

LOS SISTEMAS ECONÓMICOS DEL MATRIMONIO

CLAUDIA SCHMIDT HOTT
PROFESORA DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE CHILE

I. CONCEPTO

La institución del matrimonio genera importantes efectos, tanto de índole personal como patrimonial. Desde este último punto de vista es necesario determinar la organización de los bienes matrimoniales, es decir, a quién corresponde su administración, goce y disposición, cuestiones todas que dan lugar a un conjunto de normas legales que se conoce con los nombres de **RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO**, **SISTEMA ECONÓMICO DEL MATRIMONIO**, **ESTRUCTURA ECONÓMICA DEL MATRIMONIO**, entre otros. Este conjunto de normas legales constituye un *“estatuto jurídico que regula los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y de éstos en relación a los terceros”*. De esta definición puede advertirse, desde ya, que se contraponen dos categorías de intereses, cuales son, los de los cónyuges entre sí, por una parte, y por la otra, la de éstos en relación a los terceros. Para conciliar ambas categorías las diversas legislaciones adoptan distintas medidas, las que ojalá logren el adecuado equilibrio y aseguren, en consecuencia, una justa protección tanto de los cónyuges, como de los terceros.

Por otra parte, la estructura patrimonial que adopten las diversas legislaciones debe considerar dos principios fundamentales, cuales son, el respeto y el reconocimiento a la igualdad entre el marido y la mujer, por una parte, y por la otra, reconocer que el matrimonio importa una comunidad de intereses, incluso económica, pues se trata de una institución.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES

Para entender el sistema económico del matrimonio en nuestra legislación, es necesario conocer los diferentes regímenes patrimoniales o, al menos, los más importantes. Los sistemas económicos del matrimonio pueden clasificarse atendiendo a dos criterios, cuales son, su fuente u origen y sus efectos.

I. Atendiendo a su fuente u origen, se distingue entre los **sistemas contractuales o convencionales** y los **régímenes legales o predeterminados**, teniendo en cuenta si fueron generados o pactados por los esposos o cónyuges o si, por el contrario, han sido predeterminados por el legislador.

Los sistemas contractuales pueden ser de **libertad absoluta** o de **libertad limitada, restringida o relativa**, distinción que se hace atendiendo a la mayor o menor libertad de conclusión y de estipulación que se les reconozca a los contrayentes o cónyuges. Los sistemas legales o predeterminados, a su vez, pueden ser **obligatorios o supletorios**, según si el legislador los imponga perentoriamente o determine su aplicación, a falta de pacto en contrario. Frente a lo expuesto, nuestro sistema patrimonial predeterminado, que está constituido por la sociedad conyugal, es legal y supletorio. En efecto, *"a falta de pacto en contrario se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal..."* según lo disponen los artículos 1718 y 135 inciso 1°, del Código Civil.

Por otra parte, nuestro régimen convencional actual es de libertad limitada, pues los esposos o cónyuges pueden sustituir la sociedad conyugal por un régimen de separación total de bienes y desde la dictación de la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, por un sistema de participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios, o pactar antes o al momento de contraer matrimonio cualquiera de estos dos regímenes convencionales alternativos (artículos 1720, 1715 inciso 2° y 1792 N° 1, del Código Civil). Sin embargo, debe señalarse que al dictarse el Código Civil, en el año 1855, la libertad contractual no fue consagrada en nuestra legislación, pues la sociedad conyugal se imponía a los cónyuges como fórmula legal y obligatoria. Los esposos sólo podían pactar una separación parcial de bienes antes de contraer matrimonio en las capitulaciones matrimoniales, sin perjuicio que durante el matrimonio la mujer podía pedir la separación judicial de bienes que el legislador estableció como una medida de protección, sólo en su favor y por causales legales taxativas.

Por otra parte, nuestro régimen contractual, consagrado en forma muy estrecha por el Código Civil originario, también sufrió una evolución. En efecto, el Código Civil estableció la sociedad conyugal como un sistema legal y obligatorio, que sólo podía coexistir con una separación parcial convenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio, situación que cambia a partir de la dictación del DL 328 de 1925, cuerpo legal perfeccionado por la Ley N° 5.521 de 19 de diciembre de 1934, desde cuya dictación la sociedad conyugal pasó a ser un régimen legal y supletorio, modificándose al efecto el artículo 1720, el que permitió pactar la separación total o parcial de bienes en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio.

Posteriormente, la Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943, permitió que durante el matrimonio los cónyuges pudieran sustituir convencionalmente la **sociedad**

conyugal por una separación total de bienes (artículo 1723 del Código Civil). En el año 1952, con la dictación de la Ley N° 10.271, se facultó a los contrayentes pactar la separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio, bastando que ese pacto conste en la inscripción matrimonial (artículos 1715 inciso 2° y 1716 inciso 1°, del Código Civil). Esta situación persistió hasta el año 1994, en que se dicta la Ley N° 19.335, que ampliando el sistema contractual, consagra la participación en los gananciales con compensación de beneficios, como sistema convencional y alternativo de la separación total de bienes.

