

REGIMEN PATRIMONIAL Y AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD*

Claudia Schmidt Hott

Profesora de Derecho Civil e integrante del Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

I. INTRODUCCION

En un sentido objetivo el Derecho de Familia constituye un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales que mantienen entre sí sus diferentes miembros, y si bien pertenece al Derecho Civil, Derecho privado común y general, se aparta de uno de los pilos fundamentales, como es el de la autonomía de la voluntad. En atención a que la familia, célula fundamental de la sociedad, interesa trascendiendo al interés puramente particular y, por lo mismo, las normas que regulan son esencialmente imperativas o prohibitivas y de orden público. Como consecuencia de ello, desaparecen o se atenúan las derivaciones de la autonomía de la voluntad, y es así como prima el formalismo por sobre el consentimiento, la irrenunciabilidad por sobre la renunciabilidad de los derechos extrapatrimoniales de familia y, muy especialmente, la aplicación del derecho jurídico predeterminado e imperativo por sobre la libertad contractual. Manteniéndose, en general, sólo la libertad contractual de concepción, el contrato de matrimonio más que generar derechos y obligaciones genera deberes y derechos-funciones, pues muchos de estos son de naturaleza moral (fidelidad, respeto, protección, ayuda mutua, etc., recíprocos), bien el concepto patrimonial de obligación y los efectos que esta genera desde el punto de vista de su cumplimiento como desde la perspectiva del incumplimiento no tiene plena aplicación. Así por ejemplo, las obligaciones de familia, si pudiéramos conceptualizarlas de tales, no pueden estar sujetas a una regla general, a modalidades. Es por ello que en otras latitudes se han elaborado Códigos de Familia, como son los casos, entre otros, del Código de Familia de Panamá, de 17 de mayo de 1994, y del Código de Familia de Bolivia de agosto de 1972. Por otra parte, los Códigos Civiles del siglo XIX, al tratar los efectos que genera el matrimonio entre los cónyuges, distinguen entre dos categorías de normas jurídicas: aquellas destinadas a regular los deberes de índole personal y aquellas destinadas a reglamentar las relaciones de índole patrimonial. Las primeras que conforman lo que se ha denominado el núcleo primario (deberes recíprocos de fidelidad, respeto, protección, coh

* Ponencia presentada al X Congreso Internacional de Derecho de Familia "El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas", Mendoza, 20/24, septiembre, 1998, Comisión N° 1 "Derecho de Familia y relaciones económicas de la familia", "Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad".

ayuda y socorro, etc.), están contenidas en el Libro relativo a las Personas, en tanto que las destinadas a regular el régimen económico y las convenciones matrimoniales, se encuentran incluidas en el Libro relativo a las Obligaciones y a sus Fuentes. Es así como puede citarse, a modo de ejemplo, el Código Civil español de 1889 que en el Libro Primero "De las personas", Título IV "Del Matrimonio", Cap. V regula los derechos y deberes de los cónyuges, en tanto que en el Libro Cuarto "De las obligaciones y contratos", Título III reglamenta el régimen económico matrimonial. Así también, el Código Civil argentino de 1869 en el Libro Primero "De las personas" reglamenta en la Sección Segunda, Título I, Cap. 8, los derechos y deberes de los cónyuges. En cambio el régimen matrimonial está reglamentado en el Libro Segundo "De los derechos personales en las relaciones civiles", Sección Tercera "De las obligaciones que nacen de los contratos", Título 2 "De la sociedad conyugal". En cambio, algunas legislaciones dictadas en el presente siglo, si bien no han promulgado un Código de Familia, han recopilado el Derecho de Familia dentro del Código Civil en un solo Libro, tanto en lo que se refiere al aspecto personal como al ámbito patrimonial. Así por ejemplo, el Código Civil peruano de 1984 regula en el Libro III el Derecho de Familia, abordando la sociedad conyugal, la sociedad paterno-filial y el amparo familiar. De lo expuesto hasta el momento, puede concluirse que el Derecho de Familia está comprendido dentro del Derecho Civil, pero presenta características especiales como ya se ha señalado, y en él, en lo que se refiere a los efectos que el matrimonio genera entre los cónyuges, se distinguen dos categorías de normas, a saber, las que conforman el régimen primario, en las cuales los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual de estipulación se encuentran descartados, y aquellas que dan lugar al régimen económico, materia en la cual la libertad contractual tiene una cabida limitada.

