exista el contrato principal (AUC) y su subsistencia se explica en relación a este.
- Es de acceso convencional. Requiere de un acuerdo de voluntades entre los convivientes civiles en orden a someterse a las reglas en él contenidas. Ello supone contar con los requisitos de capacidad exigidos por la ley, que implican tener capacidad para su celebración, la que fue fijada en la mayoría de edad (18 años) y contar con la libre administración de sus bienes.
- El objeto del pacto es el sometimiento de las partes a reglas predeterminadas legalmente previstas en el artículo 15 respecto a los bienes adquiridos durante su vigencia, y que se remiten a las normas del cuasicontrato de comunidad reglado en el Libro IV del CC.
- En cuanto a la oportunidad para efectuarlo, las partes sólo pueden pactarlo al momento de la celebración del contrato sin que exista otra oportunidad para hacerlo.
- Respecto a su validez, se exige para que el pacto genere los efectos que le son propios, que se deje constancia del pacto al margen de la inscripción del Acuerdo

en el acta y en el denominado “Registro Especial de acuerdo de Unión civil” que lleva al efecto el oficial de registro civil ante el cual se celebró el AUC. Nada se dice acerca del valor de esta constancia. No se hace mención a la sanción en caso de que no se cumpla con ello. Situación que contrasta con lo que sucede en el Matrimonio, en que es posible pactar un régimen distinto al legal supletorio de sociedad conyugal al momento de su celebración mediante una capitulación matrimonial, respecto de la cual se exige en igual forma dejar constancia en la inscripción del contrato matrimonial, pero se señala expresamente según el art. 1716 CC que sin ese requisito “no tendrán valor alguno” y consecuentemente su incumplimiento acarrea la nulidad absoluta del pacto. Siendo la situación equivalente la precedentemente descrita en el Matrimonio, creemos pertinente aplicar igual criterio, y asignar a dicha constancia el valor de solemnidad, cuya falta acarrea la nulidad absoluta del pacto.

Este pacto puede ser sustituido durante la vigencia del Acuerdo por el régimen de separación de bienes, para lo cual se plantea la exigencia de ciertos requisitos que examinaremos posteriormente.

b) Contenido del Pacto de Comunidad

El contenido del Pacto está regulado en el artículo 15 de la ley en su segunda parte, estableciendo tres reglas para su aplicación, las que han sido predeterminadas legalmente. Los contrayentes no pueden modificar tales reglas, pudiendo únicamente decidir si adherirse expresamente a las mismas o de lo contrario mantener la situación patrimonial que tenían previamente y en consecuencia adoptar el régimen legal supletorio.

Esta limitación a la autonomía de las partes en orden a regular sus relaciones patrimoniales, queda de manifiesto en los proyectos que le dieron origen a la ley, en los que como ya examinamos, se utilizó igual fórmula e incluso llegando a una mayor restricción; limitación que se expresaba tanto respecto de las posibilidades de opción a más de un régimen entre los convivientes, en los que el proyecto presidencial se reducía sólo al régimen de comunidad, como de los bienes afectos, en que se circunscribía a los bienes muebles con causa onerosa. La redacción definitiva del precepto, da cuenta de la conservación de este principio de libertad restringida a los convivientes, presentando algunas variaciones que dotaron al estatuto patrimonial de mayor flexibilidad, como lo fue la inclusión de este régimen de comunidad alternativo al supletorio, la ampliación a toda clase de bienes independiente de su naturaleza y la posibilidad de sustitución del pacto de comunidad.

A continuación se abordarán cada una de las reglas del pacto de comunidad estipuladas en el artículo 15 y sus implicancias:

REGLA 1ª: “Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo se considerarán indivisos por mitades entre los convivientes civiles, excepto los muebles de uso personal necesario del conviviente que los ha adquirido.”

La primera consecuencia que se desprende de la disposición transcrita es que no todos los bienes ingresan a la comunidad. Se trata de una comunidad restringida de bienes. No se

pone énfasis en la naturaleza del bien, incluyendo tanto bienes muebles como inmuebles, (corporales e incorporales) sino en la importancia del título, comprendiendo sólo aquellos adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo. Los bienes que cumplen tales características se considerarán indivisos “por mitades”. Es decir, además de establecer la propia ley el destino de los bienes, fija el porcentaje o la cuota correspondiente a cada conviviente en el dominio de la cosa común, el que será de un 50%.

Esta norma permite justificar aquella idea antes expresada sobre la limitada autonomía conferida a los convivientes civiles. Las normas que reglan esta comunidad parecen tener carácter imperativo, y son imposibles de modificar por los convivientes. El legislador ha fijado la extensión de los bienes comprometidos en esta comunidad, eliminando toda posibilidad de exclusión de alguno de ellos²⁵, así como desecha cualquier forma de convenir un porcentaje de participación en ellos distinto al 50%²⁶. Esta situación dista de lo que ocurre en el Matrimonio, donde los cónyuges sí tienen la posibilidad de excluir ciertos bienes de la sociedad a través de las capitulaciones matrimoniales²⁷, que son convenciones de carácter patrimonial a través de las cuales el legislador le reconoce libertad a los cónyuges para regular sus intereses patrimoniales.

Volviendo al tema de los bienes, quedan en definitiva comprendidos en esta comunidad según esta primera regla: los ingresos y remuneraciones que sean producto del trabajo de cualquiera de los convivientes y que se devenguen durante la vigencia del acuerdo; los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provengan de los bienes comunes de los contratantes, y que se devenguen durante la vigencia del acuerdo; y, en general, todos los bienes que cualquiera de los contratantes adquiera a título oneroso durante la vigencia del acuerdo. Por el contrario quedan excluidos del régimen comunitario, además de los bienes de uso personal; los bienes muebles e inmuebles que poseía cada conviviente civil con anterioridad a la suscripción del Acuerdo; los bienes adquiridos a título gratuito durante la vigencia del acuerdo; así como aquellos bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del AUC, pero cuya causa sea anterior²⁸; permaneciendo todos estos en el patrimonio propio de cada conviviente.

Si contrastamos la situación con el Matrimonio, al analizar las normas de la sociedad conyugal podemos ver algunas similitudes y diferencias. La sociedad conyugal, genera la existencia de una pluralidad de patrimonios, pudiendo distinguirse al menos tres: el haber social, el haber propio del marido y el propio de la mujer- administrados todos por el marido - al que pueden sumarse patrimonios especiales administrados por la propia mujer

²⁵ Durante el curso del Primer Trámite Constitucional, la ex senadora Soledad Alvear, propuso mediante indicación N°58, la posibilidad de convenir la exclusión de determinados bienes de la comunidad, debiendo constar dicha exclusión por escrito o probarse por cualquier otro medio de prueba lícito. La misma indicación admitía la posibilidad de opción entre 3 regímenes distintos: comunidad como régimen legal supletorio, y separación de bienes o participación en los gananciales como regímenes alternativos. Sin embargo la indicación fue rechazada.

²⁶ El Pacto Civil de Solidaridad Francés permite en su artículo 515-15 del Código civil indicar en su contrato que los muebles adquiridos tras la firma del PACS son indivisos y la proporción. Si no se precisa, se considerará que son indivisos al 50%.

²⁷ Artículo 1725 N°4 inciso 2 C.C: *Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones matrimoniales.*

²⁸ Consecuencia que se extrae de la regla 2ª del artículo 15 de la Ley 20.830.

(patrimonios de los arts. 150, 166 y 167). Por su parte, el AUC sólo genera la existencia de un patrimonio común y del patrimonio propio de cada uno de los convivientes. Se acercan estas instituciones en que en ambas es posible distinguir un patrimonio común, así como un patrimonio propio de cada contratante y se alejan, en que el AUC no da origen a patrimonios especiales, y la administración de los bienes no recae en uno de los convivientes en particular, a diferencia del Matrimonio en que el marido es el jefe de la sociedad conyugal donde la mujer excepcionalmente tiene posibilidad de actuar como administradora de los bienes sociales ante un impedimento de corta o indefinida duración²⁹.

Si examinamos con mayor detención la composición del haber social contemplada en el artículo 1725 del CC³⁰, que es el que interesa a efectos de la comparación de la masa de bienes con la del Acuerdo de Unión Civil, amerita por la doctrina la distinción entre haber absoluto y haber relativo. En términos generales, el haber absoluto está compuesto por todos los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal³¹ y que ingresan de manera definitiva a la sociedad conyugal sin generar para el cónyuge aportante o adquirente un derecho de recompensa. Por su parte el haber relativo se configura por los bienes muebles aportados³² o adquiridos a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal³³ que no obstante, tratarse de bienes propios, ingresarán igualmente al haber social, pero generando para el cónyuge aportante o adquirente un derecho de recompensa³⁴. Se excluyen de estas categorías los bienes pertenecientes al haber propio de cada cónyuge, compuesto por los inmuebles aportados y adquiridos a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal, así como aquellos adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal pero cuyo título o

²⁹ Artículo 138 C.C: *Si por impedimento de larga o indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia, o desaparecimiento, se suspende la administración del marido, se observará lo dispuesto en el párrafo 4º del título De la sociedad conyugal.*

Si el impedimento no fuere de larga o indefinida duración, la mujer podrá actuar respecto de los bienes del marido, de los de la sociedad conyugal y de los suyos que administre el marido, con autorización del juez, con conocimiento de causa, cuando de la demora se siguiere perjuicio.

³⁰ Artículo 1725 C.C: *El haber de la sociedad conyugal se compone: 1º De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio; 2º De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio; 3º Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; obligándose la sociedad a pagar la correspondiente recompensa; 4º De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a pagar la correspondiente recompensa. Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones matrimoniales; 5º De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso.*

³¹ Se deben tener en consideración las normas particulares que establecen excepciones a cada uno de los numerales del art. 1725 CC. Los supuestos más importantes son: respecto del 1925 N°2 en relación a los frutos, el art.150 y 1724 del CC. Respecto al 1925 N°5, se exceptúan los bienes adquiridos con el producto del trabajo de la mujer que actúa dentro de su patrimonio reservado (art.150) operando también como excepción al N°1 del 1925; el caso de la subrogación de inmuebles a otro o a un valor propio (art.1727)

³² Quiere significar aquellos bienes que tenían los cónyuges con anterioridad a la celebración del Matrimonio.

³³ Se exceptúan los bienes muebles excluidos de su ingreso al haber social relativo, mediante una capitulación matrimonial (art.167).

³⁴ Artículo 1725 N°3: *Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al Matrimonio, o durante él adquiriere obligándose la sociedad a pagar la correspondiente recompensa.*

causa es anterior. Iguales bienes conformarán el patrimonio propio de los convivientes civiles en el Acuerdo de unión civil.

De lo anterior, se puede colegir que la configuración de la masa de bienes que comprende la comunidad creada por el pacto en el AUC, es equivalente a la conformada por el haber absoluto del artículo 1725 del Código Civil, sin contemplarse un patrimonio que se asimile al haber relativo. Además en el Acuerdo de Unión Civil no se aprecia una serie de categorías jurídicas que se consideran en el Matrimonio. Uno de ellos es el derecho de recompensa ya mencionado, que se reconoce a los cónyuges en la sociedad conyugal y origina la distinción entre haber absoluto y relativo, generándose sólo en el segundo caso. El derecho de recompensa constituye un crédito propio del derecho de familia, que nace durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero que se hace efectivo a su disolución, permitiendo a los cónyuges recomponer el equilibrio patrimonial que se ha perdido, a través de la restitución en valor del bien aportado o adquirido al cónyuge que lo aportó o adquirió.

Cabe agregar otras categorías jurídicas que están ausentes en el Acuerdo de Unión Civil y que han permitido en el caso de la sociedad conyugal, solucionar situaciones prácticas como la siguiente: ¿Qué sucede si uno de los convivientes enajena un bien propio y con el producto adquiere a título oneroso un nuevo bien? Por aplicación de la regla en comento, ese bien pasaría a integrar la comunidad por ser un bien adquirido a título oneroso durante su vigencia y ambos convivientes pasarían a ser propietarios por mitades del bien. Esta solución resulta injusta para aquel conviviente que efectuó un sacrificio pecuniario en la adquisición del bien frente al que no lo hizo, siendo un hecho generador de un enriquecimiento injustificado.

En la sociedad conyugal esta situación es resuelta a través de la figura de la subrogación real contemplada en el art.1727 N°1 y 2 de Código Civil y que consiste en un efecto jurídico en virtud del cual un determinado bien asume la misma situación jurídica o lugar de jurídico de otro bien, sustituyéndolo. De esta manera, no obstante adquirirse un bien raíz a título oneroso, este no ingresará a la sociedad conyugal, en atención a que ha sido adquirido con el producto de la venta de otro inmueble propio (subrogación de inmueble a inmueble) o de valores destinados para este efecto en las capitulaciones matrimoniales (subrogación de valores a inmueble).

Ante la ausencia de estas figuras, generadoras de conflictos, la primera solución vendría por una modificación a la Ley 20.830, en orden a hacer aplicables estas categorías jurídicas a los convivientes, lo que podría llevarse a cabo mediante la remisión expresa a las normas de la sociedad conyugal en todo aquellos que no se oponga a su naturaleza. Sin embargo tal solución no es inmediata y podrían pasar años sin que tal modificación se lleve a cabo. Ello obliga a examinar qué ocurre en el tiempo intermedio ¿cómo se resuelve tal situación una vez sometida a conocimiento del juez? El legislador no puede anticiparse y prever todas las situaciones que pueden acontecer en la vida jurídica. La ley, como sucede en el caso descrito, no ofrece soluciones, y genera una laguna o vacío legal. Frente a esta hipótesis surge una función esencial de los principios generales del derecho, la función integradora que permite colmar los vacíos y otorgar una solución jurídica. En el caso en comento, figuras como la subrogación o las recompensas encuentran su fundamento en un principio informador del ordenamiento jurídico como lo es el “enriquecimiento sin causa” o también llamado “enriquecimiento injusto”, que a su vez descansa en un principio superior:

el principio de equidad. El derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique, de modo que una vez constatado, surge la obligación de restituir. En consecuencia, el juez ante el caso descrito deberá fallar conforme al principio señalado, esto en virtud del principio de inexcusabilidad que impone la Constitución en su artículo 76° inciso 2 de la CPR, a los Tribunales de justicia, interpretado en concordancia con el art. 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil que impone al juez, enunciar en la sentencia “*las leyes, y en su defecto los principios de equidad*” conforme a los cuales falla.

REGLA 2ª: *“Para efectos de esta ley, se tendrá por fecha de adquisición de los bienes aquella en que el título haya sido otorgado”*

Por regla general la adquisición del dominio en nuestro ordenamiento jurídico supone la concurrencia de un título y un modo de adquirir. Conforme a esta regla, se determina el ingreso de un bien a la comunidad, atendiendo no a la fecha en que efectivamente operó el modo de adquirir que confiere el dominio, sino a la fecha del título de adquisición, que actúa como causa o antecedente que justifica la adquisición. Así por ejemplo, si se realizó la compraventa de un bien inmueble durante la vigencia del acuerdo, pero su inscripción se efectuó una vez que a este se le había puesto término, el bien es común, porque se atiende a la época del otorgamiento de la escritura de la compraventa y no la fecha de la tradición - momento en que operó el modo de adquirir- efectuada a través de su inscripción en el conservador de bienes raíces.

Igual criterio es utilizado por el legislador en el Matrimonio al regular los bienes que componen el haber social en la sociedad conyugal. En efecto y de acuerdo a lo señalado por el artículo 1736 inc. I del código, las especies adquiridas durante la sociedad conyugal cuya causa o título sea anterior a ella y aun a pesar de que el título sea oneroso, no ingresan a la sociedad conyugal, sino que permanecen en el patrimonio propio de cada cónyuge o pasan al haber relativo dependiendo de la naturaleza mueble o inmueble del bien. El mismo artículo menciona a modo ejemplar diversos casos en que la causa o título de adquisición es anterior al Matrimonio y que pueden resultar aplicables de la misma manera a los convivientes civiles, por no ser contrarios a su naturaleza, por lo que cabe tener en cuenta su consideración.

REGLA 3ª: *Se aplicarán a la comunidad formada por los bienes a que se refiere este artículo las reglas del Párrafo 3° del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil.*

Se hace remisión a las normas que regulan el cuasicontrato de comunidad contempladas en los artículos 2304 a 2313 del código civil, las que a su vez deben ser complementadas con las normas que regulan la partición de bienes (art. 1317 y ss. C.C.)

