

Concubinato y sociedad conyugal: conflictos jurídicos que derivan de una superposición¹



JORGE BARAONA GONZÁLEZ²

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes y P. Universidad Católica de Chile

RESUMEN EJECUTIVO

El fallo de la Corte Suprema es de vital importancia para ordenar una cuestión que en Chile no tiene fácil solución, como es conciliar los derechos patrimoniales del cónyuge casado en sociedad conyugal (marido), con la actual pareja de su consorte con quien convive. Esta cuestión es de crucial importancia, pues, si se estima que lo que debe privilegiarse es la sociedad conyugal, quiere decir que la comunera (conviviente) solo podrá participar, como tal, en los bienes del marido, una vez que se liquidara la sociedad conyugal habida con su mujer, es decir, una vez que se apartase de la masa partible lo que teóricamente pertenecía a la mujer, en su calidad de cónyuge, por concepto de mitad de gananciales. La solución que se adoptara tenía un innegable sentido práctico, aparte de la cuestión teórica, en cuanto esta incide en la relevancia de la familia matrimonial, como modelo de comportamiento social. La sentencia de la Corte Suprema claramente opta por privilegiar a la sociedad conyugal. Estimó la Corte que la existencia de la sociedad conyugal, significa que ella debe preferirse a otra eventual situación de comunidad en que se pudiera encontrar el cónyuge. El estudio insistirá en que si bien esta solución, en lo conceptual es razonable, para el caso en cuestión resulta del todo inadecuada, porque prescinde de un aspecto que parece esencial: la cuestión probatoria, es decir, si existía o no una comunidad entre el cónyuge fallido y un tercero, en este caso la conviviente. El trabajo apuntará a demostrar que la sentencia de segunda instancia hizo un cuidado y minucioso análisis de la prueba rendida. Por último, y de cara a una política pública, el trabajo concluye que este tipo de conflictos, en donde los aspectos patrimoniales son evidentes –se discute si en el patrimonio del causante tiene o no interés la concubina– no deben buscarse soluciones abstractas, sino encaminarse por la realidad de los hechos concretos; en este sentido la cuestión probatoria en el juicio parece trascendental.

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- Los Antecedentes del Fallo. 3.- Las normas de la sociedad conyugal tienen carácter de orden público. 4.- El concubinato no supone necesariamente comunidad de bienes entre los convivientes. 5. Criterios que permiten detectar una

¹ Comentario a la sentencia recaída en un recurso de casación, en los autos caratulados “Grez con Álvarez”, CORTE SUPREMA, sentencia de 12 de mayo de 2005, Rol n° 5414-03, pronunciada por los ministros señores Hernán Álvarez G., Eleodoro Ortiz., Enrique Tapia W., Jorge Rodríguez A., Enrique Cury U.

² El autor del trabajo agradece la colaboración del Licenciado en Derecho, PUC, don Jaime Alcalde S.

comunidad entre convivientes. 6.- El concurso de concubinato y la sociedad conyugal. 6.1. Aproximación. 6.2. Comunidad y sociedad conyugal. 7.- Protección de los terceros, apariencia y registros públicos. 8.- La prueba rendida en el proceso. 8.1. El análisis probatorio de la sentencia de reemplazo. 8.2. La interpretación del artículo 1739 del Código Civil. 8.3.- La prueba analizada. 8.3.1.- Las adquisiciones del señor Manuel Álvarez a título exclusivo y oneroso y sin participación de la actora, compareciendo como casado e implícitamente como administrador de la sociedad conyugal. 8.3.2.- El informe pericial que concluye en la separación de patrimonios, y el patrimonio de la actora. 8.3.3.- La falta de incorporación de la actora a la sociedad de inversiones del causante. 8.3.4.- La aceptación del usufructo vitalicio por parte de la actora, sobre un bien raíz perteneciente a la sociedad conyugal. 8.4.- La falta de prueba pormenorizada. La sentencia de reemplazo no analiza debidamente la prueba ofrecida. 9.- El rechazo de la pretensión subsidiaria. 10.- Conclusiones. 11.- Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 12 de marzo del año 2005, nuestra Corte Suprema de Justicia resolvió, por vía de una casación en la forma de oficio, una cuestión extraordinariamente importante referida al conflicto suscitado entre la concubina o conviviente de un difunto, y sus herederos y asignatarios por causa de muerte, entre los que se incluía a la mujer. Demandó la conviviente el reconocimiento de su condición de comunera en determinados bienes del causante, y supletoriamente que se le remunerara por los servicios prestados al causante, bajo los principios del enriquecimiento injusto.

El problema que se suscitó era importante, porque le permitió a nuestra Corte Suprema fijar criterios jurídicos que permitan resolver este tipo de conflictos —por desgracia bastante corrientes en nuestro país— y cuya oscuridad solo puede contribuir a hacer menos seguro el tráfico jurídico.

El fallo no ha encontrado unanimidad entre los autores, respecto del sentido jurisprudencial que pueda tener. Para algunos, la sentencia supone una cierta alteración de la doctrina que desde hacía muchos años venía sustentando nuestro más alto tribunal de justicia, en el sentido de dar protección jurídica a los convivientes, pese a la precariedad y falta de legitimación jurídica de su unión, para lo cual la Corte ha recurrido a diversas líneas de solución, que le ha permitido dar sustento a determinadas pretensiones patrimoniales entre los concubinos: comunidad de hecho, sociedad de hecho, enriquecimiento sin causa, etc.³ La protección o privilegio que del

³ Sobre el concubinato en general, vid.: ÁLVAREZ NÚÑEZ, Carlos, "Algunas consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 143 (1968), pp. 5-31; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*

fallo se desprende en favor de la sociedad conyugal, ha hecho pensar a algunos que existe a este respecto una cierta regresión, o involución jurisprudencial⁴. Otro sector doctrinal, por el contrario, ha entendido que de esta sentencia no pueden derivarse consecuencias definitivas, que supongan una desarmonía con lo anteriormente resuelto por nuestra Suprema Corte, toda vez que la cuestión parece haber sido resuelta atendiendo más a aspectos probatorios que a criterios dogmáticos que supongan un privilegio abstracto de la sociedad conyugal en contra de un relación de mera convivencia⁵.

Al Comité Editorial le ha parecido interesante comentar el fallo y recibí el encargo con entusiasmo, porque el asunto envuelve cuestiones patrimoniales importantes en el tráfico jurídico, y ayuda a echar luces sobre una materia, como es la sociedad conyugal, que lamentablemente en la mayoría de nuestros operadores del foro, no parecen exhibir un manejo excesivamente diestro⁶.

(Editorial Lexis Nexis, Santiago, segunda edición, 2004), pp. 44-111; DURÁN BACHLER, Samuel, "Situación jurídica de las parejas no casadas", en *Gaceta Jurídica* 77 (1986), pp. 8-14; MEZA BARROS, Ramón, *Derecho de familia* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición actualizada, 1989), I, n^{os} 720-735, pp. 423-435; PINTO ROGERS, Humberto, *El concubinato y sus efectos jurídicos* (memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Impresos Sección Materiales de la Caja Nacional de Ahorros, Valparaíso, 1942); QUINTANILLA PÉREZ, Antonio, *Algunas cuestiones en torno al concubinato*, en VV. AA., *Estudios de Derecho Civil en memoria del Profesor Victorio Pescio* (Editorial de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1976), pp. 211-248; RAMOS PAZOS, Ramón, *Derecho de familia* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición, 2000), II, Título final, pp. 594-615; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho de familia* (Editorial Nascimento, Santiago, 1963), capítulo VI, pp. 169-178; y el clásico libro de ZANNONI, Eduardo, *El concubinato (en el Derecho Civil argentino y comparado latinoamericano)* (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970).

Actualmente, existen en el Congreso Nacional dos proyectos de ley que buscan regular los efectos del concubinato. Mientras uno de ellos solo persigue definir el régimen de bienes que se forma entre los concubinos, asignándole el carácter de un cuasicontrato de comunidad (ingresado el 15 de octubre de 2003, Boletín n^o 3377-07), el otro busca dar un estatuto orgánico a las uniones de hecho heterosexuales estables y continuas, regulando tantos los aspectos patrimoniales como personales (ingresado el 7 de abril de 2004, Boletín n^o 3494-07).