2. Atendiendo a sus efectos se distinguen, entre otros, tres principales sistemas matrimoniales, cuales son la **comunidad de bienes, la separación de bienes y la participación de bienes.**

Los **regímenes comunitarios** existieron en el antiguo derecho egipcio, fueron conocidos en los pueblos de Caldea, Nínive y Babilonia, entre los germanos y visigodos, y fueron ampliamente desarrollados por influencia del cristianismo. En la actualidad tienen gran aplicación, sin embargo, las legislaciones que lo adoptan han tratado de salvar sus deficiencias, consagrando lo que podría denominarse "nuevas fórmulas comunitarias". En efecto, las comunidades tradicionales se basaron en el principio de la subordinación de la mujer al marido, lo que se concretaba en el hecho de que éste era el administrador exclusivo de los bienes comunes, los que además usufructuaba, contando con poderes ilimitados y no permitiendo injerencia alguna de la mujer en dicha administración. Es así, como en estos sistemas la mujer era relativamente incapaz, no por ser mujer casada, sino por estar casada bajo el sistema comunitario o societario que reconocía una sola cabeza. Al margen de lo expuesto, debe señalarse que los esquemas comunitarios, en relación a su extensión, pueden ser **universales**, cuando abarcan todos los bienes, cualquiera sea su naturaleza, época y título de adquisición; **relativos, limitados o restringidos** a las ganancias, a los bienes muebles y ganancias, a los bienes muebles únicamente y, por último, a los bienes futuros solamente.

Sin embargo, estas viejas fórmulas comunitarias han sido sustituidas por nuevas estructuras, ya sea que se adopten como regímenes convencionales o legales obligatorios o supletorios, entre las que se distinguen dos tipos: **regímenes comunitarios con gestión repartida o en manos separadas, y regímenes comunitarios con gestión conjunta o en manos unidas.** Es así, como en Francia la Ley de 13 de julio de 1965, que si bien mantuvo la comunidad limitada de ganancias, como régimen legal y supletorio, estableció una comunidad en manos separadas, señalando además que tratándose de los bienes propios, éstos fueran administrados por cada cónyuge. Estos fueron los planteamientos que siguió entre nosotros el denominado Proyecto Philippi del año 1979, el cual, con el fin de eliminar la incapacidad relativa de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, mantuvo este sistema como estructura legal y supletoria, en la cual, junto

al patrimonio común coexisten los bienes propios de cada cónyuge. Sin embargo, en el patrimonio común diferenció dos secciones, pues al mantener la institución del patrimonio reservado de la mujer casada y terminar con la posibilidad de que ésta o sus herederos renuncien a los gananciales, transformó los bienes reservados en definitivamente sociales. Este Proyecto consagró una comunidad con gestión repartida, porque distinguió entre la administración de los bienes sociales, propiamente tales, a cargo del marido y la administración de los bienes reservados a cargo de la mujer, teniendo ambos idénticas limitaciones y facultades en sus respectivas administraciones separadas.

Así también, el artículo 1276 del Código Civil Argentino, después de la reforma de la Ley N° 17.711, de 22 de abril de 1968, dispone: *"Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo..."* En cambio, otras legislaciones optaron por un sistema comunitario con administración conjunta o en manos unidas, como es el caso del Código Civil Peruano de 1984, el cual dispuso, en sus artículos 303 y 313, que los cónyuges administran y disponen libremente de sus bienes propios, en tanto que los bienes sociales están sujetos a una administración conjunta y del Código de Familia Boliviano de 1972, vigente desde el 26 de agosto de 1977, el cual estableció que cada cónyuge administre sus bienes propios, en tanto que los gananciales sean administrados por ambos, salvo que se trate de ganancias obtenidas por el ejercicio de una profesión u oficio (artículos 109, 114 y 115).

Los **regímenes de separación de bienes** son aquellos en que cada cónyuge conserva el dominio, la administración y el goce de todos sus bienes, independientemente de su naturaleza, época y título de adquisición, prescindiendo por completo del principio de la unidad de intereses que implica la vida matrimonial, razón por la cual, equivale prácticamente a la ausencia de todo régimen matrimonial. En efecto, el cónyuge que trabaja fuera del hogar percibe un ingreso que sólo aumenta su patrimonio, aumento o ganancia de la cual no participa el cónyuge que trabaja dentro del hogar. En países como el nuestro, en que aproximadamente el 60% de las mujeres chilenas no desarrolla una actividad remunerada fuera del hogar, un sistema como éste la perjudica enormemente, salvo que reciba bienes a título gratuito. En estas circunstancias, es preferible la sociedad conyugal, régimen que en nuestro país sigue constituyendo una comunidad "tradicional". Los países que adoptan una estructura de separación de bienes como régimen legal y normal, como ocurre en Australia, en las provincias canadienses del Common Law, en Inglaterra y en la mayoría de los Estados de la Unión en EE.UU., han suavizado sus efectos y han adoptado soluciones propias de los sistemas comunitarios, como por ejemplo, la ley inglesa sobre los bienes de la mujer casada de 1964, que dispuso que eran comunes las economías hechas sobre las sumas previstas para los gastos del hogar y las inversiones o las adquisiciones hechas gracias a ellas.