La Comunidad ha sido considerada desde la antigua Roma como fuente de conflictos y discordia, de ahí que se tienda a incentivar su liquidación. Por esta razón resulta llamativa la solución adoptada por el legislador. Las reglas aplicables a los comuneros están previstas para regular situaciones transitorias, de carácter temporal y que están destinadas a terminar con la división como lo es el caso de la comunidad hereditaria o el de la sociedad conyugal

disuelta. Típicamente utilizada como una de las soluciones jurisprudenciales para regular la situación de la pareja de hecho o relaciones entre “extraños”. Ello no se condice con la aspiración del legislador de regular los efectos jurídicos derivados de una vida afectiva en común de carácter “estable y permanente”. Podría haberse optado por un régimen de sociedad conyugal o similar al existente en el Matrimonio, pero ello fue descartado bajo la premisa de que este contrato no pretendía igualar en modo alguno la institución del Matrimonio, y el AUC se concibe como una institución intermedia que está entre el matrimonio y el concubinato. Otra opción era crear una regulación propia que permitiera a los convivientes una mayor autonomía en orden a regular sus relaciones patrimoniales, sometiéndolos en todo caso a ciertos límites.

a) Características de la Comunidad prevista en el artículo 15:

- Se trata de una comunidad convencional: El régimen de comunidad que crea el AUC, es de acceso convencional. Su origen se encuentra en la suscripción de un Pacto regulado en el artículo 15 y convenido al momento de celebración del Acuerdo, cuyas particularidades ya fueron examinadas en el acápite anterior.
- Es una comunidad reglada: Si bien es de acceso convencional, porque su origen está en un pacto, durante la vigencia del mismo, se regla por las normas previstas por el legislador. Es un régimen cuyas normas fueron determinadas legalmente, sin admitir alteración o modificación por las partes. Esto se contrapone al fin de la ley de “regular los efectos jurídicos derivados de su vida en común” entre los cuales se encuentran las relaciones patrimoniales entre convivientes civiles, y termina siendo un objeto ilusorio. Debieran ser las propias partes las llamadas en principio a reglamentar los derechos que les corresponden sobre las cosas comunes. Sin embargo aquí nada se ha dicho sobre esta posibilidad, siendo la ley quien predetermina los efectos, estableciendo una remisión directa a las reglas previstas para los comuneros en el cuasicontrato de comunidad -con todos los problemas que esta genera en materia de administración- quedando la voluntad de los convivientes restringida a la decisión de sometimiento o no a estas reglas a través del Pacto.
- Se trata de una comunidad restringida: ya que no ingresan a ella todos los bienes, si no que se integra sólo por algunos de ellos: bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia del Acuerdo de Unión Civil. Es decir, homologando los términos, la situación de los bienes se asimila al régimen comunitario matrimonial, constituyendo una comunidad restringida de gananciales. Sin embargo se deben tener en cuenta diferencias fundamentales. Si bien, teóricamente la sociedad conyugal es una comunidad restringida de gananciales, tal comunidad sólo se forma una vez disuelto el régimen toda vez que se hayan aceptado los gananciales, lo que se traduce en una comunidad de término. Esto último supone una diferencia estructural con el AUC, cuya comunidad es uno de los regímenes al que pueden acceder los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales desde el inicio de su convivencia y durante toda la vigencia del Acuerdo de Unión Civil.
- Se genera una comunidad indivisa: implica que el derecho de cada conviviente civil se extiende a toda y cada una de las partes de la cosa común, es un derecho cuotativo que no se radica sobre una parte físicamente determinada de la cosa. Hay diversas formas de concebir la comunidad. Se estima por la doctrina nacional que

nuestro Código Civil ha seguido en esta materia la tipología romana o por cuotas, según se deduce de diversas disposiciones referidas a la comunidad, caracterizadas por la autonomía de sus cotitulares para disponer de su cuota libremente (art. 1812 C.C) o para solicitar en cualquier momento la partición (art.1317) por ejemplo. Rigen esta teoría principios individualistas y generalmente orientados por un fin económico o patrimonial; así las decisiones sobre uso, goce y disposición están sustentados en un sistema de mayorías o unanimidad, de ahí que sea considerada como un tipo de organización problemático y generalmente transitorio, destinado a ponerle fin con la partición.

Tal descripción no parece ajustarse a los requerimientos que exige la regulación de los efectos derivados de la vida en común entre convivientes civiles, que se hayan unidos en función de la afectividad y amor y no en la consecución de un fin económico. En este orden de ideas, se propone optar por otra concepción de la comunidad que considere el elemento familiar que subyace a la comunidad y que en el derecho comparado, y más específicamente el derecho germánico se conoce como “*Gesamte Hand*” o “propiedad en mano común” que tiene un tratamiento jurídico distinto a la propiedad proindiviso y que tiene lugar, en palabras de CLARO SOLAR, “*cuando un lazo personal, al cual se halla subordinada la misma relación real, existe además entre los propietarios, sea en razón de parentesco o de familia, comunidad matrimonial, comunidad hereditaria, indivisión familiar; sea en razón de un contrato que afecta a un patrimonio común a la realización de un fin determinado.*”³⁵. De esta afirmación se derivan diversos efectos: 1) ninguno podría disponer libremente de su parte. Como consecuencia de ello no sería posible por ejemplo la cesión o enajenación de su cuota por los convivientes conforme al 1812 del código civil, requiriéndose en cualquier caso unanimidad en el consentimiento. 2) Ninguno de los convivientes podría exigir libremente la división, razón por la cual el artículo 1317 del C.C sería inaplicable. 3) La administración es común, no existe el régimen del sistema de mayorías y es necesaria la unanimidad para cualquier supuesto.³⁶

Ciertamente esta forma de concebir la comunidad parece más coherente con la realidad subyacente a su naturaleza, que es de base familiar. De haberse tenido en cuenta el elemento familiar, el tratamiento jurídico otorgado a los convivientes habría sido distinto,

³⁵ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978), III, p. 513.

³⁶ El código civil alemán en materia de régimen de comunidad de bienes entre cónyuges, establece a este respecto en sus disposiciones 1419 N° “*el cónyuge no podrá disponer de su cuota del patrimonio común ni de las cosas concretas pertenecientes al mismo; no está facultado para exigir la partición*”. En relación a la administración del patrimonio común señala en su art.1421 “*Los cónyuges deberán determinar, en el contrato matrimonial por el que se establezca la comunidad de bienes, si será el marido, la mujer o ambos de forma conjunta quienes administrarán el patrimonio común. En caso de n disponer nada en el contrato matrimonial, ambos cónyuges la administrarán conjuntamente*”. El art.1424 respecto a actos de disposición sobre inmuebles establece: “*El cónyuge que administre el patrimonio común sólo podrá disponer de inmuebles pertenecientes al patrimonio común previo consentimiento del otro cónyuge*”.

sin embargo el legislador se limitó a una remisión a las normas del cuasicontrato de comunidad con todas las problemáticas que ello puede originar.

- El régimen de comunidad es el fijado para el cuasicontrato de comunidad reglado en el Libro IV del Código Civil. Conviene entonces examinar sus normas:

El art. 2305 del Código Civil - disposición fundamental en la materia- dispone que el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social. Es decir, en cuanto a sus efectos, la sociedad de hecho y la comunidad confieren los mismos derechos en el uso, goce y administración de los bienes comunes, siendo aplicables la reglas del artículo 2081 C.C, que confieren distintas facultades a quienes la conforman, entre las cuales están: el “ius prohibendi” o derecho de veto, consistente en el derecho a oponerse a los actos de administración del otro mientras esté pendiente la ejecución del acto manifestándose en que cualquier acto de administración requiere unanimidad en el consentimiento; el derecho a servirse del uso de las cosas comunes mientras se emplee conforme a su uso ordinario, sin perjudicar el derecho del otro y a contribuir a las expensas para su conservación ; además de exigirse contar con el consentimiento del otro para hacer innovaciones en los bienes inmuebles.

Se reglan por el cuasicontrato de comunidad los siguientes aspectos, los que deben ser adecuados a las circunstancias que establece la nueva ley y hace aplicable sus disposiciones a los convivientes civiles. Se hace contraste de la regulación de dichos aspectos respecto de los cónyuges en el Matrimonio:

- i. Situación de las deudas contraídas durante el régimen de comunidad por uno de los convivientes en interés de la comunidad

Debe tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 2307. Las deudas contraídas por el comunero y ahora aplicables al conviviente en interés de la comunidad, pesan sólo sobre el que las contrajo. Sólo él será responsable frente al acreedor, sin perjuicio de su acción contra el otro contrayente para que se le reembolse la mitad de lo pagado: art. 2307, inciso 1°.

Es posible distinguir aquí entre dos fases: el de obligación a la deuda, que pesa sobre el conviviente que la contrajo; y el de contribución a la deuda que pesa sobre ambos contrayentes en la medida que se reportó un beneficio común.

Si las deudas fueron contraídas conjuntamente por los convivientes, frente al acreedor, responderán en la forma estipulada o solidariamente si así se hubiere pactado. A falta de estipulación, los convivientes responden por partes iguales. Lo anterior es sin perjuicio del derecho del conviviente que haya pagado en contra del otro, a pedir que se le abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que le corresponda.

Cabe tener en cuenta que en uno de los proyectos se había planteado la idea de establecer la responsabilidad solidaria de los convivientes frente a terceros, lo que habría sido tomado de modelos en la legislación comparada³⁷.

Si contrastamos la situación descrita, con la de las de las deudas contraídas por los cónyuges en la sociedad conyugal, vemos que la responsabilidad de las deudas frente a terceros recae en el marido y por consiguiente en la sociedad. El marido es respecto de terceros dueño de los bienes sociales, como si estos y sus bienes formasen un solo patrimonio y por lo tanto los acreedores de la sociedad y del marido podrán perseguir sus acreencias en este único patrimonio, sin perjuicio de las recompensas a las que se pueda dar lugar. La mujer por su parte no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales y los actos y contratos que celebre solo la obligan en los bienes que administre separadamente conforme a los arts. 150,166 y 167 del CC.

- ii. Situación de las deudas contraídas durante el régimen de comunidad por uno de los convivientes en interés propio:

El artículo 2308 en su primera parte señala que cada comunero (en adelante conviviente) debe a la comunidad lo que saca de ella, incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares. Igual principio se aplica a los cónyuges en la sociedad conyugal, lo que se resuelve a través de la figura de las recompensas que debe pagar el cónyuge a la sociedad una vez disuelta esta. En ambos casos lo que se pretende es mantener el equilibrio patrimonial, restituyendo en valor a la comunidad y sociedad conyugal en su caso, lo que se ha sacado de ella.

- iii. Responsabilidad entre convivientes:

Se refiere a ello el artículo 2308 del Código. Los convivientes responderán de la culpa leve por los daños que hayan causado en los bienes y negocios comunes, es decir, deben comportarse como un buen padre de familia exigiéndoseles una diligencia media. Asimismo, cada conviviente deberá a la comunidad lo que saca de ella, incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares.

La situación en el Matrimonio, en cuanto a la responsabilidad del marido como administrador de la sociedad conyugal no está regulada. A diferencia de lo que sucede con los otros administradores de bienes ajenos no se le impone obligación de rendir cuentas de su administración. Sólo se le imponen ciertas exigencias para efectuar determinados actos de importancia económica respecto a ciertos bienes, las que de no ser cumplidas acarrearán la sanción correspondiente en cada caso.

³⁷ Idea presente en el Boletín 7011-07 proyecto del senador Allamand. También en el art. 521 del Código Civil y Comercial argentino, establece responsabilidad solidaria frente a terceros: “*Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461*”. De igual forma el Pacs francés en el inciso 2° del art. 515-4 del Código Civil francés, establece que las partes serán solidariamente responsables, respecto de terceros, por las deudas contraídas por una de ellas para las necesidades de la vida cotidiana. Sin embargo, esta solidaridad no operará respecto de los gastos manifiestamente excesivos.

iv. En materia de contribución a las expensas comunes:

Cada conviviente debe contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad en proporción a su cuota, en este caso, por mitad de lo invertido en ello.

En el caso del matrimonio, es la sociedad conyugal a cargo del marido la obligada a contribuir a las necesidades del hogar común.

v. En cuanto a los frutos de los bienes comunes:

Se dispone que deberán dividirse a prorrata de sus cuotas, esto es, por mitades entre los convivientes civiles. Ello en conformidad al artículo 2310 del Código civil y 15 N°1. Así por ejemplo, las rentas de arrendamiento de un inmueble de la comunidad, deben ser repartidas en partes iguales entre ambos contratantes.

En la sociedad conyugal los frutos tanto civiles como naturales provenientes de los bienes sociales como propios, durante el Matrimonio ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal de acuerdo al artículo 1725 N°2 para ser repartidos por mitades entre los cónyuges en la liquidación.

vi. Terminación de la Comunidad:

El artículo 2312 C.C señala 3 causas de terminación: La reunión de cuotas en una sola persona; la destrucción de la cosa común y por último la división del haber común. De acuerdo a nuestra opinión sólo sería admisible la causal tercera sobre división del haber común, es decir, la causa natural para ponerle fin a través de la liquidación de los bienes. Dudamos de la aplicación de los otros dos supuestos. En cuanto al primero, si bien de acuerdo a las normas que gobiernan la comunidad en el código civil ello es posible, pues cada comunero es dueño de su cuota y puede enajenarla y disponer de ella a su arbitrio; ello no se condice con los principios que subyacen a la comunidad entre convivientes civiles, que siendo de base familiar estaría orientada a la permanencia de la cuotatividad como se explicó más arriba. El segundo caso, si bien es posible físicamente hablando (producto de un caso fortuito por ejemplo que destruya todos los bienes puestos en comunidad sobre los cuales recae su cuota de dominio) es poco probable, por ello lo descartamos. En cuanto a la destrucción jurídica, correspondiente a la enajenación, no podría enajenarse la comunidad toda porque se trata de una universalidad; llegaríamos por esta vía nuevamente a la segunda causal mediante la disposición de las cuotas de cada comunero a un tercero en el cual se reuniría el total de ellas.

Como queda de manifiesto las normas sobre cuasicontrato de comunidad son a todas luces normas insuficientes para regular el régimen patrimonial de los convivientes, por las escasas normas que contiene en materia de administración; problema que habría sido advertido por el profesor MAURICIO TAPIA en la discusión de la ley al señalar *que la misma práctica ha mostrado que dan lugar a innumerables conflictos (por ejemplo, en materia de administración) y, lo que es más importante, se trata de normas patrimoniales que regulan relaciones pecuniarias entre extraños, y no normas de derecho de familia.*

Además no se contemplan normas de limitación para la realización de ciertos actos de importancia patrimonial como la enajenación o gravamen de los bienes raíces comunes, la

cesión de la tenencia de los mismos o la constitución de garantías personales por alguno de los convivientes civiles a favor de terceros³⁸. No se exige contar con la autorización del otro conviviente para efectuar tales actos, a diferencia de las limitaciones que establece el artículo 1749 C.C en relación a los cónyuges; las únicas limitaciones en relación a la administración de los bienes por los convivientes, estarían dadas por el derecho de oposición o veto (*ius prohibendi*) respecto de los actos del otro y por la aplicación del estatuto de los bienes familiares.

Otra omisión la configura la ausencia de normas de tutela a los terceros que contraten con los convivientes, respecto de bienes muebles que no están sujetos a registro. Podría haberse adoptado un modelo similar al que establece el artículo 1739 CC que deja a los terceros que contrataron con alguno de los cónyuges respecto de bienes propios, cubiertos ante cualquier reclamación fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, en la medida que ya haya habido entrega o tradición del bien. En relación con este punto hubo una propuesta de incorporar un inventario de los bienes al momento de la celebración del Acuerdo, que comprenda la singularización de los bienes propios, como aquellos comunes. De haberse aceptado tal indicación, podrían evitarse situaciones engorrosas como las que puede dar lugar el caso descrito, permitiendo el inventario justificar la propiedad de los bienes muebles enajenados. Igual solución se contempló en la legislación uruguaya, pero para el caso de disolución de la unión concubinaria.³⁹

c) Pacto de Sustitución

Al igual que en el Matrimonio se habilita a las partes a reemplazar el régimen patrimonial existente. La fórmula empleada por el legislador es bastante similar a la contenida en el artículo 1723 del código civil, que permite a los cónyuges sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes o por el de participación en los gananciales y asimismo, permite la sustitución del régimen de separación total de bienes por el de participación en los gananciales.

