

Régimen de participación en los gananciales

I. Generalidades

Se siguió de cerca de la legislación francesa y alemana. Supone un "ajuste de cuentas" que requiere de la asistencia de profesionales, por lo que es de elite, no de masa.

La segunda parte de este trabajo la destinaremos al examen del régimen de participación en los gananciales, introducido por Ley N° 19.335, con la modalidad "crediticia". Esto significa que no existe entre los cónyuges comunidad de bienes (copropiedad), sino la posible existencia de un crédito final destinado a compensar los gananciales que se obtengan durante la vigencia del régimen.

II. Características del régimen

En términos sintéticos, se trata de un régimen de "participación limitada a las ganancias con compensación de carácter convencional y alternativo"¹, en contraposición al régimen de partición con comunidad diferida, ya que en el régimen que establece el Código Civil chileno no nace ninguna comunidad, por muy efímera que sea, sino un derecho de carácter personal a favor del cónyuge que obtenga una diferencia negativa.

Las características de este régimen son las siguientes:

1. Es un régimen pactado, es decir, esencialmente requiere para su existencia de pacto expreso de los cónyuges. De otro modo, no opera como régimen legal, como ocurre con la sociedad conyugal en nuestro Derecho.

Momentos en que puede ser pactado:

- i) Antes del matrimonio en capitulaciones (art. 1715 inciso primero).
- ii) Durante la celebración del matrimonio (art. 1715 inciso segundo).
- iii) Después del matrimonio sustituyendo la sociedad conyugal o la separación de bienes (art. 1723), de modo que de esta forma se permite la mutabilidad de los regímenes patrimonial del matrimonio².
- iv) Respecto de los matrimonios celebrados en país extranjero, se puede pactar al momento de inscribir el matrimonio en Chile (artículo 135 inciso segundo).

2.- En este régimen cada cónyuge conserva su patrimonio separado y sus facultades para seguir administrándolo y disponer libremente de lo suyo (art. 1792-2).

a) Sin embargo, se liga el destino de los patrimonios para compartir paritariamente los gananciales onerosos. Lo anterior significa que el aumento de cada patrimonio, cuando este aumento tiene origen oneroso, deberá compartirse al final del régimen, compensándose al cónyuge que obtiene

¹ Schmidt, Nuevo Régimen Matrimonial, p. 9.

² Id, p. 14.

menos gananciales, de modo que la suma total de ellos se distribuya por iguales partes entre ambos cónyuges.

b) Por lo mismo, quedan excluidos los gananciales obtenidos a título lucrativo (liberalidades);

3.- Las facultades de administración de cada cónyuge **sólo tienen tímidas limitaciones, tales como un caso de nulidad** (constitución de cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge), y **tres casos de actos inoponibles** destinados, en general, a evitar que disminuya indebidamente el patrimonio final de uno o ambos cónyuges (arts. 1792-3 y 1792-15).

Cabe preguntarse por qué razón se sanciona con nulidad la constitución de una caución personal y no una caución real, que en la práctica parece más importante (como sucede con la hipoteca, por ejemplo). La respuesta es más teórica que práctica. La caución personal afecta al derecho de prenda general (art. 2465) y es, por lo mismo, ilimitada en relación al patrimonio comprometido. La caución real está limitada al valor de la cosa afectada (mueble o inmueble).

Como se analizará más adelante, los casos de inoponibilidad (la sanción en este caso consiste en que los bienes a que dichos actos y contratos se refieren, se agregan imaginariamente en valor al patrimonio final)³ persiguen que el patrimonio respectivo no se vea disminuido en caso de donaciones irrevocables (entre vivos) "que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario", o "actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge", o por el "pago de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos".

Quedan excluidas, en este último caso, las rentas vitalicias convenidas al amparo de lo establecido en el Decreto Ley N° 3.500, salvo cuando se trata de la cotización voluntaria en la cuenta de capitalización individual y de los depósitos en cuentas de ahorro voluntario;

4. Los gananciales a compartir son onerosos, esto es, quedan excluidos los aumentos patrimoniales provenientes de actos gratuitos (art. 1792-7 inciso segundo), tampoco se consideran los bienes adquiridos a título oneroso si la causa o título de adquisición es anterior a la entrada en vigencia del régimen (art. 1792-8). La disposición indicada, muy similar al artículo 1736, contempla una enumeración de casos, advirtiéndose, en el inciso segundo, que dicha enumeración no es taxativa. En consecuencia, los gananciales destinados a ser compartidos son onerosos y corresponden a incrementos patrimoniales provenientes de ingresos y utilidades obtenidos con el trabajo de los cónyuges durante el régimen;

³ Id, p. 24.