⁴ Tempranamente fue el reclamo que por la prensa asentó el abogado de la parte perdedora, una vez que se conoció el fallo desfavorable a las pretensiones de su cliente.

⁵ Es la postura que ha tenido el profesor GONZÁLEZ HOCH, Francisco, "Concurso de sociedad conyugal y convivencia de hecho", en *La Semana Jurídica*, del 30 de mayo de 2005. El señor González fue el abogado que con éxito defendió los derechos de los demandados y, en consecuencia, obtuvo el reconocimiento del derecho de la mujer y sus hijos, de excluir de toda pretensión en la herencia del causante a la concubina demandante, fundado en que no se había acreditado la comunidad pretendida o alegada por la demandante, o los trabajos cuya remuneración pedida se le retribuyeran.

⁶ He oído al abogado integrante don René ABELIUK MANASEVICH quejarse de que los asuntos sobre sociedad conyugal que llegan a la Corte Suprema, no siempre están apoyados con el respaldo dogmático suficiente (exposición oral sobre *Alessandri y Somarriva*, en *El Código Civil y la Doctrina*, homenaje a los 150 años del Código

Las cuestiones que parecen importantes del fallo, y a las cuales se referirá este comentario, son las siguientes: criterios para resolver los problemas de concurrencia de una concubina y una sociedad conyugal; aspectos probatorios relevantes a la hora de probar una comunidad o sociedad de hecho; la cuestión de la apariencia y la necesidad de proteger el tráfico jurídico.

2. LOS ANTECEDENTES DEL FALLO

La sentencia de la Corte Suprema que comentamos recayó en un recurso de casación en la forma y en el fondo, que había sido interpuesto por la parte demandada, en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 25 de septiembre de 2003⁷. Este fallo había confirmado la sentencia de primera instancia⁸ por el que se acogía la demanda interpuesta por doña Gladis Grez Jahnsen en contra de los integrantes de la sucesión de don Manuel Álvarez Jiménez, en la parte que pedía se declarara la existencia de una comunidad entre la demandante y la sucesión del señor Manuel Álvarez, equivalente a un 50% de los “derechos adquiridos durante la vigencia de dicha comunidad”. La Corte Suprema, junto con rechazar los recursos, decidió casar de oficio el fallo y procedió a dictar una sentencia de reemplazo, en la cual decidió, por la unanimidad de la sala, desechar la demanda en todas sus partes, sin costas. El fallo fue redactado por el ministro señor Jorge Rodríguez A.

El juicio se inició por demanda civil en juicio ordinario, en la cual la demandante, que había convivido por más de 36 años con el causante, a la muerte de su conviviente, demanda a la sucesión de este, compuesta por sus dos hijos y su mujer, con la cual el causante, pese a haberse separado de hecho, se mantuvo casado hasta su muerte y no había puesto término ni liquidado la sociedad conyugal que los vinculaba. La demandante pedía que se le reconociera el carácter de comunera en ciertos y determinados bienes quedados al

Civil, *VI Encuentro de Profesores y Ayudantes de Derecho Civil*, Universidad de los Andes, 14 de diciembre de 2005). Hoy, a diferencia de ayer, parece que los abogados sabemos menos de sociedad conyugal, y en todo caso menos de lo que esta delicada materia demanda.

⁷ Octava Sala, ministros señores Mauricio Silva Cancino, Carlos Cerda F., redactor del fallo, y el abogado integrante don Óscar Herrera V.

⁸ 13^{er} Juzgado Civil de Santiago, de 18 de abril de dos mil uno, dictada por doña Clara Carrasco Andoníe, Rol 5508-1998.

fallecimiento de su conviviente y comunero, adquiridos como consecuencia de esfuerzos personales de los convivientes en la producción de los mismos. Como petición subsidiaria, la demandante pretendía que se condenase a la comunidad a remunerar o compensar sus servicios personales prestados abnegadamente durante 36 años al causante, fundados en el principio del enriquecimiento sin causa, servicios que la demandante valoraba en \$ 660.000.000.

La sentencia de primera instancia decide acoger la demanda principal, reconoce la existencia de la comunidad entre demandante y causante, precisa que los derechos que le corresponden en ella ascienden a un 50%, y ordena que se proceda a la liquidación de la misma, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 277 n° 1 del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, no precisó de primer grado cuáles eran los bienes sobre los que recaía la comunidad, no obstante que en el libelo de demanda se habían singularizado.

La cuestión de fondo que se resuelve a favor de la demandante es que, pese a que la convivencia fue solo de hecho, debía entenderse que los bienes que había dejado el causante, encontraban parte importante su causa en el esfuerzo común de los convivientes. En una análisis extenso de la prueba, la sentencia concluye que, en el considerando 23°, 1 “[q]ue, en esas condiciones, no puede sino presumirse fundadamente que la participación de doña Gladis Grez en la vida de don Manuel Álvarez tuvo una importancia que escapa a lo meramente afectivo, ya que ella traspasó con creces los límites de socorro y ayuda mutua que se deben las personas cuando deciden unir sus vidas y compartir todas las vicisitudes que ello conlleva, quedando esto plenamente demostrado con la absoluta entrega y abnegación empleada en el cuidado personal de su compañero de casi toda una vida cuando este enfermó gravemente y estuvo allí para presente para auxiliarlo y consolarlo en tal difícil momento”.

La demandante alegó, y el tribunal tuvo por probado el hecho, de que el causante si bien se había casado muy joven con la madre de sus dos hijos, se había separado de hecho muy prontamente, y desde 1962 había iniciado una convivencia con la demandante, hasta el día en que falleció en 1998. El causante al momento en que inició la convivencia, no tenía una situación económica holgada, muy por el contrario, su origen modesto le había impedido hasta ese momento tener un patrimonio importante. De hecho, al iniciar la convivencia el causante, se traslada a vivir al departamento de la demandante. Una primera etapa la sentencia la sitúa desde 1962 hasta el año

1980, momento en que la situación patrimonial del señor Manuel Álvarez cambia, porque se incorpora como socio en una sociedad de importaciones en la que trabajaba y comienza a hacer una serie de inversiones en la Bolsa de Comercio, con singular éxito, transformándose al cabo de unos años en un acaudalado hombre de negocios. Al momento de fallecer tenía un patrimonio importante, sostenido en una sociedad de inversiones que había creado con su único hijo hombre. Para el fallo de primera instancia, el esfuerzo de la demandante en el origen de esta fortuna estaba en que ella pudo no solo ayudar a sostener económicamente a la pareja durante largos años, aportando el hogar común, sino que se involucró muy directamente en el trabajo de su pareja apoyando sus negocios, gracias a sus habilidades como secretaria, su manejo del idioma inglés y su mejor roce social. Tomando en consideración lo anterior y el hecho de que la fortuna del causante no aparece sino muchos años después de iniciada la convivencia, la sentencia de primer grado concluye en que entre la actora y el causante existía una comunidad de bienes, lo que lleva al sentenciador a hacer lugar a la demanda.

En el fallo de segunda instancia, luego de desechar el recurso de casación en la forma que había interpuesto la demandada, se aboca a resolver la apelación deducida como subsidiaria, confirmando el fallo de primera instancia haciéndole algunas modificaciones y agregándole nuevas consideraciones, básicamente destinadas a analizar minuciosamente la prueba rendida. Afirma el fallo que “la sentencia ha recogido acertadamente los fundamentos de la acción, que no se confirma en el mero hecho de la convivencia entre doña Gladys Grez y don Manuel Álvarez, sino en un *adendum* al que la actora ha asignado trascendencia para el éxito de su pretensión, a saber, que los bienes sobre los cuales se pide se declare existe comunidad, fueron adquiridos mediante el esfuerzo común entre ambos”. A continuación y de una manera prolija y con una escritura elegante, el fallo analiza cada uno de los elementos o requisitos necesarios para que exista una comunidad, a saber: 1) patrimonio conjunto; 2) administración conjunta; 3) aportes en bienes o en dinero efectuado por doña Gladys a los negocios de don Manuel; y 4) trabajo conjunto y personal de los dos. Haciéndose cargo de la prueba rendida, los magistrados de la Corte de Apelaciones de Santiago concluyen que se dan todas y cada una de estas exigencias, por lo que resuelven confirmar la sentencia apelada.

