

no necesitaba autorización del marido para testar, precepto que al ser capaz la mujer, dejó de tener sentido; el artículo 139 disponía que la autorización marital podía ser general o especial; el artículo 141 se refería a la revocación de la autorización marital; el artículo 142, a la posibilidad de que el marido ratificara los actos celebrados por la mujer sin su autorización; el artículo 143, a la autorización judicial supletoria, y el artículo 144 señalaba que ni la mujer ni el marido, ni ambos juntos, podían enajenar o hipotecar los bienes raíces de la mujer, sino en los casos y con las formalidades que se establecían en el título de la sociedad conyugal). Estas normas fueron derogadas por la Ley Nº 18.802. Los actuales artículos 138, 138 bis, 139, 140, 141, 142, 143 y 144, fueron incorporados por la Ley Nº 19.335, y tratan de otras materias.

Sin embargo, es indispensable no confundir la capacidad que pasó a tener la mujer, *con el derecho a administrar sus propios bienes y los bienes sociales*. En efecto, el artículo 1749 del Código Civil mantiene el principio de que el marido es el jefe de la sociedad conyugal y *como tal administra los bienes sociales y los de su mujer*, idea que refuerza el artículo 1750: "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales..." y el 1754 inciso final, en cuanto establece: "La mujer, por su parte, 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" (el texto que se acaba de citar lo dio la Ley Nº 19.335).

Luego, la capacidad que con la reforma de la Ley Nº 18.802 adquirió la mujer no le sirve de mucho desde que no se le da ninguna participación ni en la administración de los bienes sociales ni en la administración de sus bienes propios. Sólo continúa con la administración de aquéllos bienes que ya antes administraba (150, 166, 167). Nada ha ganado.

TÍTULO II

RÉGIMEN MATRIMONIAL

169. DEFINICIÓN. Se define el régimen matrimonial como el estatuto jurídico que regla las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y respecto de terceros.

Puig Peña¹⁴⁵ desprende de esta definición las siguientes consecuencias:

1) "El régimen matrimonial es en su esencia un estatuto de disciplinamiento, es decir, un conjunto de normas jurídicas articuladas en un 'sistema' base del ordenamiento económico del lugar; por él se sabe cómo se pondrán a contribución los patrimonios del marido y de la mujer para la satisfacción de las necesidades económicas de la familia; la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes integrantes de aquéllos y la especial afección a las situaciones de responsabilidad";

2) "Este estatuto regula los intereses económicos de los esposos entre sí. Es decir, forma la carta económica del hogar en todas aquellas relaciones patrimoniales que son del matrimonio y sirven para el matrimonio. Por ello, las relaciones extrañas, aunque sean laterales o concomitantes, no forman parte del régimen matrimonial, como sucede, por ejemplo, con el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos, que aunque es de orden económico y repercute en la posición patrimonial de la familia, no corresponde a esta materia, sino que son relaciones jurídicas emergentes de la patria potestad".

"Tampoco forman parte del régimen matrimonial aquellas consecuencias jurídicas que, aunque converjan sobre el matrimonio, vienen de campos totalmente distintos, bien del de Derecho Privado, como ocurre, por ejemplo, con la vocación sucesoria de los cónyuges; como del Derecho Público, como sucede con los beneficios concedidos al cónyuge sobreviviente por las leyes de previsión social";

3) "El régimen matrimonial actúa también como medida de protección de los terceros. Por ello los legisladores ponen buen cuidado en limitar la autonomía de la voluntad de las partes, para que aquéllos que contraten con el matrimonio sepan en todo momento cuáles son las situaciones de responsabilidad y los patrimonios que quedan afectos a la misma...".

170. DENOMINACIÓN. El nombre "régimen matrimonial" lo emplean los autores sudamericanos y algunos franceses. Otros, como

¹⁴⁵ Ob. cit., pág. 262.

Enneccerus, hablan de "derecho matrimonial patrimonial"; de "régimen matrimonial pecuniario" (Roguin y la mayoría de los autores franceses); de "régimen de bienes en el matrimonio", que es la terminología que corrientemente emplean los españoles.¹⁴⁶

171. ALGUNAS CUESTIONES PLANTEADAS POR EL RÉGIMEN MATRIMONIAL. Esta materia suscita algunos problemas del mayor interés doctrinario. Mencionemos algunos:

a) ¿Es estrictamente necesario el establecimiento de un régimen matrimonial? Planiol y Ripert se pronuncian por la negativa, aduciendo que si nada se establece, se produciría entre los cónyuges una separación absoluta de bienes que se regularía por el derecho común. La tendencia dominante, sin embargo, es la contraria, estimándose necesaria una regulación económica que resuelva algunos conflictos que no soluciona el derecho común y que proteja el interés de los terceros.

b) Aceptada la premisa de que es necesario un régimen matrimonial, cabe preguntarse qué intervención debe tener la voluntad de los cónyuges en su establecimiento. Hay sobre el punto opiniones muy diversas que van desde quienes piensan que la voluntad de los cónyuges es decisiva hasta otros que, por el contrario, opinan que esta materia no debe quedar sometida a la autonomía de la voluntad, "pues no son ni deben ser indiferentes a los Estados las condiciones en que queda establecida la organización económica de la sociedad conyugal, ya que siendo la familia una institución eminentemente pública, las relaciones jurídicas que surjan de la misma deben estar situadas en la previsión y cautela del legislador".¹⁴⁷

En España, el artículo 1315 del Código Civil (después de la modificación de 1981) permite a los cónyuges pactar en las capitulaciones matrimoniales, con la más amplia libertad, la manera cómo regirán sus relaciones patrimoniales durante el matrimonio. No tienen más límite que el orden público, las buenas costumbres y la moral. Si nada acuerdan, rige supletoriamente una sociedad de gananciales. En Chile, en cambio, los cónyuges sólo pueden optar entre sociedad conyugal, separación de bienes y, desde que

¹⁴⁶ Puig Peña, ob. cit., pág. 262.

¹⁴⁷ Puig Peña, ob. cit., pág. 265.

entró en vigencia la Ley N° 19.335, del año 1994, participación en los gananciales.

c) Finalmente, debe resolverse qué ocurre cuando las partes nada previeron sobre régimen matrimonial. Normalmente, el legislador establece uno que entra a operar en el silencio de las partes. Es lo que ocurre en Chile, en que de acuerdo con el artículo 135 inciso 1° del Código Civil, si los cónyuges nada dicen, se entienden casados bajo el régimen de sociedad conyugal (art. 135 inc. 1° del Código Civil).

172. ENUMERACIÓN DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES. Como observa Fueyo, existe una variedad casi infinita de regímenes matrimoniales. Afirma: "A unas estructuras básicas, con cierta individualidad propia, se añaden modalidades que podríamos llamar híbridas, pues toman algo de acá y de allá, combinadamente. Diríamos que esto último es lo que prima en las legislaciones reformadas de los últimos años; en cambio, en los libros, doctrinariamente, se insiste en las estructuras más bien puras, como ajenas a combinaciones múltiples".¹⁴⁸

La elección de un régimen matrimonial supone un pronunciamiento sobre las siguientes cuestiones:

a) Posición relativa de los cónyuges en la economía de la familia;

b) Suerte de los bienes de que son dueños los cónyuges al momento de casarse y de los que adquieran durante el matrimonio;

c) Administración de los bienes, y

d) Derechos de los cónyuges o de sus herederos al finalizar el régimen matrimonial.¹⁴⁹

La generalidad de los autores nacionales¹⁵⁰ distinguen entre los siguientes tipos de regímenes:

1) Régimen de comunidad;

¹⁴⁸ "Problemática General del Régimen Patrimonial del Matrimonio", artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 82, 1ª parte, págs. 1 a 12.

¹⁴⁹ Enrique Barros, "Por un nuevo régimen de bienes en el matrimonio". Rev. Estudios Públicos, N° 43, 1991, páginas 139-166.

¹⁵⁰ Arturo Alessandri, *Tratado de las Capitulaciones Matrimoniales*, páginas 19 y siguientes; Manuel Somarriva, *Derecho de Familia*, páginas 179 y siguientes; Enrique Rossel, *Derecho de Familia*, páginas 148 y siguientes, etc.

- 2) Régimen de separación de bienes;
- 3) Régimen sin comunidad;
- 4) Régimen dotal, y
- 5) Régimen de participación en los gananciales.

173. RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES. Se define como aquel en que todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio (esto es, los que tienen al momento de casarse) como los que adquieren durante el matrimonio pasan a constituir una masa o fondo común que pertenece a ambos cónyuges y que se divide entre ellos una vez disuelta la comunidad.

Hay diversos grados de comunidad, debiendo distinguirse entre *comunidad universal* y *la comunidad restringida*. A su vez, esta última puede ser comunidad restringida de bienes muebles y ganancias o restringida de ganancias únicamente.

En *la comunidad universal* todos los bienes que tengan los cónyuges al momento de casarse y los que durante el matrimonio adquieran, sin distinción alguna, forman un fondo común que se repartirá entre ellos, por mitad, al momento de disolverse la comunidad. De manera que durante el matrimonio existe un solo patrimonio, que es el patrimonio común.

En *la comunidad restringida* sólo algunos bienes pasan a ser comunes. Si la comunidad *es restringida de bienes muebles y ganancias*, integran el patrimonio común los bienes muebles que los cónyuges aportan y los que adquieren, a cualquier título, durante el matrimonio. Además, forman parte del haber común los inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso y las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio. De manera que sólo quedan excluidos de la comunidad los bienes raíces que aportan y los que adquieran durante el matrimonio a título gratuito.