Sin embargo, la institución de la comunidad de bienes reservados con gestión de bienes sociales, de bienes reservados y facultades en sus

de la reforma de la Ley de los cónyuges propios y de los que no tienen otro título de la comunidad con el Código Civil que los cónyuges no que los bienes del Código de Familia al estableció que las ganancias sean por el ejercicio

de cada cónyuge de los sus bienes, en, prescindiendo de la vida implica la vida ausencia de todo hogar percibe un de la cual no no el nuestro, en la una actividad rmente, salvo rible la sociedad una comunidad de bienes como cías canadienses de la Unión en propias de los los bienes de la as hechas sobre as adquisiciones

Finalmente, los **regímenes de participación**, cuyo origen es atribuido al derecho consuetudinario húngaro y, fundamentalmente, a la Ley francesa del año 1907 que estableció el patrimonio reservado de la mujer casada, se caracteriza porque viene a constituir una solución ecléctica que combina los principios de los sistemas comunitarios y de los regímenes separatistas, esto es, consagra, a la misma vez, la comunidad de intereses que implica la vida matrimonial y el respeto a la dignidad e individualidad de cada cónyuge. En efecto, durante la vigencia de la participación cada cónyuge tiene su patrimonio, conservando el goce, la administración y disposición de sus bienes. Sin embargo, como este régimen se liquida como un sistema comunitario, se establecen algunas limitaciones en la administración y disposición de bienes, en general, respecto de aquellos actos de mayor trascendencia económica.

Ahora, atendiendo a la forma como se liquida la participación y a los efectos que se generan al cesar ésta, se distingue entre dos tipos o clases: **participación con comunidad diferida y participación con compensación de beneficios**. En la primera, nace una comunidad efímera, limitada en el tiempo, para el solo efecto de ser liquidada y dividida entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido. En cambio, en la participación con compensación de beneficios (llamada también, régimen con compensación de beneficios, separación de bienes con compensación de beneficios, comunidad en valor, entre otras denominaciones) no se forma una comunidad al finalizar el sistema y, por lo tanto, no se dividen los bienes, sino que procede un ajuste de cuentas, proceso puramente contable, cuyo resultado dependerá de la extensión de la participación, la que al igual que la comunidad, puede ser **universal o limitada**. Realizado el ajuste de cuentas, a través de la comparación de los patrimonios originarios y finales de cada cónyuge, si se genera una diferencia positiva en favor de uno o de ambos cónyuges, procediendo en este último caso una compensación de valores hasta los de menor cuantía, nace un derecho personal o crédito de participación para aquel consorte que presente una diferencia negativa.

La participación con comunidad diferida fue adoptada como una solución a las deficiencias que presentaban los sistemas comunitarios tradicionales, comenzando este proceso con la Ley francesa de 1907, que introdujo el patrimonio reservado de la mujer casada, siguiendo con Colombia (Ley N° 28 de 1932) y Uruguay (Ley N° 10.783 de 1946), entre los países sudamericanos. Considero que en nuestro país se le introdujo a través del DL N° 328 de 1925, perfeccionado por la Ley N° 5.521 de 1934, al reglamentarse el patrimonio reservado de la mujer casada de manera imperfecta en un doble aspecto. En efecto, y en primer término, sólo se aplica a la "mujer" y en segundo lugar, se permite la renuncia a los gananciales. Es así como durante la vigencia de la sociedad conyugal la mujer es considerada separada parcialmente de bienes, esto es, sólo respecto de los bienes que integran su patrimonio reservado, pero a la época de la disolución de la sociedad estos bienes reservados ingresan a la comunidad que en ese instante se forma, salvo que ella o

sus herederos renuncien a los gananciales. Debemos citar también a los países nórdicos que adoptaron una participación con comunidad diferida, comenzando por Suecia, con el Código de Matrimonio de 11 de junio de 1920, y siguiendo con Dinamarca, desde la dictación de la Ley de 18 de marzo de 1925.

En cambio, la participación con compensación de beneficios fue adoptada por Finlandia con la Ley de 13 de junio de 1929, en Noruega al dictarse la Ley N° 1 de 20 de mayo de 1927, por Francia a través de la Ley de 13 de julio de 1965, que consagró una participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios como uno de los sistemas convencionales y, entre otros, por la entonces Alemania Federal, desde el año 1958, en que se reguló un régimen de participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios, como sistema legal y supletorio. Estas dos últimas legislaciones citadas fueron fundamentalmente seguidas por la Ley N° 19.335, que introdujo este sistema en nuestro país. Cabe señalar, sin embargo, que el denominado Proyecto Velasco de 1970 y el Anteproyecto de la Universidad Gabriela Mistral de 1987, optaron por un sistema legal y supletorio de participación con comunidad diferida, sistema que, sin lugar a dudas, se adapta más a nuestras tradiciones, realidad y estructura jurídica.

