

SITUACIÓN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES EN EL DERECHO COMPARADO

Susan Turner Saelzer.

Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Doctora en Derecho,
Universidad de Göttingen, Alemania, Profesora de Derecho, Universidad Austral de Chile.

INTRODUCCIÓN

Se me ha invitado a exponer acerca de la comunidad de gananciales en el derecho comparado. Frente a este cometido, y dado el tiempo asignado a cada ponencia de este seminario, me he inclinado por seleccionar sólo tres ejemplos de ordenamientos jurídicos extranjeros provenientes de nuestra tradición jurídica que podrán ilustrarnos acerca de algunos de los temas clave que enfrenta el legislador al regular el régimen patrimonial del matrimonio. Esta opción supone abandonar, desde un principio, la pretensión de presentar un cuadro completo y exhaustivo del derecho patrimonial del matrimonio en el derecho comparado.

Dadas estas explicaciones, permítanme señalar el orden a seguir en esta exposición. En primer lugar, abordaré algunas clasificaciones de los regímenes patrimoniales del matrimonio. A continuación, intentaré identificar algunas cuestiones esenciales que el legislador debe responder antes de concretar positivamente un régimen patrimonial matrimonial. En tercer término, presentaré, en sus rasgos fundamentales, la regulación legal de estos regímenes en los ordenamientos de Francia, España y Alemania.

I. CLASIFICACIONES DE LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

En nuestro país, y siguiendo el esquema planteado por Somarriva¹, es común encontrar la clasificación de los regímenes en cinco tipos: de comunidad (universal o restringida), de separación de bienes, sin comunidad, dotal y de participación en los gananciales².

Los regímenes matrimoniales pueden clasificarse desde distintos puntos de vista³:

1. Según su origen, pueden ser convencionales o legales. Dentro de los regímenes convencionales existen a su vez dos variantes: el de libertad absoluta, en que los contrayentes pactan libremente la manera en que se desarrollarán sus relaciones patrimoniales estando vigente el matrimonio, o aquel en que las partes son libres para elegir de entre los regímenes que establece la ley. Los regímenes legales son los que impone el ordenamiento jurídico a los contrayentes y pueden aplicarse en forma obligatoria o en forma subsidiaria, a falta de un régimen convencional.

¹ Somarriva Undurraga, M., *Derecho de Familia*, Santiago, 1946, pp. 159-162.

² Ver, por ejemplo, Ramos Pazos, R., *Derecho de Familia*, t. I, 5ª ed., Santiago, 2005, p. 137.

³ En nuestra doctrina, esta es la clasificación planteada por el Profesor Merino Scheihing. Merino Scheihing, F., "Regímenes matrimoniales en el derecho comparado", *La Revista de Derecho*, Universidad Central, julio-diciembre 1989, p. 4 a 8.

2. Según sus efectos, pueden ser regímenes de unidad, en que el marido absorbe por completo a la mujer en el plano patrimonial; regímenes de comunidad, que puede tener variantes según su extensión: universal, limitada (de muebles; de ganancias o adquisiciones a título oneroso; de ganancias y muebles; de todos los bienes futuros y lucrativos); regímenes de separación con las variantes de separación con unidad de goce y administración por el marido; de separación con usufructo limitado de éste; o de separación con independencia absoluta de administración y goce por parte de los cónyuges; y de separación con comunidad diferida (de participación).

II. CUESTIONES ESENCIALES DE LA REGULACIÓN RECAÍDA EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

1. En cuanto a la sistematización de las normas

Un aspecto fundamental a tener en cuenta por el legislador al regular el régimen patrimonial del matrimonio es el referido a su sistematización en el cuerpo legal respectivo, normalmente, el Código Civil.

En el derecho civil nacional, y siguiendo la idea de Pothier en cuanto a la existencia de un "contrato tácito" entre los cónyuges, el régimen legal de sociedad conyugal está regulado en el Libro IV "De las obligaciones en general y de los contratos" y no en el Libro I "De las personas", a propósito del matrimonio. A esta ubicación se le critica que importaría una exageración del rol que juega la autonomía de la voluntad en la determinación de las reglas patrimoniales aplicables a los cónyuges entre sí y con respecto a terceros durante el matrimonio. Según esta opinión, ellas constituyen más bien una consecuencia legal impuesta a los contrayentes con la celebración del matrimonio, tal como los efectos personales emanados del matrimonio⁴.