El artículo 15 incisos 2º y 3º de la ley 20.830 disponen: *“si los convivientes civiles hubieren pactado el régimen de comunidad podrán sustituirlo por el de separación total de bienes.*

El pacto que los convivientes civiles celebren para sustituir el régimen de comunidad deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción del acuerdo de unión civil. Esta subinscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto de cada uno de los convivientes civiles.”

³⁸ Durante el trámite legislativo del proyecto de la ley, hubo una indicación (58) de la señora Alvear que incorporaba la exigencia de actuación conjunta o contar con autorización del otro conviviente civil.

³⁹ Artículo 10 Ley 18.246 sobre unión concubinaria: *Dentro de los treinta días hábiles posteriores a que haya recaído sentencia firme, por la que se disponga la disolución de la unión concubinaria, se procederá a la facción de inventario en autos de las deudas y bienes adquiridos a título oneroso por los concubinos durante el período de vigencia de la unión.*

Características:

- En cuanto al objeto del pacto: Sólo puede estar dirigido a la sustitución del régimen de comunidad por el de separación de bienes. La ley no admite otra posibilidad. En consecuencia se prohíbe el pacto de comunidad durante la vigencia del Acuerdo.
- Oportunidad para celebrarlo: durante la vigencia del contrato de Acuerdo de Unión Civil.
- Formalidades: Es solemne. Hay una exigibilidad doble. El pacto debe otorgarse por escritura pública y además debe ser subinscrito al margen de la inscripción del Acuerdo en un plazo de 30 días contado desde la fecha de escritura del pacto, en consecuencia se trata de un plazo fatal.

La fórmula empleada por el legislador, es idéntica a la utilizada para regular el pacto de sustitución de la sociedad conyugal mediante la capitulación matrimonial del artículo 1732 C.C. De no cumplirse con ambas exigencias legales (escritura pública y subinscripción), se señala que el pacto no surtirá efectos ni entre las partes, ni respecto de terceros. Cabe tener en cuenta que la subinscripción juega aquí como una solemnidad y no como un mecanismo de publicidad respecto de terceros, de ahí que no surta efectos “*ni entre las partes*” ni respecto de terceros. Por lo que se trata de un acto doblemente solemne.

Siguiendo con la redacción del precepto y su similitud con el artículo 1723 del CC, se establece una limitación en relación con los terceros estableciendo que el referido pacto “*no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto de cada uno de los convivientes civiles*”. Es decir, los actos efectuados por cualquiera de los convivientes, con anterioridad a la sustitución del régimen de comunidad se mantienen sin alteración, siendo inoponibles a los terceros el hecho de la sustitución del régimen, entendiéndose por tales a los acreedores de cualquiera de los convivientes civiles. La sustitución a un régimen de separación de bienes no les afecta⁴⁰. A modo ejemplar, si uno de los convivientes celebró un contrato de promesa de compraventa con un tercero, recaído sobre un bien perteneciente a la comunidad y posteriormente se sustituye el régimen de bienes a uno de separación de bienes en que se efectúa conjuntamente la liquidación de los bienes, adjudicándose el bien objeto del contrato prometido al otro conviviente; no puede excepcionarse de cumplir el conviviente obligado, fundado en que el bien ahora no es común y ha pasado al otro conviviente quien se opone; sino que deberá igualmente ejecutarse el contrato de acuerdo a lo convenido, sin que pueda oponérsele al tercero la circunstancia de haber mutado a un régimen de separación de bienes.

Como se adelantó en el ejemplo dado y nuevamente adoptando el modelo del artículo citado, se da la posibilidad a los convivientes para que en la misma escritura en que consta el pacto se puedan incorporar otros pactos lícitos o proceder a la liquidación de la

⁴⁰ La Doctrina ha planteado diversas acciones conferidas al tercero perjudicado por el pacto de separación para su impugnación, entre las cuales se mencionan: la acción pauliana, la acción de simulación y la de inoponibilidad del pacto. Sin embargo se concluye que la más idónea es la acción de inoponibilidad.

comunidad, que constituirá una de las causales directas de término de la comunidad (división del haber común conforme al artículo 2312 N°3).

La liquidación podrá efectuarse de común acuerdo por los convivientes civiles a través del pacto de sustitución, o de común acuerdo por quienes fueron convivientes civiles si se ha puesto fin al AUC pero subsistía la comunidad entre ambos. También podrán realizarla los herederos conforme al artículo 22 inciso segundo de la ley, así como por un juez partidario al que las partes o sus herederos designen de común acuerdo para someter a su conocimiento la liquidación al que podrán conferir el carácter de árbitro arbitrador.

CAPÍTULO TERCERO

ESTATUTO DE LOS BIENES FAMILIARES EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

El artículo 15 inciso final de la ley establece: “*Cualquiera sea el régimen de bienes que exista entre los convivientes civiles, tendrá aplicación lo dispuesto en los artículos 141 a 149 del Código Civil.*”⁴¹

La Ley de Unión civil hace expresa remisión a las disposiciones del Código Civil que versan sobre el estatuto de bienes familiares, el que fue incorporado en el año 1994 a través de la Ley 19.335. Tal disposición implica un cambio en la forma de concebir esta institución, que hasta antes de esta Ley 20.830 se encontraba reservada exclusivamente a la protección de la familia fundada en el Matrimonio.

Como es posible advertir al estudiar las disposiciones que regulan el estatuto de bienes familiares, ninguna de ella se encarga de dar un concepto de lo que se entiende por bien familiar, tarea que ha sido adoptada por la doctrina nacional en la que podemos encontrar definiciones tanto de tipo formal, como *sustantivo*. *Un concepto de tipo formal lo encontramos en el autor Pablo Rodríguez quien señala: “Son bienes familiares el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de uno de ellos, que sirva de residencia principal a la familia, y los muebles que guarnecen el hogar, y que han sido objeto de una declaración judicial en tal sentido (afectación)”*⁴². Por su parte, el profesor Hernán Corral nos da un concepto sustantivo al expresar que “*(...) con el nombre de bienes familiares se designan ciertas cosas inmuebles o muebles que cumplen una función familiar directa al permitir y favorecer la convivencia de la familia, y a las que, por ello, la Ley somete a un estatuto normativo especial, con independencia del régimen económico elegido por los cónyuges*”⁴³.

A efectos de la comparación entre la aplicación de esta institución en el Matrimonio y en el Acuerdo de Unión Civil interesa especialmente el concepto sustantivo, vinculado a los fines y fundamentos, con el objeto de verificar si estos, resultan aplicables también a los convivientes.

⁴¹ La aplicación de esta institución no fue contemplada en el proyecto presidencial ni en el del senador Allamand, sino que fue incorporada en el Primer Trámite Constitucional por la Comisión de Legislación del Senado, a raíz de una indicación de la senadora Alvear.

⁴² RODRÍGUEZ Grez, Pablo, *Regímenes Patrimoniales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), pp. 281-282.

⁴³ CORRAL Talciani, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 53.

VI. FINES Y FUNDAMENTOS DE LA INSTITUCIÓN

El estudio de esta materia no ha sido pacífico en la Doctrina nacional, pero la mayoría de los autores⁴⁴ se inclina por otorgar a la figura de los bienes familiares un fin eminentemente protector de la familia y aun más, de la familia fundada en el Matrimonio. Se persigue asegurar ciertos bienes que cumplen una función esencial en la vida cotidiana de la familia como lo es el inmueble que sirve de residencia principal a la familia, a través de la limitación de las facultades de disposición que el propietario tiene sobre un bien declarado como familiar.⁴⁵

En cuanto a sus fundamentos - entendiendo por tales, aquellos principios o cimientos sobre los que descansa la institución de los bienes familiares- la doctrina tanto nacional como comparada, está conteste en que el fundamento de esta figura la encontramos en lo que se ha denominado por los autores “régimen matrimonial primario” entendido como un conjunto de normas referidas a los efectos patrimoniales del matrimonio, las que son de carácter imperativo y aplicables a todo tipo de régimen económico matrimonial y cuya regulación estaría contemplada básicamente en las “Disposiciones Generales” del párrafo 1º del título VI del Libro I del Código Civil, que en definitiva contiene las llamadas cargas familiares impuestas a los cónyuges en razón del deber general de estos de satisfacer las necesidades de la familia como la mantención de esta, su alimentación y educación de los hijos⁴⁶; cargas a la que queda subordinado el patrimonio familiar siendo el estatuto de los bienes familiares una forma de garantizar su cumplimiento.⁴⁷

Teniendo en cuenta estos antecedentes es posible constatar que respecto de los fines, la institución de los bienes familiares en el Acuerdo de Unión Civil tiene por objeto al igual que en el caso del Matrimonio resguardar, proteger la familia amparando su hogar; familia que atendiendo a los conceptos postmodernos y seculares derivados de las transformaciones de la institución familiar se extienden a las diversas formas familiares actuales que escapan a la familia tradicional fundada en el matrimonio. Esta pluralidad de formas familiares

⁴⁴ René Ramos Pazos, Pablo Rodríguez, Hernán Corral, Fabiola Lathrop, Ana María Hübner y Leslie Tomasello.

⁴⁵ Igual opinión es compartida por la jurisprudencia. A modo ejemplar un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción del mayo del 2010 destaca en su Considerando Primero que con esta figura: “(...) se persigue asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar su vida con normalidad, aún después de disuelto el matrimonio (Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, González con Rojas, Recurso de Apelación, Rol n° 98-2010, 24.05.2010)

⁴⁶ Art. 134 Código Civil: “*El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus Art. 28, N° 3 facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie. El juez, si fuere necesario, reglará la contribución*”.

Art. 230 Código Civil: “*Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán. Si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas Art. 1º, N° 24 facultades económicas. En caso de fallecimiento del padre o madre, dichos gastos corresponden al sobreviviente*”.

⁴⁷ En igual sentido se pronuncia el considerando n° 4 de una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, en Paula Beatriz Vergara Soto con Carlos Rivera Padilla, Recurso de Casación en el fondo, en Causa Rol n° 3322- 2012.

tienen según CORRAL como elemento común *constituir agrupaciones conformadas por dos personas, en las que concurre convivencia, afectividad sexual y apoyo emocional y económico*.⁴⁸ En conclusión, se requiere de la existencia de una pareja, tenga o no posibilidad de procreación biológica.

Por el contrario, los fundamentos sobre los que se construye esta figura, en principio difícilmente podrían hacerse extensivos al Acuerdo de Unión civil, porque como se señaló, se fundan en el denominado “régimen matrimonial primario” que es inexistente en la regulación creada por la Ley 20.830. El fundamento de esta institución presupone entonces la existencia de un Matrimonio. Dicha circunstancia obliga a modificar la visión acerca de este punto y admitir la posibilidad de un régimen primario asentado ya no sobre la familia matrimonial sino aquella con base no matrimonial, en la que está igualmente presente el deber de satisfacer las necesidades de la familia fundada en la convivencia. Este cambio a la visión restringida que se ha tenido acerca de esta institución en nuestro país, ha sido acogido en la legislación comparada siendo adoptado el modelo de protección de la familia no matrimonial legislaciones como la boliviana⁴⁹, peruana⁵⁰ y paraguaya⁵¹.

VII. CONTENIDO DE LA REGULACIÓN

La remisión de la ley 20.830 a las disposiciones del Código Civil obliga a examinar los artículos 141 a 149 del párrafo 2 de este cuerpo legal, ubicado en el título VI del Libro I que lleva por título “obligaciones y derechos entre los cónyuges”. Tal ubicación no es aleatoria, en atención a que su regulación se da seguidamente de las reglas generales en que se establecen los derechos y deberes entre cónyuges, lo que resulta coherente con los fundamentos ya examinados en los que se enmarca esta institución, así como con los fines a los cuales apunta.

Dichas normas tienen la característica de ser de orden público, son por tanto indisponibles para la partes, al tiempo que tienen aplicación transversal cualquiera sea el régimen económico adoptado por los cónyuges en el Matrimonio, así como ocurre con los convivientes civiles en el Acuerdo de Unión Civil.

⁴⁸CORRAL, Hernán, ¿Del Derecho de Familia a un Derecho de las Familias? Reflexiones críticas sobre la teoría de la “Pluralidad de formas de familia”, en *100 años de la Revista de Derecho Privado 1913-2013*, (Reus, Madrid, 2014), pp 62.

⁴⁹ El Artículo 33 N° 2 del Código de Familia boliviano señala que, pueden constituir patrimonio familiar sobre bienes que le pertenecen, el padre o la madre divorciados o separados para sí o el otro y los hijos menores, o sólo para éstos. Igualmente pueden hacerlo el padre y la madre solteros.

⁵⁰ El artículo 493 Del Código Civil dispone que pueden constituir patrimonio familiar: cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad o de común acuerdo sobre bienes sociales; el padre o madre enviudado o divorciado sobre bienes propios e incluso; el padre o madre solteros sobre bienes propios.

⁵¹ Artículo 2072 Código Civil paraguayo: “Si el propietario no casado tuviere bajo el mismo techo su familia, pública y notoriamente conocida, podrá también constituir el bien de familia en beneficio de la madre, del hijo o hijos habidos en común, hasta la mayoría de edad de éstos”.

1. Bienes objeto de declaración familiar

El artículo 141 del Código Civil con el que se da inicio al párrafo que regula los bienes familiares señala que los bienes susceptibles de ser declarados familiares son el inmueble que sirve de residencia principal de la familia, los muebles que la guarnecen y los derechos o acciones de los cónyuges en sociedades propietarias del inmueble que sirva de residencia principal a la familia (este último caso está previsto en el artículo 146).

i. Bienes inmuebles

Respecto del bien inmueble, pueden afectarse sólo aquellos bienes inmuebles por naturaleza, que además sirvan de residencia principal de la familia. Con residencia principal se quiere poner énfasis en que se trate de la vivienda donde la familia permanece o habita y no aquel lugar que la familia visita esporádicamente como ocurre con las casas de veraneo o descanso. Además se excluye la afectación de una pluralidad de inmuebles, bastando la afectación de sólo uno de ellos para cumplir con la finalidad de la institución.

En relación al concepto de “familia” que señala el artículo, se refiere a aquella fundada en el matrimonio, sin embargo y como ya se ha hecho presente, por la introducción de la Ley de Acuerdo de unión civil se ha hecho extensiva a la familia nacida entre los convivientes civiles, por lo que es necesaria una modificación al artículo 141 del C.C que hace referencia sólo a los “cónyuges” debiendo incluirse también a los convivientes civiles. Cabe agregar que la aplicación de esta figura puede tener lugar incluso en aquellas familias en que no haya existencia de hijos, cuyo fin sería en estos casos la protección al cónyuge o conviviente civil no propietario, de eventuales enajenaciones del bien que constituye residencia principal de la familia. En el matrimonio la situación se complica en los casos de separación de hecho entre cónyuges en que hay ausencia de hijos, ya que en estos casos, difícilmente un solo cónyuge puede ser considerado “familia”⁵². De aplicarse igual criterio a los convivientes civiles, la declaración de bien familiar sería sólo aparente, considerando especialmente los casos de Acuerdo de unión civil contraídos entre personas del mismo sexo, en los que no hay posibilidad de procreación biológica.

Uno de los temas problemáticos dice relación con la propiedad del inmueble. Esto es, si la propiedad del bien debe corresponder exclusivamente a uno de los cónyuges, o pueden ser afectados inmuebles que se tienen en copropiedad, entre uno de los cónyuges y terceros, lo que implicaría afectar su cuota en el inmueble.

En este punto no hay acuerdo entre los autores ni la jurisprudencia, quienes se han pronunciado tanto a favor de aceptar la declaración de un bien familiar tenido en copropiedad en algunos casos (entre cónyuges), como rechazándolo en otros (entre un cónyuge y un tercero)

⁵² En este sentido se pronunció la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa caratulada Rodríguez con Galleguillos, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 1124-1999, 11.5.2000.

Algunos autores como CORRAL ⁵³, se pronuncian rechazando la posibilidad de declaración de un bien familiar tenido en copropiedad entre uno de los cónyuges y un tercero, pero admite aquella afectación de un bien que sea propiedad de ambos cónyuges. En igual sentido se pronunció una sentencia del 2010 de la I. Corte de Apelaciones de la Serena al resolver sobre la afectación de un inmueble tenido por uno de los cónyuges en copropiedad con un tercero aduciendo un argumento literal al señalar que *“de los hechos que se han tenido por probados precedentemente no resulta acreditado el requisito en que se funda la acción en virtud de la cual se pretende que un inmueble sea declarado bien familiar, consistente en que sea un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges; atendido que sobre el bien que sirve de residencia principal a la familia sólo le corresponde al demandado un derecho limitado como es el de comunero en una cosa en que también aparecen teniendo derechos otras dos personas. De lo dispuesto en el artículo 141 del Código Civil resulta claro que se alude a un inmueble que pertenezca a los cónyuges, lo que excluye a un bien raíz en que además de uno de los cónyuges tengan derechos terceros distintos a aquellos, como sucede en el presente caso”*⁵⁴.