La Corte Suprema entra a conocer del caso, por la vía de sendos recursos de casación en la forma y en el fondo que presentan los

demandados. Probablemente con el propósito de entrar al conocimiento general del asunto, y así no quedar constreñida por los hechos tenidos como firme por los jueces del fondo, decide casar de oficio en la forma el fallo de segunda instancia, bajo el argumento de que la sentencia recurrida no contenía todas las consideraciones de derecho, pues el fallo de segunda instancia no se había hecho cargo de analizar las reglas que ofrece el Código Civil sobre sociedad conyugal, y que eran pertinentes para resolver el asunto. El considerando pertinente de la sentencia de casación dice textualmente: "Que, sin embargo, en el fallo confirmatorio recién mencionado no se advierte análisis ni consideración alguna de las normas legales que rigen la sociedad conyugal habida entre don Manuel Álvarez Jiménez y doña Eliana Pérez Carreño y sus efectos, institución que hace variar la situación jurídica de los bienes adquiridos por don Manuel Álvarez Jiménez, con influencia determinante en la decisión de la controversia, de lo cual se desprende que la sentencia impugnada ha incurrido en la causal de casación formal a que se refiere en el artículo 768 n° 5 en relación con lo dispuesto en el artículo 170 N° 4, ambos del Código del Procedimiento Civil" (cfr. considerando séptimo).

La sentencia de reemplazo que se dicta a continuación, cambia el enfoque en la solución del caso y descansa en cuatro elementos básicos. Por un lado, afirma la supremacía de las normas sobre sociedad conyugal respecto de las relaciones que pudieran surgir de una convivencia de hecho, reconociéndoles el carácter de orden público, y por lo mismo indisponibles para los particulares (considerandos sexto y undécimo). De otro lado, se considera que el solo hecho de que dos personas mantengan un concubinato, no se deriva necesariamente una comunidad de bienes entre los convivientes. En tercer lugar, se interpreta que la presunción del inciso primero del artículo 1739 del Código Civil, está básicamente pensada para que la mujer pueda rendir una prueba necesaria para sustraer los bienes de la masa que comprometen la responsabilidad patrimonial del marido, o para resolver conflictos entre los cónyuges, pero no para acreditar que un determinado bien pertenece a un tercero. Por último, la Corte estimó que pese a que la prueba rendida en los autos llevaba a concluir la existencia de la convivencia prolongada entre la actora y el señor Manuel Álvarez, sin embargo, había evidencia de la separación de los patrimonios entre los convivientes los que administraban independientemente. La Corte estimó que no hubo prueba pormenorizada de la existen-

cia “de la comunidad y participación porcentual en ella que sobre bienes precisos y determinados la actora persigue en su demanda de fojas 1, no ha sido probada pormenorizadamente en autos, como debió serlo por exigirlo el régimen de titularidad y modos de adquirir el dominio prescrito en la ley y toda la normativa de derecho público más arriba analizada, garantizadora de la universalidad del régimen de sociedad conyugal, que impide que una pretendida comunidad de bienes fundada en una convivencia concubinaria atente o prevalezca sobre la institucionalidad de la sociedad conyugal” (cfr. considerando undécimo).

3. LAS NORMAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL TIENEN CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO

La cuestión central que se dirimió en este asunto era el criterio que debía tenerse a la hora de resolver un concurso entre una convivencia de hecho de un marido que mantiene vigente con su mujer el régimen de sociedad conyugal.

La Corte Suprema en considerandos precisos, y tal vez parcos, se inclina claramente a favor de las reglas de la sociedad conyugal. Estima que no puede una conviviente pretender preeminencia a la hora de determinar el régimen jurídico de la adquisición de un bien que haga el marido. Para la Corte, y con razón en mi criterio, la sociedad conyugal es un régimen matrimonial que al adoptarse –tiene el carácter supletorio legal (artículo 135 inciso primero del Código Civil)– se impone a las partes, sin más, es decir no están en los cónyuges decidir el tratamiento de un determinado bien, es decir, a qué masa o haber (patrimonio) debe ingresar. Es la ley la que resuelve estas cuestiones con sentido imperativo⁹. Es importante este punto, porque efectivamente pudiera existir la tentación de pensar que el régimen adoptado, como es la sociedad conyugal, puede ser de alguna manera atenuado por voluntad unilateral, o incluso bilateral, de los cónyuges, con clara trasgresión de la ley. La doctrina que sienta la Corte Suprema en este fallo, permite confir-

⁹ Como recuerda LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición, 2001), II, n° 72, p. 439, para la doctrina clásica (que atribuye a la voluntad la virtud de ser la principal fuente de efectos jurídicos), el régimen matrimonial supletorio, que en nuestro país es la sociedad conyugal, constituye un caso de interpretación legal, en el que el silencio absoluto de las partes debe entenderse como aceptación de tal régimen de bienes.

mar que la sociedad conyugal opera en abstracto, por sobre la voluntad de los cónyuges. Y es razonable que sea así, pues, por su propia naturaleza, se trata de una modalidad patrimonial cuya función básica es dar protección a la mujer, en cuanto se entiende que esta destina mayor tiempo de su vida útil, especialmente en los primeros años, a la atención de la familia, lo que le impide acceder a un trabajo remunerado¹⁰. Cualquier atenuación de estas normas, por la vía de darle al marido la posibilidad de corregir o alterar las reglas de adquisición de bienes (verbigracia, artículo 1754 del Código Civil), puede hacer que el régimen pierda el sentido protector que la misma le confiere. El mismo criterio subyace en las normas que regulan las capitulaciones patrimoniales, que si bien privilegian la libertad de los cónyuges para estipular aquellos pactos que crean necesarios a fin de regir la situación patrimonial existente entre ellos (como optar por el régimen de separación de bienes o el de participación en los gananciales), siguen conservando un núcleo de indisponibilidad en razón del orden público familiar que inspira la institución del matrimonio en la cual se insertan y que limitan este fenómeno que se ha denominado “contractualización del derecho privado extrapatrimonial”¹¹⁻¹².

Y una protección del régimen de la sociedad conyugal es importante, no solo por esa funcionalidad intrínseca que se detecta, sino,

¹⁰ Señala ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada (artículo 150 y Título 22 del Libro IV del Código Civil)* (Editorial Universitaria, Santiago, 1935), n° 18, pp. 34-35, que “el régimen de comunidad es el que se armoniza mejor con la naturaleza y fines del matrimonio. Por eso, es el que cuenta con más aceptación de en las legislaciones y en los autores. Si el matrimonio crea una unión estrecha e íntima entre las personas, igual unión debe producirse en los bienes; la comunidad de vida acarrea necesariamente la de intereses”. Continúa el decano diciendo que: “Este régimen es, además, justo y equitativo, puesto que hace comunes los bienes adquiridos durante el matrimonio y a cuya adquisición han cooperado los cónyuges, cada uno en la esfera de sus actividades”. Y concluye expresando: “Este régimen tiene también la ventaja de interesar a la mujer en la conservación de los bienes sociales, ya que la hace copartícipe en ellos, lo cual su espíritu de ahorro y economía y la induce a evitar los gastos inútiles y exagerados”. En sentido similar, RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Regímenes patrimoniales* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997), p. 47.

¹¹ Sobre este la contractualización del derecho privado extramatrimonial, vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, “Nuevas formas de contratación y sistema de Derecho privado”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 201 (1997), pp. 64-65.

¹² Cfr. RODRÍGUEZ GREZ: (n. 9), p. 46: “Por consiguiente, la extensión de las normas que regulan la sociedad conyugal puede estar limitada por el convenio de los esposos en las capitulaciones matrimoniales o en la ley. En este último caso estamos, indudablemente, frente a normas de ‘orden público’ que impiden la disposición de los interesados”.

además, porque aparece como congruente con la necesidad de proteger la familia, ordenada por la Constitución. Es obvio que entre dos modelos de familia, la constituida en torno al matrimonio o la basada únicamente en la mera convivencia, debe privilegiarse la primera, por mandato de la propia Constitución¹³. El inciso primero de la Ley n° 19.947 (Nueva Ley de Matrimonio Civil), no obstante reconocer implícitamente otros modelos de familia, asigna al matrimonio el carácter de “base principal de la familia”, reafirmando la expresión constitucional que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad” (artículo 1° inciso segundo).

