

ACTUALIDAD LEGISLATIVA

Susana Espada Mallorquín
Profesora de Derecho Civil
Universidad Adolfo Ibáñez

LUCES Y SOMBRAS DEL PROYECTO DE LEY DE ACUERDOS DE VIDA EN PAREJA¹

El AVP, cuya tramitación legislativa comenzó el 17 de agosto de 2011 y que actualmente está siendo objeto de debate parlamentario, tiene numerosos detractores y ha sufrido importantes modificaciones en la Comisión de Constitución del Senado. Creo que el principal motivo de su controvertida existencia es que con una única regulación se han pretendido solventar dos problemas distintos:

- la regulación de las parejas de hecho y
- la institucionalización de las parejas homosexuales.

A mi juicio, dichos problemas no se pueden solucionar de forma conjunta como se pretende. Por un lado, habrá que plantear el debate respecto de si procede o no el acceso a la institución del matrimonio de las parejas del mismo sexo y, por otro, si es necesario regular y de qué forma las parejas de hecho, tanto hetero como homosexuales.

¹ El presente comentario se desarrolla dentro del marco del proyecto de iniciación a la investigación FONDECYT 11110204 relativo a “El Derecho sucesorio ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia chilena”, del cual la autora es investigadora responsable.

Centrándonos en el problema de las parejas de hecho, en primer lugar se ha criticado la idea de legislar, argumentando que no es necesaria una norma en este sentido y, en segundo lugar, se suele afirmar que en el supuesto de regularse en ningún caso deberían ser normas semejantes a las matrimoniales.

En mi opinión, el hecho de que los legisladores regulen las parejas de hecho no vulnera el principio del libre desarrollo de la personalidad de los individuos para entablar relaciones personales y afectivas, principio que tampoco resulta vulnerado cuando dicha regulación toma como referencia ciertas normas relativas a la convivencia matrimonial. En el fondo, lo que afirma la opinión contraria, si bien no se expresa abiertamente, es que si una persona no contrae matrimonio, pero convive *more uxorio* de hecho, tiene derecho a excluir ciertos deberes de cuidado y ayuda mutua hacia la persona con la que convive. Considero que del hecho de que dos personas convivan sin contraer matrimonio, sólo puede concluirse que no ha sido su voluntad contraerlo, pero esto no es obstáculo para que esa pareja de hecho tenga derechos reconocidos.

Respondiendo a la segunda crítica, entiendo que el libre desarrollo de la

personalidad y la libre elección de no casarse no se vulneran cuando los conflictos típicos de la convivencia *more uxorio* se resuelven acudiendo a ciertas normas matrimoniales. Esto es así porque el matrimonio es una relación jurídica que basa su regulación en la relación de la vida en pareja, a la que inserta en una institución jurídica determinada. Las parejas de hecho no acceden a la institución matrimonial, pero sí establecen esa relación de vida en común que sirve de soporte a dicha institución. La faceta negativa del derecho a casarse sólo garantiza que nadie puede imponer a un sujeto la institución matrimonial, pero no reconoce a este sujeto un derecho a que el legislador no regule los posibles conflictos con su pareja. Por lo tanto, estoy a favor de la iniciativa legislativa que pretende regular las parejas de hecho.

Dicho lo cual, considero que es preciso llevar a cabo una crítica a la regulación propuesta en el proyecto de AVP. En los antecedentes se menciona que se tuvieron en cuenta otras experiencias de legislaciones comparadas para elaborar el proyecto del Gobierno (*Boletín* 7873-07) y que se han mantenido en el proyecto de ley aprobado por la Comisión (*Boletines* 7011-07 y 7873-07 refundidos).