En *la comunidad restringida de ganancias únicamente* sólo ingresan al haber común los bienes muebles o inmuebles que los cónyuges adquieran durante el matrimonio a título oneroso y los frutos producidos tanto por esos bienes como por sus bienes propios. Todos los demás forman parte del haber propio de cada cónyuge.

En Chile existe un régimen de comunidad restringida de ganancias únicamente, porque si bien es cierto que los bienes muebles

que aportan o adquieran durante el matrimonio a título gratuito ingresan al haber social, no lo es menos que confieren al cónyuge aportante o adquirente un derecho de recompensa o crédito que se hará efectivo al liquidarse la sociedad conyugal. Este régimen de comunidad restringida existente en Chile se denomina "*sociedad conyugal*" y es entre nosotros el régimen legal patrimonial, esto es, el que la ley contempla cuando las partes nada dicen. Así se desprende del artículo 135 inciso 1º: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges..."

Siempre se ha asociado el régimen de comunidad de bienes con la incapacidad de la mujer casada. Se dice, con algo de ligereza, que tal régimen supone la incapacidad de la mujer con el objeto de mantener una administración única de los bienes. Sin embargo, la realidad legislativa de otros países en que existe régimen de comunidad demuestran que ello no es así. Lo mismo ha ocurrido en Chile desde que entró en vigencia la Ley Nº 18.802. La mujer ha pasado a ser plenamente capaz y no obstante se mantiene el régimen de comunidad de bienes, en que quien administra todos los bienes, tanto los sociales como los propios de la mujer, es, como ya lo hemos explicado, el marido, principio que tiene, no obstante, algunas excepciones (artículos 150, 166 y 167).

174. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. Es exactamente el régimen contrario al anterior. Hay claramente dos patrimonios: el del marido y el de la mujer, que cada uno de ellos administra con la más amplia libertad. No hay patrimonio social o común. Es el régimen legal adoptado en Bulgaria, Turquía, Australia, Japón, Inglaterra, Escocia, Irlanda, y también en 38 de los 51 estados de Estados Unidos de Norteamérica.¹⁵¹

En Chile existe el régimen de separación de bienes como alternativa al de la sociedad conyugal o al de participación en los gananciales.

175. RÉGIMEN SIN COMUNIDAD. Según el decir de Somarriva, es un régimen intermedio entre los dos que ya hemos analizado. En

¹⁵¹ Francisco Merino Scheihing, "Regímenes Matrimoniales en el Derecho Comparado", La Revista de Derecho, Universidad Central, julio-diciembre 1989, págs. 4-8.

efecto, tal como ocurre en el de separación de bienes, cada cónyuge conserva sus propios bienes, pero —y en esto se asemeja al régimen de comunidad— todos los bienes son administrados por el marido, salvo algunos que llama *reservados*, cuya administración corresponde a la mujer. Entre ellos están los adquiridos por la mujer con su trabajo; los que los cónyuges aportan en las capitulaciones matrimoniales con ese carácter; y los que deja un tercero a la mujer con la condición de que no los administre el marido.

176. RÉGIMEN DOTAL. Se caracteriza por la existencia de dos clases de bienes: *los dotaes*, que la mujer aporta al matrimonio y entrega al marido para que éste haga frente a las necesidades familiares; y *los parafernales*, que la mujer conserva en su poder, administrándolos y gozándolos. Tiene su origen en Roma. Este régimen se consagra en carácter de convencional en Portugal y también Italia, después de la reforma introducida por una ley de 1975.¹⁵²

177. RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES. Durante la vigencia del régimen, cada cónyuge tiene su propio patrimonio, que administra con libertad. Pero a su extinción, el cónyuge que ha adquirido bienes de mayor valor debe compensar al que ha obtenido menos. En la variante más conocida, que es la denominada de “comunidad diferida”, terminado el régimen se produce ipso jure una comunidad —y eso explica su nombre— que integran todos los bienes adquiridos a título oneroso por los cónyuges durante su mantención, o sea, todas las ganancias que obtuvieron durante ese lapso. Estos gananciales se reparten por partes iguales, sin considerar para nada lo que cada uno aportó a este fondo común. Y es precisamente aquí donde radica la crítica mayor que se le formula, pues se dice que es injusto al favorecer al cónyuge menos trabajador en perjuicio del más laborioso. Pero frente a este inconveniente, que, sin dudas, es verdadero, tiene el mérito de permitir a los cónyuges que mientras se mantiene, tengan una amplia libertad de movimientos.

En Chile se incorporó en una variante distinta a la de comunidad diferida (*la variante crediticia*) recién en el año 1994, con la Ley N° 9.335. Agreguemos que hubo varios proyectos previos,

entre otros, uno preparado por Eugenio Velasco, otro por la Universidad Gabriela Mistral,¹⁵³ y otro por Enrique Barros.¹⁵⁴ Este último señala como ventajas del régimen de participación en los gananciales las siguientes:

1) Su simplicidad, pues durante su vigencia cada cónyuge administra libremente sus bienes;

2) Otorga adecuada protección a los terceros, desde que existe certeza sobre el patrimonio que cada cónyuge obliga;

3) Recoge adecuadamente el principio constitucional de la igualdad ante la ley al no subordinar un cónyuge al otro;

4) “Expresa adecuadamente la comunidad de vida e interés que constituye el matrimonio...”, al hacer recíprocos los deberes de ayuda y socorro y reconocer, a diferencia del régimen de separación de bienes, la contribución del cónyuge que se dedica al hogar a la economía de la familia. Cuando el régimen termina, ambos cónyuges reparten entre sí los gananciales por partes iguales con prescindencia de sus respectivos aportes;

5) Es un régimen flexible que se adapta con facilidad a las distintas realidades de la vida familiar (mujer que trabaja, mujer que sólo cumple funciones domésticas, etc.). Además, es perfectamente compatible con el establecimiento de la idea de restricciones a las facultades administrativas de los cónyuges respecto de ciertos bienes, y

6) Admite que judicialmente se pueda moderar en sus efectos.¹⁵⁵

El régimen de participación en los gananciales goza de mucho prestigio en la doctrina y se ha ido imponiendo en la legislación comparada (Hungría, 1952; Suecia, 1920; Países Nórdicos, entre los años 1920 y 1930; Alemania (Alemania Federal en ese momento), con la modificación introducida por la Ley N° 1.957; Colombia, 1932; Uruguay, 1946; Bolivia, 1972; Perú, 1984. El primer país americano en adoptarlo fue Costa Rica.

Frente a toda esta variedad de regímenes matrimoniales, la pregunta que cabe formular es cuál es el mejor de todos. La respuesta no es fácil. Tal vez habría que decir que en esta materia,

¹⁵³ Temas de Derecho, año 2, N° 2, 1987.

¹⁵⁴ Ob. cit., págs. 139-166.

¹⁵⁵ Enrique Barros, ob. cit., págs. 146-147.

¹⁵² Francisco Merino Scheihing, art. cit., pág. 7.

como en muchas otras, es bueno no olvidarse de nuestra propia tradición para hurgar en realidades legislativas que nos son ajenas. Bien ha hecho el legislador chileno en actuar con cuidado en esta materia. Y podríamos agregar todavía que frente a los tres regímenes existentes en Chile, no se puede dar una respuesta única en el sentido de que convenga tal o cual. Habrá que estudiar la situación en cada caso particular para poder aventurar una opinión. Así, por ejemplo, si quien formula la consulta es una persona que se va a casar por segunda vez, que ya tiene sus años, que adquirió durante su vida una fortuna importante, parecería prudente aconsejarle que lo haga en régimen de separación de bienes. Por cierto que el consejo será distinto si quienes hacen la consulta son un par de muchachos que no tienen más bienes que la ilusión de formar una familia.

178. RÉGIMEN MATRIMONIAL CHILENO. En el Código Civil original no existió otro régimen matrimonial que el que consagraba y consagra el artículo 135 del Código Civil: "por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título 'De la sociedad conyugal'" (inc. 1º).

Sin embargo, con la dictación del DL N° 328, de 28 de abril de 1925 –que posteriormente fue reemplazado por la Ley N° 5.521 del año 1934– la situación cambió *pues se permitió pactar separación de bienes* en las capitulaciones matrimoniales. Desde ese momento, el régimen de sociedad conyugal quedó únicamente como *régimen-legal matrimonial*, es decir, pasó a ser el régimen matrimonial que regía para los cónyuges que no pactaban separación de bienes. Veremos más adelante que por una modificación posterior establecida por la Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943, se permitió sustituir el régimen de sociedad conyugal bajo el cual se habían casado por el régimen de separación total de bienes.

El último hito en esta materia lo constituye la Ley N° 19.335, que incorporó a nuestra realidad positiva el régimen de participación en los gananciales, en la variante crediticia. Como esta ley entró en vigencia transcurridos 3 meses desde su publicación en el Diario Oficial, ha podido establecerse a partir del 24 de diciembre del año 1994, por haberse publicado la ley en el Diario Oficial del 23 de septiembre de 1994.

179. DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Se acostumbra a definir la sociedad conyugal como la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio, definición que se obtiene del artículo 135 inciso 1º del Código Civil.

En esta materia Bello siguió a la legislación española y muy en especial a los comentarios de esa legislación.

La sociedad conyugal comienza con el matrimonio, y cualquier estipulación en contrario es nula (art. 135 inc. 1º y art. 1721 inc. final). Sobre este punto es bueno explicar que al modificarse el Código Civil por la Ley N° 18.802, en cierto sentido se estableció un caso en que la sociedad conyugal no comienza con el matrimonio, sino con posterioridad. Ello ocurre con las personas que se han casado en el extranjero, los que según el artículo 135 inciso 2º se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal. Resulta obvio que en este caso esa sociedad conyugal comienza con posterioridad al matrimonio.