III.

RÉGIMEN PATRIMONIAL CHILENO

En nuestra legislación se distinguen, en la actualidad, tres sistemas económicos del matrimonio: la sociedad conyugal, la separación total de bienes y la participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios.

1. SOCIEDAD CONYUGAL

Considerando la clasificación de los regímenes económicos del matrimonio, que atiende a su fuente, la sociedad conyugal es, por regla general, un **sistema legal y supletorio**. Al dictarse el Código Civil en el siglo pasado, la sociedad conyugal constituía un régimen legal y obligatorio, como ya se dijo en otra parte de esta síntesis. Si bien, los artículos 135 inciso 1° y 1718 del Código Civil prescriben que por el mero hecho del matrimonio se entiende contraída la sociedad conyugal, a partir de la dictación de la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989, esta regla general tiene una calificada excepción, consagrada en el artículo 135 inciso 2° (modificado también por la Ley N° 19.335), según el cual, *“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 momento sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción”*. En consecuencia, es posible que la sociedad conyugal excepcionalmente comience después de contraído el vínculo matrimonial y sea de origen convencional. La sociedad

conyugal impuesta por la ley al contraerse el matrimonio a falta de pacto en contrario y aquella convenida al amparo de lo dispuesto en el artículo 135 inciso 2°, puede ser sustituida, convencionalmente, en conformidad a lo dispuesto por los artículos 1723 y 1792 N° 1 del Código Civil, por una sola vez, por una separación total de bienes o por una participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios.

Teniendo presente la clasificación de los regímenes patrimoniales que atiende a sus efectos, la sociedad conyugal constituye una **comunidad limitada a las ganancias y a los bienes muebles**. Sin embargo, aunque sea calificada como un sistema comunitario, no debe olvidarse que durante su vigencia la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales (artículo 1752 del Código Civil), pues la comunidad viene a formarse recién al momento en que la sociedad se disuelve por alguna de las causales contempladas en el artículo 1764 del Código Civil.

Por otra parte, en mi opinión, se trata no sólo de una comunidad limitada a las ganancias, como se asevera generalmente, sino que también a los bienes muebles aportados al matrimonio o adquiridos durante él a título gratuito, pues éstos ingresan al denominado haber relativo de la sociedad conyugal, conforme a lo establecido en los números 3 y 4 del artículo 1725, esto es, ingresan en propiedad, quedando la sociedad obligada a restituir su valor en dinero, conforme al régimen establecido para el pago de las recompensas del artículo 1734. Si bien la Ley N° 18.802, abandonando la teoría nominalista que inspiró nuestro Código Civil, consagró la reajustabilidad, hizo ilusoria su aplicación práctica al no establecer un sistema de reajuste y entregar su determinación al partidador, quien debe aplicar esta norma de acuerdo a la equidad natural. Como se trata de una comunidad limitada, junto a los bienes sociales coexisten los bienes propios de los cónyuges y pueden existir, además, los bienes reservados (artículo 150 del Código Civil) y los bienes a que se refieren los artículos 166 y 167.

En el patrimonio social se distingue un activo y un pasivo. En el activo se distingue un haber real, efectivo o absoluto y un haber relativo o aparente, según si los bienes que lo componen ingresan a la sociedad sin o con cargo a recompensa. A su vez, en materia de deudas se distingue un pasivo real o absoluto y un pasivo relativo, transitorio o aparente, atendiendo a la problemática de la "contribución y de la obligación a las deudas", esto es, si la sociedad al pagar tiene o no derecho a recompensa, pues como es sabido, frente a los terceros, el marido es 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 sociales como los bienes de éste; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido, recompensas que se harán efectivas al término de la sociedad conyugal, en conformidad al sistema establecido por el artículo 1734 del Código Civil.

En materia de administración, se distingue entre la ordinaria, la extraordinaria y la especial.

La administración ordinaria de la sociedad conyugal corresponde al marido, en un principio con poderes ilimitados que fueron restringidos fundamentalmente por las Leyes N° 10.271 (1952) y 18.802 (1989), que en definitiva transformaron la sociedad conyugal en un sistema comunitario con administración conjunta (sin perjuicio que sigue siendo una "comunidad tradicional" como se dirá más adelante), pues el marido debe ejecutar los actos a que se refiere el artículo 1749 con autorización de su mujer. La gestión de los bienes propios, tanto del marido como de la mujer, tratándose de la administración ordinaria, corresponde al marido, y es respecto de los de la mujer donde se produce una odiosa discriminación en su contra, que transforma la normativa legal (artículo 1754 del Código Civil) en inconstitucional.