5. Puede este régimen de participación ser sustituido por el de separación total de bienes, sea voluntariamente (art. 1723), legalmente (sentencia de divorcio perpetuo) o judicialmente (sentencia que declare la separación de bienes). Lo señalado, como se dijo inicialmente, extrema la mutabilidad de los regímenes patrimoniales en el matrimonio, circunstancia que perjudica los intereses de terceros que contratan con el marido o con la mujer;

6. El régimen de participación **puede dar lugar a un crédito de participación**, cuando al menos uno de los cónyuges ha obtenido gananciales. Este crédito está regulado en la ley tanto en su monto como en su forma de pago, su preferencia, etc.; y

7. La ley contempla para la operación de este régimen de participación una serie de **operaciones contables**, a partir del patrimonio originario y el patrimonio final, y la forma en que cada uno de éstos debe establecerse y evaluarse.

III. Naturaleza jurídica de los derechos de los cónyuges durante el régimen

Interesa fijar cuál es la naturaleza jurídica de los derechos de los cónyuges durante la vigencia del régimen. Una vez terminada la participación, no cabe duda de la existencia de un crédito a favor de uno y una obligación respecto del otro (salvo que no existan gananciales).

Pero no está clara la naturaleza del derecho que corresponde a cada uno de ellos durante su vigencia. Creemos nosotros que cada cónyuge, en este período, tiene un **derecho bajo condición suspensiva**, la cual consiste en que al final del régimen el cónyuge acreedor no haya obtenido gananciales u obtenido ganancias inferiores a las del otro cónyuge. En efecto, si uno de los cónyuges obtiene gananciales y el otro no los obtiene, el primero deberá compartir paritariamente los existentes con el segundo. Si ambos los han obtenido, el que consigue mayores gananciales deberá compartir el exceso paritariamente con el otro. En consecuencia, el llamado crédito de participación queda sujeto a una condición suspensiva negativa que, atendido el hecho de que este régimen se debe pactar, debe considerarse convencional.

No es ésta la opinión de otros comentaristas, que estiman que se trata de efectos atribuidos por la ley y derivados, por cierto, del régimen patrimonial respectivo. Al sostener que estamos en presencia de un derecho sujeto a condición suspensiva, se abre la posibilidad de impetrar a su respecto medidas conservativas, cuestión que surge meridianamente clara en los artículos 1078 y 1493.

No parece posible sostener que los cónyuges carecen de todo derecho durante la vigencia del sistema (ni siquiera de un derecho sujeto a condición suspensiva), si se tiene en consideración que puede cualquiera de los cónyuges, en esta etapa, impetrar la nulidad relativa de las cauciones personales otorgadas para asegurar obligaciones de terceros. Tampoco existe problema alguno en demandar, en este período, la inoponibilidad de cualquiera de los actos enumerados en el artículo

1792-15. Lo anterior reafirma nuestra posición en orden a que existe un derecho que puede ser objeto, incluso, de medidas cautelares destinadas a evitar la consumación de actos en perjuicio de las expectativas de uno y otro cónyuge.

IV. Término del régimen de participación en los gananciales

El régimen termina por las siguientes causales (1792-27):

- 1.- Por la muerte de uno de los cónyuges.
- 2.- Por muerte presunta de uno de los cónyuges (Decreto de Posesión Provisoria).
- 3.- Por declaración de nulidad del matrimonio, si era nulo putativo.
- 4.- Por sentencia de divorcio perpetuo.
- 5.- Por sentencia que declare la separación de bienes.
- 6.- Por el pacto de separación de bienes.

Como efecto propio del término o cesación del régimen, los cónyuges conservan plenas facultades de administración respecto de sus bienes, y, debe procederse a la determinación de los gananciales y su monto.

V. Determinación y cálculo de los gananciales

Para la determinación y cálculo de los gananciales hay tres conceptos fundamentales: el **patrimonio originario**, el **patrimonio final**, y **los gananciales**.

Analizaremos cada uno de ellos, pero debe quedar claro, que estas distinciones son sólo de orden contable, es decir, no es que existan más patrimonios por cónyuge⁴.