La sociedad conyugal termina en los casos señalados en el artículo 1764 del Código Civil, cuyo estudio haremos más adelante.

180. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Se ha discutido acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal. Varias explicaciones se han dado. Se le ha querido asimilar al contrato de sociedad, a la comunidad, o a una persona jurídica.

Con respecto al *contrato de sociedad*, hay varias diferencias que demuestran que la sociedad conyugal, no obstante su nombre, no es una sociedad. En efecto, en la sociedad conyugal necesariamente debe existir diferencia de sexo, circunstancia irrelevante en el contrato de sociedad; en la sociedad conyugal no hay obligación de hacer aportes, en cambio es sabido que es elemento de la esencia del contrato de sociedad la estipulación de aportes; la sociedad conyugal la administra siempre el marido, siendo diferente en el contrato de sociedad, en que la puede administrar cualquiera de los socios o un tercero; en la sociedad conyugal las utilidades producidas –llamadas gananciales– se reparten por mitades, siendo diferente en el contrato de sociedad, en que las utilidades se reparten en proporción a los aportes. Finalmente, la



sociedad conyugal no se puede pactar por un plazo determinado, lo que sí ocurre en el contrato de sociedad.

También hay buenas razones para estimar que la sociedad conyugal es una institución muy distinta a la *comunidad*. En primer lugar, mientras dura la sociedad conyugal la mujer no tiene ningún derecho sobre los bienes sociales. El artículo 1750 señala que "el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio". El artículo 1752 es todavía más enfático: "La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145" (si bien esta norma no ha sido modificada, debemos entender hecha la referencia al artículo 138 y no al 145, pues la Ley N° 19.335 cambió la numeración).

Hay además un interesante antecedente de historia fidedigna. Bello en una anotación hecha en el Proyecto de 1853, textualmente decía: "se ha descartado el dominio de la mujer sobre los bienes sociales durante la sociedad; ese dominio es una ficción que a nada conduce".

Otra razón para descartar la idea de comunidad es que la comunidad nace precisamente al momento en que la sociedad conyugal se disuelve. En esta comunidad que se genera, lo repetimos, a la disolución de la sociedad conyugal, los comuneros serán los cónyuges o el cónyuge sobreviviente con los herederos del cónyuge fallecido, según sea el caso. Disuelta la sociedad, la comunidad que se forma será liquidada de acuerdo a las reglas que establece el Código Civil, en los artículos 1765 y siguientes.

La jurisprudencia ha hecho aplicación del principio de que vigente la sociedad conyugal los cónyuges no son comuneros, al resolver que si una mujer casada vende un bien social está vendiendo cosa ajena.¹⁵⁶ Otro fallo resolvió que "carece de objeto y por lo tanto debe rechazarse la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos, sobre derechos que a la mujer le corresponderían en un inmueble de la sociedad conyugal, ya que no puede prohibírsele la celebración de actos o contratos sobre derechos que no tiene, los que sí corresponden al marido, vigente que se halle la señalada sociedad".¹⁵⁷

¹⁵⁶ T. 37, sec. 2ª, pág. 1, Corte de Temuco.

¹⁵⁷ T. 82, sec. 1ª, pág. 42.

Tampoco puede afirmarse que la sociedad conyugal sea una *persona jurídica*, puesto que frente a los terceros, según ya se ha dicho, sólo existe el marido. No se puede demandar a la sociedad conyugal, sin perjuicio de que sea ésta la que en definitiva soporte la deuda. Se demanda al marido no en representación de la sociedad conyugal, se le demanda directamente.

En resumen, la sociedad conyugal no es sociedad, no es comunidad, no es persona jurídica. Se trata de una institución sui generis con características propias. Tal vez a lo que más se parece, como lo dice Jossierand, es a un patrimonio de afectación, esto es, a un conjunto de bienes aplicados a un fin determinado (satisfacción de las necesidades económicas de la familia), con un activo y un pasivo propios.

181. CAPITULACIONES MATRIMONIALES. Las capitulaciones matrimoniales están definidas en el artículo 1715 inciso 1º: "Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones de carácter patrimonial que celebran los esposos *antes* de contraer matrimonio *o en el acto* de su celebración". De manera que caracteriza a la capitulación matrimonial el que sea un pacto celebrado antes o al momento del matrimonio. Por esa razón no constituyen capitulaciones matrimoniales los pactos que en conformidad al artículo 1723 del Código Civil puedan acordar los cónyuges, pues se celebran *durante la vigencia* del matrimonio.

Puede observarse también que el Código la define como una "convención". No dice que sea un contrato. Y el Código emplea bien el lenguaje, porque las capitulaciones matrimoniales no serán contrato si no crean derechos y obligaciones para las partes. De manera que una capitulación matrimonial puede ser contrato si realmente crea derechos y obligaciones para los esposos; no lo será, en caso contrario. Así, por ejemplo, si sólo tiene por objeto estipular el régimen de separación de bienes, no es contrato, sino una simple convención. En cambio, será contrato si el esposo, en conformidad al artículo 1720 inciso 2º, se obliga a dar a la esposa una determinada pensión periódica.

En nuestro país se usa la denominación capitulaciones matrimoniales; en otras partes estos acuerdos de orden patrimonial que acuerdan los esposos se llaman contratos matrimoniales.

182. CARACTERÍSTICAS DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

- 1) Son una convención, esto es, un acto jurídico bilateral.
- 2) Obligan no sólo a los esposos, sino también a los terceros que contraten con ellos.
- 3) Constituyen un acto jurídico dependiente, esto significa que es de la esencia de esta institución el que no va a llegar a existir si no existe el matrimonio. Podría pensarse que tienen el carácter de un acto jurídico condicional suspensivo, esto es, sujeto en su existencia al hecho futuro e incierto de existir el matrimonio. Pero no es así, porque la condición es un elemento accidental, en cambio la existencia del matrimonio es de la esencia de la capitulación matrimonial.
- 4) Por regla general son inmutables. Las únicas excepciones la constituyen los pactos del inciso 1º artículo 1723 (art. 1716 inciso final) y del artículo 1º inciso 3º de la Ley Nº 19.335.

183. CONSENTIMIENTO Y CAPACIDAD PARA CELEBRAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES. Los esposos pueden prestar su consentimiento personalmente o a través de mandatarios. Lo que la ley no permite es que se preste el consentimiento a través de un representante legal. Ello porque si alguno de los esposos es absolutamente incapaz, simplemente no puede casarse; y si es relativamente incapaz—menor adulto o disipador en interdicción de administrar sus bienes— las capitulaciones las celebra el propio incapaz, con aprobación de la persona o personas que lo deben autorizar para que contraiga matrimonio. De manera que la capacidad para celebrar capitulaciones matrimoniales es la misma que se exige para casarse. Pero si se es menor de edad, requiere contar con la autorización de las mismas personas que lo deben autorizar, para contraer matrimonio. Así lo establece el artículo 1721: “El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas...”. Pero esta misma norma agrega que si el contrayente es menor de edad, requiere de autorización judicial para celebrar las capitulaciones que tengan por objeto renunciar los gananciales, enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipoteca, censo o servidumbres.

El inciso segundo del artículo 1721 establece que “el que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesita

de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor”. Esta norma tiene aplicación únicamente en el caso del interdicto por disipación, pues tratándose del demente, del sordomudo que no pueda darse a entender por escrito o del impúber, ninguno de ellos puede contraer matrimonio.

184. SOLEMNIDADES DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. Las capitulaciones matrimoniales son un acto jurídico solemne. La solemnidad es diferente según se celebren antes del matrimonio o en el acto del matrimonio.

Si las capitulaciones se celebran antes del matrimonio, la solemnidad es triple:

- a) escritura pública;
- b) subinscripción al margen de la respectiva inscripción matrimonial; y
- c) que esta subinscripción se practique al momento de celebrarse el matrimonio o dentro de los 30 días siguientes (art. 1716 inc. 1º, primera parte). Nótese que la subinscripción es una solemnidad, no un requisito de publicidad frente a terceros, pues el art. 1716 dice que “sólo valdrán *entre las partes* y respecto de terceros. “Nótese también que los 30 días son un plazo fatal y de días corridos, esto es, no se descuentan los feriados (art. 50 C. Civil). El artículo 1716 se ha puesto en el caso de los matrimonios celebrados en el extranjero y que no se hallen inscritos en Chile, y nos dice que “será menester proceder previamente a su inscripción, en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al oficial civil que corresponda el certificado de matrimonio debidamente legalizado. En estos casos, el plazo a que se refiere el inciso anterior—los treinta días— se contará desde la fecha de la inscripción del matrimonio en Chile.

Respecto de las capitulaciones matrimoniales celebradas en el acto del matrimonio, como en ellas sólo se puede pactar separación total de bienes o el régimen de participación en los gananciales (art. 1715 inc. 2º), no requieren de las mismas solemnidades, bastando que el pacto conste en la inscripción del matrimonio. Así lo señala el artículo 1716 inciso 1º parte final, norma que agrega que “sin este requisito no tendrá valor alguno”.

185. MODIFICACIONES DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. INMUTABILIDAD. Las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio pueden modificarse, debiendo hacerse estas modificaciones con las mismas solemnidades de las originales (art. 1722). Pero estas modificaciones sólo son posibles antes de celebrarse el matrimonio, pues verificado éste, "las capitulaciones no podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas, sino en el caso establecido en el inciso primero del artículo 1723" (art. 1716 inciso final). Esta regla se encuentra hoy día complementada por lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley Nº 19.335.