II. AMBITO DE APLICACION DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL SISTEMA ECONOMICO DEL MATRIMONIO

Para abordar esta temática, debe considerarse la clasificación de regímenes matrimoniales que atiende a su origen o fuente, según la cual, se distingue entre los sistemas contractuales o convencionales y los regímenes legales o predeterminados. Los primeros, como su nombre lo refleja, son aquellos generados o pactados por los esposos o cónyuges y se subclasifican atendiendo a la mayor o menor libertad de conclusión y de estipulación, entre los de libertad absoluta y los de libertad limitada, restringida o relativa. En el primero los esposos o cónyuges adoptan el sistema que más les convenga, teniendo como únicas limitaciones al orden público y a las buenas costumbres. En cambio, en los regímenes de libertad restringida, los contrayentes prefieren uno de los varios regímenes propuestos por el legislador. En general, puede sostenerse que las estructuras contractuales presentan la desventaja de exigir en la persona de los contrayentes o cónyuges un grado de cultura adecuado, una información jurídica previa y pertinente, y una madurez necesaria. Por su parte, los sistemas legales o predeterminados son aquellos por los cuales el legislador determina el régimen patrimonial que regirá las relaciones económicas de los cónyuges entre sí y respecto de terceros, ya sea imponiéndolo, dando lugar a una estructura legal y obligatoria, o supliendo la voluntad de los contrayentes, disponiendo la aplicación de un sistema legal y supletorio.

III. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL CHILENO

El Código Civil regula en la actualidad en forma inorgánica el patrimonial del matrimonio. En efecto, si bien está tratado principalmente en el Libro IV "De las obligaciones en general y de los contratos", Título X "De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal" y Título "Régimen de la participación en los gananciales", encontramos normas son aplicables en el Libro I "De las personas", Título VI "Obligaciones entre los cónyuges", artículos 135 al 167, que reglamentan, entre otros, los bienes familiares, el patrimonio reservado de la mujer casada, el régimen de sociedad conyugal y otros casos de separación de bienes. En consecuencia, considero que en una futura reforma debiera regularse el régimen económico dentro de un Libro destinado a tratar íntegramente el Derecho de Familia.

Entrando directamente al tema, debe señalarse que en la legislación chilena rige como sistema legal y supletorio la sociedad conyugal, que, atendiendo a su tipología de sistemas comunitarios, constituye una comunidad limitada de ganancias y bienes muebles. Sin embargo, al dictarse el Código Civil en 1889, la sociedad conyugal constituía un régimen legal y obligatorio que podía coexistir con una separación parcial de bienes convenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio, situación que cambió a partir de la dictación del DL N° 328 de 1925, cuerpo legal promulgado 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 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 posibilitó que durante el matrimonio los cónyuges pudieran sustituir convencionalmente la sociedad conyugal por una separación total de bienes (artículo 1723). En el año 1952, mediante la dictación de la Ley N° 10.271, se facultó a los contrayentes a pactar la separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales que se celebran en el momento del matrimonio, bastando que ese pacto conste en la inscripción matrimonial (artículos 1715 inciso 2 y 1716 inciso 1). Esta situación persistió hasta el año 1989, cuando se dictó la Ley N° 19.335 que, ampliando el sistema convencional, contempló la participación en los gananciales en su modalidad crediticia, como sistema legal y alternativo. Si bien los artículos 135 inciso 1 y 1718 del Código Civil prescriben que por el mero hecho del matrimonio se entiende la constitución de la sociedad conyugal, como régimen legal y supletorio, a partir de la dictación de la Ley N° 18.802 de 9 de junio de 1989 esta regla general tiene una calificación de excepción consagrada en el artículo 135 inciso 2 (modificado posteriormente por la Ley N° 19.335) según el cual, "los que se hayan casado en país extranjero, 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". Por lo tanto, la sociedad conyugal excepcionalmente tiene origen convencional y puede pactarse de forma contraria al vínculo matrimonial. Cabe agregar además que la sociedad conyugal impuesta supletoriamente por la ley y aquella pactada al amparo de la capitulación dispuesto por el artículo 135 inciso 2, puede sustituirse convencionalmente.

conformidad a lo dispuesto por los artículos 1723 y 1792 N° 1 y por una sola vez, por una separación total de bienes o por una participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios, convención que es solemne.

El régimen convencional de separación de bienes se clasifica en cuanto a su extensión en total y parcial. En cuanto al momento en que puede pactarse la separación total de bienes, pueden distinguirse las siguientes hipótesis: 1) pueden los esposos acordarla en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) otorgadas antes de contraer matrimonio en conformidad a lo prescrito por los artículos 1720 inciso 1 y 1716; 2) en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) que se celebren en el acto del matrimonio conforme a lo expresado en los artículos 1715 y 1716; 3) durante el matrimonio en conformidad a lo señalado por el artículo 1723, esto es, los cónyuges mayores de edad están facultados para sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación total, pacto que es irrevocable; 4) durante el matrimonio pueden también sustituir la participación en los gananciales por la separación total de bienes según lo dispuesto por el artículo 1792 N° 1 inciso 2, pacto que también es irrevocable; y, 5) finalmente, habiendo contraído matrimonio en el extranjero y siendo, en consecuencia, considerados separados totalmente de bienes en Chile, si hubieren pactado sociedad conyugal o participación en los gananciales en conformidad a lo señalado por el artículo 135 inciso 2, pueden sustituir cualquiera de estos regímenes, por una sola vez, por una separación total de bienes, amparados por lo prescrito en los artículos 1723 inciso 1 y 1792 N° 1 inciso 2. En consecuencia solamente 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 (artículo 1792 N° 1 inciso 2).