En efecto, el citado artículo señala en su inciso final que *"la mujer no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis"*, sin perjuicio que el marido deba requerir de la autorización de su mujer para celebrar los actos a que se refieren los artículos 1754, 1755 y 1756. En consecuencia, al prohibir la ley a la mujer gestionar sus bienes propios, la castiga con la máxima sanción que consagra en caso de contravención, esto es, la nulidad absoluta sobre la base de lo prescrito por los artículos 10, 1466 y 1682 del Código Civil (tesis acogida por fallo de la I. Corte de Apelaciones de Concepción y confirmado por la Excm. Corte Suprema, con fecha 12 de enero de 1995; interpretación que dada su gravedad originó una moción parlamentaria, según Boletín N° 1719-07, que en definitiva llevó a la Cámara de Diputados a aprobar una modificación al Código Civil, a través de un artículo único que señala: *"Declárese, interpretando los artículos 1754 y 1757 del Código Civil, que los actos o contratos ejecutados o celebrados en contravención a lo dispuesto en el inciso final del artículo 1754 de dicho Código, adolecen de nulidad relativa, a la que se aplican las normas previstas en el artículo 1757 del mismo cuerpo legal."*). Esta norma atenta contra el principio de igualdad consagrada en la Carta Fundamental (artículo 19 N° 2) y en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos de rango constitucional, en conformidad a lo prescrito por el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República de 1980, después de la reforma del año 1989, y muy especialmente atenta contra lo dispuesto en el artículo 15 N° 2 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: *"Los Estados Partes reconocerán a la mujer en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes..."*

En este mismo sentido, debe considerarse inconstitucional la norma contenida en el artículo 137 del Código Civil, reformada por la Ley N° 18.802, que pretendió otorgar plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, pues si bien dicha ley derogó la potestad marital, la mantuvo en lo patrimonial, pues sólo le dio una capacidad nominal. En efecto, si bien la mujer es capaz para otorgar actos y contratos, sólo obliga los bienes reservados y los bienes a que se refieren los artículos 166 y 167, partidas estas últimas que en la práctica no existen y no puede obligar sus bienes propios.

Por su parte, la administración extraordinaria corresponde al guardador del marido, en caso que a éste le afecte un impedimento de larga e indefinida duración, como por ejemplo, cuando es declarado en interdicción por demencia (artículo 138) y no corresponde por derecho propio, como debiera ser a la mujer. El guardador será normalmente la mujer, salvo que ésta se excuse de ejercer la guarda, sea incapaz de ejercerla, se llame preferentemente a otras personas o se le prohíba ejercerla (artículo 450 del Código Civil). Si la guarda es ejercida por un tercero, deben aplicarse las normas de los artículos 338 y siguientes del Código Civil, en tanto que si la ejerce la mujer, debe distinguirse según se trate de la administración de los bienes sociales, de los bienes propios del marido o de sus bienes. Respecto de los bienes sociales, la Ley N° 18.802 introdujo importantes modificaciones al artículo 1759 del Código Civil, sujetando a la mujer en esta administración a las mismas limitaciones que tiene el marido en la administración ordinaria de los bienes sociales, equiparándolos en este sentido. Tratándose de los bienes del marido, en cambio, la mujer está sujeta a las normas de la curadurías, en tanto que respecto de sus bienes, los administra con entera libertad.

Finalmente, puede existir una administración especial de la sociedad conyugal cuando el marido es declarado en quiebra, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 64 de la Ley de Quiebras N° 18.175.

Disuelta la sociedad conyugal, por las causales enunciadas en el artículo 1764 del Código Civil, se forma una comunidad entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y el o los herederos del cónyuge difunto que deberá ser liquidada en conformidad a las normas contenidas en los artículos 1765 y siguientes, proceso que termina con la división de los gananciales por mitades.

Finalmente, cabe agregar que correspondiendo calificar aún a la sociedad conyugal como un sistema comunitario tradicional, se encuentra en actual tramitación en el Congreso Nacional una nueva reforma que plantea sustituirla por un régimen de participación en los gananciales con comunidad diferida, que tomó por fundamento el proyecto conocido como "Velasco Letelier" de 1970 y el proyecto elaborado por la Comisión de Reformas Legales de la Universidad Gabriela Mistral de 1987, según Boletín N° 1707-18.

2. SEPARACIÓN DE BIENES

Atendiendo a su fuente, la separación de bienes puede ser **judicial, legal y convencional**, en tanto que, atendiendo a su extensión, se clasifica en **parcial y total**. Sin embargo, la separación parcial, que a su turno puede ser convencional (artículos 1720 y 167 del Código Civil) o legal (artículos 150 y 166 del Código Civil), no constituye un régimen patrimonial especial, pues coexiste con la sociedad conyugal.

A) SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES

Como es sabido, la separación judicial fue establecida como una medida de protección a la mujer dentro del sistema de sociedad conyugal, concurriendo causales legales taxativas. Sin embargo, la Ley N° 19.335 introdujo un cambio fundamental en este sentido al modificar el artículo 19 de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, el que ha pasado a disponer: *“Cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la separación de bienes, si el otro, obligado al pago de pensiones alimenticias, en su favor o en el de sus hijos comunes, hubiere sido apremiado por dos veces en la forma señalada en el inciso primero del artículo 15.”* Esta disposición debemos entenderla referida también al caso en que rija entre los cónyuges una participación de bienes, pues el artículo 158 del Código Civil, modificado por la Ley N° 19.335, hace aplicable a ambos cónyuges, indistintamente, las normas sobre separación judicial de bienes, aunque el legislador debió haber empleado para esta hipótesis los términos jurídicos correctos, estos es “liquidación anticipada del crédito de participación”, pues al finalizar la participación, los patrimonios de los cónyuges se mantienen separados (artículo 1792 N° 5 del Código Civil). Debo agregar además, que esta causal no debiera proceder para el caso en que los cónyuges estén casados bajo el régimen de sociedad conyugal, puesto que en esa situación, la sociedad, esto es, el marido, está obligado al mantenimiento de la familia sin cargo a recompensa (artículo 1740 N° 5 del Código Civil), teniendo como contrapartida el goce de todos los bienes (artículo 1725 N° 2), exceptuados los frutos generados por los bienes a que se refieren los artículos 150, 166, 167 y 1724, reformado este último por la Ley N° 18.802.

La mujer, por lo tanto, dentro del régimen de sociedad conyugal, salvo el caso de excepción señalado, y ambos cónyuges dentro del sistema de participación en los gananciales, sin perjuicio del alcance referido en materia de terminología, pueden pedir la separación judicial de bienes por causales legales taxativas, las que fueron ampliadas fundamentalmente por la Ley N° 18.802. Decretada la separación judicial de bienes dentro de un juicio sumario, ésta pasó a ser irrevocable desde la dictación de la Ley N° 18.802 (artículo 165 del Código Civil).

B) SEPARACIÓN LEGAL DE BIENES

Debe distinguirse, como es sabido, entre la separación total y la separación parcial. La primera, desde la dictación de la Ley N° 19.335, tiene lugar en tres hipótesis.

En primer lugar, al declararse el divorcio perpetuo de los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal, conforme a lo prescrito en los artículos 170 y 1764 N° 3 del Código Civil. En segundo lugar, al declararse el divorcio perpetuo de los cónyuges casados bajo el régimen de participación en los gananciales, según debe, necesariamente, deducirse del artículo 1792 N° 27-4 del Código Civil, pues subsistiendo el matrimonio es el único sistema patrimonial posible de aplicar, dado el divorcio. En estos dos casos han de aplicarse las mismas normas, estas son, las contenidas en el párrafo 5 del Título VI del Libro Primero del Código Civil, en consecuencia, esta separación legal total es irrevocable (artículo 178).

Finalmente, rige una separación total de bienes, en la hipótesis planteada en el artículo 135 inciso 2° del Código Civil, esto es, respecto de "los que se hayan casado en país extranjero...". Sin embargo, esta separación legal total no es irrevocable, pues en conformidad a lo prescrito por ese mismo artículo, puede ser sustituida convencionalmente por una sociedad conyugal o por una participación de bienes.

La separación legal parcial, en cambio, tiene cabida en dos hipótesis, coexistiendo en ambos casos con el régimen de sociedad conyugal.

En efecto, se produce respecto de la mujer casada de cualquier edad que desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, la que es considerada parcialmente separada de bienes en conformidad a lo dispuesto por el artículo 150 del Código Civil, que estatuye el patrimonio reservado de la mujer casada. Sin embargo, desde la dictación de la Ley N° 18.802 ha dejado de ser un patrimonio reservado (esta denominación ya era criticable desde el momento que los bienes reservados son, en definitiva, gananciales, salvo que la mujer o sus herederos renuncien a éstos), pues "*los actos o contratos celebrados por la mujer en esta administración separada, obligan los bienes comprendidos en ella y los que administre con arreglo a las disposiciones de los artículos 166 y 167...*" (artículo 150 inciso 5° del Código Civil).

En segundo lugar, se produce la separación legal parcial "*si a la mujer casada se hiciera una donación, o se dejare una herencia o legado, con la condición precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas no tenga la administración el marido...*" (artículo 166 del Código Civil). Cabe señalar que esta posibilidad no se presenta prácticamente.

C) SEPARACIÓN CONVENCIONAL DE BIENES

En relación a su extensión, la separación convencional puede ser total o parcial.