Aplicando ambas normas, se tiene que los cónyuges pueden introducir las siguientes modificaciones al régimen matrimonial bajo el cual se casaron: a) si lo hicieron en sociedad conyugal, pueden sustituirlo por el de separación total de bienes o el de participación en los gananciales (art. 1723 inciso 1º); b) si se casaron bajo régimen de separación de bienes, pueden reemplazarlo por el de participación en los gananciales (art. 1723 y art. 1º Ley Nº 19.335 inc. 2º), y c) si se casaron en régimen de participación en los gananciales, pueden reemplazarlo por el de separación de bienes (art. 1723 inc. 2º parte final y art. 1º inciso 2º de Ley Nº 19.335).

Como se puede apreciar, si los cónyuges se casaron en régimen de participación en los gananciales o de separación de bienes, no pueden cambiarlo por el de sociedad conyugal. Si lo hicieron en régimen de sociedad conyugal y después lo sustituyeron por el de separación de bienes, tampoco les es permitido volver a sociedad conyugal, pues eso está expresamente prohibido en el artículo 1723 inciso 2º, parte final.

186. SITUACIONES DISTINTAS NO RESUELTAS EN LA LEY.

a) Si quienes se casaron en régimen de sociedad conyugal y posteriormente, usando el artículo 1723, lo sustituyeron por el de separación de bienes, podrían nuevamente y en virtud del artículo 1723, celebrar un nuevo pacto en que reemplazaran la separación de bienes por el de participación en los gananciales.

b) Si habiéndose casado en sociedad conyugal, y habiéndolo sustituido por el de participación en los gananciales, podrían celebrar un nuevo pacto en virtud del cual reemplazaran la participación en los gananciales por la separación de bienes.

Más adelante, cuando estudiemos el pacto del artículo 1723, trataremos de resolver estas incógnitas.

187. OBJETO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. Para estudiar el objeto de las capitulaciones matrimoniales, deberemos distinguir entre las capitulaciones celebradas antes del matrimonio y las celebradas en el acto del matrimonio.

Las capitulaciones que se celebran en el acto del matrimonio sólo pueden tener por objeto pactar la separación total de bienes o el régimen de participación en los gananciales. Esto último en virtud de la modificación introducida al artículo 1715 inciso 2º por la Ley Nº 19.335. Nada más (art. 1715 inc. 2º).

En cambio, en las que se celebran antes del matrimonio el objeto puede ser muy variado, así, por ejemplo, se podrá acordar la separación total o parcial de bienes (art. 1720 inc. 1º); estipular que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero, o de una determinada pensión periódica (art. 1720 inc. 2º); hacerse los esposos donaciones por causa de matrimonio (art. 1406); eximir de la sociedad conyugal cualquier parte de los bienes muebles (art. 1725 Nº 4 inc. 2º); la mujer podrá renunciar a los gananciales (artículos 1719 y 1721); destinar valores de uno de los cónyuges a la compra de un bien raíz con el objeto de que ese bien no ingrese a la sociedad conyugal, sino que sea propio del cónyuge respectivo (subrogación de inmueble a valores) (artículo 1727 Nº 2), etc.

De manera que el objeto de las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio puede ser muy variado. No existen más límites que los que indica el artículo 1717, es decir, "no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes" ni serán "en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes" (art. 1717). Así, a modo de ejemplo, no se podrá convenir en las capitulaciones que la sociedad conyugal será administrada por la mujer; que la mujer no podrá tener un patrimonio reservado, etc. Hay que agregar todavía que el propio Código prohíbe expresamente algunas estipulaciones, así, por ejemplo, el artículo 153 señala que "la mujer no podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho

las leyes"; el artículo 1721 inciso final establece que "no se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula"; no podría prohibirse que se demandara la declaración de un bien como "bien familiar" (art. 149).

Sólo a modo de curiosidad, señalemos que cuando se casó Aristóteles Onassis con Jacqueline vda. de Kennedy, celebraron un contrato matrimonial (capitulaciones) que reguló con extrema minuciosidad todas sus relaciones patrimoniales. Así, por ejemplo, se establecía que el primero debía pagar a la segunda una indemnización de US\$ 10.000.000, por año de matrimonio, si la abandonaba; si la situación fuera al revés, sólo y como única indemnización US\$ 20.000.000, siempre que la separación fuere antes de los 5 años de matrimonio. Después de los 5 años, era la misma suma más una pensión anual de alimentos de US\$ 124.000, durante 10 años, etc.¹⁵⁸

188. DEL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Entendemos por haber o activo de la sociedad conyugal los bienes que la integran. Para hacer este estudio es necesario formular un distingo entre haber o activo absoluto y haber o activo relativo o aparente.

El haber absoluto lo forman todos aquéllos bienes que ingresan a la sociedad conyugal en forma definitiva, sin derecho a recompensa; en cambio, *el haber relativo o aparente* lo integran aquéllos bienes que ingresan a la sociedad conyugal otorgando al cónyuge aportante o adquirente un derecho de recompensa que éste hará valer al momento de la liquidación. Pongamos un ejemplo de cada caso: durante el matrimonio uno de los cónyuges compra un automóvil. Ese bien ingresa al activo absoluto de la sociedad conyugal (art. 1725 N° 5). En cambio si al momento del matrimonio uno de los cónyuges era dueño de un automóvil, tal bien ingresa a la sociedad conyugal, pasa a ser un bien social, pero el cónyuge que era dueño (le llamaremos cónyuge aportante) adquiere un crédito, recompensa, que hará valer cuando se termine la sociedad conyugal y se liquide. En ese momento tendrá derecho para que se le reembolse el valor del automóvil en valor

¹⁵⁸ Véase Fernando Fueyo, "Problemática General del Régimen Patrimonial del Matrimonio", Rev. Der. y Jur., t. 82, 1ª Parte, págs. 4 a 12.

actualizado. De manera que el automóvil en este último ejemplo ingresó al haber relativo de la sociedad conyugal.

Es importante agregar que esta terminología –haber absoluto y haber relativo– no la hace la ley, pero surge del artículo 1725.

189. HABER O ACTIVO ABSOLUTO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Está integrado por los bienes que contemplan los artículos 1725 N° 1, 1725 N° 2, 1725 N° 5, 1730 y 1731, que se estudiarán en los números siguientes.

190. LOS SALARIOS Y EMOLUMENTOS DE TODO GÉNERO DE EMPLEOS Y OFICIOS, DEVENGADOS DURANTE EL MATRIMONIO (ART. 1725 N° 1 DEL CÓDIGO CIVIL). Cualquiera remuneración que perciba uno de los cónyuges durante el matrimonio queda comprendida dentro de este rubro, sin que tenga importancia la denominación que reciba: honorarios, gratificaciones, sueldos, salarios, etc. Lo único importante es que "se devenguen" durante el matrimonio. Así, por ejemplo, si al momento de casarse un abogado tenía una gestión terminada y le adeudaban los honorarios, que se los pagan cuando ya está casado, ese bien no ingresa al haber absoluto, sino al relativo, porque no se devengó "durante el matrimonio", sino antes.

Este caso crea algunas dificultades cuando se trata de servicios que se comienzan a prestar de solteros y se terminan cuando los cónyuges ya se encuentran casados. La doctrina soluciona el problema distinguiendo si el trabajo que motivó los honorarios es divisible o indivisible. Si es divisible, corresponderá a la sociedad conyugal la parte del honorario devengada durante la vigencia de la sociedad conyugal y al cónyuge aquella otra parte devengada mientras permanecía soltero. El ejemplo que suele ponerse es el caso de los honorarios de abogados que se van devengando según sea el progreso del juicio respectivo.

En cambio, si el trabajo es indivisible, por ejemplo, se le encomienda a una persona la confección de una estatua, en ese caso el honorario se entendería devengado cuando la obra esté terminada, pasando a ser los honorarios propios o sociales según corresponda.

Otro aspecto importante relacionado con el artículo 1725 N° 1, que estamos estudiando, es el que se refiere a las *donacio-*

nes remuneratorias. Señalemos, en primer término, que según el artículo 1433, se entiende por donaciones remuneratorias “las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse” (inc. 1º). Digamos, en seguida, que el artículo 1738 resuelve sobre el destino de esas donaciones remuneratorias, distinguiendo entre donaciones muebles e inmuebles y distinguiendo también según tales donaciones den o no den acción en contra de la persona servida. Si la donación es inmueble y corresponde a servicios que dan acción en contra de la persona servida, tal donación ingresa al haber absoluto de la sociedad conyugal. En cambio si no dan acción, ingresan al haber propio del cónyuge. Si la donación recae sobre un mueble y corresponde al pago de servicios que dan acción en contra de la persona servida, la donación ingresa al haber absoluto de la sociedad conyugal. Si no dan acción en contra de la persona servida, ingresa al haber relativo. Para terminar con las donaciones remuneratorias, agreguemos que la Ley Nº 18.802 dio una nueva redacción al artículo 1738, pues el texto anterior no distinguía entre donaciones muebles e inmuebles, de donde parecía desprenderse que para determinar si ingresaban al haber social sólo había que estarse a si daban o no daban acción en contra de la persona servida, con lo que se producía una suerte de contradicción entre esta norma y el artículo 1725.

Dos problemas deben ser estudiados en relación con el artículo 1725 Nº 1 del Código Civil:

- a) suerte que siguen los dineros ganados en el juego, y
- b) ingresos provenientes de la propiedad intelectual.

Respecto de los dineros obtenidos en el juego, ingresan al activo absoluto de la sociedad conyugal, sin importar si se trata de juegos de azar, de destreza física o intelectual.