Una postura contraria, y que acepta la hipótesis planteada es la sostenida por el profesor GIAN FRANCO ROSSO, para quien resulta admisible afectar la cuota de uno de los cónyuges sobre el inmueble que sirve de residencia principal a la familia siempre y cuando la declaración de bien familiar no afecte a los copropietarios de los cónyuges, pues sus efectos sólo se producen en relación con el dominio de estos últimos.⁵⁵ Su postulado se basa en dos argumentos: el primero fundado en que la norma no distingue, por lo que si el legislador no distinguió estableciendo “exclusividad” en el dominio, no corresponde al intérprete hacerlo y en segundo lugar arguyendo a que esta posibilidad habría quedado de manifiesto en la historia fidedigna de la ley 19.335.

En nuestra opinión, consideramos que la ley es clara al decir *“de propiedad de cualquiera de los cónyuges”* excluyendo los casos de copropiedad con un tercero. Consideramos que conforme a la funcionalidad del estatuto familiar y sus efectos, parece poco conveniente incluir a un tercero extraño al vínculo familiar, el que de aplicarse las reglas generales quedaría sujeto a las limitaciones que implica este estatuto como ocurre con las sociedad, donde los cónyuges y ahora los convivientes pueden tener derechos o acciones. Se agrega a su complejidad la situación de si el bien en copropiedad se ha adquirido por uno de los convivientes y un tercero a título oneroso durante la vigencia del AUC en el que existe pacto de comunidad, en cuyo caso la cuota sobre la que recae ingresará a la comunidad, tornando aun más engorrosa su aplicación.

ii. Muebles que guarnecen el hogar común:

Se trata de aquellos bienes muebles con los cuales está equipado o dotado el inmueble que sirve de residencia principal a la familia. La doctrina entiende que se refiere a

⁵³ CORRAL Talciani, (cit n. 39) , p.60

⁵⁴ Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, Toro con Zoffoli, Recurso de Apelación de Sentencia definitiva, Rol N° 218-2010, (29 -11-2010)

⁵⁵ ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco, *Régimen jurídico de los bienes familiares*, (Santiago, Metropolitana Ediciones, 1998), p. 29.

los bienes del art. 574 CC, que forman el ajuar de una casa⁵⁶ excluidos aquellos bienes de lujo, que sean de beneficio individual o prescindibles para el desarrollo del núcleo familiar atendidas las condiciones económicas de la familia, en tanto según lo señalado por algunos autores, como el profesor PABLO RODRÍGUEZ los muebles en cuestión deben satisfacer a las necesidades domésticas del grupo familiar.⁵⁷

La ley no exige que la afectación de los bienes muebles sea conjunta con la del inmueble que sirva de residencia principal a la familia, es decir, podrían afectarse con independencia del inmueble que sirve de residencia principal de la familia lo que tendría sentido si el inmueble no es propiedad de alguno de los cónyuges o convivientes civiles, aunque la práctica indica que generalmente las afectaciones se presentan comprendiendo el inmueble y los bienes muebles que lo guarnecen.

Hay una discusión la cual no abarcaremos, respecto a la necesidad de especificar los bienes en la solicitud de afectación mediante inventario o basta realizar una expresión genérica de los bienes. Vemos que en la doctrina hay opiniones encontradas⁵⁸, en atención a que la norma no establece este requisito, sin embargo, creemos que con el fin de resguardar a los terceros y con ello la seguridad jurídica, debiera incluirse un detalle de los bienes al momento de realizarse la afectación, especificándolos.

iii. Derechos o acciones

Se trata de bienes incorporales. Derechos o acciones que los cónyuges o convivientes tengan en sociedades de personas o de capital, que sean propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia. En estos casos la forma de afectación es diversa a la establecida para los dos casos anteriores, como veremos a continuación.

2. Constitución del bien familiar

La afectación de un bien familiar puede ser judicial o extrajudicial.

Será judicial para el caso de los bienes inmuebles que sirvan de residencia principal de la familia y de los muebles que lo guarnecen, ello conforme al art. 141 C.C. El proceso se inicia con la demanda del conviviente no propietario⁵⁹ (la norma habla de cónyuge) ante los tribunales de familia y el procedimiento aplicable es el ordinario, con la particularidad que la sola interposición de la demanda transforma provisoriamente en familiar el bien de que se trata y por ende, no requeriría notificación al demandado, ni subinscripción para producir efectos. Esta última afirmación ha generado críticas por la incertidumbre jurídica

⁵⁶ Art. 574. Cuando por la ley o el hombre se usa de la expresión bienes muebles sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el artículo 567.

En los muebles de una casa no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa.

⁵⁷ RODRÍGUEZ Grez, (cit n.38), p. 228.

⁵⁸ Autores como COURT, CORRAL y ORREGO, consideran necesario la realización de Inventario, contraria a la posición sostenida por RAMOS PAZOS y GIAN FRANCO ROSSO.

⁵⁹ Esta es la situación más común en la práctica, pero nada excluye que quien solicite la afectación de bien familiar sea el cónyuge propietario, ya que la norma no distingue.

en la que quedan los terceros y debate en la doctrina acerca de la intención del legislador. Para algunos, el tenor de la ley es claro y por lo tanto de producirse la enajenación del bien y la posterior rescisión del acto se verían alcanzados por ella sin importar su buena o mala fe. Para otros la interpretación literal sólo se aplica a los bienes muebles no sujetos a registros, mientras que respecto de los inmuebles, sujetos a inscripción, sería necesaria la subinscripción al margen de la misma para producir efectos frente a terceros. La cuestión no es baladí y optar por una postura o por otra, implica optar por el interés de la familia o de terceros. Teniendo ello en consideración adherimos a la primera postura.⁶⁰

En cuanto a la afectación extrajudicial, prevista en el artículo 146 del C.C, esta procede en el caso de los derechos y acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias del bien que sirve de residencia principal de la familia. En este caso la afectación es unilateral y solemne, bastando la declaración de cualquiera de los convivientes contenida en escritura pública, que debe ser anotada al margen de la inscripción social en caso que se trate de una sociedad de personas o en el registro de accionistas tratándose de una sociedad anónima.

3. Efectos que produce la declaración

i. Entre las partes

El principal efecto es que se limita la facultad de disposición del cónyuge propietario, sin alterarse la titularidad del dominio, ni la facultad de goce (a menos que se establezcan derechos reales a favor del conviviente civil no propietario). Se requiere en consecuencia, el consentimiento del cónyuge o conviviente civil no propietario para la realización de determinados actos a los que se refiere el artículo 142 inciso primero y 146 inciso segundo del Código Civil.⁶¹

Respecto a la forma de manifestar esta voluntad por parte del cónyuge no propietario nos remitimos a lo dispuesto por el artículo 142 inciso segundo⁶². Voluntad que podrá ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. La sanción a la falta de esta autorización en los casos descritos, es la nulidad relativa, ya que estamos ante la exigencia de una formalidad habilitante.

⁶⁰ Esta es la razón por la que en la práctica los Bancos y acreedores hipotecarios que financian operaciones hipotecarias, exigen la comparecencia del cónyuge no propietario a la escritura de constitución de hipoteca o de compraventa o de arrendamiento, aunque no se trate del inmueble que sirve de residencia principal a la familia, con el propósito que el cónyuge no propietario declare no haber pedido la afectación del inmueble como bien familiar.

⁶¹ Limitación referida a: enajenar, gravar voluntariamente o prometer gravar o enajenar, los bienes familiares; celebrar contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar.

⁶² Artículo 142 inciso 2º C.C: *“La autorización a que se refiere este artículo deberá ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso”*.

Como resultado de su aplicación cualquiera sea el régimen económico existente entre los cónyuges o convivientes, es distinto el impacto que genera en cada uno de ellos. En sede matrimonial la declaración de bien familiar genera mayores efectos en los regímenes de separación de bienes y de participación en los gananciales, caracterizados por el alto grado de independencia patrimonial entre los cónyuges respecto del bien de que es titular, el que se verá alterado a la hora de ejecutar ciertos actos como la enajenación o gravamen de un bien familiar, para lo cual se requerirá ahora de una actuación conjunta, debiendo contar el cónyuge propietario con la autorización del cónyuge que no lo es.

La situación se replica entre los convivientes civiles en sede de Acuerdo de Unión Civil ya que están sujetos a las mismas reglas del régimen de separación de bienes gozando de total autonomía respecto a la administración y disposición de los bienes. El estatuto de bienes familiares viene a establecer limitaciones al conviviente propietario del bien afectado como familiar, teniendo que contar ahora con la autorización del otro conviviente para la realización de determinados actos.

Por el contrario, en materia de sociedad conyugal, el impacto de esta institución es menor, debiendo distinguir según cuál sea el patrimonio al que pertenece el bien afectado. Tratándose de un bien social, la constitución no implica mayor alteración al funcionamiento del régimen, en tanto que el marido como administrador de la sociedad conyugal ya se encuentra sujeto a similares limitaciones conforme al artículo 1749 del Código Civil respecto de los mismo actos a los que alude el artículo 142 y 146, sin embargo, tales limitaciones como ya se examinó tienen un fundamento distinto y es la protección a los intereses de la mujer. Se exceptúa a la limitación del art. 1749, la cesión en arrendamiento de bienes raíces sociales en la medida que no excedan los plazo legales; en contraste, el tratamiento que se le da a este acto en el estatuto de bienes familiares aumenta las restricciones, exigiendo autorización del otro cónyuge para su sola celebración.

En aquellos casos en que el bien pertenece al patrimonio propio del marido o forma parte de alguno de los patrimonios que administra separadamente la mujer (art. 150, 166 y 167 C.C) se genera también una situación de anormalidad, ya que en el primer caso se exigirá contar con la autorización de la mujer para actuar respecto de un bien familiar propio del marido; y en el segundo la mujer deberá contar tal autorización, introduciendo una exigencia ajena a las reglas que gobiernan estos patrimonios.

En la comunidad pactada la administración es conjunta, lo que se traduce en una cogestión de los bienes en su uso, goce y administración, cuidando siempre de no perturbar o limitar el derecho del otro, para lo cual cuentan con el derecho de veto y con la exigencia de unanimidad en el consentimiento para la realización de actos de disposición. A ello se agrega el hecho de que nos encontramos ante una comunidad indivisa, de ello se sigue, como se sostiene en esta memoria, que ninguno de los convivientes civiles podría enajenar su cuota en el inmueble sino con el consentimiento del otro conviviente civil, lo que se traduce en la inaplicabilidad del art.1812 C.C, precepto que tiene un tratamiento jurídico distinto en la comunidad proindiviso donde se puede enajenar la cuota aun sin el consentimiento del otro. Estas limitaciones derivas de la propia naturaleza familiar de esta comunidad, hacen inoficioso imponer limitaciones adicionales que se deriven de la aplicación del estatuto de bienes familiares, las que resultarían innecesarias, lo que en

definitiva llevaría a descartar la exigencia de autorización del otro conviviente civil para la realización de ciertos actos en este régimen.

i. Respetto de terceros adquirentes:

El artículo 143 del C.C establece una presunción de mala fe para los adquirentes de un inmueble que tenga el carácter de bien familiar, a efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine. Se trataría según la doctrina de una presunción de derecho, que se aplica sólo respecto de los bienes inmuebles sujetos a régimen registral y que exige para su aplicación que la afectación del bien como familiar se encuentre subinscrita en el registro inmobiliario a la época de ejecución del acto nulo.⁶³ De lo contrario los terceros no se verían alcanzados por la nulidad y la presunción no surtiría efectos.

La nulidad declarada judicialmente dará acción reivindicatoria contra los terceros subadquirentes cuyo título derive del tercero que contrató con el conviviente o cónyuge propietario conforme al artículo 1689C.C.

En relación a terceros en calidad de acreedores del conviviente propietario o de ambos en su caso, se genera el beneficio de excusión, para lo cual nos remitimos íntegramente a lo dispuesto por el artículo 148 del C.C y del que se desprende que los acreedores pueden ser obligados a ejecutar primero sus créditos en los bienes que no tengan la calidad de familiares y sólo a falta o insuficiencia de esto proceder contra los bienes familiares. De éste se puede desprender que el bien declarado familiar sigue sujeto a la posibilidad de embargo.

4. Constitución de derechos reales sobre los bienes familiares

La declaración del bien como familiar, puede llevar aparejada como consecuencia, la constitución de derechos de usufructo, uso, habitación sobre ellos “*a favor del cónyuge (y ahora conviviente civil) no propietario*”, sin embargo la ley otorga facultades al juez para fijar un plazo de término para los mismos para lo cual habrá de tener en cuenta el interés de los hijos cuando los haya y las fuerzas patrimoniales de los convivientes; con la inclusión de este último elemento se protege a la familia en su conjunto y no solo al conviviente no propietario.

Características:

Son derechos temporales, pues su existencia dependerá del plazo fijado judicialmente para su terminación (sin perjuicio de su terminación anticipada por muerte del usufructuario, usuario o habitador). Se señala que en esta tarea deberán considerarse factores como “*el interés de los hijos*” teniendo que a su vez el juez determinar su sentido y alcance, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges o convivientes, es decir, en cuanto a

⁶³ En este sentido opinan los profesores COURT MURASSO, Eduardo y CORRAL TALCIANI, Hernán.

los convivientes civiles deberá tener en cuenta lo fijado por los artículos 14 de la Ley 20.830 y 160 del C.C.

Se permite al juez *fijar “otras obligaciones o modalidades si así pareciere equitativo”*. Se conceden en definitiva amplias facultades al juez quien podría establecer cargas o condiciones adicionales a las ya establecidas, como por ejemplo, el pago de una renta por el conviviente beneficiario al conviviente civil no propietario.

La oportunidad para decretar estos derechos, es sólo durante el matrimonio. Es decir, extrapolando la situación a los convivientes civiles, requiere de un Acuerdo de unión civil vigente a la época de constitución de estos derechos.

Se rigen por las reglas generales, por lo que exigen confección de inventario y otorgamiento de caución para su ejercicio.

Se constituyen por sentencia judicial, la que servirá de título suficiente para acceder al registro y deberá inscribirse en el Registro de hipotecas y gravámenes.

El artículo 147 del CC establece en su inciso final, la inoponibilidad de la constitución de los citados derechos frente a acreedores cuyos créditos habían nacido con antelación a la constitución de aquellos. Con ello se quiere evitar el fraude a terceros, producto de una eventual colusión entre convivientes civiles para eludir los créditos.

La constitución de estos derechos ya se encuentra contemplada en el artículo 11 de la Ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; la similitud de la disposición de esta ley, con la prevista en el artículo 147 ha llevado a afirmar que esta última tiene un carácter alimenticio. Sin embargo consideramos que sus fundamentos son distintos. En el primer caso, su constitución es una forma de asegurar el cumplimiento de la obligación de alimento. Su inclusión en el estatuto de bienes familiares mal podría obedecer a la causa antes expresada, ya que se ha dejado en claro que no hay obligación de alimentos entre convivientes civiles, por lo que su fundamento obedece a otra causa y es la protección de la familia y el cumplimiento de las cargas familiares.

5. Desafectación de los bienes familiares

El artículo 145 C.C establece dos formas de desafectación del bien familiar una convencional y una judicial:

- i. Convencional: Por acuerdo de los cónyuges mediante escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva;
- ii. Por resolución judicial, recaída en juicio seguido por el cónyuge propietario en contra del no propietario, fundado en que el bien no sirve de residencia principal de la familia; o fundado en el término del matrimonio declarado nulo o por divorcio;
- iii. Un tercer caso agregado por la doctrina, sería la desafectación tácita, producida por la enajenación voluntaria o forzada del bien.