Se podría afirmar que el resultado es una mezcla poco afortunada del modelo legislativo francés y del modelo escandinavo, alemán y anglosajón. Del modelo francés, el proyecto de AVP adopta la idea de pacto con el fin de organizar la vida en común, pero a diferencia de los PACS franceses, que regulan una convivencia en sentido genérico, el AVP limita su aplicación

a las convivencias afectivas y le da una dimensión familiar a los firmantes del pacto. Del modelo escandinavo, alemán y anglosajón, el proyecto toma la idea de institucionalizar la convivencia homosexual, pero a diferencia de las leyes danesa, noruega, finlandesa, la *Civil Partnership Act* o la *Lebenspartnerschaftsgesetz* no se limita sólo a crear un estatuto jurídico propio para las parejas del mismo sexo registradas, sino que amplía la aplicación de esa norma a las parejas heterosexuales y, a diferencia principalmente del modelo escandinavo, no equipara el reconocimiento de efectos jurídicos de los firmantes al matrimonio heterosexual.

Continuando con el análisis del proyecto de ley aprobado por la Comisión que está siendo objeto de debate, las parejas que pueden firmar este tipo de acuerdos son dos personas que con independencia de su orientación sexual, quieren regular los efectos jurídicos de su vida afectiva común, siempre que sean mayores de edad, no estén casados, ni tengan un AVP vigente, tengan la libre administración de sus bienes y no sean ascendientes o descendientes por consanguinidad, ni colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado (arts. 1° y 2° del proyecto).

Al respecto es posible hacer dos observaciones:

- en primer lugar, que de esta delimitación de la pareja de hecho objeto de reconocimiento de efectos jurídicos considero poco justificada la necesidad del requisito de la libre administración de los bienes, pues no es un elemento necesario

- de *facto* para poder convivir en pareja;
- en segundo lugar, que si tenemos en cuenta la realidad sociológica chilena, muchas de las parejas de hecho están formadas por personas que se encuentran separadas de hecho o judicialmente, es decir, que no tienen su vínculo matrimonial disuelto, pero que están eximidas del deber de convivencia y fidelidad con su cónyuge.

Con la actual redacción del proyecto, estas parejas no podrían firmar un AVP por lo que los problemas respecto de las mismas persistirían sin solución.

Sobre la formalización del AVP se establece que estos acuerdos podrán ser en escritura pública ante notario o mediante una celebración ante el oficial del Registro Civil (arts. 3° a 4°). La previsión de esta última forma de celebración del AVP tiene un valor simbólico importante, pues pone de manifiesto la mencionada doble intención del legislador de también institucionalizar a las parejas homosexuales, ya que son estos mismos oficiales los encargados de celebrar el matrimonio heterosexual. Tanto el acta levantada ante el oficial del Registro Civil como la escritura pública donde conste el AVP deberán inscribirse en un registro especial del Registro Civil dentro de los diez hábiles siguientes al otorgamiento (art. 5°). Por lo tanto, la inscripción es un requisito constitutivo, ya que de no realizarse el AVP no tendrá efectos ni para las partes ni para los terceros.

A mi juicio, esta exigencia, de cumplir requisitos de forma, no resuelve los

problemas de las parejas de hecho de la manera más idónea. De aprobarse el proyecto en los términos señalados, lo que sucederá es que existirán parejas registradas y parejas de hecho. Al establecer un concepto institucionalizador de pareja, se crea un nuevo estatus jurídico: el de la pareja registrada o formalizada distinto de la pareja de hecho. En definitiva, considero que lo más oportuno es el empleo de un concepto instrumental de pareja de hecho que se corresponda con un modelo de convivencia fáctico, donde, si bien resulta positiva la exigencia de un registro, entiendo que la inscripción en el mismo debe tener un carácter meramente probatorio, pero no ser un requisito para el reconocimiento de efectos jurídicos. En su caso, podría exigirse esa inscripción para otorgar ciertas prestaciones sociales de carácter público como beneficios previsionales, tributarios, laborales..., pero no para los efectos puramente civiles.