En cuanto a los ingresos provenientes de la propiedad intelectual, se ha discutido se ingresan al haber absoluto o relativo de la sociedad conyugal. Don Arturo Alessandri afirma que se debe distinguir entre “el derecho mismo del autor, inventor o fabricante, y las utilidades pecuniarias que provengan de su explotación. Estas pertenecen a la sociedad conyugal, si se generan durante su vigencia” (1725, Nº 2), aun cuando la propiedad intelectual o industrial se haya constituido antes del matrimonio. Por consiguiente –continúa este autor– las ediciones ejecutadas

o los ejemplares vendidos durante la sociedad, los derechos que devengue la representación de una obra teatral o la exhibición de una película cinematográfica efectuada durante su vigencia, las utilidades que provengan del aprovechamiento o de la cesión o venta de la propiedad intelectual o de las patentes de invención, marcas comerciales y modelos industriales que efectúe “durante la sociedad, ingresarán al haber social, sin cargo de recompensa, cualquiera que sea la época en que se haya constituido la propiedad intelectual o industrial” y agrega, en seguida, “La propiedad intelectual o industrial misma, esto es, el derecho de autor, inventor o fabricante para explotar la obra artística o literaria, o el invento, la marca comercial o el modelo industrial en la forma autorizada por la ley, que es en lo que ella consiste, pertenecerá a la sociedad, sin obligación de recompensa, si esta propiedad *se constituye* durante su vigencia, por ser el producto del trabajo intelectual de uno de los cónyuges (art. 1725 Nº 1). Si se constituyó antes del matrimonio, es del cónyuge autor de la obra, invento, marca o modelo; pero como se trata de un derecho mueble “aportado por él al matrimonio”, ingresará también al haber social, quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tenía al tiempo del matrimonio, que es la época en que se efectuó el aporte (art. 1725 Nº 4).¹⁵⁹

La opinión de don Antonio Zuluoaga Villalón es diferente. Dice: “En nuestro sentir, el derecho de autor en sí mismo, esto es, la facultad de explotar exclusivamente una obra del ingenio o del talento con un fin de lucro, no ingresa al haber de la sociedad conyugal”. Concluye que el derecho de autor es y continúa siendo un bien propio del cónyuge respectivo, cuyos frutos o réditos ingresan al haber social, mas no el derecho en sí mismo. Ahora, agrega el mismo autor, “si durante la sociedad conyugal o antes de su constitución, alguno de los cónyuges adquiere el derecho de explotar una obra a título oneroso o lucrativo, ese derecho ingresará a la sociedad conyugal de conformidad a los números 4º y 5º del artículo 1725”. Para terminar con este punto, digamos que el argumento decisivo de Zuluoaga para estimar

¹⁵⁹ Arturo Alessandri R., *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, págs. 1139-1140, Nº 173.

que el derecho de autos en sí mismo no ingresa a la sociedad conyugal, radica en que el artículo 1º del Decreto Ley Nº 345, de 1925 –norma vigente a la época en que él escribió su libro– señala que la propiedad intelectual consiste en el derecho exclusivo de distribuir, vender o aprovechar con fines de lucro una obra de la inteligencia... y repugna toda idea de comunidad o coparticipación a la de derecho exclusivo.¹⁶⁰

Terminemos con el Nº 1 del artículo 1725, señalando que si bien, como lo hemos venido explicando, ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal todas las remuneraciones de cualquiera de los cónyuges devengadas durante la sociedad conyugal, en el caso en que esas remuneraciones las perciba la mujer, en el ejercicio de un trabajo, profesión o industria separada de su marido, será ella quien administrará tales recursos, atendido lo dispuesto en el artículo 150, que luego estudiaremos. Pero esta circunstancia no le quita a esos bienes el carácter de sociales, ya que su destino definitivo a la disolución de la sociedad conyugal, será ingresar a la masa de gananciales, a menos que la mujer los renunciare.

191. TODOS LOS FRUTOS, RÉDITOS, PENSIONES, INTERESES Y LUCROS DE CUALQUIER NATURALEZA, QUE PROVENGAN, SEA DE LOS BIENES SOCIALES, SEA DE LOS BIENES PROPIOS DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES, Y QUE SE DEVENGUEN DURANTE EL MATRIMONIO (ART. 1725 Nº 2). De manera que si un inmueble social produce rentas, ingresan al activo absoluto de la sociedad conyugal. Lo mismo ocurre si el inmueble que produce las rentas es propio de uno de los cónyuges. A primera vista pudiere aparecer injusto que no se haga una distinción. Aparentemente y de acuerdo al principio de que las cosas producen para su dueño, lo justo sería que las rentas producidas por el bien propio ingresaran al haber del cónyuge dueño del bien que las produce. Este principio se rompe aquí. La explicación está en que los ingresos producidos por los bienes propios o sociales están destinados a atender las necesidades de la familia.

Por otra parte, la solución dada por el Código es justa, si se tiene en cuenta que, según el artículo 1740 Nº 4, “la sociedad es obligada al pago: de todas las cargas y reparaciones usufructuarias

de los bienes sociales o de cada cónyuge”. De modo que la situación es equitativa: si la sociedad soporta el pago de las reparaciones de los bienes propios del cónyuge, es razonable que los ingresos que ese bien genera ingresen también a la sociedad conyugal.

El artículo 1725 Nº 2 habla de “frutos” sin formular ninguna distinción. Por ello, ingresarán al haber absoluto de la sociedad conyugal tanto los frutos civiles como los naturales. Lo único importante es que “se devenguen durante el matrimonio” (con mayor exactitud la norma debió haber dicho “se devenguen durante la sociedad conyugal”).

Recordemos que los frutos civiles se devengan día a día (art. 790 del Código Civil, norma que si bien está ubicada en el usufructo, se estima por la doctrina que es de aplicación general): en cambio los frutos naturales para saber a quién corresponden habrá que ver si están pendientes o percibidos. Así viene a resultar que si al momento de casarse una persona es dueña de un bien raíz y se casó, por ejemplo, el 15 de septiembre, las rentas de arrendamiento provenientes de la primera quincena no ingresan al activo absoluto (sino al relativo). En cambio, si la persona al casarse tiene un predio plantado con manzanas, y al momento del matrimonio esas manzanas están todavía en el árbol, el producto de esas manzanas ingresa al haber absoluto. En cambio si ya las tenía cosechadas, pasan al haber relativo (arts. 645, 781, 1772 del Código Civil).

Cabe preguntarse por qué modo adquiere la sociedad conyugal esos frutos. La respuesta va a depender según se trate de los frutos producidos por los bienes propios del cónyuge o por un bien social. En el caso del fruto producido por un bien social, la sociedad conyugal lo adquirirá por el modo de adquirir accesión, de acuerdo a lo que previenen los artículos 646 y 648. En cambio, si el fruto proviene de un bien propio de uno de los cónyuges, la situación varía, pues en ese caso no puede hablarse de accesión (en cuya virtud *el dueño* de un bien se hace dueño de lo que la cosa produce), debiendo concluirse que el modo de adquirir es la ley –art. 1725 Nº 2– que otorga a la sociedad conyugal el dominio de los frutos de los bienes propios del cónyuge.

192. USUFRUCTO DEL MARIDO SOBRE LOS BIENES DE SU MUJER. Lo que estamos viendo nos lleva a estudiar el derecho de usufructo

¹⁶⁰ Antonio Zuluaga Villalón, *Derecho Industrial y Agrícola*, pág. 408, Nº 482.

del marido sobre los bienes de su mujer y a determinar cuál es su verdadera naturaleza jurídica.

El Código hace referencia al derecho de usufructo que el marido tiene sobre los bienes de su mujer, en los artículos 810 y 2466 inciso final. También la Ley de Quiebras, en el artículo 64 inc. 4º.

Pues bien, ¿es cierto que el marido tiene el usufructo sobre los bienes de su mujer? La respuesta dada por la doctrina es negativa.¹⁶¹ Se afirma que no hay derecho de usufructo, pese a que el Código lo llama de esa manera. Ello por las razones siguientes:

a) Si el marido tuviere un derecho de usufructo cuando enajenare los bienes de su mujer, estaría enajenando únicamente la nuda propiedad y eso no es así.

b) Hay un argumento de historia fidedigna. En los proyectos de Código Civil sólo se hablaba del usufructo que tenía el padre sobre los bienes del hijo de familia; no se hacía referencia a este otro usufructo que sólo vino a ser establecido en el proyecto definitivo; sin duda por inadvertencia del codificador.

193. INEMBARGABILIDAD DEL USUFRUCTO DEL MARIDO. El artículo 2466 –ubicado en el título “De la prelación de créditos”– señala en su inciso 31: “Sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer...”. Se ve una suerte de contradicción entre esta norma y el artículo 1725 N° 2, pues la primera dice que es inembargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, en tanto que la última señala que tales frutos ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal y eso implica que ellos pueden ser embargados para hacer efectivas las obligaciones sociales. Se han dado varias soluciones para resolver la contradicción:

1) Leopoldo Urrutia es de opinión que la inembargabilidad de que habla el art. 2466 es excepcional, se produciría, por ejemplo, en el caso de que la mujer en las capitulaciones matrimoniales hubiere renunciado a los gananciales. En tal caso los

¹⁶¹ Somarriva, *Derecho de Familia*, pág. 207, N° 185; Gonzalo Barriga Errázuriz, *De los Regímenes Matrimoniales en General; del Patrimonio de la Sociedad Conyugal y de Cada uno de los Cónyuges*, números 78 y siguientes; Arturo Alessandri, ob. cit., p. 245, N° 316.

frutos pertenecerían al marido para hacer frente a las cargas del matrimonio (art. 1753). No es satisfactoria esta opinión, pues no hay ninguna razón para afirmar que el artículo 2466 establezca la inembargabilidad sólo en casos excepcionales.