La causal mencionada en el numeral segundo, es más compleja y contiene dos hipótesis en que se permite solicitar la desafectación judicialmente:

a) El bien afecto no sirve de residencia principal de la familia:

El bien no está destinado actualmente a los fines que indica el art. 141, imponiendo a quien alega la desafectación probar tal circunstancia. Bajo esta hipótesis se pueden encontrar comprendidos todos aquellos casos en que la familia se muda a otro lugar, dejando de constituir vivienda principal. Pero también aparecen casos más complejos, como aquellos en que se produce un distanciamiento entre los cónyuges o convivientes civiles, situaciones de conflicto que pueden suponer la ruptura de la vida en común. De esta última afirmación se pueden desprender a su vez dos hipótesis: la que comprende la familia constituida sólo por los convivientes civiles, o cónyuges en sede matrimonial; o la que comprende a la familia constituida por los convivientes civiles (o cónyuges) e hijos. En el primer caso, producido el distanciamiento o separación entre los convivientes civiles sin hijos, la vivienda dejará de constituir inmueble principal de la familia, pudiendo solicitarse su desafectación. La jurisprudencia se ha encargado de delimitar la que su juicio constituye la noción de familia exigida como requisito para la declaración de bien familiar, llegando a sostener que un cónyuge (y en este caso un conviviente) no constituye familia, en atención a que si la unión ha cesado en su convivencia, residiendo sólo uno de los convivientes en el inmueble que constituye residencia principal de la familia, no se cumple con el fin de la institución de proteger el núcleo familiar, ya que desde el momento en que ha dejado de ser el hogar común, ha dejado de ser residencia principal de la familia. Este puede ser el caso de muchos acuerdos de unión civil contratados por parejas homosexuales, que sin posibilidad de procreación biológica y producido un conflicto en la relación, terminarán por poner fin a la convivencia. Con esta afirmación, no se quiere decir que la familia necesariamente deba estar compuesta por hijos: la familia existe con prescindencia de la existencia de hijos, e incluso con independencia de la existencia de un vínculo matrimonial o de unión civil y aún después de su terminación. Lo que se quiere poner de relieve, es que el bien que constituya residencia principal de la familia, sea el lugar donde los convivientes civiles o cónyuges, efectivamente desarrollan su vida en común, de ahí que una vez finalizada la convivencia, motivada por un conflicto o distanciamiento entre ellos, pierda todo sentido el fin de la institución, ya que no habría núcleo familiar que proteger, el que ya no estaría conformado por ambos convivientes civiles, sino por sólo uno de ellos.⁶⁴

Por el contrario, la familia plural, constituida por los convivientes civiles e hijos, recibe una calificación distinta, permitiendo mantener la afectación del bien como familiar, constituyendo una garantía para aquél conviviente (o cónyuge) que tenga el cuidado de los hijos, resguardando el interés de los mismos a través de la mantención del hogar físico

⁶⁴ Esta es la postura actual sostenida en el último tiempo por la Excelentísima Corte Suprema (C. Suprema, 31 marzo 2014, Rol N°9439-2013). La tendencia antigua, era admitir en los casos de separación de hecho entre cónyuges, la mantención de afectación de un bien familiar en la que residiera un solo cónyuge sin hijos, fundado en la idea de protección al cónyuge más débil, identificado con aquél cónyuge no propietario del bien familiar.

donde estos residen. De esta manera se cumple con el fin de la institución y se justifica su mantención.

b) Por inexistencia del vínculo matrimonial:

La causal deja de manifiesto que la existencia del Matrimonio es presupuesto para la declaración del bien como familiar, siendo el divorcio vincular o su nulidad causal suficiente para demandar la desafectación del bien. Extrapolando la situación a sede de unión civil ¿Igual principio cabría aplicar a los convivientes civiles? La respuesta es afirmativa. Al igual que en sede matrimonial se requiere de la existencia de un Acuerdo de unión civil para que haya declaración de bien familiar, ello implica que si el Acuerdo ha terminado por declaración de nulidad u otra causal de término antes de la declaración de afectación o durante su tramitación, no se cumple con el requisito. Por el contrario, una vez declarado el bien como familiar, no es requisito la existencia del vínculo, pudiendo subsistir el bien familiar aún después de la terminación del Acuerdo. La historia fidedigna de la ley 20.839 permite sostener esta afirmación, la que se desprende del rechazo a una indicación que permitía exigir la anotación marginal de la terminación del Acuerdo como título suficiente para desafectar el bien. El razonamiento que subyace a su rechazo está relacionado con sus fines, entre los cuales encontramos la protección de la familia, familia que pudo haber tenido su origen en el vínculo matrimonial o en la unión civil, y que sin embargo por dificultades llegó a su terminación. La idea de la institución es mantener esta protección a la familia aun después de la disolución del vínculo, siempre y cuando el bien afecto continúe siendo residencia principal de la familia. Sin embargo este objeto se ve truncado con la facultad que se le otorga a los convivientes civiles para poner término unilateralmente al Acuerdo, impidiendo sus fines, puesto que cada vez que un conviviente no propietario desee demandar la afectación de un bien como familiar, el otro conviviente que tema su interposición optará por poner término al Acuerdo, lo que haría que este derecho pierda todo sentido. En efecto, como ya se ha mencionado, el mecanismo de término unilateral como derecho absoluto de uno de los convivientes, viene a dificultar la aplicación de esta figura, tornándola ilusoria la protección que se pretende dar a las familias con hijos en situaciones de ruptura o disolución del vínculo.

Sintetizando lo precedentemente dicho podemos concluir que la aplicación de esta figura al Acuerdo de unión civil y sobre la base de sus fines y fundamentos se requiere de determinados requisitos para que proceda la declaración de bien familiar, los que podemos resumir en 3 elementos: a) la existencia de una familia fundada en un Acuerdo de unión civil; b) la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los convivientes civiles y c) que dicho inmueble constituya residencia principal de la familia.

La ausencia de cualquiera de estos elementos habilitará a cualquiera de las partes a solicitar la desafectación del bien declarado como familiar. Por ejemplo, dos personas que comparten un hogar común, cuya propiedad del inmueble corresponde a uno de ellos y que constituye residencia principal de la familia que han formado, no podrían solicitar la afectación del bien inmueble como familiar, porque carecen de un vínculo válido como el que confiere la suscripción del Acuerdo de unión civil o el Matrimonio, es decir, no se cumple con el primer requisito. De igual forma, si el vínculo es inexistente - lo que

sucedería por la terminación del Acuerdo de unión civil- se habilita al conviviente propietario del bien afecto a solicitar su desafectación judicial siempre y cuando se cumplan con los requisitos del art. 145 inciso 2º del C.C; ello da cuenta que la mera terminación del AUC no produce de pleno derecho la desafectación del bien, pudiendo incluso subsistir la declaración de bien familiar aun después de su terminación, como una forma de protección a aquellas familias en conflicto en que el bien afecto constituye residencia principal del conviviente que está a cargo del cuidado de los hijos comunes. Lo mismo se aplica si el bien deja de constituir residencia principal de la familia. Como se señaló, se distingue a aquella familia con hijos, de aquella conformada sólo por la pareja de convivientes. En este último caso, si los convivientes civiles dejan de convivir en el hogar común que constituía residencia principal de la familia, se permite a aquel propietario del bien afecto solicitar su desafectación.

Con todo, se debe tener en cuenta la proyección de esta figura en sede sucesoria, que se traduce en la protección de los bienes familiares que se produce aún después de la terminación del Acuerdo de unión civil ocasionada por la muerte de uno de los convivientes civiles. Se trata del derecho de adjudicación preferente que el artículo 18 de la ley 20.830 establece a favor del conviviente civil sobreviviente, que le permitirá obtener la propiedad del inmueble que servía de residencia principal de la familia y los bienes que lo guarnecen, o en caso contrario constituir derechos de uso y habitación a su favor. Con ello se refuerza la protección normativa al conviviente civil, evitando que sea privado del hogar en que residió siempre.⁶⁵

En definitiva, la extensión de esta figura a los convivientes civiles, si bien constituye una decisión acertada atendido el fin de protección a la familia y al lugar físico donde esta se desarrolla y que está constituida por la vivienda familiar; la concreción de este fin se ve afectado por la facultad conferida a los convivientes de poner fin unilateralmente al Acuerdo. En este sentido, la protección que pretende brindar la Ley haciendo extensiva sus disposiciones a las partes de un AUC se vuelve sólo aparente, pudiendo preverse en la práctica muy poca aplicación.

⁶⁵ Esta materia será tratada con mayor detención en el capítulo IV donde se abarcan los derechos sucesorios.

CAPÍTULO CUARTO DE OTROS EFECTOS CON CONTENIDO PATRIMONIAL

Como ya se ha puesto de relieve, la primera parte de este trabajo ha estado referida a uno de los principales efectos patrimoniales del AUC constituido por los Regímenes económicos. Toca ahora referirnos a otros efectos de carácter patrimonial derivados del Acuerdo de unión civil y que no se relacionan con la disciplina de los bienes, sino con derechos, créditos o acciones de contenido patrimonial y propios del derecho de familia, originados a partir de diversos hechos, y conferidos a los convivientes civiles en razón de su estado y calidad.

VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR TERCEROS A UNO DE LOS CONVIVIENTES CIVILES

La nueva ley de Unión Civil otorga legitimación activa al conviviente civil para obtener las indemnizaciones económicas por el perjuicio causado por un tercero que ha causado la muerte de su conviviente. Este primer supuesto previsto por la ley se complica en su segunda parte y concluye con una poca afortunada y oscura redacción que ha dado lugar a debate y críticas:

Artículo 20.-“El conviviente civil tendrá legitimación activa para reclamar las indemnizaciones derivadas de los perjuicios a que hubiere lugar por el hecho ilícito de un tercero que hubiere causado el fallecimiento de su conviviente civil o que lo imposibilite para ejercer por sí mismo las acciones legales correspondientes, sin perjuicio de las otras indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común”.

Para dilucidar el sentido y alcance de la disposición es menester recurrir a la historia de su establecimiento.

1. Historia de establecimiento de la ley

Si recurrimos a los proyectos que sirvieron de antecedentes a la actual normativa, se puede observar que el boletín N° 7.011 propuesto por el senador Allamand contenía ya en su artículo 19 una disposición similar al señalar que: *“En caso de fallecimiento de un contratante a consecuencia de un hecho ilícito de un tercero, el conviviente sobreviviente tendrá legitimación activa para reclamar las indemnizaciones civiles por los perjuicios patrimoniales y morales a los que haya lugar”.*

Frente a su inclusión algunos consideraron que se trataba de una regla innecesaria, que podía deducirse de las normas del código civil sobre responsabilidad civil extracontractual en relación con las que gobiernan los derechos sucesorios (artículos 951 y 1097), que permiten suceder al causante en todos los derechos transmisibles. De esta opinión era el señor Pablo Urquizar.

Por el contrario, estaban lo que estimaban útil el establecimiento de esta regla. Con su redacción, se tuvo como uno de los primeros objetivos cerrar una discusión que existía

en la jurisprudencia nacional respecto de las uniones de hecho o no matrimoniales, en orden a decidir si se debía otorgar o no al conviviente la posibilidad de accionar en un proceso seguido contra el causante de la muerte de su concubino a fin de obtener la indemnización derivada del perjuicio causado. Si bien en un comienzo la jurisprudencia se negaba a conceder la legitimación al conviviente para accionar y perseguir la indemnización por daños, fundado en la ausencia de un interés legítimo que lo justifique, este criterio fue variando hasta llegar a ser aceptado por los tribunales de nuestro país, quienes reconociendo el carácter afectivo de la unión no matrimonial, han concedido legitimación activa al conviviente para exigir la reparación del daño moral derivado del sufrimiento provocado por la muerte de su conviviente. De esta manera, se tuvo como primera finalidad consagrar expresamente esta solución jurisprudencial que ya se había aplicado en sede de unión de hecho y así evitar variaciones jurisprudenciales. En el primer trámite constitucional con el que se aprobó esta regla intervinieron los profesores de derecho civil FABIOLA LATHROP y EDUARDO COURT quienes expresaron la conveniencia de explicitar la opinión jurisprudencial a través de la incorporación de este artículo. Así se finaliza el primer trámite constitucional de tramitación de la ley, y se acoge la legitimación del conviviente para obtener la reparación del daño por repercusión en caso de fallecimiento de su conviviente por el hecho de un tercero.

En el segundo trámite constitucional se plantearon diversas cuestiones relevantes que terminaron por cambiar la fisonomía del artículo aprobado.

Un primer punto a discutir fue la utilidad o conveniencia del establecimiento de dicha regla. Para el profesor de derecho civil HERNÁN CORRAL, esta regla podría dejar incluso en una situación desmejorada a las parejas unidas de hecho y que no han celebrado un Acuerdo de unión civil, porque esto podría incentivar a la jurisprudencia a otorgar al conviviente de hecho la posibilidad de accionar sólo en la medida que haya firmado un AUC previamente, motivo por el cual se opone al reconocimiento legal de esta regla.

Una segunda cuestión se encuentra vinculada a la posibilidad de indemnizar el daño moral, que se establece en términos categóricos y expuestos en la propuesta en comento. Intervino en lo que a esta discusión se refiere la profesora CARMEN DOMINGUEZ quien destacó que la incorporación de una legitimación expresa en esta materia es un error, señalando que debiera condicionarse a la prueba de un daño efectivo, pues se trata de un derecho que ni siquiera existe respecto de los cónyuges, por lo que consagrarlo en términos expuestos implicaría una discriminación y una afectación a la forma de concebir por los tribunales la responsabilidad civil en dichos supuestos. En atención a tales argumentos se optó por eliminar la expresión “patrimoniales y morales” siendo los tribunales los encargados de determinar la extensión de los perjuicios.

Por último un tema que hasta el momento no había sido advertido y que fue lo que provocó los cambios en la redacción del artículo original, concluyendo con la redacción actual: la extensión de la regla a supuestos distintos de la muerte del conviviente civil, como lo sería la invalidez o enfermedad, que igualmente generan un daño moral en la persona del otro conviviente. La idea de ampliar el supuesto de la ley a otros daños como los expresados fue planteada por el profesor MAURICIO TAPIA quien señaló que esta posibilidad existe en sede matrimonial, por lo que restringirla a los cónyuges sería discriminatorio.

Se añadió a esta discusión una nueva propuesta que parte del mismo supuesto pero que está orientado a un fin distinto. Se expresó la posibilidad de que en caso de inhabilidad o incapacidad del conviviente afectado por el ilícito, podría ejercer la acción el otro conviviente en su lugar.

En definitiva y en un esfuerzo por aunar ambas propuestas se terminó con la redacción actual del precepto que como ya hemos aludido, ha generado dudas acerca de su interpretación por la deficiente técnica legislativa empleada.

2. Análisis del sentido y alcance del artículo 20

A efectos del análisis dividiremos el precepto en dos partes:

- i. La que se desprende de su parte primera y confiere legitimación activa para reclamar las indemnizaciones derivadas de los perjuicios a que hubiere lugar el hecho ilícito de un tercero que hubiere causado el fallecimiento de su conviviente civil.

Se contempla en este supuesto el daño por repercusión sufrido por el conviviente civil a causa de la muerte de su conviviente provocada por el ilícito de un tercero.

El sentido de la disposición es claro y viene a consagrar expresamente la legitimación activa al conviviente civil, reafirmando la solución jurisprudencial aplicada en materia de uniones de hecho. Tal reconocimiento, no implica en forma alguna condicionar el otorgamiento de este derecho al conviviente de hecho que no hubiere suscrito un AUC, sino otorgar certeza jurídica a quienes sí se han adscrito a esta nueva institución familiar, de que en el caso previsto por la norma estarán revestidos de la titularidad requerida para accionar y perseguir la reparación del daño causado.

En cuanto al alcance de la disposición, sólo se aprecia la hipótesis de muerte del conviviente civil, es decir, comprende únicamente perjuicios causados por el fallecimiento del conviviente. Lo que activa el mecanismo de la responsabilidad civil en este caso es el daño provocado como consecuencia de la muerte del conviviente civil -víctima directa del ilícito causado por el tercero- y que se traduce en un daño pecuniario o moral en la persona relacionada con la víctima directa, con quien se tiene un vínculo afectivo actual. La acción que interpone el o la conviviente civil es *iure proprio*, alegando el daño propio sufrido en su esfera patrimonial o moral por la muerte de su conviviente, descartándose otros daños distintos de la muerte, como podría haber sido el provocado por lesiones corporales. Pese a que este último supuesto fue contemplado en la discusión del precepto no fue incluido, por lo que se entiende restringido sólo a los casos de muerte del conviviente.

- ii. La segunda parte del precepto que otorga legitimación activa al conviviente civil ante la imposibilidad del otro para ejercer por sí mismo las acciones legales correspondientes, *“sin perjuicio de las otras indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común”*.

El sentido y alcance de esta parte de la disposición es complejo ya que en el mismo se intenta abarcar dos supuestos.