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 señalado por los artículos 1720 y 167. Esta separación coexiste con la sociedad conyugal y, por lo tanto, no constituye un régimen patrimonial independiente.

La participación de bienes que fue adoptada por la Ley N° 19.335 de 23 de septiembre de 1994 como un régimen convencional y alternativo, y que en atención a sus efectos se caracteriza por ser limitada a las ganancias y con compensación de beneficios, puede pactarse en las siguientes oportunidades: 1) en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) otorgadas con anterioridad al matrimonio (artículos 1716 y 1792 N° 1 inciso 1); 2) en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) celebradas en el acto del matrimonio (artículos 1715 inciso 2, 1716 y 1792 N° 1 inciso 1); 3) durante el matrimonio, siempre y cuando los cónyuges fueren mayores de edad, para sustituir la sociedad conyugal legal y supletoria o reemplazar la separación total de bienes pactada antes o durante el acto de celebración del matrimonio a través de las capitulaciones matrimoniales (artículo 1792 N° 1 inciso 2 en relación al artículo 1723) y, finalmente, 4) durante el matrimonio, siempre y cuando los cónyuges inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, pueden pactar en ese acto la participación de bienes, dejando constancia de ello en dicha inscripción, cuando por haber contraído matrimonio en el extranjero, sean considerados por la ley separados totalmente de bienes (artículo 135 inciso 2 en relación al artículo 1792 N° 1 inciso 2). La participación de bienes pactada en las capitulaciones matrimoniales, ya se hubieren otorgado estas antes o durante

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

En consecuencia, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen económico del matrimonio en nuestra legislación tiene una aplicación restringida en los siguientes aspectos: 1) no rige el principio del consensualismo, dación de la autonomía de la voluntad en la etapa de conclusión de las convenciones matrimoniales, pues estas son solemnes y, por lo tanto, tiene aplicación el formalismo, y ello, entre otras consideraciones, con el fin de proteger los intereses de los terceros; 2) el régimen legal de sociedad conyugal es supletorio en consecuencia, se consagra un sistema convencional alternativo de libertad restringida, por cuanto se puede elegir sólo entre aquellas fórmulas reguladas por la ley, estas son, la separación total de bienes o la participación limitada de ganancias en su modalidad crediticia; 3) la libertad de conclusión de los regímenes alternativos está limitada en lo que se refiere al momento en que puede celebrarse la respectiva convención matrimonial, y 4) la libertad de estipulación de fórmulas convencionales está descartada por cuanto no pueden alterarse las máximas dadas por el legislador, así por ejemplo, no es posible pactar que dentro de la participación en los gananciales, el sistema de compensación opere en forma distinta que la determinada por la ley.

IV. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL REGIMEN MATRIMONIAL EN EL DERECHO COMPARADO

1) Alemania

El Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) regula el sistema económico del matrimonio en el Libro IV "Derecho de Familia", Sección Primera "Matrimonio Civil", Título VI "Derecho Patrimonial del Matrimonio", artículos 1363 al 1563, previendo como régimen legal y supletorio a partir de la dictadura de la Ley sobre igualdad de derechos del hombre y de la mujer en el campo del Derecho Civil (*Gleicher G*) que entró en vigencia el 1 de julio de 1958, la participación restringida a las ganancias en su modalidad crediticia que denomina *Zugewinnngemeinschaft* (artículos 1363-1390). Como se trata de una estructura legal y supletoria, el BGB regula dos regímenes alternativos, cuales son la separación de bienes (*Gütertrennung*, artículo 1414) y la comunidad de bienes (*Gütergemeinschaft*, artículos 1415 y siguientes). La separación de bienes convencional cuando se la adopta en las convenciones matrimoniales (*Eheverträge*) que deben otorgarse ante notario y que pueden celebrarse antes o durante el matrimonio (artículos 1408 y 1410), sin perjuicio que el régimen de separación de bienes puede tener cabida también como sistema legal subsidiario al cesar la sentencia judicial ejecutoriada la participación en las ganancias (artículo 1390 cuando termina la comunidad de bienes por sentencia judicial ejecutoriada artículos 1449 y 1470), y cuando los cónyuges excluyen el sistema legal supletorio en las convenciones matrimoniales y no señalan otro (artículo 1414). Por su parte, el BGB contemplaba diversos tipos de regímenes comunitarios, a saber: la comunidad universal (*Allgemeine Gütergemeinschaft*); la comunidad restringida de bienes muebles (*Fahrnisgemeinschaft*), y la comunidad limitada de ganar