2) Carlos Aguirre Vargas da otra explicación. Distingue entre el usufructo en sí mismo –que es inembargable– y los frutos provenientes de los bienes de la mujer, una vez que han ingresado a la sociedad conyugal, que serían embargables de acuerdo a las reglas generales.

3) Don José Clemente Fabres tiene una opinión muy parecida a la anterior, la que comparte don Manuel Somarriva. Según él, el usufructo es inembargable. Pero los terceros pueden embargar los frutos, con la limitación de que no pueden privar al marido de lo que necesite para atender las cargas de familia. Esta opinión recibió apoyo del antiguo artículo 1363 del Código de Comercio, sustituido después por el artículo 61 de la antigua Ley de Quiebras y posteriormente por el artículo 64 inc. 4º de la actual Ley de Quiebras, norma que establece lo siguiente: “La administración que conserva el fallido de los bienes personales de la mujer e hijos, de los que tenga el usufructo legal, quedará sujeta a la intervención del síndico mientras subsista el derecho del marido, padre o madre en falencia. El síndico cuidará de que los frutos líquidos que produzcan estos bienes ingresen a la masa, deducidas las cargas legales o convencionales que los graven. El tribunal, con audiencia del síndico y del fallido, determinará la cuota de los frutos que correspondan al fallido para sus necesidades y las de su familia, habida consideración a su rango social y a la cuantía de los bienes bajo intervención”.¹⁶²

194. INGRESAN TAMBIÉN AL HABER ABSOLUTO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL “LOS BIENES QUE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES ADQUIERA DURANTE EL MATRIMONIO A TÍTULO ONEROSO” (ARTÍCULO 1725 N° 5). De acuerdo a esta disposición, cualquier bien que se adquiere durante la vigencia de la sociedad conyugal a título oneroso (compra, permuta, etc.) ingresa al haber absoluto de la sociedad

¹⁶² Art. 64 inc. 4º de la Ley N° 18.175, Diario Oficial, 28 de octubre de 1982, incorporada al Libro IV del Código de Comercio por Ley N° 20.080, de 24 de noviembre de 2005.

conyugal. No tiene ninguna importancia el que el bien se compre a nombre de la mujer o del marido, pues en ambos casos el bien ingresa al activo absoluto de la sociedad conyugal. Lo único que interesa es que el título traslativo en cuya virtud se adquiere el bien se haya celebrado vigente la sociedad conyugal y, además, que el título traslativo sea oneroso (arts. 1736, 1725 N° 5). Sobre este particular creemos oportuno citar un fallo de la Excma. Corte Suprema del 24 de abril de 1995 en que se estableció la siguiente doctrina: "La sentencia impugnada infringió el artículo 1750 del Código Civil y las otras normas penales que se citan en el recurso de casación en el fondo al dejar sin efecto el comiso del automóvil empleado en la perpetración del delito de tráfico ilegal de estupefacientes. Dicho vehículo, por pertenecer a la sociedad conyugal existente entre uno de los procesados y su mujer, debió ser objeto del comiso a que se refieren los artículos 31 del Código Penal y 17, inciso 1°, de la Ley N° 18.403, por haber sido destinado por dicho reo, que es administrador de esa sociedad conyugal, para la comisión de un ilícito penal. Al respecto es irrelevante que el móvil aparezca inscrito a nombre de la mujer, por cuanto conforme al artículo 1750 del Código Civil, para los terceros, los bienes sociales se consideran que forman parte del patrimonio del marido, de manera tal que como administrador de la sociedad conyugal puede disponer de ellos a su arbitrio".¹⁶³

Tengamos sí presente que si el bien lo adquiere la mujer dentro de su patrimonio reservado, ese bien forma parte de dicho patrimonio y está sujeto en su administración a las normas contempladas en el artículo 150.

195. CASOS DE LOS ARTÍCULOS 1728 Y 1729. El Código Civil, en los artículos 1728 y 1729, hace una aplicación especial, para los casos que indica, del principio sentado en el artículo 1725 N° 5. Veamos cada una de estas situaciones:

Artículo 1728. Dice la norma: "El terreno contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges, y adquirido por él durante el matrimonio a cualquier título que lo haga comunicable según el artículo 1725, se entenderá pertenecer a la sociedad; a menos que

¹⁶³ Fallos del Mes, N° 437, sentencia 3, pág. 290.

con él y la antigua finca se haya formado una heredad o edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño; pues entonces la sociedad y el dicho cónyuge serán codueños del todo, a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación".

Esta disposición establece en su primera parte que cuando se adquiere durante la vigencia de la sociedad conyugal a título oneroso (ese es el alcance de la expresión "que lo haga comunicable"), un inmueble contiguo al inmueble propio de uno de los cónyuges, el bien que se adquiere ingresa al haber de la sociedad conyugal. Hasta aquí la norma es la confirmación del artículo 1725 N° 5. Pero agrega en seguida la situación excepcional: "a menos que con él —el terreno que se adquiere— y la antigua finca se haya formado una heredad o edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño; pues entonces la sociedad y el dicho cónyuge serán dueños del todo, a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación".

Lo que ocurre es que el predio antiguo y el nuevo se han confundido de tal modo que han llegado a perder su individualidad. En este caso, la norma estima conveniente, por una razón de tipo económico, considerarlos como un todo, que pasa a ser común de ambos cónyuges a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación. Arturo Alessandri dice que corresponderá a los jueces de fondo resolver privativamente si ambos predios han formado una heredad o edificio.¹⁶⁴ Este mismo autor nos aclara que para determinar los derechos de cada cónyuge en esta comunidad hay que estarse al valor de los bienes al momento de la incorporación, es decir, al momento en que se formó la heredad o edificio. Precisa Alessandri que "si la heredad se forma o el edificio se comienza a construir al tiempo de adquirirse el terreno, sus valores serán los que tengan entonces. Pero si el edificio se construye mucho después, serán los que tengan al comenzar su construcción y no los que tuvieron al tiempo de la adquisición del terreno".

Como el artículo 1728 se refiere al caso en que la nueva adquisición es a título oneroso, la situación excepcional que establece la norma no se da si el nuevo bien se adquiere a título gratuito, situación ésta que se regirá por las reglas generales.

¹⁶⁴ Ob. cit., N° 266, pág. 221.

Artículo 1729. Esta norma dice: "La propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras personas proindiviso, y de que durante el matrimonio se hiciere dueño por cualquier título oneroso, pertenecerá proindiviso a dicho cónyuge y a la sociedad, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero, y de lo que haya costado la adquisición del resto".

Se trata en este caso de que el cónyuge es comunero con otras personas en un bien propio, y de que, vigente la sociedad conyugal, adquiere, a título oneroso, las cuotas que le faltan. En este caso, se mantiene la indivisión, ahora entre el cónyuge dueño de la cuota primitiva y la sociedad conyugal, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero, y de lo que haya costado la adquisición del resto. En el caso en que las nuevas cuotas se hayan adquirido a título gratuito, se extingue la comunidad, y el cónyuge pasa a ser dueño del total (art. 1729 a contrario sensu en relación con el artículo 2312 N° 1).

Don Arturo Alessandri, explicando el alcance del artículo 1729, señala que "como ha dicho la Corte Suprema, el cónyuge y la sociedad no son codueños a prorrata de las *cuotas* que cada uno tenga en la cosa, sino a prorrata del *valor de la cuota* que pertenecía a aquél y de lo que haya costado la adquisición del resto, es decir, a prorrata del valor invertido en esta adquisición y del que tenía la cuota del cónyuge al tiempo en que adquirió la suya y no al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal". Y coloca en seguida el siguiente ejemplo: "Supongamos, dice, que el marido y A sean condueños de un fundo por mitad, que cuando aquél adquirió su cuota valía \$ 200 y que durante la sociedad compre la de A en \$ 260: ese fundo no pertenecerá al marido y a la sociedad por mitad sino en la proporción de \$ 200 para el primero y de \$ 260 para la sociedad: es decir, el fundo se estima en \$ 460 y en él corresponderá al marido un valor equivalente a \$ 200 y a la sociedad, otro equivalente a \$ 260".¹⁶⁵

Para que tenga lugar lo previsto en el artículo 1729, deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Que exista una indivisión entre uno de los cónyuges y otra persona;
- b) Que la cuota del cónyuge constituya un bien propio, y
- c) Que las demás cuotas se adquieran a título oneroso.

¹⁶⁵ Ob. cit., N° 268, pág. 222.

196. INGRESAN TAMBIÉN AL HABER ABSOLUTO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, LAS MINAS DENUNCIADAS POR UNO O POR AMBOS CÓNYUGES, DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL (ARTÍCULO 1730). Esta norma es concordante con lo que establece el Código de Minería en su artículo 25. Según esta disposición, los derechos adquiridos en virtud de un pedimento o de una manifestación minera por las mujeres casadas en régimen de sociedad conyugal ingresarán al haber social, a menos que sea aplicable el artículo 150 del Código Civil.

197. FINALMENTE, INGRESA AL ACTIVO ABSOLUTO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL LA PARTE DEL TESORO QUE CORRESPONDE AL DUEÑO DEL SITIO EN QUE SE ENCUENTRA, CUANDO EL TESORO ES HALLADO EN UN TERRENO SOCIAL. Esta situación será analizada más adelante cuando estudiemos el haber relativo (artículos 625, 626 y 1731 del Código Civil).