El primero de ellos es aquel en que el conviviente queda a causa del hecho ilícito impedido de ejercer por sí mismo la acción de reparación, legitimándose a su conviviente para que lo ejerza en su favor. Aquí se entenderían incluidos casos en que el conviviente que sufrió el daño sobrevive, pero queda en estado de coma o inhabilitado para expresar su voluntad, razón por la cual se otorga una especie de acción subrogatoria al conviviente civil, para ocupar su lugar y ejercer sus derechos invocando su calidad de conviviente civil. En este caso el conviviente legitimado no demanda su propio daño sino el sufrido por el conviviente afectado que no ha sido indemnizado. Lo obtenido por la reparación ingresa al patrimonio del conviviente que fue víctima directa del hecho ilícito. Al tratarse de una regla especial aplicable sólo al conviviente civil, no puede extenderse en sede de uniones de hecho.

El segundo supuesto se desprende de la frase final del precepto, que partiendo de la misma base de los dos supuestos anteriores, esto es, la muerte o imposibilidad del conviviente para ejercer sus derechos, otorga al conviviente civil un derecho a percibir *las otras indemnizaciones a que tenga derecho*, con arreglo a las prescripciones del derecho común. El alcance de esta frase es residual, y pretende abarcar todos los casos que no se encuentran expresamente cubiertos por el artículo 20 y que como analizamos se refiere a dos acciones especiales de la que es titular el conviviente civil: la de daño por repercusión por muerte del conviviente y la de representación o acción subrogatoria por imposibilidad del conviviente afectado por el hecho ilícito. Por lo tanto, las otras indemnizaciones a las que se puede dar lugar conforme a las reglas del derecho común son:

- La acción de indemnización interpuesta por los herederos del conviviente muerto, quienes lo suceden en todos sus derechos transmisibles (art.1907 C.C) en cuanto sucesores universales (discutible en materia de daño moral) y que comprende conforme a la actual legislación a los convivientes civiles, quien concurre con los demás sucesores.

Estos ejercen la acción *ex iure hereditatis*, en tanto que no demandan su propio daño sino que invocando su calidad de heredero, demandan el daño sufrido por la persona fallecida que no ha sido indemnizada, independientemente si son además víctimas por repercusión. Siendo el conviviente civil legitimado para ejercer ambas acciones (la personal y la transmitida), no sería posible acumular las indemnizaciones que de ellas se deriven, porque se caería en el riesgo de obtener una doble indemnización de un mismo perjuicio.

- La acción de indemnización derivada de los daños por repercusión causados por el hecho ilícito que no ha causado la muerte del conviviente civil ni su imposibilidad, sino otros daños irrogados en el patrimonio o esfera moral del conviviente civil a consecuencia del hecho dañoso cuya indemnización quedará sujeta a las reglas generales; vgc. Lesiones graves que dejan a la víctima del hecho ilícito parapléjica. En estos casos será posible acumular la indemnización derivada de la acción iure propio ejercida por el conviviente afectado (víctima directa) a la acción del conviviente civil cuyo perjuicio es consecuencia del hecho ilícito y por tanto víctima por repercusión o rebote.

IX. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

La compensación económica es una figura reciente, que ha sido incorporada por la nueva ley de matrimonio civil y que se enmarca dentro de los efectos patrimoniales derivados de su terminación y constituye aplicación del principio consagrado en el artículo 3º, inciso 1º de la Ley de Matrimonio Civil, que dispone: *“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”*. La nueva ley 20.830 que crea el Acuerdo de unión civil ha replicado su contenido en su artículo 27 y reconoce al conviviente civil un derecho a compensación al menoscabo económico en el entendido que concurran los elementos que integran el supuesto de hecho y que hacen procedente su aplicación .

El origen de esta disposición no se encuentra en los proyectos que antecedieron a la ley 20.830, donde no existía ninguna regla similar, sino que se encuentra en una indicación presentada por la señora Alvear durante el primer trámite parlamentario, el que sufrió bastantes alteraciones durante el curso de la discusión y culminó en el actual artículo 27 cuyo texto señala:

“ Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los convivientes civiles no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del acuerdo de unión civil, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el término del acuerdo por las causales señaladas en las letras d), e) y f) del artículo precedente, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

Esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los artículos 62 a 66 de la ley N° 19.947.

Con todo, si el acuerdo terminare por aplicación de lo previsto en la letra e) del artículo 26 de esta ley, la notificación de la terminación unilateral deberá contener mención de la existencia de este derecho, así como la constancia de la fecha en la que fue subinscrita la terminación. En este caso, la compensación económica podrá demandarse ante el tribunal de familia competente, dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de subinscripción de la terminación del acuerdo de unión civil en el registro a que hace referencia el artículo 6º”.

De la disposición transcrita se observa la gran similitud de su contenido con el fijado en el artículo 61 y siguientes para los cónyuges en sede matrimonial, haciendo remisión a estas normas en lo que a su regulación y determinación se refiere, apartándose sólo en su inciso final al contener una regla especial en materia de terminación por voluntad unilateral, cuestión que será examinada más tarde con mayor detenimiento.

3. Consideraciones Previas

El matrimonio, se caracteriza por proporcionar a los cónyuges durante su vigencia un estatuto protector que se manifiesta en la imposición de una serie de deberes y también derechos que deben cumplirse recíprocamente entre los cónyuges y que se justifica en la

comunidad de vida que han decidido formar y los fines a los que está orientada esta institución, con todas las implicancias que de ello se siguen, como lo es el hacer renuncia o postergación de proyectos, sueños, o sacrificios personales, en favor de valores superiores como la familia o el bien de los hijos. Sin duda el término del matrimonio significa poner fin al estatuto protector que este confería. La ruptura de la comunidad de vida a causa del divorcio o nulidad implica un gran cambio, que se traduce en el enfrentar la vida por separado, pudiendo resultar uno de los cónyuges perjudicado, al ver alterada sustancialmente la posición económica de la que gozaba mientras existía vínculo matrimonial y que por haberse dedicado al cuidado de la familia postergando el desarrollo personal propio, ha visto desmejoradas sus proyecciones hacia el futuro en relación al otro cónyuge que sí pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, generándose una disparidad o desequilibrio económico entre ambos, y que es lo que se intenta resolver a través de esta institución.

Sobre esta idea descansa esta institución, que tiene por fundamentos corregir el desequilibrio económico generado por la ruptura o término del matrimonio; compensar la confianza depositada por uno de los cónyuges en el otro, en orden a que el Matrimonio es por toda la vida; y por último considerar el sacrificio del cónyuge que se dedicó a la familia como un empobrecimiento injustificado a costa del enriquecimiento experimentado por el otro cónyuge que no lo hizo.⁶⁶

Cabe preguntarse ahora, si el fundamento que originó el derecho a compensación económica entre cónyuges resulta aplicable a los convivientes civiles. Si nos remontamos a los tres fundamentos expuestos más arriba, claramente hay uno que no tendría lugar en sede de unión civil y es la “protección a la confianza depositada por uno de los cónyuges en que el matrimonio es para toda la vida”. Dicha circunstancia fue advertida durante el trámite legislativo de aprobación de esta regla, en que el profesor CORRAL destacó la diferencia esencial entre el Matrimonio y el Acuerdo de unión civil, siendo este último esencialmente disoluble. Por su parte y haciendo frente a esta postura la profesora LATHROP expresó que la esencia de la compensación económica es compensar el menoscabo económico y no tiene por objeto reconocer o favorecer la menor o mayor duración de la unión afectiva.

Ambas opiniones no son incompatibles y por tanto atendibles. Si bien es cierto que el fundamento de protección a la confianza (...) no tiene cabida en sede de unión civil, un contrato efectivamente disoluble, no es el único que justifica esta institución que tiene principalmente un carácter económico que tiene por fin equiparar, o corregir el desequilibrio económico que el término del Acuerdo de unión civil pueda generar a uno de los convivientes civiles evitando que se produzca un empeoramiento de su situación en el futuro. Así como el matrimonio, el Acuerdo de unión civil también implica la formación de una comunidad de vida entre quienes han decidido construir un proyecto de vida en común, el que se encuentra amparado en esta institución que confiere un estatuto protector que se

⁶⁶ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI* (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008), pp.289-321.

manifiesta en el establecimiento de derechos patrimoniales, sucesorios y previsionales; al tiempo que establece deberes, como el deber de ayuda mutua y de solventar los gastos derivados de la vida en común. En este último punto es donde se originarían las críticas, en atención a que el AUC constituye un contrato que confiere una serie de derechos, pero impone muy pocos deberes los que a su vez se encuentran desprovistos de algún mecanismo que incentive a su cumplimiento efectivo; no existe una figura equivalente al divorcio donde se sancione a aquél que ha incumplido sus deberes. Pero aun considerando tal circunstancia el reconocimiento de este derecho puede encontrar un motivo plausible. Si bien resulta innegable que se trata de un contrato esencialmente disoluble, frágil por los mecanismos de disolución que contempla lo que dificulta su permanencia en el tiempo podrían darse situaciones en que efectivamente haya una prolongación de la comunidad de vida entre convivientes y que al igual que en el Matrimonio y como suele ocurrir en nuestra sociedad, los convivientes decidan distribuir roles a fin de coordinar las funciones laborales y las del hogar común. En este sentido el conviviente civil que haya renunciado o postergado sus proyectos personales por dedicarse al cuidado de la familia o del hogar, en contraste al que sí ha seguido desarrollándose profesionalmente, o ejerciendo una actividad laboral o lucrativa, de producirse la ruptura del vínculo que los une se vería claramente afectado, porque desde la suscripción del Acuerdo y durante todo el tiempo en que se prolongó la relación, se vio afectado por la condición descrita, sin poder desarrollar una profesión o haber renunciado a ella, lo que se traduce en no lograr alcanzar la autonomía económica o haberla perdido en función de optar por valores superiores; ello implica una desventaja entre los convivientes civiles, ya que desde el momento del quiebre, se encuentran en posiciones distintas para enfrentar la vida independiente, quedando el conviviente que hizo sacrificios por la familia o el hogar, perjudicado de cara a lo que le espera en el futuro, pues sus posibilidades de acceso al mercado laboral o de continuar con la profesión en que se desempeñaba se han visto disminuidas. A mayor abundamiento, con el término del Acuerdo se pone fin a una serie de expectativas y derechos que se fundamentan en esta legítima decisión de formar una vida en común por los convivientes civiles, concretizando el perjuicio para el conviviente que durante su vigencia postergo sus proyectos personales, quien además de encontrarse en una posición inferior a su conviviente civil para enfrentar la vida separa, ya no cuenta con la protección y derechos que le confería el Acuerdo de unión civil.

Si en el Matrimonio la compensación económica se funda en este empobrecimiento injusto experimentado por el cónyuge durante la vigencia del Matrimonio y que se manifiesta con mayor fuerza con el término de esta institución, al carecer uno de ellos de los medios materiales para enfrentar la vida futura, no se ve el inconveniente de aplicar entonces iguales fundamentos en sede unión civil, en que cumpliéndose con los requisitos de procedencia se cause el menoscabo económico en uno de los convivientes civiles; desequilibrio, disparidad o empobrecimiento injustificado que vendrá a ser paleado con el otorgamiento de la compensación económica.

Para tener más claridad acerca de este punto es necesario examinar la complejidad del precepto, del que se desprenden los elementos estructurales del menoscabo económico.

4. Análisis del artículo 27 inciso 1º de la ley 20.830:

Basándonos en la breve referencia hecha al supuesto que origina el derecho a compensación entre cónyuges, toca hacer lo propio con el derecho a reparación del menoscabo económico entre convivientes civiles.

De la simple lectura se percibe que su redacción guarda inmensa similitud con el artículo 61 del C.C. La estructura normativa es idéntica, pudiendo distinguirse:

- a) Un *supuesto de hecho* que es idéntico en sede matrimonial como de unión civil: a) la dedicación de uno de los convivientes civiles al cuidado de los hijos o; b) la dedicación de uno de los convivientes civiles al cuidado del hogar común.
- b) El *efecto o consecuencia* que genera para el conviviente el encontrarse en alguno de los supuestos de hecho anteriores, donde nuevamente se replica la fórmula aplicable a los cónyuges: a) el no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del Acuerdo de unión civil o b) habiendo podido hacerlo, lo hizo en una menor medida de lo que quería y podía.

Utilizando una calificación del profesor Álvaro Vidal⁶⁷ y desde una perspectiva temporal, los hechos descritos vendrían a ser la *causa remota o mediata* del menoscabo económico sufrido por el conviviente civil, quien a causa de dedicarse al cuidado de los hijos o cuidado del hogar común ha visto limitados sus propios proyectos, desarrollo profesional o laboral, sin haber adquirido la autonomía económica o haberla pedido en razón de dichos motivos. Dicha causa ubicada temporalmente en el pasado, ha generado en el conviviente de dicho supuesto un empobrecimiento que ha sido arrastrado por toda la vigencia del vínculo hasta el momento de su ruptura.

- c) Un *menoscabo económico* producto del término del acuerdo de unión civil, al que se pudo dar lugar mediante tres causas: a) por mutuo acuerdo; b) por voluntad unilateral c) por declaración judicial de nulidad. En sede matrimonial el menoscabo económico se produce por el término del matrimonio en razón de dos causas: a) por declaración judicial de nulidad o; b) por divorcio

El término del acuerdo del Acuerdo de Unión Civil es la *causa inmediata o directa* que origina el menoscabo económico en el presente, provocado por el término del estatuto protector que este confiere a los convivientes civiles, extinguiendo una serie de derechos que tienen su razón de ser en este contrato, como lo es la existencia de los regímenes económicos para la regulación de sus bienes, la posibilidad de afectar un bien como familiar, los derechos sucesorios y previsionales, y en definitiva la mayoría de los derechos conferidos a los cónyuges (excluyendo el deber de socorro y su manifestación en la obligación de alimentos). Este menoscabo se traduce en la disparidad económica en que

⁶⁷ VIDAL OLIVARES, Álvaro. La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2008, n.31 [citado 2016-01-26], pp. 289-321. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200007>.

han quedado los convivientes civiles para enfrentar la vida futura por separado, viéndose perjudicado el conviviente civil que se encuentra en el supuesto previsto por la norma.

5. Requisitos de procedencia:

Después de haber examinado la estructura compleja de la norma, es menester referirnos a los requisitos que hacen procedente la compensación económica y que se desprenden del mismo texto:

a) Que durante la vigencia del Acuerdo de Unión civil uno de los convivientes se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común.

Se debe tener en consideración que el Acuerdo de Unión civil es una institución cuyo acceso está previsto tanto para parejas heterosexuales como homosexuales. En el segundo caso, al carecer las partes de la posibilidad de procreación biológica difícilmente podría darse el supuesto de dedicación a los hijos (exceptuando la posibilidad de recurrir a métodos de reproducción asistida o la adopción; supuestos igualmente escasos) lo que implica que para este grupo de convivientes civiles sólo queda la dedicación a las labores del hogar común, presupuesto que unido a otros criterios que deberá tener en cuenta el juez, podrían dar lugar a acreditar un menoscabo económico. Así las cosas se reduce el campo de aplicación y utilidad que podría tener esta figura, teniendo a la vista el motivo expuesto en muchos casos no se cumplirá con los presupuestos para su procedencia, sin embargo deberá atenderse a cada caso concreto.

b) Que en razón de dicha dedicación no haya desarrollado una actividad remunerada o lucrativa, o lo haya hecho en una menor medida de lo que quería o podía.

Debe existir una relación causal entre el primer y segundo requisito. El no haber podido desarrollar una actividad lucrativa o remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que quería o podía debe ser una consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o el hogar común. El juez enfrentado a la situación de examinar el cumplimiento de este requisito deberá evaluar objetivamente su procedencia. En este sentido *el demandante de la compensación económica no tiene necesidad de acreditar que tuvo intención de trabajar, ni su cualificación profesional, ni muchos menos si tuvo, o no, concretas oportunidades de trabajo; basta la convicción del juez en orden a que si el cónyuge no se hubiere dedicado a la familia habría trabajado o lo hubiere hecho en una mayor medida de la que podía y quería.*⁶⁸

a) Haberse producido el término del Acuerdo por las causales de la letra d), e) o f) del artículo 26 causando un menoscabo económico.

El término del Acuerdo de unión civil es la causa inmediata o directa del menoscabo económico, entendido como una disparidad entre los convivientes de cara a las circunstancias y que se manifiesta en una carencia patrimonial, que puede verse empeorada a la hora de enfrentar el futuro de manera autónoma.