1. Patrimonio originario

1.1. Determinación

El patrimonio originario es el que existe al momento de optar por el régimen de participación en los gananciales.

El patrimonio originario está compuesto de los siguientes activos:

a.- El artículo 1792-7 establece que "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". En consecuencia, el patrimonio originario es un "**valor contable**" que, como se observará más adelante, se determina al final del régimen.

b.- A los bienes que componen el patrimonio originario **deben agregarse** las donaciones que se hagan al cónyuge durante la vigencia del régimen y los bienes adquiridos en este mismo período si la causa o título de adquisición es anterior a la entrada en vigencia del mismo (arts. 1792-7 inciso segundo y 1792-8). No se incluyen en el patrimonio originario los frutos que provengan de los bienes

⁴ Id, p. 31

integrados al patrimonio originario, ni las minas denunciadas por cualquiera de los cónyuges, ni las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida (art. 1792-9).

A la inversa, se incorporará al patrimonio originario la donación remuneratoria en la parte que no da derecho a cobrar por los servicios prestados.

En relación a las comunidades, la ley no es clara. Al parecer, el artículo 1792-10 hace aplicables las reglas generales sobre la copropiedad. Nosotros hemos vacilado en la comprensión de esta norma, pero hoy nos parece claro que no hay novedades en esta regulación y que se aplican los principios ya mencionados.

1.2. Prueba del patrimonio originario

Los cónyuges o los esposos, en su caso, al momento de pactar el régimen, deben efectuar un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio originario (art. 1792-11).

A falta de inventario, puede probarse el patrimonio originario "mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas, o títulos de crédito". Quedan, por lo mismo, excluidos los demás medios de prueba, salvo que se acredite que, atendidas las circunstancias, el esposo o cónyuge no estuvo en situación de procurarse un instrumento (art. 1792-11 incisos segundo y tercero).

Creemos nosotros que esta norma obedece a los mismos principios que informan el artículo 1711, como excepción a los artículos 1708 y 1709, que establecen los actos que deben constar por escrito y la sanción que procede aplicar cuando ello no ocurre.

Cabe señalar que la ley, en esta parte, sanciona al esposo o cónyuge que debiendo reclamar el inventario simple no lo hace, privándolo de medios probatorios a este respecto. ¿?

Cabe también destacar que la ley nada dice sobre la posibilidad de objetar el inventario acompañado. Es perfectamente posible que uno de los esposos o cónyuges incremente dolosamente su patrimonio originario. En tal caso, creemos nosotros, puede el cónyuge afectado atacar este inventario al momento de determinarse el crédito de participación, demostrando el obrar doloso del otro cónyuge. Así lo reconoce, entre otras disposiciones, el artículo 1465, que configura, a juicio nuestro, un principio general.

1.3. Tasación del patrimonio originario

La tasación del patrimonio originario puede hacerse por los cónyuges de común acuerdo, por un tercero designado por ellos o por el juez, en subsidio (art. 1792-13). Puede hacerse al momento de pactarse el régimen o al momento de ponerse término. La ley dispone que los bienes se valoren según el estado al momento de entrada en vigencia del régimen o de su adquisición. Agrega la ley que "por consiguiente, su precio al momento de incorporación en el patrimonio

originario será prudencialmente actualizado a la fecha de la terminación del régimen" (art. 1792-13 inciso primero). **Las mismas reglas se aplican para la valoración del pasivo.**

Estas reglas nos parecen particularmente importantes para determinar, por ejemplo, los efectos de la plusvalía que puede experimentar un bien propio durante la vigencia del régimen. ¿Si un bien raíz, por ejemplo, experimenta un incremento de valor considerable durante la vigencia del régimen por efecto de la plusvalía que se sigue de un proyecto inmobiliario o la extensión urbana de los límites de una ciudad, debe este mayor valor considerarse en el patrimonio originario? Nosotros creemos que la forma de valorizar este bien es considerar su **valor original** (al momento de pactarse el régimen) y **actualizar dicho valor** según un índice objetivo, sin considerar la plusvalía extrínseca a su valor inicial. De otro modo, se incrementaría el patrimonio originario de uno de los cónyuges en perjuicio del otro cónyuge. **¿cuál es el principio?. La clave es que lo que se valora es el precio, según el estado a la fecha del patrimonio originario, por lo que es este precio, ya fijado a dicha época, el que debe ser actualizado, no el bien. (RRU)**

La ley señala (artículo 1792-7) que si el valor de las obligaciones excede al valor de los bienes, el patrimonio originario se estimará carente de valor. A decir verdad, esta norma no parece muy justa, ya que si uno de los cónyuges durante el matrimonio consigue pagar gran parte o todo su pasivo, sería justo que se consideren los recursos destinados a este efecto como gananciales. Al parecer la ley, en esta parte, pretendió simplificar el mecanismo.