198. HABER RELATIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Ya se ha explicado que el haber relativo está formado por aquéllos bienes que ingresan a la sociedad conyugal pero que otorgan un crédito o recompensa al cónyuge aportante o adquirente, que se hace efectivo a la disolución de la sociedad.

Ingresan al haber relativo los siguientes bienes:

- 1) Los dineros que los cónyuges aportaren al matrimonio o que durante la sociedad conyugal adquirieren a título gratuito (art. 1725 N° 3);
- 2) Los bienes muebles que los cónyuges aportaren al matrimonio o que durante la sociedad conyugal adquirieren a título gratuito (art. 1725 N° 4);
- 3) La parte del tesoro que se encuentre durante la vigencia de la sociedad conyugal (art. 1731);
- 4) Donaciones remuneratorias muebles, cuando el servicio prestado no da acción en contra de la persona servida (art. 1738 inc. 2ª); y
- 5) Bienes muebles adquiridos a título oneroso durante la sociedad, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella (art. 1736 inciso final).

199. DINERO APORTADO O ADQUIRIDO POR UNO DE LOS CÓNYUGES A TÍTULO GRATUITO DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Así lo dice el artículo 1725 N° 3. Es bueno aclarar que cuando se habla de *dineros aportados* al matrimonio se quiere significar los dineros que el cónyuge tenía al momento de casarse.

El numerando 3° del artículo 1725, demuestra que estos dineros ingresan al haber relativo al establecer que la sociedad se obliga a pagar la correspondiente recompensa.

Es importante consignar que con anterioridad a la reforma de la Ley N° 18.802, la norma tenía una redacción diferente. Establecía que la sociedad se obligaba a la restitución de *igual suma*. El cambio es significativo, porque hasta la vigencia de la Ley N° 18.802, se entendía que el monto de la recompensa era la *misma suma* que el cónyuge aportó o adquirió a título gratuito, esto es, la recompensa no se pagaba reajustada, sino por su valor nominal, lo que, por cierto, quitaba a la institución toda importancia. Con la reforma, quedó claro que se debe pagar la *correspondiente recompensa*, y de acuerdo al artículo 1734, también con el texto dado por la Ley N° 18.802, tal recompensa debe enterarse de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo. Claramente del nominalismo se pasa al valorismo.

Si se observa la redacción del artículo 1725 N° 3, se verá que no está dicho que para que los dineros ingresen al haber relativo, tienen que haber sido adquiridos a *título gratuito*. Sin embargo, es así, pues si se adquieren a título oneroso, tales dineros ingresan al haber absoluto, sea porque correspondan al pago de remuneraciones (art. 1725 N° 1), sea porque correspondan a réditos, pensiones, intereses o lucros generados por bienes sociales o propios de un cónyuge (art. 1725 N° 2).

200. BIENES MUEBLES APORTADOS O ADQUIRIDOS A TÍTULO GRATUITO POR CUALQUIER CÓNYPGE DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Respecto de los bienes muebles aportados, repetimos lo que dijimos recién respecto del dinero, en el sentido que se entiende por bien aportado el que tenía el cónyuge al momento del matrimonio. En cuanto a los bienes muebles adquiridos durante el matrimonio, no dice el artículo 1725, que para que ingresen al haber relativo los bienes muebles tienen que haberse adquirido a título gratuito, pero ello está establecido hoy día después de la modificación de la Ley N° 18.802 –en el inciso 2° del artículo

1726 y en el inciso 2° del artículo 1732. Dice la primera de estas normas: “Si el bien adquirido es mueble, aumentará el haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge o cónyuges adquirentes la correspondiente recompensa”. Y el artículo 1732 inc. 2° confirma la misma idea: “Si las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito fueren muebles, se entenderán pertenecer a la sociedad, la que deberá al cónyuge donatario o asignatario la correspondiente recompensa”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 1725 N° 4 habla de “especies muebles” y no de “bienes muebles”. Ello es importante, porque queda perfectamente claro que la cosa mueble puede ser corporal o incorporeal. Si se hubiera hablado de “bienes muebles”, sólo habrían quedado comprendidos, de acuerdo con el artículo 574, los bienes muebles a que se refiere el artículo 567, es decir, los bienes muebles corporales por naturaleza.

Al establecer el numerando 4° que la sociedad queda obligada a pagar la correspondiente recompensa, claramente está indicando que esos bienes ingresan al haber relativo.

La Ley N° 18.802 modificó la redacción del artículo en lo relativo al pago de la recompensa. En efecto, antes se decía: “quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición”. Hoy la norma prescribe: “quedando obligada la sociedad a pagar la correspondiente recompensa”. El cambio es trascendente, porque la disposición había sido entendida en el sentido que el valor de la recompensa era la misma suma de dinero que el bien valía al momento del aporte o de la adquisición. Es decir, regía el nominalismo. Siempre nos pareció absurda tal interpretación que hacía perder toda significación a la recompensa. Justo es consignar que conocemos por lo menos un fallo que había resuelto el problema de manera diferente, es decir, estableciendo que la recompensa debía pagarse reajustada.¹⁶⁶ Pero lo que ahora nos interesa es consignar que con la nueva redacción dada al artículo 1725 N° 4, queda perfectamente resuelto que la recompensa se entera en valor reajustado, pues se

¹⁶⁶ Fallo arbitral dictado por don Mario Casarino Viterbo, de 20 de agosto de 1979, que reproduce don Jorge López Santa María en su artículo “Las obligaciones frente a la inflación. Corrección monetaria de recompensa adeudada por la sociedad conyugal a uno de los cónyuges”. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, IV, año 1980.

debe pagar la “correspondiente recompensa” y el artículo 1734 dice que las recompensas se pagan en valor actualizado.

El artículo 1725 N° 4, en su inciso 2°, establece que “podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones matrimoniales”. De manera que si el cónyuge, por ejemplo, al momento de casarse tiene un número importante de acciones o es dueño de un vehículo, y no quiere que estos bienes ingresen al haber relativo de la sociedad conyugal, puede hacerlo excluyéndolos en las capitulaciones matrimoniales.

201. TESORO. El artículo 1731 establece que “La parte del tesoro, que según la ley pertenece al que lo encuentra, se agregará al haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge que lo encuentre la correspondiente recompensa; y la parte del tesoro, que según la ley pertenece al dueño del terreno en que se encuentra, se agregará al haber de la sociedad, la que deberá recompensa al cónyuge que fuere dueño del terreno”.

Para la acabada comprensión de esta situación, habrá de relacionarse esta norma con los artículos 625 y 626 del Código Civil. El primero, en su inciso 2°, define lo que se entiende por tesoro, diciendo: “se llama tesoro las monedas o joyas, u otros efectos preciosos que elaborados por el hombre han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño”. A su turno el artículo 626 establece la forma como se reparte el tesoro entre el descubridor y el dueño del terreno en que se encontraba oculto. Señala la norma: “El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá por partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento”.

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

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

Si se relaciona el artículo 626 con el 1731, se tienen las siguientes conclusiones:

a) La parte del tesoro que corresponde al descubridor –50%– ingresa al haber relativo, quedando obligada la sociedad

al pago de la correspondiente recompensa a dicho cónyuge descubridor;

b) La parte del tesoro que corresponde al dueño del terreno –50%– seguirá la siguiente suerte:

1) Si el tesoro es descubierto en el terreno de uno de los cónyuges, la parte del dueño del terreno ingresará al activo relativo de la sociedad conyugal, la que deberá recompensa al cónyuge dueño del terreno, y

2) Si el tesoro es encontrado en un terreno social, la parte del dueño del terreno ingresará al activo absoluto de la sociedad.

Respecto del artículo 1731, debe decirse que la Ley N° 18.802 le dio una nueva redacción, que es la que recién transcribimos, modificación que tuvo por objeto dejar establecido que la parte del descubridor, por ser un bien mueble, ingresa al haber relativo y no al haber propio del cónyuge, como parecía darlo a entender el antiguo artículo 1731. Debe agregarse que el nuevo texto no se pronunció a quien pertenecía la parte del tesoro que corresponde al dueño del terreno cuando éste se encuentra en un bien social. Sin embargo, esta omisión no tiene mayor significación, pues resulta obvio que tiene que ingresar al haber absoluto por aplicación del artículo 626.

202. INGRESA TAMBIÉN AL HABER RELATIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL LA DONACIÓN REMUNERATORIA MUEBLE QUE SE HACE A UNO DE LOS CÓNYUGES, CUANDO EL SERVICIO PRESTADO NO DABA ACCIÓN EN CONTRA DE LA PERSONA SERVIDA. Así está establecido en el artículo 1738 inciso 2°: “Si la donación remuneratoria es de cosas muebles aumentará el haber de la sociedad, la que deberá recompensa al cónyuge donatario si los servicios no daban acción contra la persona servida o si los servicios se prestaron antes de la sociedad”.

203. BIENES MUEBLES ADQUIRIDOS POR UN CÓNYUGE DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, CUANDO LA CAUSA O TÍTULO DE LA ADQUISICIÓN HA PRECEDIDO A ELLA. Así resulta de aplicar el artículo 1736, primera parte, en relación con su inciso final. Cuando veamos el haber propio de cada cónyuge, nos detendremos en el estudio del artículo 1736.

204. CON ANTERIORIDAD A LA LEY N° 18.802, SE CONTEMPLABA OTRO RUBRO EN EL HABER RELATIVO. En efecto, el artículo 1725 decía: "El haber de la sociedad conyugal se compone: 6°. De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero" (inc. 1°). Agregaba la norma que "se expresará así en las capitulaciones matrimoniales, designándose el valor, y se procederá en lo demás como en el contrato de venta de bienes raíces" (inc. 2°). Finalmente, el inciso 3° decía: "si se estipula que el cuerpo cierto que la mujer aporta pueda restituirse en dinero a elección de la misma mujer o del marido, se seguirán las reglas de las obligaciones alternativas".