El derecho comparado nos muestra que una alternativa a la sistematización chilena es la de regular el régimen patrimonial del matrimonio a continuación del contrato de matrimonio y justamente, como una consecuencia derivada de éste⁵.

2. En cuanto a la existencia de un régimen legal supletorio de la voluntad de los cónyuges

Otro tema de importancia que debe tener presente el legislador se refiere a la necesidad de consagrar un régimen patrimonial legal y supletorio que rija el matrimonio en ausencia de pacto expreso de las partes.

En Chile, y desde la dictación del Decreto Ley Nº 328, reemplazado posteriormente por la Ley Nº 5.521 de 1934, que permitió a los cónyuges pactar la separación total de bienes, opera como régimen legal

4 XXX

5 Así, por ejemplo, en el BGB alemán el régimen patrimonial legal se encuentra en los parágrafos 1363 y siguientes, dentro del apartado primero "Matrimonio Civil" del cuarto libro "Derecho de Familia", y a continuación de los títulos referidos a los esponsales, celebración del matrimonio, nulidad del matrimonio, segundas nupcias y efectos generales del matrimonio.

supletorio la sociedad conyugal (artículos 135 inciso 1º y 1.718 CC). A la existencia de un régimen supletorio se le critica que ella coarta la necesidad de que el régimen patrimonial sea funcional al tipo de matrimonio de que se trata. Así, sólo en la medida que la ley no consagre un régimen supletorio se fomentaría que los cónyuges eligiesen libremente entre las alternativas ofrecidas por el ordenamiento civil y diesen su consentimiento a alguna de ellas según sea el tipo de relación que desean fundar⁶.

Si bien no indispensable, el derecho comparado pareciera mostrar la conveniencia de tener un régimen legal supletorio, lo cual no debiera importar una restricción a la autonomía de la voluntad de los contrayentes ya que supone, necesariamente, la posibilidad de los contrayentes de elegir entre distintos modelos patrimoniales.

3. En cuanto a la relación del estatuto patrimonial del matrimonio con el derecho sucesorio y el derecho a la seguridad social

Tradicionalmente se ha sostenido que los derechos sucesorios fundados en la existencia del matrimonio y los derechos de la seguridad social atribuidos a cónyuges o viudos constituyen, si bien consecuencias jurídicas relacionadas con el matrimonio, ámbitos excluidos del régimen patrimonial del mismo⁷.

Sin embargo, enfrentado el legislador a la regulación de estos regímenes, la falta de coordinación entre ellos y los derechos sucesorios y de seguridad social puede llevar a desequilibrios innecesarios y al forzamiento de las instituciones para lograr fines que no les son propios. La vinculación queda de manifiesto, por ejemplo, en el caso de que al fallecimiento de uno los cónyuges se rompa la unidad de la economía familiar debido al ingreso de un heredero voluntario a la comunidad hereditaria.

En el derecho comparado encontramos instituciones que se hacen cargo de la vinculación aludida. Así, en el derecho alemán existe el sistema del "Versorgungsausgleich" (parágrafos 1587 y siguientes BGB) que pretende, dicho de manera muy general, compensar montos de eventuales pensiones basadas en la edad o en la incapacidad laboral o profesional de alguno de los cónyuges. El párrafo 1414, segunda frase, establece que la renuncia a esta compensación acarrea entre los cónyuges el régimen de separación de bienes. Por otra parte, el párrafo 1371 BGB establece una norma especial para el cálculo de los gananciales en caso de muerte de alguno de los cónyuges que precisamente considera el aumento de la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente, de manera tal que alcance a recibir una cuarta parte de la herencia del difunto, con independencia de que existan realmente gananciales o no.