4. EL CONCUBINATO NO SUPONE NECESARIAMENTE COMUNIDAD DE BIENES ENTRE LOS CONVIVIENTES

En el caso que se analiza, el hecho básico que los jueces del fondo, y también la Corte Suprema, tuvieron como probado, fue el que existió un largo concubinato entre el causante y la demandante: más de 36 años. Es más, este tiempo de convivencia superó con mucho el corto lapso en que marido y mujer, vivieron juntos, solo unos 5 a 6 años. Sin embargo, de todos los fallos es posible derivar una segunda conclusión, que también nos parece importante. Del solo hecho que un hombre y una mujer vivan juntos, aunque lo hagan por mucho tiempo, no se deriva necesariamente que exista entre ellos una comunidad de bienes¹⁴. En efecto, pese a que una convivencia *more uxorio* entraña una solidaridad intensa, no puede deducirse ni proyectarse una vinculación patrimonial entre ellos¹⁵. Ni siquiera en una pareja unida en matrimonio la cosa es diferente, toda vez que los cónyuges bien pueden convenir en la separación total de bienes, lo que hace supone que no hay comunidad ni unión

¹³ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia* (Colección Jurídica, Universidad de los Andes, 1994), pp. 23-30.

¹⁴ La sentencia de segunda instancia lo afirma de manera clara, en el considerando 9 del fallo: que la sentencia ha recogido acertadamente los fundamentos de la acción, que no se confina con el mero hecho de la convivencia entre doña Gladys Grez y don Manuel Álvarez, sino de un *adendum* al que la actora ha asignado trascendencia para el éxito de su pretensión, a saber, que los bienes sobre los cuales se pide se declare existe comunidad, fueron adquiridos mediante el esfuerzo común.

¹⁵ La doctrina y la jurisprudencia están contestes en que el concubinato o unión de hecho no matrimonial no genera, por sí mismo, efectos jurídicos de carácter patrimonial entre las personas que lo forman. Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN y NOVALES ALQUÉZAR: (n. 2), pp. 81 ss. y ZANNONI: (n. 2), p. 40 s.

de patrimonios entre ellos¹⁶. Este principio que queda firmemente asentado, no significa que el concubinato no pueda generar efectos patrimoniales.

Es cierto que nuestra jurisprudencia con el tiempo ha ido inclinándose a proteger a la pareja de hecho, en lo que se refiere a ciertas cuestiones patrimoniales, especialmente de cara a la sucesión del conviviente, recurriendo a diversas soluciones, lo que podría llevar a pensar que la sentencia que comentamos supondría una cierta involución. Pero no debe perderse de vista que el asunto que sirve de base al fallo tenía una mayor complejidad, porque se trataba de una convivencia superpuesta a un matrimonio vigente, y que vinculaba a los cónyuges bajo las reglas de la sociedad conyugal. La cuestión patrimonial entre los convivientes no podía analizarse prescindiendo de la realidad anterior que afectada a uno de los convivientes, el marido en nuestro caso. La falta de esta consideración fue el principal defecto de las sentencias de primer y segundo grado, que fue advertido por la sentencia de casación. Se habían resuelto las cuestiones patrimoniales de la convivencia sin atender a esta realidad, que, por ser previa y provenir de la misma ley, debía ser respetada.

5. CRITERIOS QUE PERMITEN DETECTAR UNA COMUNIDAD ENTRE CONVIVIENTES

De que de una convivencia no se siga necesariamente una comunidad de bienes, no significa que entre los convivientes no pueda existir alguna integración patrimonial, ya se ha dicho. Pues una larga convivencia entre dos personas, como es el caso que estudiamos, puede llevar a concluir que en la pareja hay una solidaridad que sobrepasa el mero afecto, y por lo mismo, un juez debe estar abierto a analizar las posibles confluencias patrimoniales de la pareja. El concubinato sin ser un hecho jurídico que suponga la comunidad, es una realidad fáctica que puede dar lugar a ella, por lo que el juez debe estar disponible para recibir prueba en este sentido¹⁷.

¹⁶ Distinto es con respecto de terceros, porque el hecho de que exista familia común permite a los acreedores del marido, o de la mujer, ejercer el derecho de prenda general, incluso en bienes del otro cónyuge, cuando el acto vaya en beneficio de este cónyuge o de la familia común (cfr. artículo 161 del Código Civil).

¹⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Indivisión y partición* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, quinta edición, 2002), pp. 73-75, explica que uno de los orígenes de la comunidad o indivisión es el concubinato, conforme con nuestra jurisprudencia. Sin

Tanto es así, que la misma Corte Suprema en su sentencia no rechaza de plano este aspecto, sino que advierte que no ha habido prueba pormenorizada de la comunidad (Cfr. considerando undécimo).

¿Y cómo saber cuándo hay comunidad entre dos convivientes?

En cuanto al origen de la comunidad, ya se ha dicho que puede ser diverso. En el caso que comentamos, la pretensión de la actora la funda en la convivencia que se prolonga por más de 36 años, que ha derivado en un esfuerzo común para la adquisición de bienes que indican¹⁸. Esta sería la causa básica de la cual se derivaría el derecho de la demandante a que se le reconociera su participación como comunera en los bienes que precisa y que compartía con el causante.

En nuestra doctrina y jurisprudencia es admisible que efectivamente el esfuerzo común pueda llevar aun comunidad de bienes, la dificultad está más bien en establecer la conexión causal entre el esfuerzo desplegado y la adquisición misma (modo de adquirir), particularmente cuando se trata de bienes registrables, porque, como se sabe, el hecho inmediato que origina la comunidad es la titularidad compartida sobre un bien determinado (artículo 204 del Código Civil).

embargo, si bien en la nota 13 se señaló que la doctrina y jurisprudencia son de la opinión que el concubinato no es fuente *per se* de efectos patrimoniales entre los concubinos, nada impide que estos efectivamente se produzcan. En esos casos, la forma de proteger los bienes en común ha sido diversa, distinguiéndose dos modelos: la comunidad de bienes y la sociedad de hecho, aunque para efectos prácticos la distinción no tiene mayor relevancia. Incluso, en una oportunidad, la Corte Suprema resolvió la demanda de una mujer que solo había contraído matrimonio religioso con el demandado, sin haber formalizado su unión ante la ley civil, estableciendo que entre ambos había existido un cuasicontrato innominado que autorizaba a la mujer a ser reembolsada de los servicios prestados durante la vida en común, consistentes en la atención personal de la familia, la administración de la casa, la crianza de los seis hijos en común, el cuidado de la ropa de vestir y alimentación del demandado, a quien también ayudaba en faenas agrícolas. La diferencia de este caso radicaba en que la mujer reclamaba el pago de los servicios y no el destino de los bienes adquiridos durante la unión, nuestro más alto tribunal accedió a lo pedido diciendo que entre los concubinos había existido un cuasicontrato innominado surgido de la colaboración prestada por la mujer en el negocio explotado en común (CORTE SUPREMA, sentencia de 18 de agosto de 1920, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XIX (1922), sección primera, p. 256). Sobre la distinción entre el régimen de bienes adquiridos durante el concubinato y el régimen de los servicios prestados durante el mismo, vid. BARRIENTOS GRANDÓN y NOVALES ALQUÉZAR: (n. 2), pp. 86 ss.

¹⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA: *Indivisión* (n. 16), p. 74, expresa que entre los concubinos “puede existir una comunidad por el hecho simple de haber adquirido bienes durante el concubinato con el esfuerzo común y la cooperación mutua”.

La demandada alegó que, conforme con nuestra jurisprudencia, eran cuatro los elementos que debían darse para hablar de una verdadera comunidad, y que en la especie no se daban, a saber: 1) patrimonio conjunto; 2) administración conjunta; 3) aportes en bienes o en dinero efectuados por la demandante a los negocios y actividades del causante; y 4) trabajo conjunto o personal de la pareja. Esta exigencia dogmática hizo tal fuerza en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que dedicó prácticamente la totalidad de los nuevos considerandos que agregó al fallo de alzada, a desentrañar si probatoriamente estaban dados todos estos elementos, para concluir en la afirmativa.