2. Patrimonio final

2.1. Determinación

El artículo 1792-14 establece que "el patrimonio final resulta de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen, el valor total de las obligaciones que tenga en esa misma fecha". Como puede observarse, para la determinación de este patrimonio deben considerarse todos los bienes del cónyuge, incluidos los que componen el patrimonio originario.

Para estos efectos, deben practicarse cuatro operaciones:

2.1.1. Se deduce el "valor" de todas las obligaciones que el cónyuge tiene al momento de terminar el régimen. Veremos más adelante que esta valorización la hacen los cónyuges de consuno, o un tercero designado por ellos, o el juez, en subsidio (art. 1792-17 inciso final).

2.1.2. Al patrimonio final se agregan imaginariamente, vale decir, de manera sólo contable, los valores que deriven de los tres casos de inoponibilidad contemplados en el artículo 1792-15. Se trata, como se señaló, de donaciones irrevocables que

no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario; actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge; y pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos. La valorización de estas partidas se hace en conformidad al artículo 1792-17 incisos segundo y tercero. Debemos recordar que se ha suscitado una controversia sobre el alcance del inciso final del artículo 1792-15, que establece que ninguna de estas inoponibilidades rige en el evento de que el otro cónyuge hubiese prestado su autorización para la celebración del acto. No divisan algunos comentaristas cómo podría el cónyuge perjudicado autorizar actos fraudulentos o de dilapidación en su contra. Creemos nosotros que el sentido de esta disposición no es contradictorio, ya que bien podría el cónyuge perjudicado ser inducido dolosamente a consentir en un acto contrario a sus intereses. En este caso, a juicio nuestro, no habría acción de inoponibilidad para incrementar el patrimonio final, pero sí otras acciones que, como las de responsabilidad extracontractual, podrían perseguir la reparación de los daños que se causan.

La ausencia de la acción consagrada en el artículo 1792-15 no implica que no puedan ejercerse otras acciones y derechos.

2.1.3. El artículo 1792-18 contempla una agregación por vía de sanción. Si alguno de los cónyuges con el propósito de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, dice la ley, se sumará a su patrimonio final el doble del valor de aquéllos (los bienes) o de éstas (las obligaciones simuladas). Se trata, entonces, de un acto ejecutado con dolo específico (con el fin de disminuir los gananciales), que requiere de una sentencia judicial que sancione el hecho, y cuyos valores deben calcularse según el precio que las cosas tenían al momento de ejecutarse el acto. Esta agregación está fundada en la comisión de un delito civil (art. 2314) y la sanción tiene un carácter punitivo, lo cual es excepcionalísimo en nuestro derecho.

2.1.4. Finalmente, el artículo 1792-23 ordena, para determinar los créditos de participación, la valoración de las atribuciones de derechos sobre bienes familiares efectuadas a uno de los cónyuges en conformidad con el artículo 147. Esta norma ha planteado numerosas controversias sin que los autores consigan ponerse de acuerdo hasta este momento. Nosotros creemos que la única explicación razonable es que, para la determinación del patrimonial final del cónyuge titular del derecho de usufructo, uso o habitación que le haya conferido un tribunal sobre un bien familiar, debe considerarse y valorizarse este derecho. Paralelamente, el mismo derecho deberá gravitar en el pasivo del otro cónyuge, disminuyendo el valor del bien incorporado (nuda propiedad) a su patrimonio. Bien puede ocurrir también que el cónyuge titular del derecho lo sea en razón de un matrimonio anterior, caso en el cual, como es obvio, éste no afectará el patrimonio del otro cónyuge. No parece disparatada la disposición legal, como ha querido darse a entender, si se tiene en consideración que el derecho (uso, usufructo o habitación) no tiene el mismo valor que el gravamen. De allí la importancia de realizar esta operación.