⁶⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La noción de menoscabo en la compensación*, cit (60)

Sólo se admiten las tres causales de término señaladas. Se excluyen causales como la muerte de uno de los convivientes o la celebración del Matrimonio entre los convivientes para poner término a la Unión civil. Ellos se justifica en cuanto la muerte deja subsistente los derechos que concebía el Acuerdo de Unión civil al conviviente, pudiendo mantenerse la calidad de cónyuge sobreviviente, la constitución de derechos reales a su favor, concurrir en la sucesión del conviviente fallecido en calidad de legitimario, gozar de pensiones de sobrevivencia u otros beneficios de carácter económico que hubieren correspondido al fallecido de permanecer con vida. Mientras que la causal de Matrimonio, implica para los convivientes acceder a un estatuto protector aún más beneficioso, ya que se contemplan derecho y deberes que no tienen cabida en el acuerdo de unión civil como el deber de socorro cuya más importante manifestación se encuentra en la obligación de alimento. Desde esta perspectiva las únicas causales que dejan desprovistos a los convivientes civiles de la protección que sus normas le confieren son las causales de nulidad judicialmente declarada, término por voluntad unilateral o por mutuo acuerdo.

La concurrencia de todos estos elementos confiere el título legal para solicitar la compensación económica, cuya existencia y extensión quedará supeditada a la observancia de diversos criterios que deben ser considerados por el juez y le permitirán fijar finalmente el monto de la compensación.

En este orden de ideas, la disposición en comento hace remisión a los artículos 62 a 66 de la ley N° 19.947. Interesa a estos efectos lo que dispone el artículo 62 que viene a complementar el artículo 27 en lo que a menoscabo económico se refiere, fijando criterios que deberá considerar el juez y que unidos al supuesto de procedencia permitirán establecer la existencia y monto de la compensación. En la enumeración no taxativa se contiene: *La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.* De esta manera el juez ante un caso concreto deberá evaluar la situación del conviviente civil desde una triple perspectiva, considerando las circunstancias pasadas, presentes y atendidas estas cuál es su proyección hacia el futuro; lo que implica tener a la vista todos los criterios mencionados y que deberá ponderar a partir de la comparación de la posición que ostentan en la actualidad y de cara al futuro ambos convivientes civiles: el que se dedicó a las labores del hogar o cuidado de los hijos y el que no lo hizo. La fijación del *quantum* es una tarea compleja y no exenta de complicaciones. Su fin no es compensar al conviviente por los años que dejó de percibir una remuneración o desempeñar una profesión, sino dejar a ambos convivientes en un plano de igualdad para enfrentar la vida separada.

En sede matrimonial, el juez cuenta con la facultad de denegar el derecho a compensación o disminuir prudencialmente su monto a quien hubiere dado lugar al divorcio. En sede de unión civil no se presenta figura equivalente al divorcio culposo, por no existir los deberes éticos entre cónyuges; ello sumado a la existencia del mecanismo para poner fin unilateralmente al Acuerdo hace inaplicable esta hipótesis contemplada en el inciso 2 del artículo 62 de la Ley de matrimonio civil.

6. Fijación del monto y forma de pago de la compensación económica

En sede matrimonial, en principio la determinación del monto y forma de pago se entrega a los cónyuges quienes deberán hacerlo mediante escritura pública o en un acta de avenimiento sometidas a aprobación judicial. A falta de acuerdo corresponde su determinación al juez. Igual regla cabe aplicar a los convivientes civiles, por la remisión a los artículos 63 y 64 de la ley de matrimonio civil que regulan esta materia, siendo en el caso de término de mutuo acuerdo fijado por los convivientes civiles si así lo han acordado y fijado por el juez en caso de término por voluntad unilateral.

En cuanto a la oportunidad en que puede solicitarse la compensación económica, los artículos mencionados, disponen que deba realizarse por los cónyuges al momento de la demanda de divorcio, en el escrito complementario a la demanda, o en la reconvencción y si no fuere solicitada en tales oportunidades el juez les informará de este derecho una vez iniciado el procedimiento judicial en la audiencia preparatoria pronunciándose acerca de la procedencia, monto y forma de pago en la sentencia definitiva. Sin embargo lo establecido para los cónyuges en esta parte parece ser incompatible para los convivientes civiles, quienes no disponen de una figura equivalente al divorcio en sede de unión civil, ni se exige la formulación de un acuerdo regulatorio como ocurre con los cónyuges, resultando ser necesaria una adecuación de las normas a la situación de los convivientes civiles. Pensamos que para el caso de término por mutuo acuerdo, si los convivientes han fijado su monto y forma de la compensación, deberán solicitarla ante el juez de familia mediante escritura pública o acta de avenimiento para su sometimiento a aprobación judicial. Si los convivientes no han llegado a acuerdo sobre el monto y forma, deberán presentar una demanda ante el tribunal de familia a fin de que este fije una fecha y hora para que se realice la audiencia en la que deberá pronunciarse sobre ello. Nada se ha dicho en caso de que la causal de término sea por la declaración de nulidad del Acuerdo; creemos que deberá reclamarse en alguna de las oportunidades señaladas en el art. 64 de la Ley de Matrimonio Civil, es decir en la demanda de nulidad, o en un escrito complementario de la demanda o en una demanda reconvenccional.

Resta ahora determinar cuál es el plazo del que constan los convivientes para efectuar dicha solicitud. Ante la omisión del legislador las posibilidades son dos:

a) que se aplique el plazo de 6 meses contados desde la subinscripción del acto que pone término al Acuerdo de unión civil.

b) que se aplique un plazo de 5 años contados desde que el derecho a solicitar la compensación se hizo exigible, lo que equivale a decir que procede desde que haya constancia del término del Acuerdo. Ello conforme a las reglas generales que gobiernan la prescripción extintiva de los derechos y acciones personales.

En nuestra opinión habría sido conveniente haber fijado un plazo de 6 meses para solicitar el derecho a compensación cualquiera sea la causal de terminación del Acuerdo de unión civil que hubiere operado. Creemos que es necesaria una modificación a la ley en esta parte para no dar lugar a dudas y establecer la forma, oportunidad y plazos en que los convivientes civiles deban solicitar este derecho.

Para el caso de término por voluntad unilateral, la ley 20.830 establece una regla especial en el artículo 27 inciso 3 cuyo texto señala: *Con todo, si el acuerdo terminare por aplicación de lo previsto en la letra e) del artículo 26 de esta ley, la notificación de la terminación unilateral deberá contener mención de la existencia de este derecho, así como la constancia de la fecha en la que fue subinscrita la terminación. En este caso, la compensación económica podrá demandarse ante el tribunal de familia competente, dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de subinscripción de la terminación del acuerdo de unión civil en el registro a que hace referencia el artículo 6°*”.

De acuerdo a la norma, la manifestación de poner término unilateralmente mediante escritura pública o acta otorgada ante oficial de registro civil, debe ser puesta en conocimiento del otro conviviente civil mediante notificación la que deber contener una mención acerca de la existencia del derecho a compensación y constancia de la fecha del término, porque a partir de ella se computará el plazo fatal para demandar la compensación económica.

En síntesis, en este caso la solicitud se efectúa mediante una demanda presentada ante el tribunal de familia dentro del plazo de 6 meses desde que consta la terminación del AUC. Ahora, esta forma de poner término al Acuerdo y más específicamente a la forma de poner en noticia al otro conviviente, ofrece serios inconvenientes. Por una parte la notificación podría no efectuarse o habiéndose efectuado puede resultar defectuosa por no contener las menciones que la ley establece. El primer problema se produce a causa de que la falta de notificación no invalida el término del Acuerdo de unión civil, lo que implica que el plazo para solicitar la compensación económica comenzará a correr con prescindencia de si quien tiene derecho a solicitarla tomó conocimiento del término del Acuerdo y a su vez de la existencia del derecho que le asiste, corriendo el grave riesgo de que lo pierda. Esto da cuenta de la deficiencia del sistema y de las correcciones urgentes que amerita. La única consecuencia que se deriva de la omisión a dicha notificación es constituir al conviviente que incurrió en la falta responsables de los perjuicios que la ignorancia del término pueda ocasionar al conviviente civil que no fue notificado; esto último haría suponer que en el caso de que el conviviente civil perdiera su derecho a solicitar la compensación, podría haber accionado en contra del conviviente responsable a fin de que le indemnizara lo que eventualmente hubiere tenido derecho a obtener de aceptarse su solicitud de compensación económica, lo que cuenta con la dificultad de probar un perjuicio inexistente, que aun no se produce, ya que la posibilidad de obtener la compensación constituye de momento una mera expectativa. De cualquier modo, la norma desecha toda posibilidad de resarcir este eventual perjuicio, al disponer en su artículo 26 inciso 3 que *no podrá alegarse ignorancia del término del acuerdo de unión civil una vez transcurridos tres meses desde que se haya efectuado la subinscripción de la escritura o del acta en que conste la voluntad unilateral de poner término al acuerdo*. De esta forma se establece una limitación, haciendo en cualquier caso inexcusable el hecho de la notificación después de tres meses de la subinscripción del término del AUC.

Forma de pago de la compensación económica

Conforme al artículo 65, el juez determinará en la sentencia las modalidades de pago de la compensación económica. La regla general es que se realice mediante la entrega de una suma de dinero, cuyo monto podrá ser enterado en una (prestación única) o varias

cuotas reajustables, pudiendo fijar el juez seguridades para su pago. De esta manera se otorgan al juez amplias facultades para poder garantizar el cumplimiento del pago íntegro de la compensación, intervención que será importante especialmente en aquellos casos que los propios convivientes negocien la compensación económica careciendo de las exigencias de completud y suficiencia que sí se establecen para los cónyuges, siendo necesario que el Estado vele a través de los tribunales de familia por la tutela de sus intereses, protección que se puede lograr a través del establecimiento de cauciones tanto personales (como la fianza, solidaridad pasiva o una cláusula penal) como reales (prenda, hipoteca, anticresis) u otros medios que tiendan al fin de satisfacción del crédito; esto último se desprende de la expresión “seguridades” que utilizó el legislador y que permite abarcar un amplio abanico de posibilidades en que pueden quedar comprendidas medidas como la inclusión de una cláusula de aceleración de la deuda, la retención por parte del empleador de una parte de la remuneración del conviviente deudor, prohibiciones de enajenar, entre otras.

Sin perjuicio de lo anterior, se faculta al juez para establecer otras modalidades de pago que pueden consistir en:

- La entrega de acciones (bienes incorporales) u otros bienes distintos de dinero.

- La constitución de derechos de reales de uso, usufructo o habitación respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge (conviviente en adelante) deudor. Respecto de tales derechos se establece una norma de protección a los terceros acreedores que hubieren contratado con el conviviente deudor con anterioridad a la fecha de constitución de los derechos reales. De igual forma, no aprovechará a los acreedores que el conviviente beneficiario (acreedor de la compensación económica) tuviere en cualquier tiempo.

El artículo 66 contempla la hipótesis de que el conviviente deudor no cuente con capacidad patrimonial para solucionar de las formas anteriores el monto de la compensación. Ante la insolvencia del deudor, el juez podrá dividir el monto en cuantas cuotas fuere necesario, considerando su capacidad económica; dicha cuota para efectos de su cumplimiento será considerada como alimentos. Esta última afirmación ha llevado a sostener la naturaleza alimenticia de esta institución, la que ha sido desplazada en los últimos años por la idea de carácter indemnizatorio de la compensación económica hasta concebirla con una naturaleza *sui generis*; de cualquier forma, el tema de la naturaleza de esta institución es una cuestión que aun no ha sido zanjada por la doctrina y por su extensión no conviene ser abarcada en este trabajo. Con todo, la consecuencia más importante que se extrae del inciso segundo de la disposición y que se relaciona con la tesis de naturaleza alimenticia dice relación con la posibilidad de aplicar al conviviente deudor los apremios contemplados en la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias al entender que la expresión “*la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento*” hace asimilable el incumplimiento del pago de este crédito a una obligación alimenticia con la consecuencia de hacer aplicable al conviviente deudor el artículo 15 de esta ley en el que permite el arresto del deudor hasta por 15 días con posibilidad de ampliación a 30 días. La aplicación de esta norma ha suscitado discusión en orden a que se estaría superponiendo a los

derechos y garantías fundamentales el pago de una deuda. En este ha resultado emblemático una sentencia del Tribunal Constitucional⁶⁹ que se pronunció rechazando un recurso de inaplicabilidad de un deudor apremiado en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 en relación con el artículo 15 de la ley 14.908 y que alegaba que las alegando que las normas referidas vulneran el artículo 19 N° 7 y el artículo 5 de la Constitución Política de la República, este último en relación con el artículo 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷⁰. Al rechazarse este requerimiento se consolida la jurisprudencia que interpreta de una manera restrictiva la prohibición de prisión por deudas contenida en los tratados internacionales, para permitir que el legislador utilice el arresto por vía de apremio o como medida disciplinaria, tratándose de obligaciones de origen legal como ocurre en el caso.

X. BREVE REFERENCIA A LOS DERECHOS SUCESORIOS

Hemos querido dejar para el final una materia de suma importancia; los derechos sucesorios del conviviente civil sobreviviente. Materia que por su relevancia será abarcada sólo desde una perspectiva general que permita delinear sus principales características en consideración a que su estudio pormenorizado merece ser objeto de un análisis en particular.

El acuerdo de unión civil equipara a los cónyuges con los convivientes civiles en lo que a materia sucesoria se refiere, lo que supone un avance importantísimo para las parejas unidas de hecho que hasta ese momento sólo tenían posibilidad de acceder a la cuarta de libre disposición. A través de los artículos 16, 17, 18 y 19 de la ley otorga a los convivientes civiles iguales derechos sucesorios que los existentes en sede matrimonial como lo son:

- Calidad de heredero intestado y legitimario
- Asignatario de cuarta de mejoras
- Derecho de adjudicación preferente conforme a la regla N°10 del artículo 1337 del código civil.

Sin embargo estas normas son el producto de muchas modificaciones experimentadas por la ley durante el curso de su tramitación. Si bien en los proyectos que antecedieron al Acuerdo de unión civil existía acuerdo en conferir derechos sucesorios a los convivientes civiles, en ellos no se lograba llegar a la igualdad entre convivientes y cónyuges que existe en la actualidad y que fue resultado de la discusión del proyecto en el primer trámite constitucional.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2102-2012, de 27 de septiembre de 2012.

⁷⁰ El Pacto de San José de Costa Rica, "Convención Americana de Derechos Humanos", consagra el Derecho a la libertad personal y dispone en su artículo N° 7 que nadie puede ser detenido por deudas, salvo por mandato de la autoridad judicial competente en cumplimiento de deberes alimentarios.

En el proyecto del senador Allamand se le otorgaba al conviviente civil la calidad de heredero intestado, pero no se le incluía dentro de los legitimarios. En este sentido entonces, era más beneficioso para el conviviente civil que no se hiciera testamento, ya que su posibilidad de concurrir en la sucesión de su conviviente se daba sólo respecto de la sucesión intestada. Se le incluía además como beneficiario de la cuarta de mejoras.

Por su parte el proyecto Presidencial, permitía concurrir al conviviente sobreviviente con los hijos en la sucesión del causante, correspondiéndole una suma igual a lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda al o los hijos. Es decir, se le reconocían menos derechos que al cónyuge supérstite. A falta de hijos, concurría con los ascendientes de grado más próximo al causante, dividiéndose la herencia en porciones iguales. Se agrega el hecho de que en este proyecto el reconocimiento de los derechos sucesorios estaba sujeta a la condición de que el Acuerdo de Vida en Pareja haya tenido una vigencia mínima de un año.

Finalmente se llega a la actual redacción del artículo 16 de la ley que permite al conviviente civil concurrir como heredero en la sucesión intestada y en calidad de legitimario en la sucesión testada, así como ser asignatario de la cuarta de mejora; dichos derechos se otorgarán en la medida que el conviviente civil sobreviviente tenga dicha calidad al momento de la delación de la herencia, lo que supone la existencia de un Acuerdo de unión civil vigente.

Artículo 16: “Cada conviviente civil será heredero intestado y legitimario del otro y concurrirá en su sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente”.