Creo que lo central en este caso era acreditar que efectivamente había una comunidad, la que en mi criterio deriva fundamentalmente del esfuerzo de trabajo o aporte común en dinero u otras especies, que dé lugar a la adquisición de un conjunto de bienes comunes. No me parecen esenciales para constituir la comunidad los otros elementos. La administración conjunta, porque bien puede entregarse la administración a uno de los copartícipes, sin que por ello deje de existir comunidad, aunque es evidente que el hecho de que ambos comuneros administren conjuntamente es un buen indicio de la existencia del haber común. Ni tampoco me parece esencial el trabajo compartido, porque ello supone reiterar una exigencia, que ya está dada por la exigencia del aporte de ambos. En lo que se refiere al patrimonio común, definitivamente no puede ser una exigencia en sí, porque no necesariamente una comunidad supone que entre ambos copartícipes exista un activo o pasivo compartido. Es obvio que una comunidad derivada de un concubinato debería tender a una solidaridad tanto en el activo como en el pasivo, por lo que la existencia de un haber común debiera conllevar un pasivo igualmente compartido, pero no me parece esencial. Con todo, la existencia de ese pasivo, naturalmente, es una buena prueba de la comunidad alegada.

Por ello, dos son los aspectos que, creo, deben concurrir y distinguirse con claridad, para poder llegar a establecer la existencia de la comunidad. De un lado el aporte de ambos, en trabajo, dinero u otros bienes, y del otro, la adquisición en común.

Un puro aporte compartido que no se traduzca en adquisición común, puede generar un crédito a favor del aportante o un derecho a exigir una retribución económica derivada de un acción enriquecimiento sin causa, sin que necesariamente quien hizo el aporte de

bienes o trabajo se haga dueño en común de los bienes adquiridos. El inciso final del artículo 1739 del Código Civil, ilumina bien este aspecto, cuando afirma: *“Se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación, se ha adquirido con bienes sociales. El cónyuge deberá por consiguiente, recompensar a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal”*.

Por ello, es imprescindible que concorra también la adquisición común, lo que dependerá del título y modo de adquirir y de los bienes que se adquieran. Es natural que esta adquisición común tenga mayor importancia al inicio de la comunidad, en donde efectivamente esta debe formarse y acreditarse. Luego de este hecho, la administración del conjunto común de bienes ya formado, tiene su propia dinámica, de la que pueden generarse nuevas adquisiciones que incrementarán el haber común sin que en este caso el elemento de adquisición conjunta se haga imprescindible. Pero, una vez más, la cuestión causal será elemental, porque debe haber una congruencia causal entre lo que ambas partes aparecen teniendo y el aporte que han hecho, con respecto al incremento patrimonial que se ha producido. Si no existe esta consistencia, quiere decir que uno de los miembros de la pareja aparece con bienes que no tienen causa onerosa, lo que parece esencial, particularmente cuando el concubinato concursa con una sociedad conyugal, en donde la ley ofrece reglas de orden público para ordenar la adquisición de bienes entre los cónyuges.

6. EL CONCURSO DE CONCUBINATO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL

6.1. Aproximación

Corresponde ahora hacerse cargo del punto esencial que se deriva del fallo que venimos estudiando, como es resolver los problemas que presenta el concurso entre un concubinato, en este caso del marido, con la sociedad conyugal que este mantenía con su mujer, con quien había dejado de vivir hacía más de 40 años.

Las sentencias de primer y segundo grado, atendieron al problema del concubinato prescindiendo del hecho de que existía una superposición con la sociedad conyugal de que formaba parte el causan-

te. Este aspecto, ya se ha dicho, fue determinante para que la Corte casara la sentencia en la forma, al prescindirse en las consideraciones del fallo de segunda instancia de toda la normativa referente a sociedad conyugal.

En lo formal puede considerarse razonable lo resuelto por la Corte Suprema, por cuanto es importante que en un caso así se razone con claridad el porqué se prefiere uno u otro criterio; la sociedad conyugal es una institución demasiado importante en el matrimonio, como para prescindir de ella, sin más. De hecho, la sociedad conyugal fue el único régimen patrimonial establecido por el sistema original del Código Civil, con la salvedad de la facultad que confería el artículo 1720 y que permitía acordar, en las capitulaciones matrimoniales, que la mujer administrara separadamente una parte de sus bienes.

Una vez que la Corte Suprema tuvo la plenitud de la competencia, al anular el fallo de segunda instancia, podía analizar el fondo del asunto, sin quedar compelida a respetar los hechos tenidos como firmes por los jueces del fondo.

6.2. Comunidad y sociedad conyugal

Digamos como primera afirmación, que la existencia de la sociedad conyugal no impide que los cónyuges puedan adquirir durante la vigencia de esta, algún bien en comunidad con un tercero, e incluso con uno de los cónyuges.

El Código Civil tiene un par de disposiciones que ayudan a explicar una y otra situación.

Por una lado, el artículo 1729 dispone: “[l]a propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras personas pro indiviso, y de que durante el matrimonio se hiciera dueño por cualquier título oneroso, pertenecerá pro indiviso a dicho cónyuge y a la sociedad, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero, y de lo que haya costado la adquisición del resto”. Es claro aquí que se ha producido una comunidad entre un tercero y la sociedad conyugal, y esta regla puede extenderse a otros casos, siempre que se den los presupuestos legales para una adquisición en común.

Incluso el Código entiende que la comunidad se puede dar entre uno de los cónyuges y la sociedad conyugal misma. Es el caso del

artículo 1728, cuando dispone que “[e]l terreno contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges, y adquirido por él durante el matrimonio a cualquier título que lo haga comunicable según el artículo 1725, se entenderá pertenecer a la sociedad; a menos que con él y la antigua finca se haya formado una heredad o edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño; pues entonces la sociedad y el dicho cónyuge serán condueños del todo, a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación”.

No hay problema dogmático, en consecuencia, en admitir una adquisición en común entre sociedad conyugal (marido) y terceros, o entre sociedad conyugal (marido) y cónyuges; la única exigencia es que se respeten las reglas generales.

No puede afirmarse que la existencia de una sociedad conyugal pueda ser un obstáculo en sí mismo para que el marido que ha iniciado una nueva convivencia, pueda formar una comunidad de bienes con la concubina, siempre que esa comunidad se origine respetando las reglas de adquisición de la sociedad conyugal. En este sentido la regla básica es que la concubina efectivamente haya aportado trabajo, dinero o bienes que justifiquen económicamente la titularidad compartida, y que pretenda derechos en la comunidad en la proporción que corresponda. Claro, porque el concubinato no puede ser causa para que el marido intente traspasar bienes a su pareja, gratuitamente, eludiendo así el derecho de su cónyuge a recibirlos en su momento como parte de la mitad de gananciales. En este sentido, la prueba debe ser clara y precisa, apuntando a los dos aspectos que hemos señalado: el aporte económico y la adquisición efectiva.

De hecho, la sentencia de nuestra Corte Suprema admite este extremo. El considerando undécimo del fallo señala textualmente: “[...] la existencia de la comunidad y participación porcentual en ella que sobre bienes precisos y determinados la actora persigue en su demanda de fojas 1, no ha sido probada pormenorizadamente en autos, como debió serlo por exigirlo el régimen de titularidad y modos de adquirir el dominio prescrito en la ley y toda la normativa de derecho público más arriba analizada, garantizadora de la universalidad del régimen de sociedad conyugal, que impide que una pretendida comunidad de bienes fundada en una convivencia concubinaria atente o prevalezca sobre la institucionalidad de la sociedad conyugal”.

Conforme con la doctrina que de este fallo se desprende, el privilegio que la ley otorga a la sociedad conyugal –al otro cónyuge– frente al concubinato de su consorte, no impide la posibilidad de que efectivamente pueda haberse formado una comunidad concubiniaria, pero ella debe acreditarse “pormenorizadamente”, es decir, de una manera minuciosa. En consecuencia, este planteamiento de la preeminencia de la sociedad conyugal, se traduce básicamente en una mayor rigurosidad de prueba que debe darse respecto de quien pretenda probar contra el consorte legal.