2.2. Prueba del patrimonio final

El artículo 1792-16 dispone que dentro de los tres meses siguientes al término del régimen, cada cónyuge estará obligado a proporcionar al otro un inventario valorado de los bienes y obligaciones que comprendan el patrimonio final. Este plazo puede ampliarse por el juez por otros tres meses.

¿Qué sucede si uno o ambos cónyuges no cumplen esta obligación? La ley nada dice al respecto. Nosotros creemos que existen dos soluciones posibles. La primera es solicitar facción de inventario solemne, en conformidad a los artículos 858 y 859 del Código de Procedimiento Civil. Si el cónyuge obligado al inventario no comparece, puede hacer la manifestación otra persona, recayendo en el cónyuge rebelde la obligación de impugnar el inventario. La otra solución es probar el patrimonio final en el juicio sumario mediante el cual puede reclamarse la liquidación de los gananciales (art. 1792-26).

Como es lógico, los cónyuges pueden impugnar el inventario simple que se les entregue en cumplimiento de la obligación consagrada en el artículo 1792-16. Para estos efectos pueden recurrir a todos los medios de prueba instituidos en la ley. (No sucede lo mismo cuando al iniciarse el régimen no se entrega el inventario simple establecido en el art. 1792-11).

Conviene recordar que existe una presunción destinada a establecer los bienes que componen el patrimonio final. El art. 1792-12 señala que "al término del régimen de participación en los gananciales, se presumen comunes los bienes muebles adquiridos durante él, salvo los de uso personal de los cónyuges. La prueba en contrario deberá fundarse en antecedentes escritos". La redacción de este artículo es muy poco feliz, ya que no puede hablarse de bienes "comunes" tratándose de un régimen de participación con la modalidad crediticia. Lo que la ley quiso decir es otra cosa: **se presumen comunicables** (no comunes) los bienes muebles adquiridos durante él. Con todo, la presunción es útil y simplifica la prueba del patrimonio final. Esta presunción es casi igual a la que consagra el artículo 1739 a propósito de la sociedad conyugal.

2.3. Tasación del patrimonio final

El artículo 1792-17 establece que los bienes y el pasivo del patrimonio final se valoran según el estado al momento de terminación del régimen de bienes. Se agrega que los bienes a que se refiere el artículo 1792-15 (actos inoponibles) se aprecian según el valor que hubieran tenido al término del régimen de bienes. La atribución de derechos sobre bienes familiares (uso, usufructo o habitación) es valorada prudencialmente por el juez (art. 1792-23). Recuérdese, finalmente, que cada cónyuge en el plazo de los tres meses siguientes a la terminación del régimen debe entregar al otro un inventario valorado, el cual, dice la ley, hace prueba a favor del otro cónyuge para determinar su patrimonio final.

Agrega la ley que la valoración podrá ser hecha por los cónyuges o por un tercero designado por ellos, y sólo en subsidio por el juez.

Recuérdese, por otra parte, que los bienes que componen el patrimonio originario se valoran según el estado de los mismos al momento de entrar en vigencia el régimen, debiendo ser "prudencialmente actualizado a la fecha de terminación del régimen" (artículo 1792-13).

De la manera señalada se tiene un valor contable que comprende el patrimonio final.

3. Cálculo y destino de los gananciales

El artículo 1792-6 señala que "se entiende por gananciales la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge". En consecuencia, los gananciales es un **concepto contable**, que se expresa en dinero y que resulta de restar al patrimonio final el patrimonio originario, con todas las particularidades ya analizadas.

Los gananciales, por consiguiente, representan un incremento patrimonial, que se produce por actos de carácter oneroso ejecutados durante el régimen, vale decir, durante la vida en común de los cónyuges sujetos a participación. Al contraer matrimonio ambos cónyuges "apuestan" al éxito económico, ligando el destino de sus respectivos patrimonios.