La primera, puede ser convenida por los esposos en las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio, en conformidad a lo dispuesto por los artículos 1720 inciso 1° y 1716; en las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio, conforme a lo expresado en los artículos 1715

y 1716; durante el matrimonio, en conformidad a lo señalado por el artículo 1723, esto es, los cónyuges mayores de edad pueden sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación total; durante el matrimonio pueden también sustituir el régimen de participación en los gananciales por el de separación total de bienes, según lo dispuesto por el artículo 1792 N° 2 inciso 2° del Código Civil; y, finalmente, habiendo contraído matrimonio en el extranjero y siendo, por lo tanto, considerados separados de bienes en Chile, hubieren pactado sociedad conyugal o participación en los gananciales, en conformidad a lo expuesto por el artículo 135, y sustituyan cualquiera de estos dos regímenes por una separación total de bienes, amparados por lo dispuesto en los artículos 1723 inciso 1° y 1792 N° 1 inciso 2° del Código Civil. Debe señalarse que cualquier pacto celebrado, en conformidad a lo señalado por el artículo 1723, es irrevocable. En consecuencia, sólo la separación total de bienes pactada en las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio o en el acto de su celebración, puede ser modificada convencionalmente, y por una sola vez, por una participación en los gananciales (artículos 1792 N° 1 inciso 2° y 1723 del Código Civil).

La separación convencional parcial, en cambio, sólo puede ser convenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad a la celebración del matrimonio, en conformidad a lo expuesto por los artículos 1720 y 167 del Código Civil. Esta separación coexiste con el sistema de sociedad conyugal y no constituye, en consecuencia, un régimen matrimonial independiente.

3. PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES

Atendiendo a su origen, la participación de bienes que introdujo la Ley N° 19.335 constituye un **sistema convencional y alternativo**, que vino a ampliar el régimen contractual existente en nuestro país.

La participación de bienes puede pactarse en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio, cumpliendo con las mismas formalidades de éstas (artículos 1716 y 1792 N° 1 inciso 1° del Código Civil); en las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el acto del matrimonio, conforme a lo dispuesto por los artículos 1715 inciso 2°, 1716 y 1792 N° 1 inciso 1° del Código Civil; durante el matrimonio, siempre y cuando los cónyuges fueren mayores de edad, pueden sustituir el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes por una participación en los gananciales (artículos 1723 inciso 1° y 1792 N° 1 inciso 2° del Código Civil); y, finalmente, al inscribir su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago pueden pactar en ese acto participación en los gananciales, dejando constancia de ello en dicha inscripción, cuando por haber contraído matrimonio en el extranjero fueren considerados en Chile separados de bienes por el legislador (artículo 135 inciso 2° del Código Civil).

La participación de bienes pactada en las capitulaciones matrimoniales, ya se

hubieren otorgada éstas antes o durante el acto de celebración del matrimonio, y aquella convenida de acuerdo a lo prescrito por el artículo 135 inciso 2° del Código Civil, puede ser sustituida convencionalmente, y por una sola vez, por una separación total de bienes, en conformidad a lo señalado por el artículo 1792 N° 1 inciso 2° del Código Civil.

Atendiendo a los efectos que genera este sistema, se trata de una **participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios**.

En efecto, es relativa a las ganancias porque al finalizar la participación se comparan los patrimonios originarios y finales de cada cónyuge, considerándose "gananciales" la diferencia de valor neto entre ambos (artículo 1792 N° 6 Código Civil). Ello no significa que los cónyuges tengan dos patrimonios, pues cada uno de ellos tiene un patrimonio único que es considerado en dos momentos diferentes: al comenzar y al finalizar la participación. Como se trata de un sistema relativo a las ganancias, se agregan al patrimonio originario las adquisiciones a título gratuito efectuadas durante su vigencia (artículo 1792 N° 7 inciso 2° del Código Civil).

Se trata, en seguida, de una participación con compensación de beneficios, porque al finalizar este régimen no se forma una comunidad diferida para el solo efecto de ser liquidada entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge difunto, sino que tiene lugar un ajuste de cuentas, proceso puramente contable que tiene por finalidad, comparando los patrimonios originarios y finales de cada cónyuge, determinar si hubo o no gananciales.

Si el patrimonio final de un cónyuge fuere inferior al originario, sólo él soportará la pérdida, en cambio, si sólo uno de los cónyuges ha obtenido gananciales, el otro participará de la mitad de su valor y, finalmente, 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 (artículo 1792 N° 19 del Código Civil).

Como se puede apreciar, al finalizar la participación (por alguna de las causales enumeradas en el artículo 1792 N° 27) se liquida como un sistema comunitario, en el sentido que da lugar, eventualmente, al nacimiento de un crédito de participación, debiendo ejecutarse este proceso contable. Como es un sistema ecléctico funciona durante su vigencia como un régimen separatista, permaneciendo separados los patrimonios de cada cónyuge (lo que ocurre también al finalizar la participación), estableciéndose, a mi juicio, escasísimas restricciones en materia de gestión de bienes (artículo 1792 números 3 y 4). Se trata, sin lugar a dudas, de una alternativa que puede resultar atractiva para una elite, pues requiere del asesoramiento de peritos tasadores, abogados y contadores, pero está lejos de constituir un régimen que se adecúe a nuestra realidad social, económica, cultural y tradición jurídica.

A pesar que pueda importar una opción atractiva para algunos, incurre en una grave desprotección de los cónyuges, pues el crédito de participación es prescriptible (5 años contados desde la terminación del régimen) y a pesar de gozar de una preferencia de la cuarta clase (artículos 2481 N° 3, 2483 inciso 1° y 2485 del Código Civil) prefieren a él los créditos contra un cónyuge cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, lo que en caso de simulación de obligaciones puede perjudicar gravemente al cónyuge acreedor.