De cualquier manera, extraña el término *pormenorizadamente*, porque no encuentro base legal para distinguir entre una prueba más o menos minuciosa. Por ello me inclino por darle al fallo este sentido, de imponer una interpretación extensiva en favor del cónyuge, contra la pareja concubina, que incluso llega hasta una valoración más estricta de los medios de prueba¹⁹; valoración que redundaría en la concreción del deber de proteger y fortalecer la familia que el inciso final del artículo 1º de la Constitución pone de cargo del Estado, siendo los tribunales ordinarios de justicia una parte fundamental dentro de la estructura de este, por su labor de velar por las relaciones de justicia entre los habitantes.

7. PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS, APARIENCIA Y REGISTROS PÚBLICOS

Hasta aquí he señalado que, como regla, un concubino que convive con una persona casada en sociedad conyugal, puede aspirar a formar una comunidad de bienes con su pareja, en la medida y solo en la medida de que efectivamente acredite que ha aportado económicamente a esa acervo común, y en la proporción que lo haya hecho. Pero no siempre la comunidad podrá ser reconocida, porque pueden producirse problemas con la adquisición de los bienes, con la concurrencia del cónyuge de su pareja cuando hay sociedad conyugal, o con el interés de terceros que han actuado al amparo de registros públicos, que daban cuenta de una titularidad exclusiva o al menos diferente de la que se pretende.

¹⁹ Para ZANNONI: (n. 2), p. 40, en la demostración de los hechos que configuran el régimen de bienes entre los concubinos –en la especie una comunidad– es menester adoptar un criterio riguroso, puesto que el concubinato puede crear una apariencia de comunidad de bienes y, en esa forma, inducir a terceros a creer, infundadamente, que las adquisiciones y contratos responden a una sociedad conyugal inexistente referida a los bienes particulares de cada uno de los concubinos.

En lo que se refiere a la adquisición, cuando ambos copartícipes concurren a ella, no puede haber dificultad, porque el acto mismo da cuenta de la existencia de la comunidad, si hay causa que justifique el aporte de ambos. El problema se oscurece cuando uno de los comuneros reclama una titularidad común sobre un bien, sin que haya indicio en el acto de adquisición (modo de adquirir), de la concurrencia común. Si el título es ilustrador a este respecto, puede ser más sencillo concluir que se está frente a una comunidad, pero cuando ni aun en el título hay señas, la situación se torna más difícil de elucidar.

En una circunstancia como la descrita, pueden aparecer problemas con terceros, los que fundados en la apariencia han actuado al margen de la pretendida comunidad, sea porque dan mayor valor patrimonial al crédito de su deudor, o bien porque estiman que han adquirido bienes en una proporción mayor de lo que la pretendida comunidad sobre el bien se deriva. Este último es el caso de la sociedad conyugal, en donde la mujer puede aspirar, por su derecho a gananciales, a una proporción mayor en los bienes que su marido aparece adquiriendo sin indicios de que es comunero con un tercero, lo que generará un conflicto entre el tercero –en nuestro caso tercera comunera– y los derechos como partícipe en los gananciales de la mujer.

Por otra parte, los bienes raíces tienen reglas sumamente estrictas en cuando a adquisición, conservación y pérdida, tanto en lo que se refiere al dominio mismo, como con respecto a la constitución y transferencia de otros derechos reales (cfr. artículos 696, 724 y 728 del Código Civil). Por ello, si un determinado bien raíz, que tiene su origen en una comunidad, aparece adquiriéndose por solo uno de los comuneros y ni siquiera en el título hay indicios de la propiedad común, los terceros de buena fe debieran ser protegidos de esta circunstancia, a la hora de que surjan conflictos con el comunero subrepticio²⁰. Esta es la razón que me lleva a distinguir con precisión el hecho mismo del aporte respecto de la adquisición, pues hay veces en que esta puede fallar, por la necesidad de proteger a terceros que ignoraban la existencia de la comunidad. Es más, una de las

²⁰ Aplicando este principio, BARRIENTOS GRANDÓN y NOVALES ALQUÉZAR: (n. 2), p. 83, señalan que “la situación jurídica del conviviente supérstite respecto del hogar que fuera común y que aparece inscrito a nombre único de la fallecida es la de precarista, supuesto que el concubinato o unión de hecho no constituye una causa o título para justificar una tenencia material”.

principales consecuencias que la doctrina destaca del régimen patrimonial es que este sirve como medida de protección respecto de los terceros. De ahí el esfuerzo por limitar en estos casos la autonomía de la voluntad, a fin de que aquellos que contraten con el matrimonio sepan con certeza cuál será la situación de responsabilidad y los bienes que quedarán afectos al cumplimiento de las obligaciones contraídas²¹.

En este contexto también debe servir para analizarse el conflicto que puede surgir entre una concubina y la mujer casada en sociedad conyugal de su pareja. Las reglas de la sociedad conyugal imponen exigencias rígidas a la adquisición de los bienes y son las que ha recordado la sentencia de reemplazo.

Desde el punto de vista dogmático, me parece, la mujer casada en sociedad conyugal con un marido conviviente, debe ser considerada como un tercero, porque si bien tiene derechos como comunera en los bienes que su marido adquiera, no es parte de las relaciones patrimoniales que se puedan estar generando entre marido y su conviviente. En tal sentido, en principio debiera ser protegida frente a las adquisiciones de su marido que no den cuenta precisa de una adquisición en comunidad. El límite estará dado por la mala fe, es decir, por el hecho de que la mujer esté consciente de que el marido mantiene una comunidad con un tercero, y concretamente que determinadas adquisiciones se han hecho a título de comunero y no de manera exclusiva.

A este último respecto, es importante señalar que el hecho de que una persona conviva con otra no necesariamente supone la generación de una comunidad, como se ha dicho; lo central será el aporte económico y la adquisición común. Desde este punto de vista, la convivencia prolongada es un hecho que debiera llevar a sospechar en que se ha producido una confluencia patrimonial entre los convivientes y, por lo mismo, puede ser discutible que una mujer pueda alegar buena fe, si ha podido apreciar una convivencia de su marido y, sobre todo, cuando esta se funda en hechos públicos y notorios. Más aún, cuando tras largos años de modestia económica, la fortuna de su marido cambia.

Los elementos que hemos destacado en este acápite no me parece que hayan sido abordados en la sentencia de reemplazo, al menos

²¹ Cfr. RAMOS PAZOS: (n. 2), I, n° 147, p. 130.

de una manera explícita; solo implícitamente se desprende esta doctrina, de la fuerza con que la sentencia protege las adquisiciones de la sociedad conyugal, cuando estas se han hecho por el marido concurriendo e invocando su estado civil de casado, e implícitamente su condición de administrador de la sociedad conyugal con su mujer (artículo 1749 del Código Civil). Pero no basta únicamente con enunciar el hecho, si no se ofrece una razón más contundente por la cual se le va a dar protección a la mujer respecto de la concubina. Una referencia a la buena fe de la mujer, me parecía indispensable.

8. LA PRUEBA RENDIDA EN EL PROCESO

8.1. El análisis probatorio de la sentencia de reemplazo

De acuerdo con lo que se ha expuesto, la cuestión central para la Corte Suprema fue determinar si existía en los autos prueba suficiente que acreditase la comunidad pretendida por la actora sobre los bienes que indicaba.

Nuestra Corte Suprema se apoya en dos tipos de argumentaciones para concluir que la prueba aportada por la actora fue insuficiente, llevándola a estimar que entre la actora y el causante había existido separación de patrimonios.

De una lado, la interpretación que hace del artículo 1739 inciso primero del Código Civil concluyendo que se trata de una norma que busca resolver conflictos entre acreedores del marido y la mujer o sus herederos, o que permite dirimir disputas entre los cónyuges al término de la sociedad conyugal respecto de la titularidad de un determinado bien (considerando octavo).