A este respecto pueden ocurrir tres situaciones diversas:

3.1. Que el patrimonio final de ambos cónyuges sea inferior al patrimonio originario de cada uno de ellos. En este caso, no hay gananciales. El artículo 1792-19 señala: "Si el patrimonio final de un cónyuge fuere inferior al originario, sólo él soportará la pérdida". En consecuencia, en el supuesto indicado, **el régimen no producirá efectos** y cada cónyuge mantendrá su situación patrimonial sin alteración alguna;

3.2. Puede ocurrir que el patrimonio final de sólo uno de los cónyuges sea superior al patrimonio originario. En otros términos, que uno de ellos haya obtenido gananciales y no el otro. En este supuesto, el inciso segundo del artículo 1792-19 expresa: "si sólo uno de los cónyuges ha obtenido gananciales, el otro participará de la mitad de su valor". Por lo tanto, el cónyuge que obtuvo gananciales **deberá compartir el excedente** (diferencia entre su patrimonio final y su patrimonio originario) con el otro cónyuge, de manera que los gananciales obtenidos sólo por uno de ellos beneficien por iguales partes a ambos;

3.3. Finalmente, puede suceder que ambos cónyuges tengan gananciales (que en ambos casos el patrimonio final sea superior al patrimonio originario). En este supuesto **se compensan los gananciales hasta la suma de menor valor y el excedente se divide entre los cónyuges por iguales partes**. El artículo 1792-19

expresa: "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".

Como puede apreciarse en las hipótesis segunda y tercera, el régimen produce efectos y éstos consisten en que los gananciales obtenidos por uno de los cónyuges o por ambos generan un crédito de participación que obliga al que obtuvo gananciales, en un caso, o el que obtuvo mayores gananciales, en el otro, a pagar al otro cónyuge la mitad del excedente.

De la manera señalada se resuelve la relación de destino de ambos patrimonios.

5. Crédito de participación

El llamado crédito de participación tiene varias características especiales que se deben analizar:

1. **Este crédito se paga con posterioridad a las obligaciones contraídas durante la administración separada.** El artículo 1792-25 expresa que "los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, preferirán al crédito de participación en los gananciales". De la manera indicada quedan a resguardo los acreedores del cónyuge que debe el crédito de participación.
2. **Antes de la terminación del régimen los derechos que éste genera a favor de los cónyuges son inenajenables.** El artículo 1792-20 inciso segundo dice que "se prohíbe cualquier convención o contrato respecto de ese eventual crédito, así como su renuncia, antes del término del régimen de participación en los gananciales". Por consiguiente, está vedado a los cónyuges celebrar cualquier acto, convención o acuerdo relativo a este crédito. Lo anterior no obsta, por cierto, a acordar cualquier mecanismo destinado a determinar el patrimonio originario y final, avaluarlo, convenir sobre actos inoponibles, incluso, acordar reparaciones o indemnizaciones por ilícitos civiles, etc., lo que podría realizarse dentro de las capitulaciones matrimoniales.
3. **El crédito de participación es irrenunciable antes del término del régimen.** Esta norma contradice lo que ocurre en la sociedad conyugal, en la cual puede la mujer renunciar anticipadamente a los gananciales, sin que por ello se dejen de aplicar las normas que regulan este régimen (artículo 1719).
4. **El crédito de participación es puro y simple,** o sea, no es susceptible de modalidad alguna (art. 1792-21). Sin embargo, el mismo artículo en el inciso segundo permite al juez conceder como plazo de pago hasta un año completo (situación excepcional en presencia de lo previsto en el artículo 1494 inciso segundo). Para adoptar esta determinación el juez debe fundarse en que el pago de contado perjudica gravemente al cónyuge deudor o a los hijos comunes. En

este evento el crédito deberá expresarse en unidades tributarias mensuales, no devengará intereses y deberá la obligación asegurarse por el propio deudor o por un tercero, de modo que el cónyuge acreedor, dice la ley, quede de todos modos indemne.

5. El crédito de participación deberá pagarse en dinero, salvo que los cónyuges acuerden una dación en pago (arts. 1792-21 y 1792-22). La ley previó la situación que se produce en caso de que la cosa dada en pago sea evicta. En este evento, renace el crédito de participación, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo. Creemos nosotros que frente a la evicción de la cosa, nace para el cónyuge acreedor un derecho alternativo: u opta por el crédito de participación con todas sus particularidades y características, o por los efectos de la evicción (artículo 1847 y siguientes). No existe razón jurídica alguna para privarlo de estos últimos derechos.

6. El crédito de participación es de ejecución regulada. El artículo 1792-24 inciso primero ordena perseguir el pago, primeramente, en el dinero del deudor; si éste no fuere suficiente, se perseguirá el pago en los bienes muebles y, sólo en subsidio, en los bienes inmuebles. Esta disposición se afina en la vieja tradición de nuestro Código Civil que, considerando la importancia de la fortuna inmueble, tiende a preservar estos bienes. No es esta la realidad en el día de hoy. La fortuna, generalmente, está radicada en valores mobiliarios.

7. Para los efectos del pago del crédito de participación se ha extendido el derecho de prenda general que queda afecto a esta finalidad. El inciso segundo del artículo 1792-24, frente a la insuficiencia del dinero, de los bienes muebles o inmuebles del cónyuge deudor, permite perseguir el cumplimiento de esta obligación en los bienes donados entre vivos, sin consentimiento del otro cónyuge, o enajenados en fraude de sus derechos. De lo señalado se sigue que dos de las inoponibilidades de que trata el artículo 1792-15 permiten perseguir el pago del crédito de participación en los bienes enajenados por el cónyuge deudor. No sucede lo mismo en los demás casos (actos de dilapidación o pago de rentas vitalicias). En caso de que el acreedor decida perseguir los bienes donados entre vivos sin su consentimiento, deberá proceder contra los donatarios en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, dice la ley, principiando por las más recientes. La norma indicada está, sin duda, basada en el artículo 1187, que sienta el mismo principio cuando se trata de dar efecto a la constitución del llamado segundo acervo imaginario en la sucesión de una persona (acción de inoficiosa donación). Al menos la terminología es idéntica. El derecho señalado tiene un plazo de prescripción de corto tiempo, cuatro años, que se cuentan desde la fecha del acto. No hay duda que esta disposición impedirá en muchos casos ejercer dicha acción, ya que el régimen de participación y los matrimonios en general, por deteriorada que esté su estabilidad, duran muchísimo más tiempo. Por lo mismo, en el futuro esta norma debería enmendarse.

8. El artículo 1792-19 inciso final señala que **"el crédito de participación en los gananciales será sin perjuicio de otros créditos y obligaciones entre los cónyuges"**. A pesar de las críticas que ha despertado esta disposición, nosotros creemos que ella es útil, puesto que deja a salvo otros derechos de los cónyuges. Así, por ejemplo, esto ocurrirá en el caso antes analizado y relativo a la inducción dolosa para autorizar un acto fraudulento en perjuicio del otro cónyuge. En esta hipótesis es posible demandar la reparación de los perjuicios por el ilícito civil, sin perjuicio de exigir el pago del crédito de participación. Pueden otros créditos tener diversas fuentes (contractual, cuasicontractual o legal). Todos ellos pueden subsistir junto al crédito de participación.

9. **El crédito de participación prescribe, conforme las reglas generales, en el plazo de cinco años.** Esta prescripción corre desde que el crédito se ha determinado y es exigible (art. 2514). A su vez, para exigir la liquidación del crédito de participación existe un plazo de cinco años (art. 1792-26), el que se cuenta desde la terminación del régimen. Por consiguiente, pueden transcurrir hasta cinco años antes de exigir la determinación y, luego de un juicio sumario, que bien podría extenderse por dos o tres años, o más, comenzará recién a computarse el plazo de prescripción del crédito mismo. Como resulta fácil deducir, debió buscarse un procedimiento más rápido para resolver todo lo concerniente a la determinación y pago de este crédito, a fin de evitar confusiones y facilitar su extinción.

10. **El crédito de participación goza de un privilegio de 4ª clase** (art. 2481 N° 3). Este privilegio tiene origen en la administración de bienes ajenos y afecta, en este caso, todos los bienes del cónyuge y sus propios gananciales.

11. Extinguido el régimen, los derechos personales de cada cónyuge pueden **cederse**, renunciarse, prescribir, transmitirse, etc.

12. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, creemos nosotros que este derecho debe ser incluido en el acervo bruto respecto del cónyuge acreedor, y lo propio debe hacerse con la obligación correlativa. Lo anterior porque el derecho se adquiere simultáneamente al momento del fallecimiento, que coincide con el momento de terminación del régimen y adquisición de los derechos personales respectivos. No piensan así todos los comentaristas, afirmando que estos derechos y obligaciones no deben integrarse a la sucesión.

5. Procedimiento de liquidación

La ley ha establecido que esta materia es de competencia de la justicia ordinaria en procedimiento sumario (art. 1792-26). El plazo de prescripción para pedir la liquidación es de cinco años, no se suspende entre cónyuges, pero sí a favor de los herederos menores.

Nos parece evidente que puede este crédito determinarse de común acuerdo entre los cónyuges. Así lo señala expresamente el artículo 1723, caso en el cual