6 En este sentido, Tapia Rodríguez, M., *Código Civil. 1855-20005. Evolución y perspectivas*, Santiago, 2005, pp. 104-107, y coincidentemente con lo expuesto, del mismo autor, "Comentarios al proyecto de reforma a la sociedad conyugal y creación del régimen de comunidad de gananciales (Boletín Nº 1707-18)", párrafo 30.

7 Puig Peña, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, t. II, vol. I, Madrid, 1953, p. 262, citado por Ramos Pazos, R., op. cit., p. 135; sobre la conexión entre el régimen patrimonial del matrimonio y el derecho sucesorio, ver Díez-Picazo, L., "Capacidad de la mujer casada y economía conyugal (ideas para una reforma del régimen de bienes del matrimonio) en *Estudios de Derecho*, Madrid, 1980, pp. 56-58. En nuestro país, basta analizar los índices temáticos de los textos de estudio sobre regímenes patrimoniales del matrimonio para comprobar la ausencia de mención a los derechos sucesorios y emanados de la seguridad social.

III. ALGUNOS EJEMPLOS DEL DERECHO COMPARADO: RÉGIMENES PATRIMONIALES EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE ESPAÑA, FRANCIA Y ALEMANIA

1. España y la sociedad de gananciales

El origen de la sociedad de gananciales en España se remonta al Fuero Juzgo y al Fuero Real (*"toda cosa que el marido y mujer ganaren o compraren, estando de so uno háyanlo ambos por medio"*). Algunos, incluso, la remontan al derecho germánico. Tácito, al narrar las costumbres germánicas cuenta que llegado el momento de tomar estado se les advertía a las mujeres que se convertían en socias de trabajos y peligros⁸.

El régimen original del CC español de 1889 tuvo sus reformas más importantes el año 1981⁹, reformas que, a su vez, fueron inducidas por un nuevo marco constitucional en relación con el derecho de igualdad (artículos 14 y 38); derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica (artículo 32.1) y con la protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera sea su estado civil (artículo 39).

La organización patrimonial del matrimonio en el Código Civil español se basa en los siguientes principios: la libertad de estipulación de los cónyuges respecto del régimen económico del matrimonio en las capitulaciones matrimoniales (artículo 1.315); la igualdad jurídica entre los cónyuges (artículo 1.328) y la mutabilidad del régimen económico del matrimonio (artículo 1.317)¹⁰.

La libertad de estipulación de los cónyuges se traduce en la posibilidad que ellos tienen de pactar en las capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes o el de participación en los gananciales, modalidad crediticia, o para sustituirlos durante el matrimonio. A falta de pacto expreso, rige para el matrimonio la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio (artículo 1.316).

La sociedad legal de gananciales constituye una variante del régimen de comunidad limitada a las ganancias y adquisiciones onerosas habidas durante el matrimonio, reforzada con la presunción de que los bienes existentes durante el matrimonio constituyen gananciales (artículo 1.361). La ganancia habida durante el matrimonio se hace común, pero no se atribuye a cada cónyuge sino después de disuelta la sociedad¹¹. Se trata de una comunidad con efectos reales e inmediatos (desde la adquisición misma del bien) y que fija la partición por mitad de los bienes comunes al disolverse¹². Durante la vigencia de ésta, se distinguen tres masas patrimoniales: los bienes privativos del marido, los de la mujer y los bienes comunes o gananciales.

En cuanto a la administración o gestión de la sociedad ella es conjunta, a menos que se entregue a uno de los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales (artículo 1.375). Existen, sin embargo, ciertas excepciones a la actuación conjunta, tales como la defensa de los bienes gananciales, los gastos

8 Diez-Picazo, L., *op. cit.*, p. 53.

9 Ley Nº 11/1981 que modificó las disposiciones del CC atinentes a la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

10 Diez-Picazo, L., Gullón, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, 2, Madrid, 1998, pp. 96-97.

11 *Id.* P. 114.

12 *Id.* P. 156.

de urgencia, la disposición de frutos y productos de bienes privativos, entre otros, que pueden realizar separadamente cada uno de los cónyuges. La disposición a título oneroso de bienes gananciales sin el consentimiento del otro cónyuge hace anulable el acto, con posibilidad de saneamiento posterior (artículos 1.377, 1.322). Si el otro cónyuge está impedido o niega injustificadamente su consentimiento, puede requerirse la autorización judicial (artículo 1.377).