De otro lado, la prueba rendida, que la sentencia destaca en varios aspectos: 1) el hecho de que todas las adquisiciones hayan sido hechos por el señor Manuel Álvarez a título exclusivo y oneroso, sin participación alguna de la actora, y en las cuales en señor Álvarez comparecía declarando su estado civil de casado e implícitamente como administrador de la sociedad conyugal habida con su mujer; 2) destaca también la Corte el hecho de que nunca el señor Álvarez integró como socia de sus sociedades de inversión a la actora, lo que sí hizo en cambio con su hijo (considerando noveno); 3) considera también el fallo, el informe del perito judicial, que lo estima

concluyente en el sentido de establecer la separación de patrimonios, pues, a la muerte del causante la actora figura con un patrimonio avaluado en \$194.608.239, sin considerar bienes raíces, los que aparecen tasados en \$131.097.746, en otro informe; 4) hace fuerza en la Corte el hecho de que la actora haya aceptado la constitución de un usufructo vitalicio en su favor, respecto de un bien raíz que reconoce pertenecer al haber de la sociedad conyugal, circunstancia que para la Corte constituye un reconocimiento de la titularidad de la sociedad conyugal de ese bien raíz, así como de otros bienes que adquirió el señor Álvarez igualmente a título oneroso (considerando décimo); por último, para la Corte Suprema el resto de la prueba es concluyente en el sentido de la existencia de separación de patrimonios entre la actora y el causante, y determina que ella no habría probado *pormenorizadamente* la comunidad y participación porcentual sobre bienes precisos y determinados (considerando undécimo).

8.2. La interpretación del artículo 1739 del Código Civil

La referencia que la sentencia hace al artículo 1739 me parece innecesaria, porque esta norma lo que pretende es simplemente ordenar cuestiones probatorias, y lo hace básicamente dando protección a los acreedores del marido, al imponerle a la mujer, o sus herederos, que pretendan que un determinado bien no forma parte del haber social, la carga de probar en contrario. En efecto, una vez disuelta la sociedad conyugal, quedan fijados irrevocablemente el pasivo y el activo de esta para efectos de proceder a la liquidación²². En este sentido, el artículo de marras lo que hace es establecer una presunción simplemente legal de que los bienes adquiridos a título oneroso, o sea, que involucren un sacrificio patrimonial, fueron adquiridos con bienes sociales y, por ende, revisten el mismo carácter. Luego la norma señala una consecuencia al hecho que viene a presumir: *“El cónyuge deberá por consiguiente, recompensar a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal”*. Así, la presunción busca evitar que aquel de los cónyuges que se encontraba detentando el bien al momento de la disolución de la sociedad conyugal, pueda aprovecharse en beneficio propio de los rendi-

²² Cfr. RAMOS PAZOS: (n. 2), I, n° 327, p. 249.

mientos de tal bien, con claro perjuicio para el patrimonio social y para el otro cónyuge²³.

En consecuencia, deducir que de esta presunción no podría probarse por otras personas que un determinado bien pertenezca en todo o parte a una persona distinta de los cónyuges, como parece señalar el fallo en la parte final del considerando octavo, no es razonable. Porque es obvio que siempre podrá probarse que un bien no pertenece, en todo o parte, a la sociedad conyugal. Es lo que ha intentado la actora, y no veo que el artículo 1739 lo prohíba. Recaerá sobre el tercero, como lo es la actora, la carga de probar la titularidad, total o parcial, sobre un bien que está en poder del marido. No existe razón para constreñir el alcance de la disposición.

8.3. La prueba analizada

Reconozco una cierta desazón con el análisis probatorio que hace la sentencia de reemplazo. No dejo de advertir una cierta postura ideológica, lo que se traduce en un rechazo de la prueba rendida por la actora con argumentaciones que me parecen insuficientes. Revisemos por qué.

8.3.1. Las adquisiciones del señor Manuel Álvarez a título exclusivo y oneroso y sin participación la actora, compareciendo como casado e implícitamente como administrador de la sociedad conyugal.

Es obvio que este no podía ser el primer aspecto probatorio, porque, como se ha dicho, antes de estudiar las adquisiciones del causante, había que analizar si efectivamente la actora había concurrido con aportes pecuniariamente relevantes a formar el patrimonio que aparece como del actor.

En la sentencia de primera instancia, y particularmente en la de segunda, se hace un minucioso estudio de la prueba aportada en este sentido, para concluir que efectivamente la actora había concurrido a formar el haber común. Para la Corte de Apelaciones de Santiago es relevante el hecho de que al inicio de la convivencia en 1962, el señor Álvarez aparece con un patrimonio muy disminuido y en todo caso menor al de su conviviente, y así parece mantenerse

²³ Cfr. RODRÍGUEZ GREZ: (n. 9), p. 49.

hasta 1980. Se considera importante, además, el hecho de que la pareja durante toda esta primera etapa viven en hogares que son aportados por la actora. En tercer lugar pareció relevante en el hecho de mejor educación y roce social de la actora, que los jueces estimaron como incidentes para la concreción de los negocios que luego significarían el mejoramiento económico-social de la pareja. Por último, es trascendente el que durante todo este tiempo la actora mantuvo trabajos bien remunerados y resulta implicada en negocios que le supusieron rentas importantes. Son estos elementos probatorios los que la Corte Suprema debía analizar, para desvirtuar la existencia de la comunidad, pero no se encuentra en el fallo un análisis detallado y preciso sino una consideración general (considerando undécimo).

Estimo que de los elementos antes referidos, al menos surgía una presunción de que la fortuna del señor Álvarez a su muerte, tenía un origen desligado tanto de la convivencia inicial con su mujer, como de las propias habilidades profesionales de ellas, y encuentra una explicación más plausible en inversiones bursátiles, que debieron necesariamente tener un comienzo en una fecha en torno al año 1980, y cuyo dinero inicial pudo perfectamente haber sido aportado, en parte importante, por la actora. En el origen del aporte está la clave para determinar si existió o no la pretendida comunidad, y la parquedad a este respecto de la sentencia de reemplazo es ostensible.

8.3.2. El informe pericial que concluye en la separación de patrimonios, y el patrimonio de la actora.

No creo que el informe pericial que determinó que entre la actora y el causante existía una separación total de patrimonios y que la actora tenía un importante conjuntos de bienes, incluyendo bienes raíces, pueda ser concluyente para descartar la existencia de la comunidad.

En efecto, la existencia de un patrimonio propio de la actora al momento de fallecer el causante, hace sospechar de que sí pudo ella contribuir significativamente a la formación del patrimonio del actor, particularmente cuando se aprecia que ella tenía cultura, habilidades sociales, y obtuvo rentas durante un tiempo largo en que el causante no parece haberlas obtenido de una manera significativa. El punto no era si tenía en ella un patrimonio independiente, lo relevante era, me parece, si ella

había contribuido a formar un haber común, ya que nada impide que ambas situaciones ocurran simultáneamente. Si la conclusión hubiera sido que sus bienes propios en general provenía de aportes que le hizo el causante, debió analizarse si tales adquisiciones tenían causa onerosa o no, pues, si lo primero, quiere decir que el causante reconocía la contribución económica de su pareja a la formación de su fortuna, si lo segundo, supondría que estaba desviando ilícitamente bienes que pertenecían a la sociedad conyugal (artículo 1757 del Código Civil).

8.3.3. La falta de incorporación de la actora a la sociedad de inversiones del causante.

Es cierto que la no incorporación de la actora como socia de la sociedad de inversiones AGEMO, cuyo socio principal era el causante, puede interpretarse como una manifestación clara de que no había patrimonio común o compartido, pero no es concluyente por sí misma. La sociedad que se constituyó fue la consecuencia del mejoramiento de situación económica de la pareja, y no la causa de la misma, por lo que solo podría servir como una presunción en contra de la sociedad, peor no una negación de ella. Lo relevante en tal caso no era quiénes eran los socios, sino el origen del aporte.

8.3.4. La aceptación del usufructo vitalicio por parte de la actora, sobre un bien raíz perteneciente a la sociedad conyugal.

El argumento del epígrafe que ofrece la Corte me parece insuficiente, porque tampoco es concluyente. Era obvio que la actora sabía de la existencia de la sociedad conyugal; el hecho de que se haya aceptado un traspaso como el que da cuenta la Corte, no es concluyente en el sentido de derivarse de este hecho necesariamente que la actora reconocía dominio exclusivo a la sociedad conyugal, puesto que solo podía estar reconociendo tal titularidad respecto de su concubino. Puede entenderse de manera contraria, en el sentido de que si se hacían este tipo de traspasos, era porque existía comunicabilidad patrimonial en la pareja.