En este punto también cabe destacar cómo la Comisión de Constitución se hizo eco de las críticas al proyecto del Gobierno, que negaba la creación de un nuevo estado civil para los firmantes de un AVP y, actualmente, en el proyecto que está siendo objeto de debate establece que los firmantes de estos acuerdos tendrán el estado civil de convivientes legales (art. 1°), otorgándoles con dicho estado un lugar permanente dentro de la sociedad, que depende principalmente de sus relaciones familiares y que le habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles.

Respecto de las causales relativas al término del AVP (art. 6°), es suficien-

te hacer una puntualización relativa a que dentro de las mismas se ha omitido como causa de extinción del AVP, la firma de un nuevo AVP. La inclusión de dicha causa sería coherente con el sistema que se propone.

Entrando en el análisis de los efectos jurídicos que se les reconocen a los firmantes de un AVP, sólo me voy a detener en el estudio de los efectos patrimoniales civiles previstos, ya que es donde mayores modificaciones han existido entre el proyecto del Gobierno y el aprobado por la Comisión. Todas las modificaciones relativas a pensiones de sobrevivencia, reforma previsional, subsidios habitacionales, aspectos procesales... se han mantenido en idénticos términos al proyecto del Gobierno.

388

Respecto de los efectos patrimoniales civiles, en el proyecto del Gobierno se realizaban dos previsiones: una en materia de régimen de los bienes adquiridos y otra en materia de derechos sucesorios. El proyecto de la Comisión ha añadido una tercera relativa, al reconocimiento de la compensación económica al firmante del pacto que durante la vigencia del mismo hubiera abandonado su actividad profesional para dedicarse a las labores del hogar. No obstante, sigue llamando la atención que ninguno de los proyectos se haya propuesto el derecho de alimentos a favor de los firmantes de estos pactos, dado que como hemos visto los firmantes se deben ayuda mutua entre sí.

Dentro del régimen de los bienes adquiridos durante la vigencia del pacto, considero positivo que se entienda que este tipo de convivencia parte de la ayuda mutua y de la necesidad de

contribuir a los gastos generados por la vida en común, en función de las facultades económicas de cada miembro y del régimen patrimonial que exista entre ellos (art. 7°).

De nuevo el proyecto de la Comisión ante las críticas al proyecto del Gobierno ha modificado el modelo de régimen patrimonial en ausencia de acuerdo, esta vez siguiendo prácticamente al pie de la letra el modelo establecido en el proyecto de ley iniciado en moción del ex senador Andrés Allamad para regular la figura contractual de Acuerdo de Vida en Común (*Boletín* N° 7011-07). En el proyecto del gobierno se establecía que entre los firmantes surge de forma necesaria una comunidad de bienes limitada a los bienes muebles no sujetos a registro y adquiridos a título oneroso durante la vigencia del AVP, excluyendo los inmuebles o los vehículos sujetos a registro.

En el proyecto que actualmente está siendo objeto de votación se establece cómo ambas partes conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos antes del AVP y de los que adquieran durante la vigencia de éste, a menos que las decidan someterse a las reglas del cuasicontrato de comunidad de bienes (art. 8°). En este último caso se entiende que los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo se considerarán indivisos por mitades entre las partes, excepto los muebles de uso personal necesario para quien lo ha adquirido, entendiéndose que la fecha de adquisición es aquélla en que el título haya sido otorgado. Por lo tanto, se establece una presunción de separación

de bienes que puede ser sustituida por un régimen de comunidad si las partes así lo manifiestan expresamente. Sin embargo, no se acoge del proyecto de Andrés Allamand la regla de responsabilidad solidaria frente a los terceros por las deudas contraídas por un firmante en pro de la vivienda común, lo que resultaba una medida positiva de protección de los terceros.

En mi opinión, lo más oportuno hubiera sido dar libertad de pacto a las partes para autorregular sus relaciones económicas, eso sí sometiendo estos pactos a los límites legales (no sometan a término o condición la convivencia o que supongan la renuncia anticipada de derechos, que sean contrarios a los derechos fundamentales o las libertades públicas, o que se realicen en perjuicio de terceros...) más que darles sólo la opción entre separación de bienes o comunidad como únicas alternativas posibles.

No obstante, coincido que en ausencia de pacto expreso, resulta adecuado establecer como régimen supletorio la separación de bienes. Éste es el régimen supletorio en la mayoría de las normas de Derecho Comparado donde suele establecerse la contribución por parte de los miembros de la pareja al mantenimiento de la vivienda y a los gastos comunes, mediante aportaciones económicas o trabajo doméstico en proporción a sus respectivos recursos y, manteniendo cada conviviente el dominio, el disfrute y la administración de sus propios bienes. Sin embargo, no necesariamente tendría que ser éste el régimen supletorio, también podría ser similar a la participación en los gananciales; o establecer un régimen propio

que no fuera réplica de un régimen matrimonial.

Respecto de los derechos sucesorios, considero destacable el hecho de reconocer derechos sucesorios a los miembros de las parejas firmantes de un AVP, pero de nuevo discrepo de la forma en que éstos se han decidido regular. En el proyecto de la Comisión de nuevo se ha introducido una modificación esencial respecto del proyecto del Gobierno. En este último se hacía referencia a la sucesión intestada y a la testada. En ambos casos para la sucesión testada e intestada, se añadía como requisito de procedencia del reconocimiento de derechos sucesorios que el AVP hubiera tenido un plazo de vigencia mínima de un año antes del fallecimiento de una de las partes. En la sucesión intestada, el conviviente en el caso de concurrir con los hijos del causante, tenía los mismos derechos que por legítima rigurosa les correspondían a dichos hijos. Es decir, se le reconocían menos derechos que al cónyuge supérstite. Sobre los derechos legitimarios, se optaba por otorgarle la posibilidad de ser beneficiario de todo o fragmento de la cuarta de mejoras, pero no se consideraba al conviviente supérstite legitimario.

Por su parte, en el proyecto de la Comisión que está siendo objeto de debate ya no se exige el requisito del plazo, lo que considero algo positivo, ya que carecía de sentido que sólo para el otorgamiento de derechos sucesorios la duración del pacto fuera un elemento relevante. Sin embargo, ahora sólo se contempla que el firmante del AVP tiene la condición de legitimario y se establece:

“concurrirá en la herencia de la misma forma y gozará de los mismos derechos que el cónyuge sobreviviente” (art. 9°).

Es decir, está reconociendo al conviviente legal la condición de legitimario, además, en idéntica porción a la que le corresponde al cónyuge, lo que considero un gran avance.

No obstante, la redacción del precepto me parece confusa, ya que tal y como está redactada es posible entender que sólo se está refiriendo a la consideración como asignatario forzoso y que no se establece ninguna regla en materia de sucesión intestada. Por lo tanto, de seguir esta interpretación estricta y aprobarse así el texto cabría entender que nos encontramos ante el único caso en el que un legitimario no es heredero intestado. A mi juicio, esta interpretación plausible, hace que el precepto carezca de coherencia dentro del ordenamiento sucesorio y más aún, no tiene en cuenta la realidad social actual chilena, donde la mayoría de la población no otorga testamento.

Sería posible una segunda interpretación forzando el texto y considerar que cuando se habla de concurrencia a la herencia en la misma forma y derechos que el cónyuge sobreviviente, en realidad se está haciendo referencia al llamamiento legal en la sucesión intestada en idéntico lugar al que ocupa el cónyuge viudo. De seguir esta interpretación el conviviente legal tendría los mismos derechos que el cónyuge en la intestada y no que el descendiente como se establecía en el proyecto del Gobierno. Considero que ésta es la interpretación del mencionado precepto

más correcta, ya que la *ratio legis* de las normas que regulan la delación en la sucesión intestada consiste en establecer una ficción jurídica sobre la hipotética voluntad típica de un causante medio y es posible afirmar que en esa presunción de afectos el conviviente está más próximo a la situación del cónyuge que a la del hijo.

Dicho lo anterior, dada la confusión interpretativa que suscita el texto actual, creo que lo más oportuno sería mejorar su redacción aclarando expresamente, si ésa era la intención de la Comisión, que se considera al conviviente legal tanto heredero *abintestato* como legitimario en idénticos derechos a los del cónyuge sobreviviente.

Para concluir los efectos patrimoniales civiles previstos resulta destacable que el proyecto de la Comisión haya introducido el reconocimiento del derecho a la compensación económica en favor del conviviente legal (art. 15°). De tal manera que el conviviente firmante que se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común no pudiendo desarrollar una actividad lucrativa o desarrollándola en menor medida tiene derecho en los casos en los que se termine o declare nulo el AVP a que se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

Llama la atención que dada la redacción actual de la presente regla, cuando el AVP termine por el fallecimiento de uno de los firmantes, éste podría solicitar la compensación económica junto con los derechos sucesorios. Esto de nuevo plantea una incoherencia dentro del sistema y del propio fundamento de las compensaciones econó-

micas y su objetivo; ya que el derecho a la compensación económica del cónyugese justifica porque declarada la nulidad del matrimonio o el divorcio, el cónyuge anulado o divorciado pierde su derecho a pedir alimentos legales (art. 321 del *CC*); sus derechos sucesorios (art. 983); el derecho a pedir la declaración de bien familiar (art. 141 del *CC*) e, incluso, el derecho a pedir al juez que constituya usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares (art. 147) y, por lo tanto, la compensación económica constituye una forma de protección del ex cónyuge en esas situaciones. Sin embargo, de seguir la redacción actual del proyecto, el ex conviviente legal cuyo AVP termine por el fallecimiento de su pareja puede solicitar además de los derechos sucesorios la compensación económica.

Por último, el proyecto de la Comisión modificó la regla de competencia. El proyecto del Gobierno atribuía la competencia para conocer de los AVP al juez de letras del domicilio de cualquiera de las partes. Esta atribución resultaba sorprendente, ya que si se considera a los firmantes de un AVP como miembros de otro grupo familiar –tal y como se menciona en los antecedentes del proyecto– lo lógico sería que fueran competentes los tribunales de familia, al menos en las materias señaladas en el art. 8 de la ley N° 19.968, como se señaló por gran parte de la doctrina. Es por ello, que el actual proyecto en debate acogió dicha crítica y ahora se establece

que la competencia para conocer de los asuntos a los que dé lugar el AVP le corresponde al juez de familia competente (art. 14°).

Como conclusión del presente comentario legislativo, creo que la existencia del proyecto de AVP es algo positivo, más allá de las consideraciones de oportunidad política, pues pone de manifiesto la preocupación de los legisladores por solucionar los conflictos jurídicos que se dan en el complejo entramado social actual. No obstante, no creo que la regulación propuesta tanto inicialmente por el gobierno como en el texto actual de la Comisión sean las más idóneas. En primer lugar, por su excesiva ambición a la hora de pretender solucionar los conflictos de las parejas de hecho y de los homosexuales que quieren acceder a un estatuto jurídico propio semejante al matrimonial (ante la negativa del derecho a casarse). A mi juicio, al pretender solucionar ambos problemas crea un híbrido que deja insatisfechas a ambas situaciones. Y, en segundo lugar, porque pretendiendo ser una solución a las situaciones de los convivientes de hecho, la necesidad de inscripción constitutiva y la existencia de ciertas incertidumbres normativas en materias esenciales, como las normas de Derecho Sucesorio, hace presagiar que de aprobarse con este contenido el proyecto, lejos de solucionarse los problemas de las parejas de hecho, persistirán y, por lo tanto, “convivirán” con la situación de las parejas firmantes.