2. Francia y la sociedad de gananciales

Desde la reforma legal del Code de 1985 rige en Francia como régimen legal supletorio el de comunidad de gananciales (artículos 1.400 y siguientes). Esta comunidad restringida sustituyó la original "comunidad legal" a la que ingresaban todos los muebles, presentes y futuros (aún los adquiridos a título gratuito) y todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio¹³.

De acuerdo con el artículo 1.387, los cónyuges tienen libertad para pactar el régimen económico del matrimonio. Convencionalmente pueden convenir la comunidad en distintas modalidades: de muebles y gananciales o universal; el régimen de separación de bienes o el de participación en los gananciales (en su variante crediticia).

La comunidad legal de gananciales tiene un activo compuesto por las ganancias obtenidas conjunta o separadamente por los cónyuges durante el matrimonio, y de las que provienen tanto de su trabajo personal como de los ahorros de los frutos y rentas de sus bienes propios (artículo 1.401). A favor del patrimonio común existe una presunción de que tanto los bienes muebles como inmuebles constituyen gananciales (artículo 1.402).

En cuanto a la administración del patrimonio común, la normativa evolucionó desde la figura del marido como "señor y dueño" de la comunidad¹⁴ hacia una administración compartida que tuvo su punto de partida en la existencia de una hipoteca legal sobre los inmuebles sociales. Esta garantía exigió, en la práctica, que el marido requiriese el concurso de la mujer para gravar los inmuebles comunes, requisito que más tarde se aplicó también a otros actos de disposición. Actualmente, cada uno de los cónyuges puede administrar y disponer individualmente de los bienes comunes (artículo 1.421). Sin embargo, la realización de ciertos actos relativos a ellos requiere de la voluntad conjunta de ambos cónyuges, o de la autorización judicial supletoria: para la disposición a título gratuito entre vivos y su afectación a deudas de terceros (artículo 1.422); para la enajenación o gravamen de inmuebles y ciertos muebles (artículo 1.424) y para darlos en arriendo (artículo 1.425).

3. Alemania y el régimen de comunidad de gananciales

El BGB original consideraba tres tipos de comunidad de entre las cuales podían elegir los contrayentes: la comunidad amplia, la comunidad de ganancias o adquisiciones y la comunidad de muebles y ganancias¹⁵. Al marido correspondía la administración de la comunidad y el usufructo de los bienes.

13 Ripert, G.; Boulanger, J., *Tratado de Derecho Civil (según el tratado de Planiol)*, t. IX "Regímenes patrimoniales", Buenos Aires, 1988.

14 Mazeaud, H., L., J., *Lecciones de Derecho Civil, volumen IV, Parte Primera*, Buenos Aires, 1959, p. 64.

15 Gernhuber, J.; Coester-Waltjen, D., *Familienrecht, Munich*, 2006, p. 343.

Dado que estos regímenes se consideraron contrarios al principio de igualdad entre hombres y mujeres establecido en el artículo 3º inciso 2º de la Constitución¹⁶, rigió como régimen legal entre los años 1953 y 1957 la separación de bienes. A partir de 1958 se aplica como régimen legal ordinario la denominada "Zugewinnngemeinschaft" (literalmente "comunidad de ganancias"), cuya idea fundamental es la de compensar las ganancias habidas durante el matrimonio entre los cónyuges. Rige a falta de pacto de los cónyuges sobre alguno de los regímenes extraordinarios, el de separación de bienes y el de comunidad de bienes (§1361 inciso 1º BGB).