El conviviente civil podrá también ser asignatario de la cuarta de mejoras”

Artículo 18.- “Los derechos sucesorios y la condición de legitimario que esta ley otorga al conviviente civil sobreviviente sólo tendrán lugar si el acuerdo de unión civil celebrado con el difunto no ha expirado a la fecha de la delación de la herencia”

1. Consideraciones generales

La muerte ,da lugar a una serie de hechos relevantes para el ordenamiento jurídico, entre ellos la apertura de la sucesión, teniendo lugar conjuntamente, por regla general, la delación de la herencia, concebido como el llamamiento que la ley hace a los asignatarios a aceptar o repudiar una asignación. En este sentido es importante tener en cuenta que como heredero, el conviviente sobreviviente deberá reunir las exigencias de aptitud (capacidad) y mérito (ser digno) para suceder a su causante, lo que será determinado al momento de su muerte. Si el heredero acepta, implica asumir tal calidad con los derechos y obligaciones que de ello se derivan. En caso contrario, no adquiere derecho alguno ni asume responsabilidad ninguna.

La ley instituye al conviviente civil como heredero de su conviviente civil fallecido. Ello significa que lo sucede en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles (art.1097 C.C) siendo el continuador legal de su causante. En razón de lo anterior, adquieren responsabilidad por las deudas hereditarias y testamentarias, de las cuales responden en proporción a su cuota hereditaria. Dicha responsabilidad es en principio

ilimitada en cuanto a su extensión, siendo independiente de su patrimonio, pudiendo limitarla a través del beneficio de inventario /art. 1247 C.C)⁷¹

En su calidad de asignatario a título universal, el conviviente civil sobreviviente cuenta con una acción especial, que es la acción de petición de herencia, para poder dirigirse en contra de quien posea su herencia sin tener derecho a ella, a fin de que le sea restituida (art. 1264 C.C) o la acción reivindicatoria si así lo desea (art.1268 C.C).

2. Ámbito de la sucesión intestada

En su calidad de herederos concurren en la sucesión intestada de su conviviente civil, de igual forma que el cónyuge sobreviviente, esto es, en el primer orden sucesorio junto a los descendientes del conviviente fallecido, o en caso de no haberlos, en el segundo orden sucesorio junto a los ascendientes de grado más próximo del causante.

Consecuencia inmediata de lo anterior, es que resultan aplicables los artículos 988 a 992 del código civil, que contemplan las reglas de los denominados órdenes sucesorios, pudiendo presentarse las siguientes situaciones:

Primer orden sucesorio:

- De existir descendientes del conviviente civil difunto, el conviviente civil sobreviviente llevará una cuota equivalente al doble de la que le corresponda a cada hijo por concepto de legítima rigorosa o efectiva. (Art.988 i 2º C.C primera parte)
- De existir un solo hijo, la cuota del conviviente civil sobreviviente será equivalente a lo que corresponda a ese hijo por concepto de legítima rigorosa o efectiva. (Art.988 i.2º C.C)
- De haber siete o más hijos, la cuota del conviviente civil sobreviviente en ningún caso será menor a una cuarta parte de la herencia (si el causante hubiere fallecido sin disponer de sus bienes) o de la mitad legitimaria en su caso (si el causante, en su testamento, hubiere dispuesto de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición). (Art.988 i.2º C.C parte final)

Segundo orden sucesorio:

- Si no concurrieren a la sucesión descendientes, pero sí existieren ascendientes de grado más próximo del conviviente civil difunto, la herencia se dividirá en tres partes, correspondiendo dos para el conviviente civil sobreviviente y una para él o los ascendientes de grado más próximo. (Art.989 i 1 y 2º C.C)
- Si no existieren descendientes ni ascendientes a la muerte del conviviente civil de cuya sucesión se trata, y éste hubiere fallecido sin realizar testamento, toda la herencia será para el conviviente civil sobreviviente. Si fuere

⁷¹ Art.1247C.C. *El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado.*

testada, tres cuartas partes corresponderán al conviviente civil sobreviviente y una cuarta parte, eventualmente, para cualquier otra persona. (Art.989 i 2º C.C)

3. Ámbito de la sucesión testada

En el ámbito de la sucesión testada, y como consecuencia de su calidad de legitimarios gozan de preferencia para el pago de su legítima según se infiere del art.1189 C.C y además se encuentran revestidos de todos los mecanismos de protección que se le atribuyen a los asignatarios forzosos, como la acción de reforma de testamento para pedir al tribunal que se modifique el testamento en todo aquello que perjudique su asignación forzosa, ya se trate de la legítima rigorosa o efectiva (art. 1216 C.C) y la acción de inoficiosa donación, cuando el testador ha hecho donaciones irrevocables a terceros excesivas, en tanto perjudican las legítimas y/o mejoras (art. 1187 C.C.) ; ello sin perjuicio de contar con otras medidas con las cuales el legislador protege asegurar el respeto al derecho de los asignatarios.⁷²

El conviviente civil sobreviviente puede ser además asignatario de cuarta de mejora y de cuarta de libre disposición. En el primer caso y al igual que en las legítimas, gozan de preferencia para su pago y por tratarse de una asignación forzosa se encuentran protegidos por la acción de reforma de testamento.

Puede operar en su favor el acrecimiento de la legítima rigorosa, la que se transformará en legítima efectiva cuando el testador no dispuso de la cuarta de mejoras o de la porción de que puede disponer libremente o habiéndolo hecho, sus disposiciones no han producido efecto.

Por otra parte y al igual que en sede matrimonial, se permite al testador que mediante disposición testamentaria, se prive al conviviente civil de todo o parte de su legítima, haciendo excepción con ello al artículo 1167 del código civil sobre asignaciones forzosas⁷³.El artículo 17 de la ley hace aplicable a los convivientes civiles las causales de desheredación previstas para los cónyuges en el artículo 1208 del Código Civil. Sin embargo se restringe sólo a tres de ellas:

- a) Haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes de su conviviente, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes;
- b) Por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo;
- c) Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar

⁷² Son los denominados mecanismos indirectos de protección a las asignaciones forzosas entre las cuales se encuentra la prohibición de sujetar las legítimas a modalidades o gravámenes(art.1192 C.C) ; la formación de los acervos imaginarios (art.1185 y 1186 C.C); la declaración de demencia o disipación y el trámite de insinuación de las donaciones irrevocables (art. 1401 C.C)

⁷³ Art. 1167. CC: *Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; 2. Las legítimas; 3. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge.*

4. Derechos del conviviente civil sobreviviente en la partición: “el derecho de adjudicación preferente”.

Artículo 19.- *“El conviviente civil sobreviviente tendrá también el derecho de adjudicación preferente que la regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil otorga al cónyuge sobreviviente. Tendrá, asimismo, en iguales condiciones que las prescritas en esta regla, los derechos de habitación y de uso, que la misma concede al cónyuge sobreviviente para el caso en que el valor total del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, excedan su cuota hereditaria”.*

Este derecho fue incorporado respecto de los cónyuges por la Ley 19.585 (Ley de filiación) mejorando sustancialmente su posición en la sucesión de su causante. La 20.830 equipara la situación del cónyuge a la del conviviente sobreviviente y extiende la aplicación de este derecho en sede de unión civil.

Conforme a la regla décima del artículo 1337 del código civil, se le otorga al conviviente en la fase de liquidación de la comunidad hereditaria, un derecho para que su cuota en la herencia se entere por medio de la adjudicación del inmueble que sirva o haya servido de residencia principal de la familia y de los bienes muebles que lo guarnecen.

Para el evento que los derechos del conviviente civil sobreviviente no alcancen a cubrir dichos bienes, el legislador establece, que respecto de aquellos que no le sean adjudicados en propiedad, aquel puede solicitar que se constituya en su favor derechos de uso o habitación, que serán constituidos con carácter gratuito y vitalicio.

Con esta regla se garantiza al conviviente civil su permanencia en el inmueble que fue el hogar común de la familia evitando que sea privado del mismo mediante la acción de alguno de los herederos que concurran en la sucesión de su conviviente fallecido.

CONCLUSIÓN

Después de la exposición acerca de los efectos patrimoniales generados por esta nueva institución familiar que crea la ley 20.830, objeto de análisis en los cuatro capítulos de esta memoria se puede concluir que:

El AUC, constituye un contrato de acceso tanto a parejas homosexuales como heterosexuales. Esto implica que las parejas de distinto sexo tienen posibilidad de acudir tanto al Matrimonio como al Acuerdo de Unión civil para regular su vida en común y con ello sus relaciones patrimoniales; mientras que las parejas homosexuales sólo tienen posibilidad de acceder al AUC como mecanismo para regular las relaciones económicas derivadas de su convivencia. Esto haría suponer que esta figura, estaría creada para satisfacer las necesidades de protección jurídica principalmente del segundo grupo, no obstante la experiencia comparada ha arrojado resultados insospechados. En Francia el Pacto de solidaridad ha sido mayoritariamente preferido por parejas heterosexuales y no homosexuales, generándose un debilitamiento del estatuto matrimonial lo que presumiblemente se debe a las facilidades y simpleza que tienen este tipo de uniones en cuanto a su acceso y disolución.

De acuerdo al concepto legal, el AUC tiene por fin regular los efectos jurídicos derivados de la convivencia, sin embargo las herramientas de las que disponen los convivientes para tal objeto son limitadas. A diferencia del caso Matrimonial, los convivientes civiles no cuentan con un símil a las capitulaciones matrimoniales para regular sus relaciones patrimoniales, ni se les otorga mayor libertad para poder hacerlo, lo que resulta paradójico considerando que la tónica que ha primado en materia de acceso y término del Acuerdo, ha sido el de simpleza y libertad; lo razonable habría sido adoptar igual criterio en materia patrimonial.

El AUC como medio para regular las relaciones patrimoniales entre convivientes resulta insuficiente: las opciones entre regímenes económicos es reducida a un régimen de separación o comunidad de bienes, a diferencia del Matrimonio en que las posibilidades de opción son más amplias pudiendo optar entre un régimen de sociedad conyugal, de separación de bienes o de participación en los gananciales; ello ha llevado a algunos a catalogar al AUC como un “matrimonio de segunda categoría”.

El régimen de separación de bienes, como régimen legal supletorio carece de normas sustantivas que lo regulen. Omisión que debiera ser solucionada por una remisión expresa a las normas previstas para los cónyuges en el Código civil. Por su parte la comunidad de acceso convencional, viene a ser una opción poco conveniente, problemática y que además restringe la libertad de los convivientes a reglas legalmente predeterminadas. La vía por la que optó el legislador de remisión a las normas del cuasicontrato de comunidad, no dista de las soluciones que ofrecían la doctrina y jurisprudencia, preexistentes a esta ley, careciendo de novedad y acertividad.

La ley 20.830 carece de una serie de categorías jurídicas de las que gozan los cónyuges en el Matrimonio, no obstante presentarse iguales circunstancias en sede de

Acuerdo de unión civil. Ello obliga a tomar medidas en orden a solucionar tales vacíos, los que de momento deberán ser suplidos recurriendo a los medios de integración que el ordenamiento jurídico contempla, mediante la aplicación de los principios generales que informan las diversas instituciones de nuestro derecho, mientras no se lleven a cabo las modificaciones legales.

La irrupción de este nuevo contrato familiar hace extensible a los convivientes civiles la protección que otorga el estatuto de los bienes familiares a aquellos bienes indispensables para el desarrollo de la familia. Institución que hasta antes de la ley 20.830 estaba reservada de manera exclusiva a la familia fundada en el Matrimonio. Protección que en la práctica se vuelve compleja, dado los mecanismos de disolución del Acuerdo de unión civil, como lo es el término unilateral, que viene a poner en riesgo el fin de protección que justifica la extensión de aplicación de esta institución a la familia fundada en el vínculo de unión civil. De no corregirse este defecto en las formas de terminación del Acuerdo, muchos de los derechos y prerrogativas que se confieren a los convivientes civiles se harán ilusorios.

Se le otorgan derechos de distinta naturaleza al conviviente civil, que vienen a equiparar su calidad con la de los cónyuges:

- a) derecho de acción que posee el conviviente sobreviviente para proceder en contra del tercero que ha causado la muerte de su conviviente civil (derecho cuya inclusión expresa en la ley, según la opinión de algunos, es irrelevante e innecesaria, pudiéndose llegar a igual resultado conforme a las normas generales sobre responsabilidad civil);
- b) derecho a compensación económica derivada del término del Acuerdo causado por mutuo acuerdo, voluntad unilateral o por declaración judicial de nulidad. Institución cuyo fundamento parece ilusorio en consideración a la poca estabilidad y permanencia que ofrecen los mecanismos de término del acuerdo y que no se condicen con los parámetros que la convivencia duradera requieren. Su aplicabilidad será posible sólo en aquellos casos de parejas estables, que cumplan con los requisitos previstos por la norma.
- c) derechos sucesorios. El conviviente civil concurre en la sucesión testada como intestada de su conviviente fallecido, concurriendo en su sucesión de la misma forma y gozando de los mismos derechos que corresponden a un cónyuge sobreviviente; pudiendo además ser asignatario de la cuarta de mejoras.

Resulta innegable el avance que en términos socio-culturales e ideológicos significa la creación de esta figura, que viene a ser expresión de la inclusión de todo tipo de familias a un marco de protección jurídica, dejando atrás sesgos discriminatorios y conservadores. Tal premisa, parecía constituir todo un triunfo para quienes impulsaron la idea de legislar sobre este tema. Sin embargo, y sin desconocer la importancia de la aprobación del Acuerdo de unión civil, cabe tener presente que la ley adolece de importantes vacíos y deficiencias legislativas es menester corregir y que probablemente son producto de la presión social y la urgencia con que se despachó el trámite legislativo; tales revisiones se hacen del todo necesarias sobre todo considerando la importante cifra de parejas adeptas a esta institución, que en el mes de febrero de este año ha alcanzado a los 2.808, y que sigue sumando interesados.

BIBLIOGRAFÍA

1. Monografías:

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno: ley 19.947. 2ªed.* (Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2004)

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De las uniones de hecho: legislación, doctrina y jurisprudencia. 2ªed.* (Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2009.)

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Código de la familia. 4ta.ed.* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters, 2015)

CARBONIER , Jean. *Droit Civil, Les personnes, La famille, l'enfant, le coup.* (Paris, 2004, France, Dépot légal, 1ª édition).

CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Volumen III De los Bienes,* (Edición 1978, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CORRAL Talciani, Hernán. *Bienes familiares y participación en los gananciales. 2ª ed.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, 2004).

DEL PICÓ RUBIO, Jorge, *Derecho matrimonial chileno: antecedentes, principios informadores e instituciones fundamentales* (Santiago de Chile, LegalPublishing, 2010).

EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil Alemán comentado* (Marcial Pons, Madrid, 1998).

GAZMURI RIVEROS, Consuelo. *Uniones de hecho: algunos antecedentes, y problemáticas de la regulación jurídica de sus efectos; en Instituciones Modernas de Derecho Civil: homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1996).

QUINTANA VILLAR, María Soledad, *Derecho de Familia* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013).

RODRÍGUEZ Grez, Pablo, *Regímenes Patrimoniales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996).

ROSSO Elorriaga, Gian Franco, *Régimen jurídico de los bienes familiares* (Santiago, Metropolitana Ediciones, 1998).

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El nuevo derecho del matrimonio, ley N°19.947, 1ª ed* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, 2006).

2. Artículos de Revista:

BARCIA, Rrodrigo, "La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile", en *Temas de Contratos. Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho Privado III*, Ediciones Universidad Diego Portales (Santiago, Chile, 2006).

CORRAL, Hernán. "Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho" en *Revista Chilena de Derecho*, vol.17 (Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1990).

CORRAL, Hernán, "El debilitamiento del matrimonio y su función social en la legislación chilena de entre siglos (XX-XXI)" en *Revista Chilena de Derecho de Familia* 3 (Santiago, Chile, 2010).

CORRAL, Hernán, "Matrimonio, parejas del mismo sexo y Derecho de Familia" en *Matrimonio en conflicto. Visiones rivales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo*. (Basaure y Manfred Svensson editores, Editorial Cuarto Propio, Santiago, 2015)

GRIMALDI, Michel, "El pacto civil de solidaridad en el derecho francés" en *Revista de Derecho Privado*, UDP (Santiago, N°3, dic. 2004).

QUINTANA, María Soledad, "El acuerdo de unión civil. Su regulación. Semejanzas y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV* (Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2015).

VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La compensación por menoscabo económico en la Ley de Matrimonio Civil", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI* (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008).

Soporte electrónico:

VIDAL OLIVARES, Álvaro. La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2008, n.31 [citado 2016-01-26], pp. 289-321. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200007>.

3. Páginas web

www.bcn.cl

<https://corraltalciani.wordpress.com>

www.iguales.cl

<http://www.juanandresorrego.cl>

http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/civestxt.htm

www.movilh.cl

www.vlex.cl