8.4. La falta de prueba pormenorizada. La sentencia de reemplazo no analiza debidamente la prueba ofrecida.

Para la Corte Suprema el resto de la prueba no es concluyente en el sentido de la existencia de separación de patrimonios entre la actora y el causante, pues, la demandante no habría probado *pormeno-*

rizadamente la comunidad y participación porcentual sobre bienes precisos y determinados (considerando undécimo).

Esta, tal vez, es la parte más débil del fallo que estudiamos, porque efectivamente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, redactada por el Ministro señor Carlos Cerda F., es una magistral expresión de análisis probatorio, lo que obligaba a la Corte Suprema a hacerse cargo de él, más aún si la cuestión probatoria se había invocado por la Corte Suprema como el nervio central para resolver al controversia.

La sentencia de segundo grado había dedicado largos considerandos a revisar la prueba rendida y determinar de qué manera era clara la existencia de la comunidad, sobre la base de los elementos que hemos indicado: existencia de patrimonio común, administración conjunta, aporte de bienes en dinero efectuados por la actora a los negocios o actividades del causante y trabajo conjunto y personal de los dos.

La prueba que se analiza en el fallo de segundo grado es abundante: el hecho que entre 1962 y 1990 la pareja vive en una casa y luego un departamento aportado por la actora; la mantención de una tarjeta Visa bipersonal²⁴; el traspaso de vehículos entre los convivientes y los hijos y los cónyuges de estos, de una manera indistinta; el pago de cuentas y gastos del hogar y bienes comunes, también de manera indistinta; los traspasos de acciones y otros valores desde el causante a la actora; el uso de la casa de veraneo de manera conjunta; la protección y defensa judicial de un bien de la actora que amenazaba con perderlo, con bienes del causante; las operaciones de bolsa en la que se anotaban los traspasos accionarios a nombre de la actora, o los cargos en la cuenta de la actora; participación conjunta de un negocio turístico en el extranjero; el trabajo ostensible de la actora durante años, previo a que la pareja mejores de fortuna hacia la década de 1980; la concurrencia económica de la actora a la compra de un bien raíz en Valparaíso; el uso del hogar común como centro de los negocios del causante, durante años; el apoyo personal de la actora a los negocios del causante, derivados de su dominio del idioma inglés, sus habilidades sociales y su condición de secretaria bilingüe.

²⁴ Sobre la importancia de esta prueba, vid. VERDA Y BELMONTE, Juan Ramón de, "Efectos económicos de las uniones de hecho en la jurisprudencia española", en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* 1 (2003), pp. 159-160.

Es obvio, en mi concepto, que si la cuestión crucial estaba en determinar la existencia de la comunidad que se demandaba, y que por ambas partes se había aportado copiosa prueba, especialmente documental y de testigos, era fundamental hacerse cargo de esta prueba, cuestión que la Corte Suprema tenía competencia de hacer, desde el momento que había casado en la forma de oficio la sentencia (cfr. artículo 775 del Código de Procedimiento Civil). Pero no lo hizo, y se limitó, hacia el final del considerando undécimo, a señalar que no se había probado *pormenorizadamente* la existencia de la comunidad y la participación de la actora. A la luz de los antecedentes que se han reseñado, esta frase aparece como claramente infundada.

9. EL RECHAZO DE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

Si a la Corte Suprema le pareció insuficiente la prueba para dar por acreditada la comunidad, debió también detenerse a revisar si había prueba que condujera a tener por acreditado un aporte económico de la actora en los negocios del causante, sea en trabajo, dinero o especies. Esto, porque la sentencia no solo rechaza la pretensión principal, por la cual la actora pedía que se reconociera la existencia de la comunidad sobre los bienes que indicaba. En el considerando duodécimo se rechaza también la petición subsidiaria de pago de remuneración por los servicios prestados, que se pedía bajo los principios del enriquecimiento sin causa y que el fallo también desestima, porque no se encontrarían acreditados los supuestos servicios prestados, sino más bien la atención o cuidado que le prodigó al causante. Si antes hemos criticado el fallo por falta de rigurosidad en el estudio de la prueba rendida, aquí habría que reprocharle una falla en su fundamentación, porque nuestro máximo tribunal desecha esta pretensión económica de calado –se pedían \$660.000.000– con una frase que no es consistente con la prueba que había en el proceso²⁵.

²⁵ Sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan nacer de los bienes en común habidos durante el concubinato, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido desde temprano el derecho de aquel de los concubinos que ha prestado servicios al otro para demandar el pago de ellos. Sobre el tema, vid. BARRIENTOS GRANDÓN y NOVALES ALQUÉZAR: (n. 2), pp. 101 ss.

10. CONCLUSIONES

De todo lo que se ha señalado, pueden derivarse conclusiones que me parecen claras.

La más importante, me parece, es que la existencia de un concubinato no supone necesariamente una comunidad entre los convivientes. Esta deriva de un hecho distinto, que supone un esfuerzo común que ha derivado en una adquisición también conjunta.

La presencia de una sociedad conyugal del marido conviviente, obliga a ser estrictos, a la hora de valorar la existencia de bienes comunes entre los que viven juntos sin estar casados, por el carácter de orden público que tienen las normas sobre sociedad conyugal.

La prueba del esfuerzo común y de la adquisición concurrente, debe traducirse en una valoración consistente de las respectivas participaciones de cada miembro de la pareja en los bienes que se estiman comunes.

La protección de la confianza en el tráfico jurídico, supone dar amparo a los terceros que hayan actuado en la creencia que determinados bienes eran exclusivos y no comunes.

La existencia de un concubinato notorio, puede hacer más débil la protección de la mujer, más aún si de este concubinato se ha prolongado por largos años, y solo mucho después de iniciado el marido ha mejorado notoriamente de fortuna.

El hecho de que no pueda acreditarse comunidad entre los concubinos, pero sí se prueba aporte o contribución económicamente relevante de un miembro de la pareja, debería dar derecho, al menos, a una retribución o compensación, bajo las reglas del enriquecimiento sin causa.

Como cuestión final, creo que hacer claridad en estas materias resulta fundamental. Pues, por un lado confirma la protección a la familia institucional, que es la fundada en el matrimonio, definiendo lo que es de orden público y lo que debe entenderse fluye de las exigencias de la justicia económica. Por otro, facilita el tráfico jurídico, valor esencial en una sociedad abierta.

11. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer*

- casada* (artículo 150 y Título 22 del Libro IV del Código Civil), Editorial Universitaria, Santiago, 1935.
- ÁLVAREZ NÚÑEZ, Carlos, "Algunas consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 143 (1968), pp. 5-31.
 - BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Editorial Lexix Nexis, Santiago, segunda edición, 2004.
 - CORRAL TALCIANI, Hernán, "Nuevas formas de contratación y sistema de Derecho privado", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 201 (1997), pp. 59-71.
 - CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Colección Jurídica, Universidad de los Andes, 1994.
 - DURÁN BACHLER, Samuel, "Situación jurídica de las parejas no casadas", en *Gaceta Jurídica* 77 (1986), pp. 8-14.
 - GONZÁLEZ HOCH, Francisco, "Concurso de sociedad conyugal y convivencia de hecho", en *La Semana Jurídica*, del 30 de mayo de 2005.
 - LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición, 2001.
 - MEZA BARROS, Ramón, *Derecho de familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición actualizada, 1989.
 - PINTO ROGERS, Humberto, *El concubinato y sus efectos jurídicos*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Impresos Sección Materiales de la Caja Nacional de Ahorros, Valparaíso, 1942.
 - QUINTANILLA PÉREZ, Antonio, *Algunas cuestiones en torno al concubinato*, en VV. AA., *Estudios de Derecho Civil en memoria del Profesor Victorio Pescio*, Editorial de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1976, pp. 211-248.
 - RAMOS PAZOS, Ramón, *Derecho de familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición, 2000.
 - RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
 - SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho de familia*, Editorial Nacimiento, Santiago, 1963.
 - SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Indivisión y Partición*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, quinta edición, 2002.
 - VERDA Y BELMONTE, Juan Ramón de, "Efectos económicos de las uniones de hecho en la jurisprudencia española", en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri 1 (2003), pp. 149-180.
 - ZANNONI, Eduardo, *El concubinato (en el Derecho Civil argentino y comparado latinoamericano)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970.