El régimen ordinario legal regulado en los parágrafos 1363 y siguientes del BGB no da lugar a una comunidad de bienes. De allí que su denominación de "comunidad o sociedad de gananciales" esa equivoca, pues nada tiene que ver con el régimen extraordinario de comunidad¹⁷. La comunidad de gananciales nace en forma diferida, al disolverse el matrimonio, y es una comunidad de valores. Por consiguiente, tanto el patrimonio que cada uno tenía al comenzar el régimen como el que tenga al finalizar el mismo pertenece a cada uno por separado y es administrado con total independencia, salvo ciertas limitaciones destinadas a asegurar la integridad de patrimonios. El Tribunal Supremo ha calificado el sistema como un "régimen modificado de separación de bienes durante su vigencia"¹⁸. El régimen legal descansa sobre dos pilares: la idea de que toda ganancia hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges supone el apoyo y colaboración del otro y aquella consistente en que uno de los cónyuges (normalmente la mujer) ha renunciado a ejercer un trabajo remunerado para desempeñar las labores del hogar¹⁹.

La regla general es que una vez terminado el régimen, se procede a dividir por mitades las ganancias habidas durante él, que se obtienen, a su vez, de la comparación del patrimonio inicial y el final. Sin embargo, si el matrimonio termina por muerte de alguno de los cónyuges rigen reglas especiales contenidas en el § 1371 inciso 1º que armonizan el reparto de ganancias con las normas hereditarias.

En cuanto al régimen de comunidad (§ 1415 y siguientes), se trata de una comunidad amplia a la que ingresan los bienes que tienen los cónyuges al contraer el régimen y los que adquieran a título oneroso durante el mismo (§ 1416). Corresponde a ambos cónyuges la administración conjunta de este patrimonio común, a menos que hayan pactado otra forma en las capitulaciones matrimoniales (§ 1421). Además del patrimonio común, cada cónyuge puede tener un patrimonio propio que administra separadamente del otro (§ 1418).

COMENTARIOS FINALES

Los tres casos de legislación comparada analizada se fundamentan en la libertad de los cónyuges para elegir entre distintos regímenes patrimoniales que el propio ordenamiento jurídico regula. Sin

¹⁶ En nuestro país, se señaló como una de las ventajas del régimen de participación en los gananciales incorporado al Código Civil en 1994, el de recoger cabalmente el principio de igualdad consagrado constitucionalmente. Barros Bourie, E., "Por un nuevo régimen de bienes del matrimonio", en *Estudios Públicos*, Nº 43, 1991, p. 146.

¹⁷ Weinreich, G.; Klein, M.; Weinreich, G., *Kompaktkommentar Familienrecht*, Kriitel, 2002, p. 327.

¹⁸ Fallo del Tribunal Supremo (BGH) publicado en *FamRZ* 1974, p. 83.

¹⁹ Johannsen, K.; Henrich, D.; Jaeger, W., *Eherecht. Scheidung, Trennung, Folgen*, Munich, 1998, p. 135 (con mención de la jurisprudencia respectiva).

embargo, en todos ellos el legislador contempla un régimen supletorio de la voluntad expresa de los contrayentes que, en el caso de España y Francia es la comunidad de ganancias y, en el de Alemania, la participación en los gananciales en su modalidad crediticia. La diferencia entre ambos radica no en su idea inspiradora, extender la comunidad de vida del matrimonio al aspecto patrimonial haciendo participar a ambos cónyuges por iguales partes en los beneficios económicos habidos durante el matrimonio, ni tampoco en el momento en que se manifiestan ambos "difieren" sus efectos hasta el momento del término del régimen sino que la distinción está en que en el régimen de participación la ganancia se mantiene como individual de cada cónyuge, no se comunica. La idea de ganancia es meramente contable pudiendo ser considerada únicamente en forma global y no respecto de cada uno de los bienes²⁰. Por el contrario, en el régimen comunitario las ganancias conllevan el reconocimiento de un derecho real de ambos cónyuges sobre los bienes adquiridos. Esta diferencia repercute en la administración y disposición de los bienes durante la vigencia del régimen, pues en el régimen de participación no hay inconveniente alguno para reconocer a cada cónyuge ambas facultades por ser dueños de sus respectivos bienes y, en cambio, en el régimen de comunidad, corresponde su ejercicio conjunto por los cónyuges, ya que ambos son dueños.

Ponencia en Seminario "Reformas a los regimenes patrimoniales del matrimonio"
Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 10 de octubre de 2007

²⁰ Díez-Picazo, L.; Gullón, A., *op. cit.*, p. 156.