IV. BIENES FAMILIARES

Esta institución, conocida en otras legislaciones (Código Civil Peruano de 1984, Libro III, "Derecho de Familia", Sección Cuarta, Capítulo Segundo, artículos 488 al 501; Código de Familia Boliviano, Título Preliminar, "Del Régimen Jurídico de la Familia, del Parentesco, de la Asistencia y del Patrimonio Familiar", artículos 30 al 40; DL N° 15.597 de 1984 en la República Oriental del Uruguay; Ley N° 14.394 de 1954 en la República Argentina, entre otros), fue introducida en la nuestra por la Ley N° 19.335, la cual la estableció con la finalidad de garantizar un hogar físico estable para que la familia pueda desenvolverse normalmente.

Si bien, no constituye un régimen patrimonial independiente, al referirse a bienes dentro del matrimonio, cae de lleno en este tema. Es más, en esta materia la Ley N° 19.335, que pasó a regular los bienes familiares en el párrafo 2 del Título VI del Libro Primero del Código Civil, entre los artículos 141 al 149 inclusive, dada sus graves deficiencias y vacíos, ha eliminado en la práctica la existencia de los diferentes regímenes matrimoniales.

En efecto, como es posible la aplicación de esta institución, cualquiera que sea el sistema de bienes que exista entre los cónyuges (artículo 141 inciso 1° del Código Civil), al no haber establecido el legislador medidas definitivas de publicidad para que los bienes declarados familiares sean considerados como tales respecto de terceros, éstos deberán obtener el consentimiento de ambos cónyuges para celebrar aquellos actos señalados en el artículo 142 del Código Civil, única forma de resguardarse frente a una eventual demanda de nulidad relativa.

Lo expuesto se produce, por cuanto la ley dispuso que la sola presentación de la demanda transforma provisoriamente en familiar el bien de que se trate, debiendo el juez disponer en su primera resolución, que se anote al margen de la inscripción respectiva esta circunstancia (artículo 141 inciso 3° del Código Civil), sin establecer medidas de publicidad definitivas en favor de los terceros, lo que sí ocurre en otras latitudes. Lo anteriormente aseverado es más grave aún, respecto de los muebles que guarnecen el hogar, desde el momento que éstos no están sujetos a un sistema de registro.

No cabe duda que se trata de una institución que favorece a la familia, pero en cuya reglamentación el legislador incurrió en graves errores, aparte de lo ya expuesto.

En efecto, entre otros, ató la constitución de los bienes familiares a un proceso judicial contencioso (juicio sumario), en circunstancias que debió someterla a un procedimiento judicial no contencioso o administrativo, lo que conduce al absurdo que, aunque los cónyuges estén de acuerdo en su constitución, deberán prácticamente simular un pleito; no definió para estos efectos qué debe entenderse por familia; al regular los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia, como posibles bienes que pueden ser objeto de esta institución, incurrió en inexplicables contradicciones, específicamente al no dejar claro si estos derechos o acciones son afectados en la forma descrita en el inciso 3° del artículo 146 del Código Civil, esto es, por el otorgamiento de una escritura pública anotada al margen de la inscripción social, si la hubiere, o en el registro de accionistas, si fuere el caso, o si se requiere en esta hipótesis también para su constitución de una declaración judicial pronunciada en un juicio sumario por una parte, y por la otra, fue confuso en la determinación de los actos que, en este caso, requieren de la concurrencia de voluntad de ambos cónyuges. Cabe agregar, que alguna de estas deficiencias pretenden ser subsanadas por la vía legislativa según moción parlamentaria en Boletín N° 1578-07.

V. CONCLUSIÓN

En definitiva, en materia de regímenes patrimoniales del matrimonio, en nuestra legislación nos queda mucho camino que recorrer, pues debemos modificar la sociedad conyugal eliminando en ella toda discriminación que atente contra la mujer o el marido, pues ésta después de tantas reformas "parches" ha pasado a ser un sistema desarmónico y, lo que es más grave, en muchos aspectos, inconstitucional; o, en su caso, sustituirla por un sistema de participación en los gananciales con comunidad diferida. De mantener la sociedad conyugal con las reformas anotadas, debería sustituirse el régimen convencional de participación en los gananciales con compensación de beneficios, por uno de comunidad diferida, y aclarar y corregir las normas que reglamentan los bienes familiares.

Los antecedentes de Derecho Comparado citados, se encuentran contenidos en los siguientes textos: *Nuevo Régimen Matrimonial, Ley N° 19.335 Analizada y Comentada*, Claudia SCHMIDT HOTT, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, marzo 1995 y *La Unidad y la Individualidad en el Sistema Económico del Matrimonio*, Memoria de Prueba, Claudia SCHMIDT HOTT y Marcela HOZVEN DURÁN, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago 1982-1983.