El Código establecía esta posibilidad de que *la mujer* pudiera aportar, en las capitulaciones matrimoniales, un bien raíz a la sociedad conyugal, con el claro objeto de que en esa forma la sociedad fuera más solvente y por ello pudiera tener un mayor y más expedito crédito.

¿Por qué se suprimió este numeral 6° del artículo 1725? Se ha explicado esta supresión señalando que el artículo 1725 N° 6 tenía por objeto facilitar al marido la enajenación y gravamen del bien raíz, que al ser social sólo requería la autorización de la mujer y no la autorización judicial que exigía el artículo 1754. Como la Ley N° 18.802 modificó el artículo 1754 suprimiendo el trámite de la autorización judicial, pasó a dar lo mismo —se agrega— que el bien sea social o propio de la mujer, pues en ambos casos sólo se requiere de su autorización. Así las cosas, dejó de tener utilidad la norma del artículo 1725 N° 6. Esa es la explicación de la supresión que da don Fernando Rozas.¹⁶⁷

Creemos que la derogación del numeral 6° de que se viene tratando no constituye impedimento para que los esposos en las capitulaciones matrimoniales puedan establecer que la mujer pueda aportar un bien raíz a la sociedad conyugal. Una estipulación de ese tipo no contradice la ley ni las buenas costumbres ni lesiona los derechos que la ley señala a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes, por lo que es perfectamente lícita (artículo 1717). En el mismo sentido se pronuncia Rozas.¹⁶⁸

¹⁶⁷ *Análisis de las reformas que introdujo la Ley N° 18.802*, Editorial Jurídica de Chile, año 1990, pág. 44.

¹⁶⁸ Ob. cit., pág. 44.

205. HABER PROPIO O PERSONAL DE CADA CÓNYUGE. La sociedad conyugal, como ya hemos visto, constituye un régimen de comunidad restringida de bienes, conservando cada cónyuge un cierto patrimonio propio o personal. Forman parte de este patrimonio propio:

1) Los inmuebles que un cónyuge tiene al momento de casarse.

2) Los inmuebles adquiridos por uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal a título gratuito;

3) Los bienes muebles que los cónyuges excluyeron de la comunidad, en las capitulaciones matrimoniales (art. 1725 N° 4, inc. 2°);

4) Los aumentos que experimenten los bienes propios de cada cónyuge;

5) Las recompensas, y

6) Los inmuebles subrogados a un inmueble propio o a valores destinados a ese objeto en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

206. BIENES INMUEBLES QUE UN CÓNYUGE TIENE AL MOMENTO DEL MATRIMONIO. No está dicho en forma expresa en el Código que los bienes raíces de que un cónyuge es dueño al momento de casarse permanezcan en su haber propio. Sin embargo, ello resulta claro por exclusión, ya que no ingresan al activo social.

En relación con el caso que nos ocupa, puede ocurrir que el bien raíz lo adquiera el cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal y que no obstante no ingrese al activo social, sino al haber propio del cónyuge. Se refiere a esta situación el artículo 1736, que en su primera parte establece: "La especie adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella". En seguida, la norma coloca diversos ejemplos, que veremos a continuación. Pero advirtamos de inmediato que para que estos bienes incrementen el haber propio tienen que ser inmuebles, pues en el caso de los muebles, ingresan al haber relativo, según lo consigna hoy día —con la modificación de la Ley N° 18.802— el inciso final: "Si los bienes a que se refieren los números anteriores son muebles, entrarán al haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge adquirente la correspondiente recompensa".

207. ESTUDIO DE LOS CASOS DEL ARTÍCULO 1736. 1. "NO PERTENECERÁN A LA SOCIEDAD LAS ESPECIES QUE UNO DE LOS CÓNYUGES POSEÍA A TÍTULO DE SEÑOR ANTES DE ELLA, AUNQUE LA PRESCRIPCIÓN O TRANSACCIÓN CON QUE LAS HAYA HECHO VERDADERAMENTE SUYAS SE COMPLETE O VERIFIQUE DURANTE ELLA" (Nº 1).

Este numeral contempla dos situaciones diversas:

a) Una primera que se produce cuando al momento del matrimonio uno de los cónyuges está poseyendo un bien raíz, pero aún no ha transcurrido el plazo para ganarlo por prescripción, lo que sólo viene a acontecer durante la vigencia de la sociedad conyugal. Ese bien, no es social, sino que propio del cónyuge, pues la causa o título de su adquisición ha precedido a la sociedad. Ello es lógico, por cuanto, declarada la prescripción por sentencia judicial, los efectos de la prescripción operan retroactivamente al momento en que se comenzó a poseer.

Este caso ha pasado a tener una especial importancia con el DL Nº 2.695, que estableció normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella, pues en conformidad al artículo 15 de ese cuerpo legal, la resolución del Ministerio de Bienes Nacionales que acoja la solicitud de saneamiento se considera como justo título que una vez inscrita en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces da al interesado la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales. Transcurrido un año completo de posesión inscrita, el interesado se hace dueño del inmueble por prescripción.

En las ediciones anteriores expresamos que para saber si ese inmueble ingresa al haber propio o al haber social había que estarse a la fecha de inscripción en el Conservatorio de la resolución del Ministerio, pues en ese momento comenzó la posesión. Hoy, sin embargo, nos parece que ello no es así, pues la inscripción de la resolución del Ministerio sólo da comienzo a la *posesión regular*, pero es indudable que con anterioridad quien se acogió a los beneficios del DL Nº 2.695, ya tenía la *posesión*, puesto que para admitir a tramitación su solicitud la ley le exige tener a lo menos 5 años de posesión (artículo 2º Nº 1 del DL Nº 2.695).

b) La segunda dice relación con la adquisición del bien raíz por transacción. La transacción en cuanto se limite a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forma nuevo título (art. 703 inc. final). Por ello si el cónyuge adquiere el bien raíz disputado

en virtud de una transacción que se celebra vigente la sociedad conyugal, ese bien no es social, sino propio del cónyuge, pues la transacción es en ese caso un título declarativo.

208. 2. NO PERTENECERÁN A LA SOCIEDAD CONYUGAL, SINO AL CÓNYUGE, "LOS BIENES (RAÍCES) QUE SE POSEÍAN ANTES DE ELLA POR UN TÍTULO VICIOSO, PERO CUYO VICIO SE HA PURGADO DURANTE ELLA POR LA RATIFICACIÓN, O POR OTRO MEDIO LEGAL" (Nº 2). Este numerando se refiere al caso en que uno de los cónyuges ha adquirido de soltero un bien raíz por un título vicioso, esto es, susceptible de anularse. Pues bien, si durante la sociedad conyugal se sana el vicio, sea por ratificación o por extinguirse la acción de nulidad por prescripción (que es el otro medio legal de sanear el vicio), este saneamiento opera retroactivamente a la fecha en que se había adquirido el bien raíz por el cónyuge, por lo que resulta lógico que ingrese al haber propio y no al de la sociedad.

209. 3. NO PERTENECEN A LA SOCIEDAD CONYUGAL "LOS BIENES QUE VUELVEN A UNO DE LOS CÓNYUGES POR NULIDAD O RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO, O POR HABERSE REVOCADO UNA DONACIÓN" (Nº 3). Se trata de que un cónyuge de soltero vendió un bien raíz (o celebró respecto de él cualquier otro título traslativo). Posteriormente, cuando ya está casado, la venta o el título traslativo de que se trate se anula o se resuelve, volviendo por consiguiente el bien a su dominio en virtud del efecto propio de la nulidad o resolución. En este caso, el bien a pesar de adquirirse durante la sociedad conyugal, no ingresa a ella, sino al cónyuge que había celebrado el contrato que se anuló o resolvió.

Este número se pone también en el caso de que un bien raíz que el cónyuge había donado de soltero vuelva a su patrimonio por revocarse la donación. Si bien la revocación se realiza cuando ya está casado, el bien no ingresa a la sociedad conyugal, sino a su haber propio, porque, como dice Somarriva, la revocación por ingratitud o en el caso del artículo 1187, al igual que la nulidad o resolución, operan retroactivamente, como se desprende de los artículos 1429 y 1432.¹⁶⁹

¹⁶⁹ *Derecho de Familia*, Nº 199, pág. 224.

210. 4. NO INGRESAN TAMPOCO A LA SOCIEDAD CONYUGAL, SINO AL ACTIVO DEL RESPECTIVO CÓNYUGE, "LOS BIENES LITIGIOSOS Y DE QUE DURANTE LA SOCIEDAD HA ADQUIRIDO UNO DE LOS CÓNYUGES LA POSESIÓN PACÍFICA" (Nº 4). Se trata en este caso de un inmueble que el cónyuge adquirió de soltero, pero ya vigente la sociedad conyugal, es demandado por un tercero que alega derechos sobre ese bien. Dictada la sentencia que resuelve el conflicto en favor del cónyuge, los efectos de esa sentencia se retrotraen a la fecha de la adquisición, pues la sentencia no constituye un nuevo título, sino que es un simple título declarativo, según lo señala el artículo 703 inc. penúltimo.

211. 5. TAMPOCO INGRESA A LA SOCIEDAD CONYUGAL, SINO AL HABER PROPIO DEL CÓNYUGE, "EL DERECHO DE USUFRUCTO (SOBRE UN BIEN RAