

RÉGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Prof. Ruperto Pinochet O.
Universidad de Talca

1. ANTECEDENTES GENERALES

1.1. CONCEPTO

Los regímenes patrimoniales del patrimonio tienen por objeto regular los efectos que se derivan del matrimonio y que no son de carácter personal o extrapatrimonial, y pueden definirse como,¹ “el estatuto que regla los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y en sus relaciones con terceros”.

1.2. CLASIFICACIÓN²

Regímenes de Comunidad.

A.1. Comunidad Universal.

Es aquella que está formada por todos los bienes que aportaron los cónyuges al matrimonio, por los bienes que adquirieron en el matrimonio, por los bienes que aportaron por su trabajo personal más los frutos de todos estos bienes. Se forma con todos los bienes del matrimonio, es administrado por el marido y a su disolución la masa de bienes se divide por mitades.

A.2. Comunidad Restringida de Gananciales

Es necesario distinguir entre el haber de los cónyuges y el haber común que al final se divide entre los cónyuges.

Es una comunidad formada por los cónyuges que es administrada por el marido hasta su disolución y a la época de la disolución los gananciales se dividen por mitades entre los cónyuges. Gananciales es lo que se adquiere a título oneroso durante el matrimonio, más los frutos que producen esos bienes en el mismo período.

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Cada cónyuge conserva la totalidad de los bienes que tenía al contraer matrimonio o que durante él adquiera y los administra libremente; además se hace dueño de todo lo que produzca en el matrimonio.

La separación de bienes es total o parcial. Total es la que comprende todos los bienes de los cónyuges y parcial aquella que comprende algunos de ellos, manteniéndose la comunidad sobre el resto de los bienes.

1 ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE. *Manual de Derecho de Familia*, P. 131.

2 FRIGERIO CATALDI, CESAR, *Regímenes Patrimoniales*, Ed. Jurídica Conosur, 1ª Ed., 1995, p. 10 y siguientes.

RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES

Durante el matrimonio los cónyuges se miran como separados de bienes y a su disolución se dividen los gananciales que se hayan producido durante el matrimonio. La comunidad se forma para disolverse inmediatamente, si es que puede estimarse que existe alguna.

En Chile, la sociedad conyugal nace por el sólo hecho del matrimonio, y en dicho régimen el marido administra ordinariamente la sociedad conyugal con importantes limitaciones que la ley ha impuesto en resguardo de los intereses de la mujer.

Sin embargo, la ley chilena permite a los cónyuges sustituir el régimen de sociedad conyugal, por el de separación de bienes o por el de participación en los gananciales en la forma y modo en que estudiaremos.

2. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

De acuerdo al artículo 1.715 inc.1º, se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales, *“las convenciones de carácter patrimonial que celebren los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración”*.

En las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio, sólo podrá pactarse separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales.

2.1. CARACTERÍSTICAS ³

1. Se trata de convenciones dependientes, por lo que quedan subordinadas en sus efectos a la celebración efectiva del matrimonio.
2. No existe plazo definido entre las capitulaciones y el matrimonio por lo que puede ser cualquiera.
3. No opera prescripción alguna, ya que de la misma no nacen derechos y obligaciones, pero celebradas no pueden ser dejadas sin efecto unilateralmente.
4. Pueden referirse a cualquier materia de carácter patrimonial siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres y a las leyes. (Artículo 1.717 ⁴)
5. Pueden celebrarse antes o en el momento del matrimonio, pero en este último caso sólo puede pactarse separación total de bienes o participación en los gananciales.
6. Son siempre solemnes; deben celebrarse por escritura pública, salvo cuando se pactan al momento de celebrarse el matrimonio, y además deben subinscribirse en la respectiva partida de matrimonio. (Este último requisito es una solemnidad por lo prescrito en el artículo 1.716 inc. 1º parte final⁵)

3 Seguiremos en esta parte y en la relativa a los efectos de las capitulaciones matrimoniales a RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *“Regímenes Patrimoniales”*, Ed. Jurídica de Chile, 1ª Ed., 1996.

4 Artículo 1.717. *“Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes”*.

5 Artículo 1.716. *“Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, y sólo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio, y siempre que se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse aquél o dentro de los treinta días siguientes. Pero en los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior, bastará que ese pacto conste en dicha inscripción. Sin este requisito no tendrá valor alguno”*.

7. Los extranjeros o nacionales que habiendo contraído matrimonio en el extranjero pasen a domiciliarse en Chile, pueden celebrar capitulaciones matrimoniales hasta el momento de inscribirse el matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago. (Artículo 135 inc. 2^o)
8. Las capitulaciones matrimoniales están concebidas preferentemente, en función del establecimiento del régimen patrimonial en el matrimonio. (Artículos 1.715 y 1.720)
9. Tienen reglas especiales respecto de las partes que las celebran.

No pueden modificarse sino con el acuerdo de todas las personas que intervinieron en ellas. (Artículo 1.722⁷)

10. Las capitulaciones matrimoniales corresponden a los esposos y jamás a los cónyuges. (Artículo 98)
11. Inmodificabilidad de las capitulaciones matrimoniales. (Artículo 1.716 inc. final⁸) Clausura la libertad de las partes para poner término a una convención de acuerdo al inc. 1^o del artículo 1.567. Lo anterior se explica por razones de seguridad jurídica, ya que los terceros que contratan con los cónyuges deben poder conocer el régimen patrimonial al cual se encuentran adscritos.

2.2. CAPACIDAD DE LAS PARTES PARA CELEBRAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Respecto de las personas plenamente capaces se aplican las reglas generales, respecto de los incapaces es necesario distinguir si la incapacidad proviene de la minoría de edad o bien de la interdicción por disipación o por sordomudez -Artículo 472-.

Si son celebradas por un menor adulto requieren aprobación de las personas, *“cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio”*, personas que no son necesariamente los representantes legales del menor -Artículos 107⁹ y 1.721-.

Si embargo, si las capitulaciones tienen por objeto renunciar a los gananciales de la sociedad conyugal, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, será siempre necesaria la autorización judicial del menor -artículo 1721, inc. 1^o-.

Los incapaces por causa diversa a la de menor edad y que puedan contraer matrimonio¹⁰, necesitan siempre la autorización de su curador para estipular las capitulaciones matrimoniales -1.721 inc. 2^o¹¹-. De lo dicho anteriormente resulta que si el curador no

6 Artículo 135 inc. 2^o. *“Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción”*.

7 Artículo 1722. *“Las escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, otorgadas antes del matrimonio, no valdrán si no cumplen con las solemnidades prescritas en este título para las capitulaciones mismas”*.

8 1716, inc. final. *“Celebrado el matrimonio, las capitulaciones no podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas, sino en el caso establecido en el inciso 1.º del artículo 1723”*.

9 Artículo 107. *“Los que no hubieren cumplido dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de sus padres; si faltare uno de ellos, el del otro padre o madre; o a falta de ambos, el del ascendiente o de los ascendientes de grado más próximo. En igualdad de votos contrarios preferirá el favorable al matrimonio”*.

10 Sordomudo que puede darse a entender por escrito y del disipador.

11 Artículo 1721. *“El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o censos o servidumbres. Para las estipulaciones de estas clases será siempre necesario que la justicia autorice al menor. El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador”*.

estuvo entre las personas que debían dar la autorización para contraer matrimonio, será necesaria la autorización de estas personas y además la autorización del curador.

2. 3. CONTENIDO DE LA CAPITULACIONES

2. 3. 1. ESTIPULACIONES TEXTUALMENTE NULAS

Según RODRÍGUEZ GREZ un caso contenido en el inc. 3º del artículo 1721, "No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula."

La ley declara la nulidad del acto por lo que para Rodríguez Grez se trata de una nulidad textual, de aquellas previstas y reglamentadas en el artículo 11 del Código Civil.

2. 3. 2. ESTIPULACIONES PROHIBIDAS

Se encuentran enunciadas en el artículo 1.717 y son:

- a) Las contrarias a las leyes y las buenas costumbres.
 - La mujer no puede renunciar a su facultad de pedir separación de bienes. -Artículo 153-.
 - No se puede renunciar anticipadamente a la acción de divorcio. -Artículo 25 Ley de Matrimonio Civil-.
 - En materia sucesoria sólo se permite el pacto por el que el testador se obliga a no disponer de la cuarta de mejoras. -Artículo 1.204-.
- b) Las que van en detrimento de los derechos y obligaciones de los cónyuges -Socorro, asistencia, alimentos-. Ej. Artículo 150.
- c) Las que van en detrimento de los derechos de los descendientes comunes.
- d) Las relativas a la vigencia de la sociedad conyugal.

Los artículos 135, 1.764 y 1.721 inc. final dejan claro que la sociedad conyugal no puede someterse en su vigencia a condición o plazo alguno.

2. 3. 3. ESTIPULACIONES PERMITIDAS

Todas estipulación no prohibida y que tenga relación con el régimen patrimonial del matrimonio y sus consecuencias.

2. 3. 4. ESTIPULACIONES CONDICIONADAS

Según PABLO RODRÍGUEZ son dos casos.

En primer lugar, cuando se pacte que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero, o de una determinada pensión periódica. Esta estipulación surte efecto sólo mientras la mujer tenga la libre administración de sus bienes, en caso contrario queda sin efecto, según lo dispuesto en el artículo 1.720 inc. 2º, primera parte.

Sin embargo, pensamos que el primer caso no se puede entender como una estipulación condicionada toda vez, que la para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor".

condición consiste en un requisito general en materia de capacidad, es decir en cualquier pacto que se acuerde que una persona administrará determinados bienes se subentende condicionada al cumplimiento de las prescripciones generales en materia de capacidad, y no por eso ha de considerarse condicionadas, hacerlo así no llevaría al extremo de juzgar que todo derecho es condicionado, ya que lo está, por ejemplo a que el sujeto exista cuando este se le defiera, a que no sea ilícito, etc.

El segundo caso, y único a nuestro parecer de verdadera estipulación condicionada, se presenta en el caso de que en las capitulaciones matrimoniales la menor adulta o interdicta por disipación renuncie a los gananciales, o consienta específicamente en la enajenación de bienes raíces o la constitución de hipotecas, censos o servidumbres, puesto que en este caso será necesaria siempre autorización judicial. Si se trata de un disipador se requiere además autorización del curador.

2. 4. EFECTOS DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Producen sus efectos desde el matrimonio y siempre que se cumplan todos los demás requisitos legales. -Artículo 1.716¹²-.

Después sólo pueden modificarse para pactar separación total de bienes o participación en los gananciales. -Artículo 1.723¹³-.

Las capitulaciones matrimoniales pueden revocarse hasta antes de la celebración del matrimonio, después no, según lo dispone el artículo 1.716.

Se dice que en el caso de que el matrimonio no se celebre las capitulaciones matrimoniales se encontrarían en un caso de caducidad, también se produciría caducidad en otros casos como si después de contraído el matrimonio, no se subinscriben en el tiempo señalado por el artículo 1.716. Se habla de caducidad porque la no concurrencia del requisito genera -por el solo ministerio de la ley- la extinción de sus efectos.

Lo cierto es que también puede considerarse que se trata de derechos sujetos a condición suspensiva, que han fallado por fallar a su vez la condición de la cual dependían.

Pueden las capitulaciones matrimoniales ser afectadas por las causales generales de nulidad que las dejan sin efecto en forma íntegra, o puede en algunos casos sólo afectar a pactos determinados, subsistiendo los demás. -Artículo 1.721-.

RODRÍGUEZ estima que las capitulaciones matrimoniales pueden verse afectadas por nulidad textual -artículo 1.721 inc. final-, nulidad absoluta -artículo 1.717- y nulidad relativa.

Todas estas nulidades no excluyen casos de inexistencia jurídica, como por ejemplo si las capitulaciones matrimoniales se celebran por instrumento privado. -Artículo 1.721-.

12 Artículo 1.716.inc. 1º, “*Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, y sólo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio, y siempre que se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse aquél o dentro de los treinta días siguientes. Pero en los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior, bastará que ese pacto conste en dicha inscripción. Sin este requisito no tendrá valor alguno*”.

13 Artículo 1.723. “*Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán substituir el régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación total. También podrán substituir la separación total por el régimen de participación en los gananciales*”.

3. EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

3.1. ANTECEDENTES GENERALES

Puede la sociedad conyugal ser definida como la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho de contraer matrimonio a falta de pacto en contrario, tal concepto se desprende de los artículos 1.718 y 135.

Por su parte RODRÍGUEZ GREZ, entiende la sociedad conyugal como: "el régimen patrimonial de bienes establecido en la ley, que se contrae por el solo hecho del matrimonio sino se pacta otro régimen diverso alternativo, y que tiene por objeto consagrar una comunidad de gananciales entre los cónyuges".¹⁴

La sociedad conyugal como se ha dicho se inicia de pleno derecho por el sólo hecho del matrimonio y termina en el caso que se cumpla alguna de las causales expresadas en el artículo 1.764.

3.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Se afirma normalmente que la sociedad conyugal de sociedad sólo tiene el nombre por diversas razones, entre otras, no puede ser sociedad porque la sociedad conyugal no tiene personalidad propia y, por lo tanto, no posee patrimonio, nombre, y ni domicilio propio.

Comúnmente se afirma que su naturaleza jurídica es sui generis¹⁵ y si de conceptualizarla se trata se puede afirmar que se trata de una comunidad restringida de gananciales.

3.3. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

1. No es una sociedad en los términos del artículo 2.053. Induce a error lo dispuesto inc. 2º artículo 2.056.
2. No es una persona jurídica distinta de los cónyuges individualmente considerados.
3. Tiene un administrador ordinario, el marido. En caso de que el marido esté impedido de administrar sobreviene la administración extraordinaria, que la ley concede a la mujer o a un tercero, con facultades, eso sí, distintas a las que corresponden al marido. -Artículo 1.749-.
4. Durante la sociedad conyugal, "*El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales;*". -Artículo 1.750-.
5. La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos de excepción enunciados en el artículo 145. -Artículo 1752-.

Hoy en día el citado artículo 1.752 lleva a confusión, ya que más correcto que afirmar que la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales -que si los tiene- sería sostener que no tiene injerencia en la administración de los mismos y no puede, en consecuencia, exigir que se le entregue alguna parte de tales bienes mientras dure la administración ordinaria de la sociedad conyugal.

6. La sociedad conyugal principia al momento de contraer matrimonio y no se extiende más allá del matrimonio. Como se ha dicho inc. final del artículo 1.721 consagra un caso de nulidad textual.

14 RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, ob. cit., p. 53.

15 Corte Suprema, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 26, p. 522, citado por FRIGERIO CATALDI, CESAR, Ob. cit., p. 23.

- 7 . La sociedad conyugal se extiende en general a todos los bienes que los cónyuges tienen al momento de contraer matrimonio, con algunas excepciones. -Artículos 1.725 N° 4 y 1.736-
- 8 . La sociedad conyugal se extiende a todos los bienes que se adquieran durante el matrimonio a título oneroso, por cualquiera de los cónyuges, exceptuados los mencionados en el artículo 1.727 y los inmuebles del artículo 1.736.
- 9 . El activo de la sociedad conyugal está representado por un haber absoluto o real y otro relativo o aparente. Al haber absoluto ingresan los bienes que lo hacen de manera definitiva sin derecho a recompensa, en cambio en el caso del haber relativo la sociedad conyugal se hace dueña de dichos bienes quedando pendiente la obligación de compensar su valor a través del correspondiente derecho de recompensa.
- 10 . El pasivo de la sociedad conyugal también puede ser absoluto o real, en el caso que la sociedad pague obligaciones que en definitiva debe soportar, y aparente o relativo, en el caso que la sociedad conyugal pague obligaciones que en definitiva no debe soportar, como cuando paga obligaciones personales de alguno de los cónyuges. -Artículo 1.740 N° 3-
- 11 . La mujer goza de privilegios especiales al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Tales prerrogativas buscan protegerla de una mala administración del marido. Ej.; puede renunciar a los gananciales para no responder del pasivo de la sociedad conyugal, puede invocar el beneficio de emolumentos -artículos 1.767 y 1.777-, puede realizar las deducciones señaladas en el artículo 1.770 con preferencia al marido, etc.
- 12 . A la disolución de la sociedad conyugal esta deviene en una comunidad sometida a reglas especiales en cuanto a su extensión, ya que se encuentra amparada por presunciones especiales -artículo 1.737- y, en lo referido a los derechos de los comuneros, como por ejemplo lo beneficios en favor de la mujer, de los que evidentemente no goza un comunero en la liquidación de una comunidad ordinaria. En lo demás se rige por las reglas generales. -Artículo 1776-
- 13 . Extinguida la sociedad conyugal se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges antes de su liquidación se ha adquirido con bienes sociales. -Artículo 1.739 inc. final-
- 14 . La sociedad conyugal, a partir de entrada en vigencia de la ley 18.802, no altera la capacidad civil de la mujer.
- 15 . El régimen de sociedad conyugal, sólo puede ser sustituido durante su vigencia por el régimen de separación de bienes o el de participación en los gananciales -artículo 1723-. Disuelta la sociedad conyugal no puede restablecerse por ningún medio. -Artículo 165-
- 16 . Corresponde a la sociedad conyugal el mantenimiento de la familia común. -Artículo 1.740-

3. 4. PATRIMONIOS QUE SE DISTINGUEN EN EL RÉGIMEN

Para analizar la composición del patrimonio es necesario distinguir entre lo que ocurre al interior de la sociedad conyugal entre marido y mujer, que denominaremos "fase interna", y lo que ocurre en la "fase externa", esto es entre la sociedad conyugal como un todo y los terceros que se relacionan con la sociedad conyugal.

En la fase externa pueden distinguirse uno o dos patrimonios, el de la sociedad conyugal siempre, y en algunos casos excepcionales un patrimonio adicional, como el caso del patrimonio reservado de la mujer casada, mientras que en la fase interna de la sociedad conyugal pueden distinguirse tres patrimonios:

- a) El de la sociedad conyugal.
- b) El del marido.
- c) El de la mujer.

3.4.1. ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

En el patrimonio de la sociedad conyugal puede distinguirse un haber absoluto y un haber relativo. Al haber absoluto

ingresan todos aquellos bienes que lo hacen en forma definitiva e irrevocable, mientras que al haber relativo ingresan aquellos bienes que lo hacen en forma transitoria generando un derecho de recompensa a favor de alguno de los cónyuges.

3. 4. 1. 1. COMPOSICIÓN DEL HABER ABSOLUTO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Según prescribe el artículo 1.725 el haber de la sociedad conyugal se compone:

1.º De los salarios y emolumentos¹⁶ de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio. (Artículo 1725 N° 1)

El salario, en una acepción restringida puede entenderse como la cantidad de dinero con que se remunera a los trabajadores normalmente dependientes. Sin embargo, es evidente que el sentido de la expresión es más amplia y comprende también por ejemplo los honorarios cobrados por un profesional.

Emolumentos, son aquellas remuneraciones adicionales que corresponden a un cargo o empleo.

ALESSANDRI, ROSSEL Y FRIGERIO sostienen que el trabajo debe haber sido efectuado dentro de la vigencia de la sociedad conyugal aunque se pague después. Rodríguez Grez, a nuestro juicio en la tesis correcta, sostiene que la expresión devengar dice relación con el momento en el cual surge el derecho a cobrar una prestación económica por un trabajo o servicio correlativo, no siendo siempre coetáneo dicho momento con el de la prestación del servicio.

Dicho de otra manera un derecho se encuentra devengado en el caso de que en la relación jurídica respectiva, se haya cumplido el hecho que condiciona su exigibilidad -hecho condicionante-.

En este número no se entienden comprendidas las pensiones de gracia según lo prescribe el artículo 150.

2.º *De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio. (1.725 N°2)*

Se puede decir que ingresan todos los frutos naturales o civiles, provengan de los bienes sociales o de los propios, los que más que verdaderos frutos -Artículos 810 y 2.466 son inductivos a error- pueden considerarse como un verdadero derecho de legal de goce instituido a favor de la sociedad conyugal en relación a los bienes propios de cada cónyuge.

En cambio los frutos producidos por los bienes sociales no requieren como título el derecho legal de goce, sino que el título en virtud del cual la sociedad conyugal adquiere dichos frutos es por accesión discreta¹⁷, en opinión de algunos ya que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, como una extensión natural de las facultades que entrega el derecho de dominio, en particular la facultad de goce, según otros¹⁸.

Minas, bosques y arbolados también se comprenden en este número, pues aun cuando no se trata de *frutos*, si se encuadran dentro del concepto de *lucros*.

El artículo 1.737 dispone que los frutos pertenecientes a la sociedad conyugal deben adicionarse a ella, aun cuando se perciban después de extinción.

3.º *De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso. (1.725 N° 5)*

Excepciones:

- No ingresan los bienes raíces debidamente subrogados. -Artículo 1727 N° 1-.
- Cosas compradas con dineros propios de las capitulaciones matrimoniales o donaciones. -Artículo 1727 N° 2-.
- Aumentos materiales de los bienes propios de algunos de los cónyuges. -Artículo 1.727 N° 3-.

16

17 RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, ob. cit. p. 52.

18 ROZAS VIAL, FERNANDO, "Los Bienes", Ed. Forense Ltda., 1ª Edición, 1984, p. 155.

- Bienes adquiridos a título oneroso cuando la causa de la adquisición ha precedido al matrimonio. -Artículos 1.736, 1.725, 1.728, 1.729, 1.730-.

El artículo 1.736¹⁹ ha establecido siete casos en los cuales el inmueble adquirido durante la sociedad conyugal, no ingresa a ella, debido a que la causa de la adquisición se encuentra en un hecho anterior al matrimonio.

4º *Las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos se agregan al haber social. -Artículo 1.730-.*

Una pertenencia minera se adquiere como consecuencia de una gestión judicial, por lo que representa una actividad productiva económica que se realiza durante la vigencia de la sociedad conyugal, y que tiene como resultado la adquisición de un derecho real.

3.4.1.2. COMPOSICIÓN DEL HABER RELATIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Como se ha dicho al haber relativo de la sociedad conyugal ingresan aquellos bienes que lo hacen transitoriamente, pues respecto de ellos se encuentra conferido al cónyuge propietario del bien un crédito o derecho de recompensa contra la sociedad que es su deudora, equivalente al valor de adquisición del bien²⁰.

Dicho crédito sólo puede hacerse valer al momento de la disolución de la sociedad conyugal.

El haber relativo de la sociedad conyugal está compuesto por:

1. Cosas muebles adquiridas a título gratuito. -Artículo 1.725. Nº 3 y 4-.

Como las cosas muebles que tenían antes de contraer matrimonio los cónyuges, o las donaciones, herencias o legados adquiridos a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal.

2. Donaciones remuneratorias. -Artículo 1738-.

Según el artículo 1.433 se entienden donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de

19 Artículo 1736. *“La especie adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella.*

Por consiguiente:

1.º *No pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella;*

2.º *Ni los bienes que se poseían antes de ella por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal;*

3.º *Ni los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación;*

4.º *Ni los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica;*

5.º *Tampoco pertenecerá a la sociedad el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge, los frutos solos pertenecerán a la sociedad;*

6.º *Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor. Lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después.*

7.º *También pertenecerán al cónyuge los bienes que adquiera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste de un instrumento público, o de instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el artículo 1703. Si la adquisición se hiciera con bienes de la sociedad y del cónyuge, éste deberá la recompensa respectiva. Si los bienes a que se refieren los números anteriores son muebles, entrarán al haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge adquirente la correspondiente recompensa”.*

20 Artículo 1.734 del Código Civil.

servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse. Si no consta por escritura privada o pública, según el caso, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especifican los servicios, la donación se entiende gratuita.

Entonces lo prescrito por el artículo 1.738 se puede esquematizar de la siguiente forma:

Si la donación consistió en bienes raíces.

- Si la donación remuneratoria no daba acción para exigir su cumplimiento: dichos bienes ingresan al haber propio del cónyuge donatario.
- Si la donación remuneratoria daba acción para exigir su cobro: los bienes ingresan al haber social.
- Si se trata de servicios prestados antes de la vigencia de la sociedad conyugal: ingresan al haber propio del cónyuge donatario.

Bienes Muebles.

- Si los bienes donados no daban acción para exigir su cobro: ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal. Se explica por misma razón de N° 3 y 4 del artículo 1.725.
- Si daban acción ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal.
- Si se trata de donaciones por servicios prestados antes de la vigencia de la sociedad conyugal, lo donado ingresa al haber relativo y se debe recompensa. También se explica por misma razón de N° 3 y 4 del artículo 1.725.

3. El tesoro

El artículo 1.731, dispone que la parte del tesoro que según la ley pertenece al que lo encuentra²¹ se agregará al haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge la correspondiente recompensa; y la parte del tesoro, que según la ley pertenece al dueño del terreno en que se encuentra, se agregará al haber de la sociedad, la que deberá recompensa al cónyuge que fuere dueño del terreno.

3. 4. 1. 3. HABER PROPIO DE CADA CÓNYPUGE

El dominio de estos bienes es de cada cónyuge, son administrados por el jefe de la sociedad conyugal, pero sus frutos pertenecen a la sociedad conyugal. -Artículo 1.725 N° 2-.

Componen el haber propio de cada cónyuge los siguientes bienes:

a. Los bienes raíces aportados por los cónyuges al matrimonio

A pesar de que no existe una norma que lo establezca de manera expresa, se deduce claramente de los números 3 y 4 del artículo 1.725, que limitan a los bienes muebles los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio, quedando excluidos en consecuencia los bienes raíces.

b. Los bienes raíces adquiridos a título gratuito por el respectivo cónyuge durante la vigencia de la

21 Artículo 626. “El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá por partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento.

Pero esta última no tendrá derecho a su porción, sino cuando el descubrimiento sea fortuito o cuando se haya buscado el tesoro con permiso del dueño del terreno.

En los demás casos, o cuando sean una misma persona el dueño del terreno y el descubridor, pertenecerá todo el tesoro al dueño del terreno”.

sociedad conyugal. -Artículos 1726 y 1732-.

Como se ha dicho el principio inspirador en esta materia puede resumirse de la siguiente manera: los bienes inmuebles que se adquieren a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresan al haber propio del cónyuge beneficiado, si se trata de bienes muebles estos ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal.

Si se trata de bienes raíces con carga, de aquellas reguladas por el artículo 1405, deben estas ser soportadas por la sociedad conyugal, de acuerdo a lo dispuesto por el N° 1 del artículo 1740, sin derecho a recompensa en razón de que los frutos de dichos bienes van en beneficio de la sociedad conyugal.

c.- Los aumentos y mejoras experimentados por los bienes propios de los cónyuges. -Artículo 1727 N° 3-.

d.- Los bienes muebles excluidos de la sociedad en las capitulaciones matrimoniales. -Artículo 1720 inc. 2°-.

En las capitulaciones matrimoniales los cónyuges pueden validamente excluir de la sociedad conyugal cualquiera parte de sus especies muebles. Estos bienes los administra el marido y debe restituirlos en especie al término de la sociedad conyugal. -Artículo 1755-.

e. Créditos y recompensas que los cónyuges pueden hacer valer en contra de la sociedad conyugal

Las recompensas que adeuda la sociedad conyugal a los cónyuges aumenta el haber de éstos como todo derecho personal que integre su patrimonio.

f.- Inmuebles subrogados²² a inmuebles o valores propios de cada cónyuge

Como se sabe, la subrogación real es la sustitución de una cosa por otra, en términos que la nueva pasa a ocupar jurídicamente el lugar de la antigua.

Tiene lugar cuando un inmueble que se adquiere a título oneroso no ingresa al haber social sino al propio cónyuge, que era dueño de otro inmueble o de valores destinados a adquirir bienes, cumpliéndose los demás requisitos legales.

La finalidad de ésta institución es mantener intacto el haber propio de cada cónyuge, pero a la vez permitir la circulación de los bienes, y que por lo mismo no queden inmovilizados por todo el tiempo que dure la sociedad conyugal.

La subrogación puede ser de inmueble a inmueble²³, la que a su vez puede ser por permuta o por compra. También puede ser de inmueble a valores²⁴.

22 FRIGERIO CATALDI, CESAR, ob. cit., p. 36.

23 Artículo 1.733. inc 1° *“Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero; y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar”.*

24 Artículo 1.733. inc. 2° *“Puede también subrogarse un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges, y que no consistan en bienes raíces; mas para que valga la subrogación, será necesario que los valores hayan sido destinados a ello, en conformidad al número 2.° del artículo 1.727, y que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar.*

Si se subroga una finca a otra y el precio de venta de la antigua finca excediere al precio de compra de la nueva, la sociedad deberá recompensa por este exceso al cónyuge subrogante; y si por el contrario el precio de compra de la nueva finca excediere al precio de venta de la antigua, el cónyuge subrogante deberá recompensa por este exceso a la sociedad.

Si permutándose dos fincas, se recibe un saldo en dinero, la sociedad deberá recompensa por este saldo al cón-

Se discute en doctrina la validez de la denominada subrogación por anticipación, esto es, comprar primero el bien que se desea subrogar, y posteriormente enajenar el bien subrogado. ROSSEL es partidario de aceptar la subrogación por anticipación, en cambio ALESSANDRI, FUEYO Y FRIGERIO se inclinan por la negativa fundados en que siendo la subrogación una excepción, la institución es de derecho estricto no permitiéndose, por tanto, interpretación extensiva de la misma. Si la adquisición ocurriera primero se estaría perjudicando a la sociedad conyugal, la que injustamente debería soportar el riesgo de la operación.

La subrogación de inmueble a valores -tratada en los artículos 1.727 N° 2 y 1.733 inc. 2º- exige los siguientes requisitos:

1. Que durante la sociedad conyugal se adquiriera un inmueble con valores propios de algún cónyuge.
2. Que estos valores propios hayan sido destinados a la subrogación en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.
3. Que en la escritura de compra del inmueble se deje constancia de la inversión de los valores.
4. Que se deje constancia del ánimo de subrogar.
5. Que exista proporcionalidad entre los valores y el precio del bien que se adquiere.

Lo cierto es que la proporcionalidad es un requisito exigido a todas las clases de subrogación tratadas en los artículos 1.733 y 1.734. La ley permite cierta diferencia de valores entre los bienes que se subrogan, naciendo en estos casos los correspondientes créditos ya sea en contra de la sociedad o de los cónyuges, sin embargo, si el saldo es superior a la mitad del precio del bien que se recibe no se entiende haber subrogación de acuerdo al inc. 6º del artículo 1733, si no que el bien ingresa al haber absoluto de la sociedad conyugal, la que queda obligada al cónyuge por el precio del bien propio enajenado.

3. 4. 2. PASIVO DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Al estudiar el pasivo de la sociedad conyugal se debe distinguir entre la obligación a la deuda y la contribución a la deuda.

La diferencia se explica ya que existen personas que deben pagar, pero que no necesariamente deben soportar el pago en su patrimonio propio, si no que dichos pagos deberán imputarse en definitiva a otros patrimonios.

El problema de la obligación a la deuda solo tiene importancia durante la vigencia de la sociedad conyugal, una vez disuelta los pagos se realizan imputándolos inmediatamente al patrimonio que en definitiva debe soportarlos.

3. 4. 2. 1. OBLIGACIÓN A LA DEUDA

Personas que están obligadas al pago.

- a. Obligaciones que dan acción contra los bienes del marido y de la sociedad conyugal. -Regla General-

Como hemos señalado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1.750, en la fase externa de la sociedad conyugal se distinguen solo dos patrimonios, ya que los bienes propios del marido se confunden con los de la sociedad conyugal.

yuge subrogante, y si por el contrario se pagare un saldo, la recompensa la deberá dicho cónyuge a la sociedad.

La misma regla se aplicará al caso de subrogarse un inmueble a valores.

Pero no se entenderá haber subrogación, cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediere a la mitad del precio de la finca que se recibe, la cual pertenecerá entonces al haber social, quedando la sociedad obligada a recompensar al cónyuge por el precio de la finca enajenada, o por los valores invertidos, y conservando éste el derecho de llevar a efecto la subrogación, comprando otra finca.

La subrogación que se haga en bienes de la mujer exige además la autorización de ésta”.

1. Toda deuda contraída por el marido durante la sociedad conyugal, o por la mujer con autorización del marido o de la justicia en subsidio. – Artículo 1.740 N° 2-.

2. Obligaciones contraídas por el marido antes del matrimonio. –Artículo 1.740 N° 3-.

3. Deudas contraídas por la mujer con mandato otorgado por el marido. -Artículo 1.751-.

4. Contratos celebrados por hombre y mujer de consuno o en que la mujer se obliga solidaria o subsidiariamente con el marido. –Artículos 1.751 inc. 3º, 161, 150 inc. 5º, 166, 167-.

5. Obligaciones provenientes de compras que la mujer haga al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, salvo que éstas accedan en beneficio particular de ella, comprendido en esta beneficio el de la familia común en la parte que de derecho haya debido proveer a las necesidades de ésta, caso en el cual la mujer concurre con sus bienes propios hasta concurrencia de dicho beneficio. -Artículos 137 inc. 2º y 134-.

b. Obligaciones que dan acción contra los bienes sociales, del marido y de la mujer

1. Obligaciones contraídas por la mujer antes del matrimonio. -Artículos 1.750 inc. 2º, 1.740 N° 3, 2465-.

RODRÍGUEZ ²⁵ piensa que es excesivo, pues si bien sería injusto perjudicar al tercero acreedor, también parece injusto favorecerlo de un modo tan ostensible, al incrementarse el patrimonio del tercero acreedor en tan grande proporción.

2. Obligaciones contraídas por el marido en actos que ceden en utilidad personal de la mujer. -Artículo 1.750 inc. 2º-.

3. Obligaciones que contrae la mujer conjunta, solidaria o subsidiariamente del marido, siempre que le reporten utilidad personal a la mujer y hasta concurrencia de esa utilidad. (Artículo 1750 inc. 2º)

4. Obligaciones originadas en delitos o cuasidelitos cometidos por la mujer. -Artículos 1.740 N° 3 y 1.748 y la mujer por su carácter personal-.

5. Obligaciones que emanan directamente de la ley. Impuestos, alimentos forzosos, cuasicontrato en que la mujer tenga un rol pasivo, etc.

6. Obligaciones contraídas por la mujer parcialmente separada de bienes, habiendo el marido accedido a ellas como fiador o de otro modo. -Artículo 161 inc. 2º-

7. Obligaciones contraídas por la mujer parcialmente separada de bienes cuando el contrato ha reportado beneficio al marido. (Familia común) -Artículo 161 inc. 3º-.

8. Si las compras al fiado de la mujer acceden también en su beneficio particular. -Artículo 137 inc. 2º-.

C. Obligaciones que sólo dan acción contra los bienes de la mujer

Sólo un caso, cuando la mujer tiene la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, y en éste ejercicio avala, afianza simple o solidariamente u otorga otra caución sin autorización de la justicia. -Artículo 1759. inc.º 6)²⁶.-.

Por regla general la sociedad sigue obligada al pago de las deudas personales de cada uno de los cónyuges.

La ley 18.802 derogó el inciso 4º del artículo 2.320 que hacía responsable al marido por la conducta de su mujer en el caso de delitos y cuasidelitos. Antes de la citada ley la mujer no respondía con sus bienes propios por sus propios delitos y cuasidelitos. Hoy responde con los bienes comprendidos en los artículos 150, 166 y 167, esto es, los bienes reservados de la mujer casada en sociedad conyugal, los bienes donados o asignados a la mujer de acuerdo a artículo 166 y los que en la capitulaciones matrimoniales se haya pactado que la mujer administre separadamente en conformidad al artículo 167, en las situaciones previstas en el artículo 161.

25 RODRÍGUEZ GREZ, p. 91.

26 Artículo modificado por la Ley 18.802.

d. Obligaciones que sólo pueden hacerse valer sobre los bienes propios del marido

También encontramos sólo un caso, y en este punto la ley se aparta del principio de que los bienes del marido se confunden con los de la sociedad conyugal.

Esta situación se presenta si el marido sin autorización de la mujer, se constituye aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros. -Artículo 1.749 inc. 5º-

3. 4. 2. 2. CONTRIBUCIÓN A LA DEUDA

Al analizar el problema de la contribución a la deuda debemos ubicarnos en lo que hemos denominado fase interna de la sociedad conyugal.

Es necesario tener presente que, como en algunos casos la sociedad conyugal asume provisionalmente el pago de algunas obligaciones que no le corresponden, en definitiva, por lo que será necesario distinguir entre un pasivo provisorio y un pasivo definitivo.

Pasivo Definitivo

Lo componen las siguientes obligaciones pagadas por la sociedad conyugal.

1.- Pensiones e intereses que corran contra la sociedad conyugal, o cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la vigencia de la sociedad. -Artículo 1.740 N° 1-.

2. Obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o por la mujer con autorización del marido o de la justicia en subsidio y que no fueran personales de aquél o ésta. -Artículo 1740 N° 2-.

3. Las derivadas del pago de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido. -Artículo 1.740 N° 2 inc. 2º-.

Para garantizar obligaciones sociales y no personales o de terceros. -Artículos 1.749 inc. 5º, 1.749 inc. 6º y 1.750 inc. 2º-.

4. Las que tienen su origen en todas las cargas y reparaciones usufructuarias²⁷ de los bienes sociales o de cada cónyuge. -Artículo 1.740 N° 4-.

5.- Las que deriven del mantenimiento de los cónyuges, del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de toda otra carga familiar. -Artículos 1.740 N° 5 y 222, 228, 230²⁸)

Las expensas de educación pueden ser ordinarias o extraordinarias, ambas son de cargo de la sociedad conyugal. (Artículo 1744)

²⁷ Artículo 795. *Corresponden al usufructuario todas las expensas ordinarias de conservación y cultivo.*

Artículo 796. *Serán de cargo del usufructuario las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria y que durante el usufructo se devenguen. No es lícito al nudo propietario imponer nuevas cargas sobre ella en perjuicio del usufructo.*

Corresponde asimismo al usufructuario el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales, que la gravan durante el usufructo, en cualquier tiempo que se haya establecido.

Si por no hacer el usufructuario estos pagos los hiciera el propietario, o se enajenare o embargare la cosa fructuaria, deberá el primero indemnizar de todo perjuicio al segundo”.

²⁸ Artículo 230. *“Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán. Si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas. En caso de fallecimiento del padre o madre, dichos gastos corresponden al sobreviviente”.*

La obligación de mantenimiento, educación y establecimiento se hace extensiva a los hijos adoptados ya que son considerados descendientes comunes.

La ley regula como carga de familia “los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges”, pero en este caso puede el juez moderar el gasto si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge. (Artículo 1740 N° 5 inc. 2°)

6.- Aquellas originadas de una reserva efectuada por la mujer en las capitulaciones matrimoniales de una cantidad de dinero que pueda responder a su arbitrio. La cantidad antedicha será de cargo de la sociedad conyugal a menos que el marido se hubiera impuesto esta carga. (Artículo 1740 inc. final)

Pasivo Provisional

Las obligaciones que pagadas por la sociedad integran el pasivo provisional, ya que generan un crédito o recompensa a favor de la misma, son las siguientes:

1. Deudas personales de cada uno de los cónyuges que tuvieran su origen antes del matrimonio o durante su vigencia en el caso de que hubiere cedido sólo en utilidad de ese cónyuge. (Artículo 1740 N° 3)

Si la deuda se contrajo antes del matrimonio, se presume “personal”, en cambio si se contrajo durante la sociedad conyugal se presume social, salvo que se acredite haber cedido en exclusivo beneficio de la mujer o del marido.

2. Toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común. (Artículo 1747)

Rodríguez²⁹ señala que el artículo 1742 en su primera parte contiene una lamentable reiteración, al disponer que se debe recompensa por el valor de toda donación que se hiciera de cualquier parte del haber social, pues queda comprendida la situación descrita en el artículo 1747, referida a donaciones cuantiosas de bienes sociales a favor de un tercero.

3. Precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los esposos. -Artículo 1745-

La regla general es que las inversiones que se hacen en los bienes propios de los cónyuges constituyen un pasivo provisional para la sociedad conyugal.

Artículo 1.745, inc. 1°, expresa que dichas inversiones se presumirán erogadas por la sociedad, a menos de prueba contraria, y se le deberán abonar.

4. Las expensas hechas en los bienes propios de cada uno de los cónyuges dan lugar a recompensa a favor de la sociedad siempre y cuando ellas hayan aumentado el valor de los bienes, y que este aumento subsista a la fecha de la disolución de la sociedad. -Artículo 1.746-

Se debe el aumento de valor si éste es inferior al monto de aquellas, en caso de que el aumento de valor sea superior al valor de las expensas se debe solo el valor de estas.

5. Se debe recompensa a la sociedad conyugal por los pagos que ésta hiciera en multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado cualquiera de los cónyuges por delito o cuasidelito. -Artículo 1.748, Principio general 2.329-

Antes se discutía si el marido debía responder por los delitos de su mujer cuando había ejercido su autoridad para evitarlo y no lo había conseguido. Hoy tal discusión carece de sentido, pues la potestad marital se encuentra derogada.

El cónyuge culpable debe recompensa a la sociedad conyugal y no al cónyuge inocente, pues esta es la que ha hecho el pago, con dineros que en teoría también le pertenecen al culpable. -Artículo 1.748 primera parte-

6. Los alcances que se produzcan en razón de la subrogación de un bien propio de un cónyuge.

3. 4. 2. 3. LAS RECOMPENSAS

Las recompensas son créditos que se reconocen a favor del patrimonio de la sociedad conyugal, de la mujer y del marido.

Como se ha explicado tienden a compensar los patrimonios en el caso de que uno de ellos haya pagado una obligación que en definitiva no debe soportar.

a. Características

1. Las recompensas son renunciables, pero sólo después de disuelta la sociedad conyugal -artículo 12-, antes sólo existe una mera expectativa y lo que es renunciable son los derechos adquiridos.

2. Son establecidas y liquidadas por el liquidador de la sociedad conyugal que para éstos efectos actúa como árbitro arbitrador. -Artículo 1.734-

3. El partidor debe procurar en la medida de lo posible, que la suma pagada tenga el mismo valor adquisitivo, que la suma invertida al originarse la recompensa. -Artículo 1.734-

4. La mujer goza de preferencia para el pago de las recompensas. -Artículo 1.773-

5. La renuncia a los gananciales por parte de la mujer no afecta su derecho a recompensa ni extingue su obligación a este respecto. -Artículo 1.784- El principio es que las recompensas son independientes de los gananciales.

b. Clases de Recompensas

1. De la sociedad conyugal a los cónyuges

Bienes muebles aportados, bienes muebles a título gratuito, bienes subrogados cuando el precio del bien adquirido ha sido inferior al bien enajenado propio del cónyuge. -Artículo 1.736, 1.741-

La regla general se da en el caso de que el cónyuge pague con dinero propio obligaciones de la sociedad conyugal.

2. De los cónyuges a la sociedad conyugal

Pago de deudas personales -artículo 1.740 N° 3-, donaciones de bienes sociales -Artículos 1.742, 1.745, 1.746-, perjuicios causados por dolo o culpa grave -artículo 1.748-, alcances en subrogación -artículo 1.733-, donaciones remuneratorias de cosas muebles -artículo 1.738-

3. De un cónyuge a otro

Esta clase de recompensas se producen en el caso de que un cónyuge pague con recursos propios obligaciones del otro cónyuge, también en el caso de que con dolo un cónyuge cause un daño en los bienes personales del otro cónyuge.

3. 6. ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Le corresponde al marido el que para poder asumirla debe ser capaz. Sus funciones principales son dos:

a. El manejo de los negocios sociales.

b. La administración de los bienes propios de la mujer.

3. 6. 1. CARACTERÍSTICAS

1. Se afirmaba que el hombre más que un administrador se comportaba como dueño de los bienes sociales, -artículos 1.749, 1.750, 1.752- hoy después de la entrada en vigencia de las Leyes 10.271, 18.802 y 19.335, la mujer es ya una verdadera co-administradora.

2. Le corresponde al marido de pleno derecho, por el sólo hecho del matrimonio. Esta regla no puede ser alterada por ser de orden público.

3. Le corresponde al marido jurídicamente capaz.

4. Se prolonga por todo el tiempo de vigencia de la sociedad conyugal salvo interdicción, ausencia o quiebra del marido.

5. El marido no está obligado a rendir cuenta de su administración.

6. Sólo responde de culpa grave y dolo. -Artículos 1.748 y 1.771-.

7. La mala administración del marido puede dar motivo a la disolución de la sociedad conyugal por sentencia judicial que decrete la separación de bienes. -Artículo 155-.

FORMA EN QUE SE REALIZA LA ADMINISTRACIÓN ORDINARIA

El marido es respecto de terceros dueño de los bienes sociales. -Artículos 1.750 y 1.752-.

3. 6. 2. 1. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES EN GENERAL

- a . El marido no puede sin autorización de la mujer disponer a título gratuito de los bienes sociales, sean muebles o raíces. -Incisos 4º y 8º artículo 1.749³⁰, 1.735-.
- b . Si se constituye aval, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, sin autorización de la mujer, no obliga los bienes sociales sino sus bienes propios. -Inc. 5º artículos 1.749, 1.752, 145-.

3. 6. 2. 2. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES RAÍCES SOCIALES

- a . No puede enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales sin autorización de la mujer. -Inc. 3º artículo 1.749-. La sanción es la nulidad relativa.

30 Artículo 1749. *“El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales.*

Como administrador de la sociedad conyugal, el marido ejercerá los derechos de la mujer que siendo socia de una sociedad civil o comercial se casare, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150.

El marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales ni los derechos hereditarios de la mujer, sin autorización de ésta.

No podrá tampoco, sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales salvo el caso del artículo 1735, ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido.

Si el marido se constituye aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, sólo obligará sus bienes propios.

En los casos a que se refiere el inciso anterior para obligar los bienes sociales necesitará la autorización de la mujer”.

- b. No puede dar en arriendo o ceder la tenencia, sin autorización de la mujer, de los bienes raíces urbanos por más de cinco años, ni los rurales por más de ocho. -Inc. 4º artículo 1.749-. La sanción a la trasgresión es la inoponibilidad.
- c. No puede, sin autorización de la mujer, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales. -Inc. 4º artículo 1.749- Salvo en el caso exceptuado en el artículo 1.735. La sanción es la nulidad relativa.

3. 6. 2. 3 AUTORIZACIÓN DE LA MUJER ³¹

La autorización que entrega la mujer para ser válida debe cumplir los siguientes requisitos:

- 1. Ser específica.
- 2. Otorgarse por escrito y por escritura pública si el acto que se quiere ejecutar requiere de dicha solemnidad, o bien interviniendo expresa y directamente en el acto.³²
- 3. Puede prestarse por medio de mandato especial. -Artículo 1.749 inc. 5º última parte, 1.754 inc. 2º-.
- 4. Puede revocarse sin efecto retroactivo.³³

FORMAS DE AUTORIZACIÓN SUPLETORIAS A LA DE LA MUJER

Es posible suplir por el juez la autorización de la mujer con conocimiento de causa y citación de la misma si la negare sin justo motivo, en caso de algún impedimento de la mujer, como el de menor edad, demencia, ausencia real o aparente u otro, y que de la demora se siguiere perjuicio.

No podrá suplirse dicha autorización si la mujer se opusiere a la donación de los bienes sociales. -Incisos octavos y final del artículo 1.749-.

3. 6. 2. 4. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES MUEBLES SOCIALES

El marido no requiere de autorización alguna para administrar los bienes muebles sociales. -Inc. 1º artículo 1.749-. La excepción la constituye si pretende donar bienes muebles sociales. Sin embargo, si las donaciones fueran de poca monta si puede hacerlo de acuerdo a lo previsto en el artículo 1.735.

3. 5. 2. 5. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS DE LA MUJER

El marido administra sus bienes propios sin limitación alguna, tal como lo hacía antes de contraer matrimonio.

31 Artículo 1749, inc. 6º: *“La autorización de la mujer deberá ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso.*

La autorización a que se refiere el presente artículo podrá ser suplida por el juez, con conocimiento de causa y citación de la mujer, si ésta la negare sin justo motivo. Podrá asimismo ser suplida por el juez en caso de algún impedimento de la mujer, como el de menor edad, demencia, ausencia real o aparente u otro, y de la demora se siguiere perjuicio. Pero no podrá suplirse dicha autorización si la mujer se opusiere a la donación de los bienes sociales”.

32 Pablo Rodríguez cree que lo debe hacer expresando su voluntad de autorizar.

33 Pablo Rodríguez piensa que no se puede revocar.

Los bienes propios de la mujer los administra el marido, según lo dispuesto por los artículos 135³⁴ y 1.749 y el usufructo legal³⁵ de estos bienes también le corresponde a él. -Artículos 810 y 2.466 inc. 3º-.

Si la mujer realiza actos sobre sus bienes propios administrados por el marido la sanción sería la nulidad absoluta, en atención al hecho de que se trata de actos prohibidos por la ley. -Artículo 1.754, inc. final-.

Algunos actos de administración los puede ejecutar por sí sólo, en cambio para otros requiere la autorización de la mujer.

A. ACTOS QUE PUEDE EJECUTAR POR SI SÓLO

1. Actos de mera administración. Conservación, explotación y aprovechamiento de los bienes propios de la mujer. También, según lo dispuesto en el artículo 1.579: puede recibir pagos que se hagan a la mujer.
2. Adquirir para su mujer toda clase de bienes.
3. Dar en arrendamiento o tenencia bienes sociales por menos de 5 años en el caso de los urbanos o menos de ocho años en el caso de los rústicos. En el exceso estos actos son inoponibles a la mujer. -Artículos 1.749, 1.756-. En los plazos deben considerarse las prórrogas expresas o tácitas que se hayan pactado. -Artículo 1.757-.

B. ACTOS QUE NO PUEDE EJECUTAR POR SI SOLO³⁶

1. Enajenar y gravar bienes raíces de la mujer. -Artículo 1.754-.
2. Enajenar y gravar otros bienes de la mujer. -Artículo 1.755-.
3. No puede subrogar un bien raíz propio de la mujer por otro sin autorización de ella. -Artículo 1.733-.
4. No puede provocar la partición en que tenga interés la mujer. -Artículo 1.322³⁷ inc. 2º-.
5. No puede nombrar partidor. -Artículo 1.326³⁸-.
6. No puede arrendar ni ceder la tenencia de los bienes raíces de la mujer por más de 5 años en el caso de los urbanos ni más de

34 Artículo 135. inc. 1º, *“Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer; según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal”*.

35 Como se ha dicho la naturaleza jurídica corresponde más bien a un derecho legal de goce.

36 La mayoría de la doctrina cree que la sanción si se omite la autorización de la mujer sería la nulidad relativa, sin embargo, Pablo Rodríguez sostiene que es la inexistencia pues era un bien de la mujer y ha faltado su voluntad.

37 Artículo 1322. *“Los tutores y curadores, y en general los que administran bienes ajenos por disposición de la ley, no podrán proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos, sin autorización judicial.*

Pero el marido no habrá menester esta autorización para provocar la partición de los bienes en que tenga parte su mujer: le bastará el consentimiento de su mujer, si ésta fuere mayor de edad y no estuviere imposibilitada de prestarlo, o el de la justicia en subsidio”.

38 Artículo 1326. incs. 1º y 2º, *“Si alguno de los coasignatarios no tuviere la libre disposición de sus bienes, el nombramiento de partidor, que no haya sido hecho por el juez, deberá ser aprobado por éste. Se exceptúa de esta disposición la mujer casada cuyos bienes administra el marido; bastará en tal caso el consentimiento de la mujer, o el de la justicia en subsidio”*.

8 años en el caso de los rústicos. -Artículo 1.756-

3.5.3. ADMINISTRACIÓN ORDINARIA EJERCIDA POR LA MUJER

Regulada en el artículo 138 del Código Civil se produce por impedimento transitorio o temporal del marido, pues en el caso de que el impedimento sea de larga o indefinida duración se observa lo dispuesto en el párrafo 4º del Título de la Sociedad Conyugal es decir se entra a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal. -Artículos 1.758³⁹ y siguientes-

3. 5. 3. 1. REQUISITOS:

- a . El marido esté impedido temporalmente de administrar.
- b . La mujer debe actuar previa autorización judicial con conocimiento de causa.
- c . El marido no debe haber dejado mandatario habilitado.
- d .
- e . De la demora deben seguirse perjuicios ya sea para los bienes de la sociedad conyugal, de la mujer o del marido.

3. 5. 3. 2. EFECTOS

Se encuentran señalados en el inc. 3º del artículo 138, que expresa, que los actos de la mujer obligan al marido en sus bienes y en los sociales de la misma manera que si el acto fuera del marido y obliga además sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que reportare del acto.

RODRÍGUEZ estima que la mujer sin autorización de ninguna clase frente a la ausencia del marido puede ejecutar actos de mera administración, puesto que al igual que cualquier persona puede convertirse en una agente oficiosa, ello de acuerdo a las reglas generales contenida en los artículos 2.286⁴⁰ y siguientes del Código Civil.

3. 6. ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Se encuentra regulada en el párrafo 4º del título relativo a la sociedad conyugal -artículos 1.758 y siguientes-

La administración extraordinaria de la sociedad conyugal puede corresponder a la mujer, un tercero o al síndico de quiebras.

39 Artículo 1758. *“La mujer que en el caso de interdicción del marido, o por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, hubiere sido nombrada curadora del marido, o curadora de sus bienes, tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal.*

Si por incapacidad o excusa de la mujer se encargaren estas curadurías a otra persona, dirigirá el curador la administración de la sociedad conyugal”.

40 Artículo 2286. La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos.

3. 6. 1. CAUSALES QUE GENERAN LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA

- a . Marido declarado en interdicción.
- b . Impedimento de larga duración.
- c . Marido menor de edad.
- d . Marido declarado en quiebra.

3. 6. 2. CARACTERÍSTICAS DE LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA

- a . Es ejercida por un curador. Tercero o mujer-
- b . El curador o síndico en su caso debe rendir cuenta de su cometido a diferencia del marido.
- c . El curador o síndico en su caso responde de culpa leve. El marido sólo de culpa grave o dolo.
- d . La administración de la sociedad conyugal corresponde al curador de pleno derecho.

3. 6. 3. ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA EJERCIDA POR LA MUJER

Es necesario recordar que si la mujer no desea tomar sobre sí la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, puede solicitar la separación de bienes en los términos establecidos en el artículo 1.762, salvo cuando la causa de interdicción es la minoría de edad del marido, pues en este caso no existe un texto que autorice la separación de bienes en forma expresa.

Corresponde siempre que la mujer es curadora del marido, lo que ocurre en los siguientes casos:

- a . Demencia del marido. -Artículo 462-.
- b . Sordomudez del marido. -Artículos 470, 462, 463-.
- c . Larga ausencia del marido. -Artículos 475, 462, 1.758-.
- d . Minoría de edad del marido.⁴¹ -Artículo 139-. En este evento puede el juez designar a la mujer o a un tercero por aplicación de las reglas generales relativas a la guardas, si la interdicción del marido es decretada por disipación la mujer no puede ser curadora del marido porque así lo dispone expresamente el artículo 450 en relación con el 448 del Código Civil.

La razón detrás de esta disposición se encuentra en el hecho de que el marido interdicto por disipación puede ejercer presiones sobre su mujer, imposibles de resistir por ésta, con el propósito que le haga entrega de bienes que probablemente seguirá dilapidando.

3. 6. 3. 1. Facultades de la Mujer en la Administración Extraordinaria

- a . Bienes Sociales.

Los administra con las mismas facultades del marido requiriendo autorización en los mismos casos que él la requería.

Los actos ejecutados sin autorización acarrearán nulidad relativa. -Artículos 1.759 a 1.761-.

- b . Bienes Propios de la Mujer.

41 Salvo que según la doctrina mayoritaria se le defiera la curatela dativa a su mujer y la mujer la acepte. Pablo Rodríguez piensa que de todas maneras no procede pues el artículo 1758 no se refiere al marido menor de edad.

Como es obvio puede disponer de todos sin limitación alguna.

C . Bienes Propios del Marido.

Se aplican las reglas de la curaduría. Responde en su administración de culpa leve, debe rendir cuenta de su administración y solicitar autorización judicial para realizar ciertos actos. -Artículo 1.759-.

3. 6. 3. 2. EFECTOS DE LOS ACTOS EJECUTADOS POR LA MUJER

El artículo 1.760 establece un efecto especial: *“Todos los actos y contratos de la mujer administradora, que no le estuvieren vedados por el artículo precedente, se mirarán como actos y contratos del marido, y obligarán en consecuencia a la sociedad y al marido; salvo en cuanto apareciere o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la mujer”*.

3. 6. 4. ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA EJERCIDA POR UN TERCERO

Se produce en el caso en que la mujer no sea llamada a asumir la administración, -el marido es declarado en interdicción por disipación, artículo 450, si por minoría de edad es llamada otra persona que tiene preferencia, artículo 367- o en el caso de que se excuse de hacerlo⁴².

3. 6. 4. 1. FACULTADES DEL ADMINISTRADOR EXTRAORDINARIO

Son las que corresponden a los guardadores y se encuentran enumeradas en el artículo 415⁴³.

Deberá llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuere dable documentada de sus actos administrativos día a día y responderá de culpa leve.

3. 6. 4. 2. ADMINISTRACIÓN EJERCIDA POR EL SÍNDICO DE QUIEBRAS

La ley 18.175 señala que declarado en quiebra el marido, los bienes que componen la sociedad conyugal pasan a ser administrados por el síndico, no así los bienes propios de la mujer que siguen bajo la administración del marido, pero sujetos a la intervención del síndico. -Artículo 64 Ley de Quiebras-.

3. 6. 5. TÉRMINO DE LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA

Termina cuando cesa la causa que la produjo. Para que el marido recobre la administración se requiere decreto judicial previo -artículo 1.763-. Por excepción no se requeriría decreto judicial previo en el caso de que la causa de la administración extraordinaria fuera la minoría de edad del marido, ya que el antiguo artículo 298 señalaba que la habilitación de edad se producía por el sólo ministerio de la ley.

42 Según la ley 18.175 la administración extraordinaria también puede ser ejercida por el síndico de quiebras.

43 Artículo 415. *“El tutor o curador es obligado a llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuere dable, documentada, de todos sus actos administrativos, día por día; a exhibirla luego que termine su administración, a restituir los bienes a quien por derecho corresponda, y a pagar el saldo que resulte en su contra. Comprende esta obligación a todo tutor o curador, incluso el testamentario, sin embargo de que el testador le haya exonerado de rendir cuenta alguna, o le haya condonado anticipadamente el saldo; y aunque el pupilo no tenga otros bienes que los de la sucesión del testador, y aunque se le dejen bajo la condición precisa de no exigir la cuenta o el saldo. Semejante condición se mirará como no escrita”*.

El administrador extraordinario debe rendir obligatoriamente cuenta de su gestión.

Los créditos del marido contra la mujer o el tercero gozan del privilegio consagrado en el artículo 2.481 N° 5 ⁴⁴ en relación con el artículo 2.483.

3. 7. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La disolución de la sociedad conyugal puede producirse por vía principal o por vía accesoria. Se produce por vía principal en todos aquellos casos que no suponen la extinción del matrimonio, y por vía accesoria en los casos que la disolución se produce como consecuencia de la disolución del matrimonio.

3. 7. 1. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL POR VÍA PRINCIPAL

Las causales de disolución de la sociedad conyugal que no suponen necesariamente la extinción del matrimonio son; la declaración de muerte presunta, la sentencia que declara el divorcio perpetuo, la sentencia de separación de bienes y el pacto de separación total de bienes o participación en los gananciales.

3. 7. 1. 1. LA MUERTE PRESUNTA

Causal contenida en el artículo 1.764 ⁴⁵ N° 2, disposición que sistematiza las causales de disolución de la sociedad conyugal.

Como se sabe la declaración de muerte presunta no conlleva necesariamente la disolución del matrimonio si no que esta se producirá en las dos hipótesis contempladas en el artículo 38 de Ley de Matrimonio Civil.

El artículo 84 señala que, en virtud del decreto de posesión provisoria, terminará la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales -según cual hubiere habido en el matrimonio del desaparecido-; se procederá a la apertura y publicación del testamento -si el desaparecido hubiera dejado alguno-, y se dará la posesión provisoria a los herederos presuntivos.

En los casos en que no procede el decreto de posesión provisoria y se debe dictar sin más el de posesión definitiva -artículos 81 N° 7, 8 y 9, y 82-, con mayor razón procede la disolución de la sociedad conyugal.

3. 7. 1. 2. EL DIVORCIO PERPETUO

Causal de disolución de la sociedad conyugal contemplada en el artículo 1.764 N° 3.

44 *Artículo 2481. “La cuarta clase de créditos comprende:*

5.° Los de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores;”

45 *Artículo 1764. “La sociedad conyugal se disuelve:*

1.° *Por la disolución del matrimonio;*

2.° *Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, según lo prevenido en el título Del principio y fin de las personas;*

3.° *Por la sentencia de separación judicial o de separación total de bienes: si la separación es parcial, continuará la sociedad sobre los bienes no comprendidos en ella;*

4.° *Por la declaración de nulidad del matrimonio;*

5.° *Por el pacto de participación en los gananciales o de separación total de bienes, según la ley respectiva y el artículo 1723”.*

El artículo 170 dispone por su parte que los efectos civiles del divorcio principian por la sentencia del juez que lo declara.

En virtud de esta declaración se restituyen a la mujer sus bienes y se dispone de los gananciales como en el caso de la disolución por causa de muerte.

3. 7. 1. 3. LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN DE BIENES

El artículo 155 enumera varias causales que habilitan a la mujer para solicitar al juez la separación de bienes. Dicha resolución judicial conlleva la disolución de la sociedad conyugal.

Por su parte el artículo 19 de la ley N° 14.908, SOBRE ABANDONO DE FAMILIA Y PAGO DE PENSIONES DE ALIMENTICIAS, dispone que la mujer podrá solicitar la separación de bienes del marido, que estando obligado al pago de pensiones alimenticias en su favor, hubiere sido apremiado por dos veces en la forma señalada en el artículo 14 de la misma ley.

3. 7. 1. 4. EL PACTO DE SEPARACIÓN TOTAL DE BIENES

El pacto de separación total de bienes o el de participación en los gananciales, permitidos en el inc. 1° del artículo 1.723, produce también como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal.

3. 7. 2. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL POR VÍA ACCESORIA

Por vía accesoria la sociedad conyugal se puede disolver por muerte de uno de los cónyuges o por declaración de nulidad del matrimonio.

3. 7. 2. 1. MUERTE DE LOS CÓNYUGES

La muerte de uno de los cónyuges produce la terminación del matrimonio, y como consecuencia de esta la disolución de la sociedad conyugal, así lo disponen los artículos 1.764 N° 1 y 102 del Código Civil y 37 N° 1 de la Ley de Matrimonio Civil.

3. 7. 2. 2. NULIDAD DEL MATRIMONIO

La nulidad del matrimonio también, por las razones explicadas, produce la disolución de la sociedad conyugal según lo dispone el artículo 1.764 N° 4.

Por otra parte, se provoca la disolución cuando el matrimonio tiene la calidad de matrimonio putativo en el caso del artículo 122 inc. 1°.

3. 7. 3. EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

- 1 . Los bienes quedan integrados a una comunidad que debe liquidarse.
- 2 . Cesa la administración ordinaria o extraordinaria según el caso.
- 3 . Nace la acción de partición para cónyuges o herederos. -Artículos 1.317, 1.739 inc. final-
- 4 . Nace la facultad de la mujer para renunciar o aceptar los gananciales -artículos 1.719, 1.781, 1.782, si la mujer renuncia se producen los efectos que enumeramos en el siguiente número.

3. 7. 3. 1. EFECTOS RENUNCIA DE LOS GANANCIALES

1. La mujer pierde todo derecho a los gananciales.
2. Los bienes sociales de confunden con los del marido. -Artículo 1.783-.
3. Opera retroactivamente desde la fecha de la disolución de la sociedad conyugal.
4. La mujer no responde de las deudas sociales.
5. La mujer conserva su derecho a recompensas. Artículo 1784.
6. Permanecen en dominio pleno bienes que conforman su patrimonio reservado y los frutos de estos bienes. -Artículos 150 y 166 N° 3-.

3. 7. 3. 2. CARACTERÍSTICAS RENUNCIA DE LOS GANANCIALES

1. Es un derecho irrenunciable para la mujer.
2. Es un derecho indivisible respecto de la mujer y divisible para sus herederos. Artículo 1.785.
3. Es irrevocable. -Artículo 1.782 inc. 2º-.
4. Es rescindible. -Artículo 1.782 inc. 2º-.
5. La acción rescisoria prescribe en 4 años contados desde la disolución de la sociedad conyugal. -Inc. final artículo 1.782-.
6. Es un derecho absoluto.

3. 7. 3. 3. EFECTOS ACEPTACIÓN DE LOS GANANCIALES.

1. Se entiende que se acepta con beneficio de inventario que para estos efectos se denomina beneficio de emolumentos. -Artículos 1.767, 1.777, 1.247-.
2. La mujer deberá probar el exceso de contribución mediante documentos auténticos. -Artículo 1.777-.
3. Opera con efecto retroactivo desde la disolución.
4. Es irrevocable, pero rescindible de acuerdo a las reglas generales.
5. El beneficio de emolumentos se opone a terceros y al marido y puede ser opuesto por la mujer o por sus herederos. -Artículo 1.780-.

3. 8. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Señala el artículo 1.776 que la división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios: Título X, del Libro III del Código Civil.

3. 8. 1. INVENTARIO Y TASACIÓN

El artículo 1.765 dispone que disuelta la sociedad se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte.

La normativa está constituida por los artículos 1.253 y 1.255, los que se remiten al artículo 382 y siguientes del mismo Código Civil, y a lo que sobre el particular se establezca en el Código de Procedimiento Civil.

3. 8. 1. 1. CLASES DE INVENTARIOS

a. Inventario solemne

Se requiere inventario y tasación solemnes en los casos enumerados en el inc. 2º del artículo 1.766, el que contiene la regla general de que habiendo incapaces involucrados en la liquidación de una comunidad el inventario necesariamente debe ser solemne.

El mismo inc. 2º del artículo 1766⁴⁶, dispone que la sanción en caso de omitir el inventario solemne es que el responsable de la omisión responderá a través de una acción ordinaria de indemnización de perjuicios.

Si no existen perjuicios la sanción será la inoponibilidad, y el inventario sólo será oponible en contra del cónyuge, de los herederos o los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado.

Otra sanción se encuentra regulada en el artículo 1.768 que prescribe que aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada.

Los comuneros pueden prescindir de la tasación solemne, incluso habiendo incapaces. Por excepción, en el caso de que el valor de los bienes se fije por acuerdo unánime de las partes, con tal que existan en los autos antecedentes la apreciación hecha por las partes, o que se trate de bienes muebles, o de fijar un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños. -Artículo 657 del Código de Procedimiento Civil-.

El artículo 858 del Código de Procedimiento Civil, por su parte, define el inventario solemne como el que se hace, previo decreto judicial, por el funcionario competente y con los requisitos que en el artículo 859 se expresan.

A su vez el artículo 859 del Código de Procedimiento Civil exige para el inventario solemne los siguientes requisitos:

1º. Se hará ante un notario y dos testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y escribir y sean conocidos del notario. Con autorización del tribunal podrá hacer las veces de notario otro ministro de fe o un juez de menor cuantía;

2º. El notario o el funcionario que lo reemplace, si no conoce a la persona que hace la manifestación, la cual deberá ser -siempre que esté presente-, el tenedor de los bienes, se cerciorará ante todo de su identidad y la hará constar en la diligencia;

3º. Se expresará en letras el lugar, día, mes y año en que comienza y concluye cada parte del inventario;

4º. Antes de cerrado, el tenedor de los bienes o el que hace la manifestación de ello, declarará bajo juramento que no tiene otros que manifestar y que deban figurar en el inventario; y

46 Artículo 1766. El inventario y tasación, que se hubieren hecho sin solemnidad judicial, no tendrán valor en juicio, sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado.

Si entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes, serán de necesidad el inventario y tasación solemnes; y si se omitiere hacerlos, aquel a quien fuere imputable esta omisión, responderá de los perjuicios; y se procederá lo más pronto posible a legalizar dicho inventario y tasación en la forma debida.

5°. Será firmado por dicho tenedor o manifestante, por los interesados que hayan asistido, por el ministro de fe y por los testigos.

El inventario simple se define contrario sensu, como aquel que se realiza sin ninguna formalidad por los interesados.

Tanto el inventario simple como el solemne deben protocolizarse una vez confeccionados.

3. 8. 2.FORMACIÓN DEL ACERVO BRUTO

El acervo bruto está formado por todos los bienes sociales y propios de los cónyuges a saber: Bienes sociales, bienes propios de cada cónyuge, bienes reservados de la mujer casada, los frutos que la mujer administraba separada del marido, todos los bienes adquiridos a título oneroso después de disuelta la sociedad conyugal, todo aquello que los cónyuges deban a la sociedad conyugal a título de recompensa o indemnización.

Es necesario tener presente la presunción del artículo 1.739 en virtud de la cual toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges durante la sociedad o al tiempo de su disolución se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario.

3. 8. 3.FORMACIÓN DEL ACERVO LÍQUIDO

A pesar de que no están determinadas en la ley las operaciones necesarias para determinar el acervo líquido, se puede deducir de algunas disposiciones las deducciones que se requieren realizar al acervo bruto para determinar el acervo líquido.

- a . Bienes propios de los cónyuges muebles o inmuebles los cuales deben ser entregados a sus respectivos dueños según disponen los artículos 1.770 y 1.771.
- b . Deducciones que corresponden a cada uno de los cónyuges, esto es, recompensas que les adeude la sociedad.
-Artículo 1.770-

Es necesario recordar que la mujer tiene derecho a pago preferente de las recompensas, según dispone el artículo 1773⁴⁷.

El título en virtud del cual se pagan las recompensas es de una adjudicación en caso que el pago se haga con bienes sociales, y de una dación en pago en caso que el pago se efectúe con bienes del marido.

- c . Deducciones correspondientes a todas las deudas contraídas por la sociedad conyugal que no estén pagadas.
-Por remisión del artículo 1.776 son aplicables los artículos 1.336 y 1.286 relativos a la hijuela pagadora de deudas-

3. 8. 4. DISTRIBUCIÓN DE LOS GANANCIALES Y DEUDAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ENTRE LOS CÓNYUGES

Se pueden presentar dos situaciones; existen ganancias o existen pérdidas.

En el primer caso habrá gananciales, en el segundo no los habrá y la mujer quedará eximida de toda responsabilidad en conformidad al artículo 1.777.

47 Artículo 1773. “La mujer hará antes que el marido las deducciones de que hablan los artículos precedentes; y las que consistan en dinero, sea que pertenezcan a la mujer o al marido, se ejecutarán sobre el dinero y muebles de la sociedad, y subsidiariamente sobre los inmuebles de la misma.

La mujer, no siendo suficientes los bienes de la sociedad, podrá hacer las deducciones que le correspondan, sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo. No acordándose, elegirá el juez”.

DISTRIBUCIÓN DE LOS GANANCIALES.

La regla general consiste en distribuir los gananciales por iguales partes entre los cónyuges o sus herederos. -Artículo 1.774-.

Excepciones:

1. Si se hubiere pactado otra forma de distribución en las capitulaciones matrimoniales.
2. Si la mujer en las capitulaciones matrimoniales hubiera renunciado a los gananciales.
3. Si de parte de algunos de los cónyuges o de sus herederos ha habido ocultamiento de especies de la sociedad conyugal.
4. Si uno de los herederos de la mujer renuncia a la fracción de los gananciales que le corresponde, ésta acrece al marido. -Artículo 1.785-.
5. Si la mujer y el marido han convenido una forma distinta después de disuelta la sociedad conyugal. -Artículo 1.774 no sería de orden público y permitiría formas diferentes de distribución-.

DISTRIBUCIÓN DE LAS DEUDAS SOCIALES

En lo que respecta a la obligación a la deuda: el marido está obligado frente a los acreedores, en cambio la mujer goza de beneficio de emolumentos. -Artículos 1.777 y 1.778-.

Los acreedores pueden perseguir los bienes de la mujer en los siguientes casos:

1. Obligaciones personales de la mujer.
2. Si se trata de una obligación indivisible. -Artículo 1.524-.
3. Si la obligación ha sido caucionada con una hipoteca o prenda y en la liquidación de la sociedad conyugal se ha adjudicado la especie raíz o mueble de la mujer. -Artículo 1.779-.

Beneficio de emolumentos

Consiste en el derecho que corresponde a la mujer o a sus herederos para limitar su contribución al pago de las deudas de la sociedad conyugal hasta concurrencia del valor de los bienes que ha recibido a título de gananciales⁴⁸.

Las características del beneficio de emolumentos son las siguientes: es un derecho irrenunciable; es un beneficio de inventario con reglas particulares, el único requisito exigido por la ley consiste en probar el exceso de la contribución que se demanda; puede oponerse al marido y a los acreedores de la sociedad conyugal, pero no a los acreedores personales; alcanza sólo hasta el 50% de los gananciales y no varía si a la mujer le corresponde un porcentaje menor de gananciales.

3. 8. 5. ADJUDICACIÓN

En virtud de éste proceso se entregan bienes concretos y determinados a cada cónyuge en correspondencia al derecho teórico que ha sido determinado a través de los pasos anteriores.

El artículo 1.344 en relación con el 955 establece el efecto declarativo de la adjudicación al disponer: *“Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión”*.

4. RÉGIMENES ANEXOS A LA SOCIEDAD CONYUGAL

Son el patrimonio reservado de la mujer casada, las donaciones, herencia y legados hechos a la mujer con la condición de que su administración no la tenga el marido y los bienes que la mujer administra separada del marido por convención matrimonial.

PATRIMONIO RESERVADO DE LA MUJER CASADA

4. 1. 1. CONCEPTO -ARTÍCULO 150-.

Es el conjunto de bienes que la mujer obtiene con los frutos de su trabajo separado del marido y por los bienes que con ellos adquiere, todos los cuales se presumen pertenecerle exclusivamente durante la sociedad conyugal, sin perjuicio de incorporarse al activo de la sociedad si la mujer no renuncia a los gananciales.

a. Requisitos

- 1 . Mujer casada en sociedad conyugal.
- 2 . Que ejerza un oficio, empleo, profesión o industria separada del marido obteniendo por ello retribución económica.
- 3 . Que el trabajo se realice durante la vigencia de la sociedad conyugal.

b. Características

- 1 . Es de orden público.
- 2 . Sólo corresponde a la mujer.
- 3 . Opera de pleno derecho.
- 4 . Tiene un activo y un pasivo.
- 5 . Los bienes son de naturaleza social.
- 6 . La mujer es su administradora exclusiva.
- 7 . No comprende los bienes propios de la mujer que el marido administre. -Artículos 1.754 y 1.755-.

c. Responsabilidad de la Mujer en la Administración de su Patrimonio Reservado.

La mujer por las obligaciones que contrae en la administración de su patrimonio reservado⁴⁹ responde con tres tipos de bienes:

- 1 . Los bienes que corresponden al patrimonio reservado.
- 2 . Los bienes que la mujer administra parcialmente separada de bienes. -Artículos 166, 167 y 1.724-.
- 3 . Los bienes del marido si en contrato celebrado por la mujer éste se ha constituido en fiador de la mujer o ha accedido

⁴⁹ RODRÍGUEZ GREZ piensa que no sólo de las que contrae en el patrimonio reservado sino que con estos bienes también respondería de sus obligaciones personales.

a él de otro modo, o a prorrata del beneficio que le hubiere reportado al marido o a la familia común.

d. Administración del Patrimonio Reservado

La mujer administra los bienes que componen su patrimonio reservado sin intervención alguna del marido.

e. Prueba del Patrimonio Reservado

De acuerdo al artículo 150 inc. 3º incumbe a la mujer acreditar tanto respecto del marido como de terceros el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a este artículo. Para este efecto puede servirse de todos los medios de prueba establecidos por la ley.

Según lo antes expresado, la prueba de la mujer sobre su patrimonio reservado, puede recaer: sobre las facultades con que actúa la mujer y sobre el origen y dominio de los bienes reservados.

f.1. Prueba sobre las facultades de la mujer

Existe una presunción de derecho contenida en el inc. 4º del artículo 150⁵⁰, que facilita la prueba sobre las facultades con que actúa la mujer en cada acto que realiza, dicho inciso 4º establece una serie de exigencias para encontrarse amparado en la presunción señalada, las que pueden sistematizarse del siguiente modo:

1. Que el acto ejecutado no recaiga sobre bienes propios de la mujer que administra el marido. -Artículos 1.754 y 1.755-.
2. Que la mujer acredite mediante instrumentos públicos o privados que ejerce una profesión, industria u oficio separada de su marido.
3. Que el acto se otorgue por escrito y que en él se haga referencia al instrumento referido en el punto dos.

Dicho inc. 4º en un primer momento se refería a la capacidad de la mujer, hoy a sus facultades, pero nunca puede referirse a los bienes propios de la mujer que administra el marido, por expresa disposición de la ley en el mismo artículo.

f.2. Prueba sobre el origen y dominio de los bienes reservados de la mujer

De acuerdo a las reglas generales que gobiernan la prueba, ésta corresponde a la mujer, sus herederos o cesionarios. -Artículos 1.698 y siguientes-.

Debe recordarse que al no ser estos bienes de naturaleza social no se encuentran cubiertos por la presunción del artículo 1.739, y es por eso que su tratamiento vuelve a la aplicación de las reglas generales.

f. Disolución del Patrimonio Reservado

Se produce al momento de la disolución de la sociedad conyugal y depende de sí la mujer acepta o renuncia a los gananciales.

g.1. La mujer acepta los gananciales

50 Inc. 4º artículo 150. *“Los terceros que contraten con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación que pudieren interponer ella o el marido, sus herederos o cesionarios, fundada en la circunstancia de haber obrado la mujer fuera de los términos del presente artículo, siempre que, no tratándose de bienes comprendidos en los artículos 1754 y 1755, se haya acreditado por la mujer, mediante instrumentos públicos o privados, a los que se hará referencia en el instrumento que se otorgue al efecto, que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido”.*

Los bienes que componen el patrimonio reservado deben colacionarse al patrimonio de la sociedad conyugal. -Artículos 1.765 e inc. 7º del artículo 150-.

El marido en este caso debe responder de las obligaciones contraídas por la mujer en la administración del patrimonio reservado, pero sólo hasta concurrencia del valor de la mitad de estos bienes que existan al disolverse la sociedad. -Inc. final del artículo 150⁵¹-.

Si el marido quiere acogerse a este beneficio -beneficio de emolumentos- debe probar el exceso que se le cobra con arreglo al artículo 1.777⁵², esto es, por inventario o tasación, o por otros documentos auténticos, norma equivalente al artículo 1.767.

El beneficio de emolumentos del artículo 1.777 es de carácter legal y sólo corresponde a la mujer en el caso que sea titular de su mitad de gananciales, si tal cosa no ocurre la mujer gozará del beneficio de inventario consagrado en el artículo 1.767⁵³.

El marido responderá también frente a terceros si la obligación contraída por la mujer proviene de un contrato celebrado por ella en utilidad del marido o de la familia común -artículo 161-.

g.2. La mujer renuncia a los gananciales

En el caso de que la mujer renuncie a los gananciales conserva íntegro su patrimonio reservado.

RODRÍGUEZ señala como características de tal "derecho a renunciar" que tiene la mujer; que este es irrenunciable; temporal, ya que subsiste mientras no se haya aceptado los gananciales, sea expresa o tácitamente; y opera por el solo ministerio de la ley.

El marido queda explícitamente liberado de toda responsabilidad en las deudas de la mujer contraídas en el ejercicio de su patrimonio reservado. -Artículo 150 inc. 7º-.

Excepcionalmente, en el caso del artículo 161, ya estudiado el marido deberá responder.

Como se ha dicho la mujer que renuncia conserva íntegro su derecho a recompensas. -Artículo 1.784-.

PABLO RODRÍGUEZ⁵⁴ critica el patrimonio reservado, pues en él la mujer administra bienes de naturaleza social sin restricción alguna, en tanto que una eventual torcida administración de la mujer no tiene sanción contemplada en el Derecho al contrario de lo que sucede con el marido. Señala también que el patrimonio reservado de la mujer casada es: "*una manifestación extrema de protección, preferencia y discriminación a favor de la mujer*".

DONACIONES, HERENCIAS Y LEGADOS HECHOS A LA MUJER CON LA CONDICIÓN DE QUE SU ADMINISTRACIÓN NO LA TENGA EL MARIDO

Regulado en artículo 166.

a. Requisitos

51 *"Si la mujer o sus herederos aceptaren los gananciales, el marido responderá a esas obligaciones hasta concurrencia del valor de la mitad de esos bienes que existan al disolverse la sociedad. Mas, para gozar de este beneficio, deberá probar el exceso de la contribución que se le exige con arreglo al artículo 1777".*

52 Artículo 1777. *"La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales.*

Mas para gozar de este beneficio deberá probar el exceso de la contribución que se le exige, sobre su mitad de gananciales, sea por el inventario y tasación, sea por otros documentos auténticos".

53 Artículo 1.767. *"La mujer que no haya renunciado los gananciales antes del matrimonio o después de disolverse la sociedad, se entenderá que los acepta con beneficio de inventario".*

54 RODRÍGUEZ GREZ, ob. cit. p. 213.

1. Los cónyuges deben estar casados en sociedad conyugal.
2. alguna persona debe haber hecho una liberalidad condicional a alguno de los cónyuges.

b. Consecuencias

1. Los bienes quedan, no obstante existir sociedad conyugal, sometidos al régimen de separación de bienes.
2. Sus consecuencias jurídicas son diversas según si la condición impuesta por el que hace la liberalidad prive al marido de la administración de los bienes donados, heredados o legados, o consista en que los frutos no aprovechen a la sociedad conyugal.
3. No compromete al patrimonio del marido ni de la sociedad conyugal, salvo que el acto haya cedido en utilidad de la mujer o de la familia común.

c. Efectos

1. Estos bienes son administrados por la mujer como separada de bienes sin que tenga el marido ninguna injerencia en su administración. Artículos 166 Nº 1, 159, 160, 161, 162 y 163.
2. Los acreedores del marido no pueden perseguir estos bienes a menos de probarse utilidad de la mujer o de la familia común. Artículo 166 Nº 2.
3. Según RODRÍGUEZ los frutos siguen un destino distinto, según la condición consista en que el marido no tenga la administración o que la sociedad conyugal no tenga los frutos. Artículo 166 en relación 1.724.

BIENES QUE LA MUJER ADMINISTRA SEPARADA DEL MARIDO POR CONVENCION MATRIMONIAL

Regulado en el artículo 167 que expresa: *“Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes, se aplicarán a esta separación parcial las reglas del artículo precedente”*.

Por su parte inc. 2º del artículo 1.720 asimila la situación anterior a la del caso que en las capitulaciones matrimoniales se estipule que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero o de una determinada pensión periódica.

CARACTERÍSTICAS

1. Estos bienes son administrados por la mujer con las mismas facultades de los bienes que se rigen por el artículo 166.
2. Estos bienes estarán afectos a las obligaciones que contraiga la mujer en la administración de su patrimonio reservado, a las obligaciones que provengan de lo dispuesto en los artículos 166 y 1.724.
3. Los frutos de estos bienes seguirán la regla mencionada en el Nº 3 del artículo 166, esto es, integrarse a la sociedad conyugal o permanecer en el patrimonio de la mujer según acepte o renuncie a los gananciales.

5. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

CONCEPTO

Es aquel régimen que evita la reunión de los patrimonios de los cónyuges, desligándolos entre sí totalmente o en parte y en el que cada cónyuge conserva los derechos de uso, goce y disposición de sus bienes⁵⁵.

CARACTERÍSTICAS

1. Es un régimen alternativo a la sociedad conyugal.
2. Cada cónyuge administra separadamente sus bienes. Artículos 159 y 173.
3. No se puede en las capitulaciones matrimoniales renunciar a la facultad de pedir separación de bienes, pues tal facultad es de orden público. Artículo 153.
4. Ambos cónyuges deben contribuir a la familia común, en los términos de los artículos 160 y 134.
5. Los acreedores del marido no tienen acción contra los bienes de la mujer, salvo que éste haya accedido de algún modo al contrato o que haya cedido en su utilidad.
6. Los acreedores de la mujer no tienen acción sobre los bienes del marido, salvo utilidad. No lo dice la ley, pero se interpreta el artículo 161 inc. final.
7. Sólo puede ser substituido por el régimen de participación en los gananciales.

CLASES DE SEPARACIONES

Por su origen puede ser convencional, legal o judicial, por su extensión, total o parcial. La separación de bienes judicial es siempre total.

SEPARACIÓN DE BIENES CONVENCIONAL

La separación de bienes convencional puede ser estipulada antes, en el momento o después de la celebración del matrimonio.

La que se conviene antes o durante la celebración del matrimonio se hace a través de las capitulaciones matrimoniales y se rige por los artículos 1.715 y 1.716.

La separación convencional total puede pactarse en las capitulaciones matrimoniales -artículo 1.720-, en el acto mismo de celebración del matrimonio -artículo 1.715-, y durante la vigencia de la sociedad conyugal -artículo 1723-.

Por el contrario la separación convencional de bienes parcial puede celebrarse únicamente en las capitulaciones matrimoniales, según lo dispone el artículo 1.720 en relación a los artículos 167, 1715, 1.716 y 1.723.

La separación de bienes que se acuerde después de la celebración del matrimonio y durante la vigencia del mismo -que según se ha dicho es siempre total-, se rige por el artículo 1.723, que exige como requisitos copulativos para su validez los siguientes:

- 1 . Que los cónyuges sean mayores de edad.
- 2 . Que se celebre por escritura pública.
- 3 . Que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento dentro del plazo fatal de 30 días.
- 4 . El pacto no debe contener modalidades.

Efectos

- 1 . Disuelve la sociedad conyugal. En la misma escritura se puede realizar la liquidación de la sociedad conyugal.
- 2 . Es irrevocable. Artículos 165 y 1.723 inc. 2º.
- 3 . El pacto no puede perjudicar los derechos de terceros. Artículo 1.723 inc. 2º.

SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES

a. Concepto

Según FRIGERIO CATALDI la: *“separación judicial de bienes es el régimen de separación total que se origina por sentencia judicial ejecutoriada en virtud de una demanda entablada por la mujer y fundada en causa legal”*⁵⁶.

b. Características.

- 1 . Es siempre total.
- 2 . Las causales están taxativamente señaladas en la ley.
- 3 . Sólo la mujer puede ejercer esta acción.
- 4 . Esta facultad es irrenunciable para la mujer ya que el artículo 153, es una disposición de orden público.
- 5 . La acción es imprescriptible.
- 6 . El procedimiento es el sumario, de acuerdo al artículo 680 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil.
- 7 . A la mujer le asiste un derecho cautelar especial, según dispone el artículo 156 que constituye una excepción al artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que la mujer no necesita acompañar antecedentes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama, ya que el juez puede tomar todas la providencias que estime conducentes a la seguridad de la mujer, mientras dure el juicio.
- 8 . La mujer menor requiere autorización de un curador especial, conforme lo dispone el artículo 154.

c. Causales

- 1 . Insolvencia del marido o riesgo inminente de ello -artículo 155-. No requiere haber sido declarado en quiebra, pero la declaración de quiebra hace presumir insolvencia.

El marido puede oponerse en el caso de mal estado de los negocios, prestando caución que asegure los intereses de la mujer, según lo dispone el inc. 4º del mismo artículo 155.

56 *Ibíd*, p. 100.

RODRÍGUEZ sostiene que este derecho le asiste al marido sólo en el caso de que la insolvencia del marido proviene de especulaciones aventuradas o errónea o descuidada administración, pero no si tiene como antecedente su administración dolosa o fraudulenta.

De acuerdo al artículo 157, la confesión del marido en lo relativo al mal estado de sus negocios no hace prueba.

Respecto a la insolvencia o fraude del marido, según FRIGERIO CATALDI⁵⁷ no se limita la prueba en lo relativo a la confesión del marido, SOMARRIVA⁵⁸ es de la opinión contraria. RODRÍGUEZ, a su vez, sostiene que el mal estado de los negocios del marido o la insolvencia constituyen una misma causal⁵⁹.

2. Administración fraudulenta del marido. En este caso no se atiende a un mal resultado económico producido si no que a una mala intencionalidad del marido. Artículo 155, inc. 1º.
3. Incumplimiento culpable de las obligaciones contenidas en los artículos 131 y 134, esto es, si le es infiel, si no la socorre o ayuda en todas las circunstancias de la vida, si no le debe respeto y protección o si no le suministra lo necesario según sus facultades. -Artículo 155-.
4. Incurrir culpablemente en una causal de divorcio, excepto números 5 y 10 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, es decir avaricia, si llega hasta privar a la mujer de lo indispensable para la vida, atendidas sus facultades, y enfermedad grave, incurable y contagiosa.
5. Ausencia del marido sin justa causa por más de un año. Artículo 155, inc. 3º.
6. Ser apremiado por dos veces por pensiones periódicas en los términos de los artículos 14 de la ley 14.908.
7. En el caso de que la mujer no quiera tomar sobre sí la administración extraordinaria de la sociedad conyugal ni someterse a la dirección de un curador. -Artículo 1.762-.

Si cualquiera de estas causales desaparece, por ejemplo los cónyuges divorciados se reconcilian, no es posible volver a la sociedad conyugal, por lo dispuesto en los artículos 165 y 178.

d. Efectos

1. Se disuelve la sociedad conyugal, se entregan a la mujer sus bienes que administraba el marido y se dividen los gananciales. Artículos 1.764 N° 3 y 158.
2. La mujer administra libremente sus bienes. Artículo 159 en relación al 173.
3. La mujer debe proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades. Artículo 160.

SEPARACIÓN DE BIENES LEGAL

Existe sólo un caso de separación total de bienes de origen legal⁶⁰, y se produce como consecuencia de haberse decretado el divorcio perpetuo por sentencia judicial ejecutoriada. Artículos 170 y 1.764 N° 3 de Código Civil.

RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES

Este régimen patrimonial del matrimonio fue introducido por la ley 19.355, de 23 de septiembre de 1994.

57 FRIGERIO CATALDI, CESAR, *Ibid.* P. 105.

58 SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Derecho de Familia*, p. 308. citado por Cesar Frigerio Cataldi.

59 RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Ob. cit.* p. 231.

60 FRIGERIO CATALDI distingue separaciones legales de bienes parciales y totales. Las parciales son las que hemos estudiado al tratar los regímenes anexos a la sociedad conyugal, artículos 150 y 166, habiendo seguido en esta parte la estructura del texto de PABLO RODRÍGUEZ.

6.1. CONCEPTO

Según RODRÍGUEZ GREZ: *“Es aquel en el cual ambos cónyuges conservan la facultad de administrar sus bienes, sin otras restricciones que aquellas consagradas expresamente en la ley, debiendo al momento de su extinción, compensarse las utilidades que cada uno obtuvo a título oneroso, configurándose un crédito en numerario a favor de aquel que obtuvo menos gananciales, de modo que ambos cónyuges participen por mitades en el excedente líquido”*⁶¹.

Este concepto se desprende de los artículos 2 y 5 de la citada ley.

6.2. CARACTERÍSTICAS

1. Es un sistema de distribución de las utilidades onerosas obtenidas durante la vigencia del Régimen y que genera a favor del cónyuge que menos utilidades logró un crédito compensatorio.
2. Se obtiene comparando el patrimonio original con el patrimonio final.
3. El crédito final es líquido y se paga luego de cubiertas las obligaciones del cónyuge deudor.
4. No existe en ningún momento comunidad, el Régimen sólo genera derechos personales.
5. Cada cónyuge administra libremente su patrimonio, con pequeñas restricciones legales.
6. Los terceros no pueden resultar perjudicados por el hecho de que los cónyuges pacten participación en los gananciales.
7. Ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común en los términos del artículo 134.
8. Es un régimen alternativo pactado. Artículos 1.715, 1.723 y 135.
9. Termina por la disolución del matrimonio, por sentencia judicial que declara la separación de bienes, por sentencia de divorcio perpetuo, por acuerdo entre los cónyuges o por muerte presunta.

6.3. MOMENTOS EN QUE SE PUEDE PACTAR EL RÉGIMEN

El régimen de participación en los gananciales se puede pactar:

- a. En las capitulaciones matrimoniales y no puede contener modalidad alguna. Artículos 1.715 y siguientes y 1723 inc. final.
- b. Al celebrarse el matrimonio debiendo constar en el pacto en la inscripción de matrimonio. Artículo 1.715 inc. 2°.
- c. Durante el matrimonio substituyendo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes por el de participación en los gananciales. Artículo 1.723.
- d. Los casados en el extranjero lo pueden pactar al momento de inscribir su matrimonio en Chile. Artículo 135.

6.4. ADMINISTRACIÓN DE LOS PATRIMONIOS EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES

Según el artículo 2° de la Ley 19.335 cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo.

Dicha disposición es de la esencia del régimen y no puede modificarse por las partes por tratarse de una norma de orden público.

61 RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, ob. cit. p.

Sin embargo, en dicha administración los cónyuges se encuentran sujetos a ciertas limitaciones como la establecida en el artículo 3º de la citada ley que dispone: *“ninguno de los cónyuges podrá otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge. Dicha autorización se sujetará a lo establecido en los artículos 142, inciso segundo, y 144⁶², del Código Civil”*.

Los artículos citados exigen que la voluntad se manifieste interviniendo directa y expresamente en el acto, o que conste por escrito o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad. En caso de contravención la sanción será la nulidad relativa.

No se entiende por qué el legislador sólo se refiere a las cauciones personales, en circunstancias que las reales afectan quizás de manera más directa y grave el patrimonio del cónyuge que las constituye.

El artículo 15 de la ley establece tres tipos de actos que sí se ejecutan sin la autorización del otro cónyuge son sancionados con la inoponibilidad del mismo.

Ellos son:

1º. Las donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario.

2º. Cualquier especie de actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge.

3º. Pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos. Lo dispuesto en este número no regirá respecto de las rentas vitalicias convenidas al amparo de lo establecido en el decreto Ley No. 3.500 de 1980, salvo la cotización adicional voluntaria en la cuenta de capitalización individual y los depósitos en cuentas de ahorro voluntario, los que deberán agregarse imaginariamente conforme al inciso primero del presente artículo.

El mencionado artículo 15 se refiere al cálculo del patrimonio final de cada cónyuge, disponiendo que los actos antes señalados originan una acumulación imaginaria del mismo valor que dichos gastos han provocado disminución del patrimonio de un cónyuge.

El inc. 2º del artículo 24 contempla una acción pauliana al disponer: *“a falta o insuficiencia de todos los bienes señalados, podrá perseguir su crédito en los bienes donados entre vivos, sin su consentimiento, o enajenados en fraude de sus derechos. Si persigue los bienes donados entre vivos, deberá proceder contra los donatarios en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes. Esta acción prescribirá en cuatro años contados desde la fecha del acto”*.

DETERMINACIÓN Y CÁLCULO DE LOS GANANCIALES

Según el artículo 6º de la Ley 19.335: *“Se entiende por gananciales la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge”*.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS GANANCIALES:

1. Es solamente un concepto contable.
2. Están constituidas por utilidades económicas obtenidas a título oneroso.
3. Se fijan al momento de terminar el régimen, no de su disolución, ya que según se ha explicado en el régimen de participación en los gananciales en ningún momento existe comunidad que disolver.
4. Los gananciales los determinan los cónyuges de común acuerdo, o un tercero designado por ellos, o por el juez en subsidio. Artículo 17 incisos 3º y 4º.

62 Artículo 144. *“En los casos del artículo 142, la voluntad del cónyuge no propietario de un bien familiar podrá ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. El juez procederá con conocimiento de causa, y con citación del cónyuge, en caso de negativa de éste”*.

5. El crédito de participación, es aquel mediante el cual cada cónyuge obtiene la mitad neta de la suma correspondiente a los gananciales de ambos cónyuges.

PATRIMONIO ORIGINARIO

El inc. 2º del artículo 6º, define el Patrimonio Originario señalando que: *“Se entiende por patrimonio originario de cada cónyuge el existente al momento de optar por el régimen que establece este Título y por su patrimonio final, el que exista al término de dicho régimen”*.

Por su parte el artículo 7º inc. 1º establece: *“El patrimonio originario resultará de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea titular al iniciarse el régimen, el valor total de las obligaciones de que sea deudor en esa misma fecha. Si el valor de las obligaciones excede al valor de los bienes, el patrimonio originario se estimará carente de valor”*.

Un breve análisis del inciso antes transcrito hace concluir que se trata de un patrimonio neto, pues es necesario restar del activo el pasivo de que sea responsable cada cónyuge al momento de entrar al régimen y, por otra parte, que el patrimonio originario no puede ser negativo, en caso de que realmente lo fuere se ha de estimar igual a cero.

a. Bienes que se excluyen de la participación por haberse adquirido a título gratuito

El inc. 2º del artículo 7º expresa: *“Se agregarán al patrimonio originario las adquisiciones a título gratuito efectuados durante la vigencia del régimen, deducidas las cargas con que estuvieren gravadas”*.

Es decir, excluye dicha disposición, los bienes adquiridos a título gratuito, por lo que para producir dicho efecto ordena agregarlos al patrimonio originario, excluidas eso sí, las cargas con que estuvieran gravadas.

El artículo 9º por su parte *contrario sensu*, excluye también de los gananciales las donaciones que no dieran acción para exigir su cumplimiento, debiendo éstas agregarse en consecuencia al patrimonio originario.

Todas las disposiciones antes citadas confirman que los gananciales se refieren a las utilidades obtenidas a título oneroso.

b. Bienes que se excluyen de la participación no obstante haberse adquirido a título oneroso

El artículo 8º señala una serie de bienes que se excluyen de la participación no obstante haber sido adquiridos a título oneroso los que, en consecuencia, deben agregarse al patrimonio originario. Dichos bienes son:

1º. Los bienes que uno de los cónyuges poseía antes del régimen de bienes, aunque la prescripción o transacción con que los haya hecho suyos haya operado o se haya convenido durante la vigencia del régimen de bienes.

2º. Los bienes que se poseían antes del régimen de bienes por un título vicioso, siempre que el vicio se haya purgado durante la vigencia del régimen de bienes por la ratificación o por otro medio legal.

3º. Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación.

4º. Los bienes litigiosos, cuya posesión pacífica haya adquirido cualquiera de los cónyuges durante la vigencia del régimen.

5º. El derecho de usufructo que se haya consolidado con la nuda propiedad que pertenece al mismo cónyuge.

6º. Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes de la vigencia del régimen. Lo mismo se aplicará a los intereses devengados antes y pagados después.

7º. La proporción del precio pagado con anterioridad al inicio del régimen, por los bienes adquiridos de resultados de contratos de promesa.

En todos los casos contenidos en el artículo 8° la razón común por la cual dichos bienes resultan excluidos es que la causa -al menos indirecta de su adquisición- es anterior al régimen de participación en los gananciales.

c. Bienes que por expresa disposición de la ley no deben incluirse en el patrimonio originario

1. Los frutos, incluso los que provengan de bienes originarios. Artículo 9.
2. Las minas denunciadas por uno de los cónyuges. Disposición equivalente al artículo 1.730. Artículo 9.
3. Las donaciones remuneratorias por servicios que den acción para su cobro. Artículo 9.
4. Respecto de bienes adquiridos en común por ambos cónyuges se aplica el artículo 10 que señala: *“Los cónyuges son comuneros, según las reglas generales, de los bienes adquiridos en conjunto, a título oneroso. Si la adquisición ha sido a título gratuito por ambos cónyuges, los derechos se agregarán a los respectivos patrimonios originarios, en la proporción que establezca el título respectivo, o en partes iguales, si el título nada dijere al respecto”*.

Se debe recordar que el artículo 12 contiene una presunción simplemente legal, que reputa comunes todos los bienes muebles adquiridos durante el régimen de participación en los gananciales, salvo los de uso personal de los cónyuges. Al no distinguir la ley se debe entender que dicha presunción se aplica tanto a los muebles adquiridos a título oneroso como los adquiridos a título gratuito. Está presunción sólo opera al término del régimen, ya que durante su vigencia el bien es del cónyuge que lo posee en calidad de dueño.

d. Valorización del Activo del Patrimonio Originario

Los bienes se deben valorar en conformidad al artículo 13 inc. 1°: *“Los bienes que componen el activo originario se valoran según su estado al momento de la entrada en vigencia del régimen de bienes o de su adquisición. Por consiguiente, su precio al momento de incorporación al patrimonio originario será prudencialmente actualizado a la fecha de la terminación del régimen”*.

“La valoración podrá ser hecha por los cónyuges o por un tercero designado por ellos. En subsidio, por el juez.

Las reglas anteriores rigen también para la valoración del pasivo”.

Ahora cual es el verdadero sentido y alcance de la expresión utilizada por el legislador: *“prudencialmente actualizada”*.

RODRÍGUEZ⁶³ piensa que implica facultar al tercero que se designa, o al juez para obrar como arbitrador, puesto que a: *“éste le corresponde resolver según se lo dicten su equidad natural y su prudencia”*. En consecuencia la actualización, según el autor citado, deberá operar por efecto de algún factor objetivo, IPC, UF, UTM, etc. y no por causas propias o intrínsecas al bien.

Por su parte CORRAL⁶⁴ concluye que al utilizar la ley la expresión *“valorar”*, deja claro que se ha pretendido que no se considere el valor nominal del bien, sino que su valor en moneda equivalente al momento en que se determinan los gananciales. Respecto de la expresión *“prudencialmente actualizada”* sólo señala que la ley no establece un mecanismo preciso de reajustabilidad, entregándose esa decisión a las partes o al juez, en su caso, y apelando a su prudencia, pero aclarando que en la virtud de la prudencia está comprendida la consideración de la equidad para decidir.

e. Prueba del Patrimonio Originario

Señala el artículo 11 de la ley 19.335 en su inc. 1° que: *“los cónyuges o esposos, al momento de pactar este régimen, deberán efectuar un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio originario”*.

Sus inciso 2° expresa: *“A falta de inventario, el patrimonio originario puede probarse mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas o títulos de crédito”*.

63 Ob. cit. p. 253

64 CORRAL TALCIANI, HERNÁN en *Bienes Familiares y Participación en los Gananciales*, Ed. Jurídica de Chile, 1ª Edición 1996.

Por excepción si se demuestra que alguno de los cónyuges no estuvo en situación de procurarse instrumentos, serán admitidos otros medios de prueba, atendidas las circunstancias.

La ley no exige que el inventario enumere las obligaciones, como si lo hace el inventario que debe confeccionarse en el patrimonio final, según lo dispone el artículo 16 de la mencionada Ley. Más que una diferencia de criterio entre el inventario del patrimonio original y el del patrimonio final, la circunstancia aludida parece más bien un nuevo error u omisión de la ley 19.335. Lo lógico es que todo inventario por definición debe contener un activo y un pasivo, con la única limitación ya expresada, de que en el patrimonio original en caso de que el pasivo sea superior al activo se considerará igual a cero, y nunca se expresará en números negativos.

Se debe tener presente que el inventario, según la exigencia legal, se refiere sólo a instrumento privado, que tendría valor probatorio entre las partes que lo suscribieron, pero su valor respecto de terceros sería discutible. A pesar de que no lo exige la ley siempre es conveniente darle fecha cierta al inventario a través de algunas de las formas que prescribe el artículo 1.703 del Código Civil. Si no se hace de tal modo, el interesado en hacerlo valer sólo podrá hacer que se tenga por reconocido o mandarlo a tener por reconocido por la vía judicial de acuerdo a las normas generales del Código Civil en materia probatoria.

3. PATRIMONIO FINAL

La fecha del término del régimen de participación en los gananciales y no el de su disolución como hemos dicho, fija el momento en que debe determinarse el patrimonio final.

El artículo 6º inc. 2º señala que se entiende por: *“patrimonio final, el que exista al término de dicho régimen”*.

a. Bienes que componen el patrimonio final

Componen el patrimonio final todos los bienes de que los cónyuges sean dueños al momento de terminar el régimen de participación en los gananciales.

Evidentemente a dicho patrimonio será necesario restar, tal como lo dispone el artículo 14, el valor total de las obligaciones que tenga en esa misma fecha.

Tal como dispone el artículo 15 deben efectuarse las agregaciones imaginarias ahí dispuestas. Para que puedan producirse dichas agregaciones será necesario:

- 1 . Que se produzca una disminución del activo del patrimonio final de uno de los cónyuges como consecuencia de alguno de los actos especialmente previstos en el artículo 15.
- 2 . Que el acto haya sido ejecutado durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales. Artículo 15 inc. 1º Ley 19.335.
- 3 . Que el acto no haya sido autorizado por el otro cónyuge. Artículo 15 inc. final Ley 19.335.

La ley no se ha preocupado de determinar cuál es el valor que debe ser acumulado, sólo utiliza expresiones genéricas como *“los montos de las disminuciones”* del activo del patrimonio final que sea consecuencia de los actos mencionados. Artículo 15 inc. 1º, o que las agregaciones serán efectuadas: *“considerando el estado que tenían las cosas al momento de su enajenación”* -artículo 15 inc. 2º-, o finalmente el artículo 17 inc. 2º señala que los bienes referidos: *“se apreciarán según el valor que hubieran tenido al término del régimen de bienes”*.

En síntesis, a juicio de CORRAL puede concluirse que lo acumulable será el valor en dinero que tendrían las cosas al momento del término del régimen, pero considerando su estado en la época que fueron enajenadas.

b. Sanción por distracción, ocultación o simulación

Según expresa el artículo 18 de la ley 19.335: *“Si alguno de los cónyuges, a fin de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, se sumará a su patrimonio final el doble del valor de aquéllos o de éstas”*.

c. Deduciones

Del activo del patrimonio final debe deducirse el valor total de todas las obligaciones que el cónyuge tenga a la fecha de terminación del régimen. Artículo 14.

Según CORRAL⁶⁵, se deben deducir las obligaciones avaluables en dinero que sean líquidas y actualmente exigibles al momento de la finalización del régimen. Se deducen también, por lo dispuesto en el artículo 19, las obligaciones que un cónyuge tenga respecto del otro.

d. Prueba del Patrimonio Final

El artículo 16 en sus incisos 1º y 2º expresa: *“Dentro de los tres meses siguientes al término del régimen de participación en los gananciales, cada cónyuge estará obligado a proporcionar al otro un inventario valorado de los bienes y obligaciones que comprendan su patrimonio final. El juez podrá ampliar este plazo por una sola vez y hasta por igual término.*

El inventario simple, firmado por el cónyuge, hará prueba en favor del otro cónyuge para determinar su patrimonio final. Con todo, éste podrá objetar el inventario, alegando que no es fidedigno. En tal caso, podrá usar todos los medios de prueba para demostrar la composición o el valor efectivo del patrimonio del otro cónyuge”.

En síntesis, en cuanto al valor probatorio del inventario exigido, este sigue la reglas probatorias de los instrumentos privados, ya que verdaderamente lo es, por lo que deberá estar reconocido o mandado tener por reconocido de acuerdo a lo prescrito en los artículos 1.702 y 346 Código de Procedimiento Civil.

e. Evaluación del Patrimonio Final

Los bienes se valoran *“según su estado al momento de la terminación del régimen”*, en virtud de lo dispuesto en inciso 1º del artículo 17.

Las disminuciones del activo, que han de acumularse imaginariamente al patrimonio final, se apreciarán según el valor que habrían tenido los bienes enajenados al término del régimen de bienes. Artículo 17 inc. 2º.

El pasivo, de acuerdo a lo prescrito en el mismo artículo 17 inc. 3º, se computa conforme a las mismas reglas.

4. COMPARACIÓN DE LOS PATRIMONIOS ORIGINAL Y FINAL

4.1. Ambos cónyuges presentan pérdidas

Dispone el artículo 19: *“Si el patrimonio final de un cónyuge fuere inferior al originario, sólo él soportará la pérdida”*.

4.2. Uno de los Cónyuges presenta ganancias y el otro pérdidas

“Si sólo uno de los cónyuges ha obtenido gananciales, el otro participará de la mitad de su valor”. Artículo 19 inc. 2º.

65 Ob. cit. p. 139.

4.3. Ambos cónyuges presentan ganancias

La ley dispone que se deben sumar imaginariamente sus valores y atribuir la mitad a cada cónyuge.

“Al finalizar la vigencia del régimen de bienes, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente”.

A su vez los incisos 3º y 4º del artículo 19 prescriben: “*Si ambos cónyuges hubiesen obtenido gananciales, éstos se compensarán hasta la concurrencia de los de menor valor y aquel que hubiere obtenido menores gananciales tendrá derecho a que el otro le pague, a título de participación, la mitad del excedente.*”

El crédito de participación en los gananciales será sin perjuicio de otros créditos y obligaciones entre los cónyuges”.

7. LOS BIENES FAMILIARES

La institución de los bienes familiares se incorpora a nuestro derecho luego de la entrada en vigencia de la Ley 19.335, el 23 de septiembre de 1994, que dentro de las enmiendas y modificaciones que efectuó en el Código Civil, estuvo la de agregar un nuevo párrafo en el Título VI del Libro Primero, el número 2, que pasó a denominarse “*De los Bienes Familiares*”, aprovechando los artículos 141 a 149, que habían sido derogados por la ley 18.802.

Los bienes familiares tienen aplicación cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio, así lo consigna el artículo 141 del Código Civil, es decir, en sociedad conyugal, separación total de bienes o en régimen de participación en los gananciales.

Las normas que regulan los bienes familiares son de orden público, por lo que la voluntad de los cónyuges no las puede derogar o modificar, escapando al principio de la autonomía de la voluntad, esto no sólo se desprende de la ubicación de la materia en el Título VI del Código Civil, sino que el artículo 149 declara en términos explícitos la nulidad de cualquier estipulación que contravenga lo dispuesto en dicho párrafo; corresponde a una nulidad absoluta, puesto que la estipulación o pacto adolecería de objeto ilícito.

Se trata de normas de carácter imperativo que se fundan en el interés del grupo familiar y, por consiguiente, se imponen obligatoriamente a los cónyuges ⁶⁶.

7.1. CONCEPTO

Es bien familiar el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de uno de ellos, que sirva de residencia principal a la familia, y los muebles del hogar, siempre que hayan sido objeto de una declaración judicial en tal sentido.

7.2. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS BIENES FAMILIARES

Ya en la tramitación de la referida Ley surgieran dudas de constitucionalidad denunciadas por ciertos Senadores e integrantes de la Comisión de estudio formada al efecto. Dichas dudas se originaron ya que en el proyecto de ley original se proponía la afectación de un bien como familiar a través de la simple declaración unilateral de voluntad efectuada por cualquiera de los cónyuges siempre y cuando se hiciera constar en escritura pública y se anotara al margen de la inscripción de dominio respectiva. En efecto, los incisos 1º y 2º del artículo 141 propuestos por el proyecto original establecían que:

“El inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, que sirva de residencia principal a la familia, y los muebles que guarnecen el hogar, podrán ser declarados bienes familiares y se registrarán entonces, por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio.

La antedicha declaración podrá hacerse por cualquiera de los cónyuges mediante escritura pública, anotada al margen de la inscripción de dominio respectiva.

Fue el criterio general de los integrantes de la Comisión el considerar excesiva la posibilidad de afectación del inmueble como bien familiar a través de la simple declaración de cualquiera de los cónyuges, puesto que se estaba dotando al cónyuge no propietario de la facultad de afectar libremente y sin fiscalización alguna un bien de dominio ajeno, considerándose por muchos una disposición inconstitucional, puesto que las restricciones a las facultades de disposición producidas como un efecto directo de la afectación, constituían una trasgresión al derecho de propiedad.

Se propusieron distintas soluciones, para algunos como el profesor JOSÉ MARÍA EYZAGUIRRE el problema podría resolverse si la referida declaración se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo, caso en el cual se requeriría de autorización judicial otorgada por el juez de menores competente, previo informe de un asistente social, todo ello en una gestión judicial no contenciosa.

El profesor CARLOS PEÑA estimó también que la afectación de un bien familiar por declaración unilateral del cónyuge no propietario podría estimarse inconstitucional la norma en cuestión, ya que se estaría transgrediendo la voluntad del propietario con una voluntad distinta; que discrecionalmente entraría la disponibilidad del bien; a su vez sostuvo que el proyecto solucionaba el problema de constitucionalidad dotando al cónyuge propietario de la facultad de reclamar ante el juez que corresponda de aquella declaración que se haga contra su voluntad, argumentando el hecho de que el bien raíz no está siendo utilizado para el fin que justifica la afectación, siendo entonces, el propio órgano jurisdiccional el que provocaría la afectación, y la circunstancia de que el inmueble es la residencia principal de la familia constituiría la causa última de la afectación, no así el simple hecho de la solicitud del otro cónyuge.

En el Senado predominó la tesis de que la afectación de un bien como familiar no constituía una privación del derecho de los atributos y facultades esenciales del derecho de dominio, vale decir, las normas de los bienes familiares no implicaban una privación del derecho de propiedad, y sólo se daba lugar a una *especial limitación de la propiedad privada*, limitación que debería justificarse en vista de lo exigido por los intereses generales de la Nación, explicitados en el inciso 2º del N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, artículo que debía ser interpretado conjuntamente con el artículo 1 de la Constitución que establece el deber del Estado de dar protección a la familia .

Fue así como, por razones de prudencia, y con el objeto de reducir las dudas de constitucionalidad la Comisión del Senado estimó conveniente el entregar la declaración del bien familiar a la decisión de un órgano jurisdiccional, así es como la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges, actuando unilateralmente, afectara como familiar un bien de propiedad del otro cónyuge, fue reemplazada por aquella que faculta al cónyuge propietario para recurrir ante el juez competente, el cual resolverá la petición luego de haber escuchado a ambos cónyuges -actual artículo 141-, pero lamentablemente ésta modificación se efectuó sólo respecto de algunos bienes -el bien inmueble que sirve de residencia principal de la familia y los muebles que guarnecen el hogar, es decir sólo se modificó el art. 141-, omitiéndose sin razón alguna someter a dicho procedimiento la afectación de los derechos y acciones que tuvieran los cónyuges en sociedades propietarias del inmueble que sirve de residencia principal a la familia:

Sobre el particular CORRAL comenta: *Para los derechos o acciones en sociedades propietarias del inmueble que sirve de residencia principal a la familia, la afectación se produce por un mecanismo totalmente diferente: por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública*. -art. 146 inc. 3º-.

Curiosa resulta esta determinación por voluntad unilateral, que no se concilia con la afectación judicial requerida para los otros tipos de bienes familiares. La verdad es que la diferencia no cuenta con fundamento racional alguno. La única explicación posible es un error de omisión de los legisladores, que modificaron el procedimiento de afectación en el art. 141 CC, y se olvidaron de ajustar a esa modalidad judicial el art. 146 CC ⁶⁷.

Pese a lo anteriormente expuesto luego de la entrada en vigencia de la Ley 19.335 que introduce en nuestro Código Civil el párrafo 2, titulado *“De los bienes familiares”*, algunos profesores continúan opinando sobre la problemática planteada en torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los bienes familiares, puesto que en cierta forma con la solución dada en el Senado no fue suficiente para terminar con las dudas al respecto.

67 Una vez que en la Comisión se logró el acuerdo unánime en cuanto a aquellos aspectos esenciales de la creación de los *“bienes familiares”*, el proyecto y sus modificaciones fueron sometidos a la aprobación del Senado, dándose por aprobado el proyecto en general en la Sesión 7ª, del 19 de Octubre de 1993, posterior a esto, en Sesión de fecha 15 de diciembre de 1993, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento presenta su segundo informe acerca del proyecto de ley en estudio, en donde se presentan diversas indicaciones formuladas al proyecto, y se propone una redacción del articulado acorde a las precisiones efectuadas y previamente discutidas en las Sesiones de la Comisión. En Sesión 20ª, de fecha 4 de enero del año 1994, se da lugar a la discusión particular del proyecto, la que quedó pendiente, y fue reanudada al día siguiente despachándose, finalmente, su discusión en particular en Sesión 21ª, en miércoles 5 de Enero de 1994, la Ley 19.335 finalmente entra en vigencia el 23 de septiembre de 1994.

7.3. CARACTERÍSTICAS

1. Procede cualquiera sea el régimen matrimonial que afecte a los cónyuges. Artículo 141 inc. 1º.
2. Los bienes sobre los que recae la afectación pueden pertenecer a cualquiera de los cónyuges o ser comunes a ambos.
3. La afectación puede ser legal o judicial.
4. La afectación impide ejecutar los actos señalados en el artículo 142.
5. La declaración sólo puede hacerse a petición de uno de los cónyuges. Artículo 141 inc. 2º.
6. El juez puede suplir la autorización del otro cónyuge cuando éste se encuentre imposibilitado de manifestar su voluntad o cuando su negativa no se funde en el interés de la familia.
7. La desafectación debe ser declarada por el juez o acordarse por parte de los cónyuges. Artículo 145.
8. Disuelto el matrimonio debe pedirse la desafectación de los bienes familiares sea por el contrayente del matrimonio nulo o por los causahabientes del fallecido.
9. Se puede solicitar la desafectación si los bienes familiares no están actualmente destinados a los fines previstos en el artículo 141.
10. Los bienes familiares pueden constituirse durante el matrimonio o disuelto éste, en usufructo, uso o habitación a favor del cónyuge no propietario. -Artículo 147-.
11. Adolece de nulidad cualquier estipulación en contrario. Artículo 149.

7.4. FORMA DE AFECTACIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES

Demanda ante la justicia ordinaria por parte del cónyuge no propietario.

La sola presentación de la demanda afecta provisionalmente el bien. -ArT. 141 inc.3º-.

Se tramita según las reglas de juicio sumario.

Se debe probar en el caso del inmueble, el dominio, y en el caso de los muebles, que estos constituyen el ajuar del hogar destinado al asiento principal de la familia.

Acogida la demanda aunque la ley no lo dice, deberá tomarse nota de ella al margen de la inscripción de dominio.

7.4. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE BIEN FAMILIAR

Al no señalar la Ley un momento especial para que se produzcan tales efectos, y recurriendo a las reglas generales de Derecho Procesal, estos deberán producirse desde el instante en que quede ejecutoriada la resolución judicial que declara los bienes como familiares.

Los efectos de la declaración se encuentran regulados en el artículo 142, que prescribe: "No se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino con la autorización del cónyuge no propietario. La misma limitación regirá para la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar.

La autorización a que se refiere este artículo deberá ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto

exigiere esta solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso”.

Por su parte el artículo 144, señala que en los casos del artículo 142, la voluntad del cónyuge no propietario de un bien familiar podrá ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. El juez procederá con conocimiento de causa, y con citación del cónyuge, en caso de negativa de éste.

El artículo 143 establece la sanción a la falta de autorización exigida en la Ley al disponer que el cónyuge no propietario, cuya voluntad no se haya expresado en conformidad con lo previsto en el artículo anterior, podrá pedir la rescisión del acto. Agrega el mismo artículo que los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine⁶⁸.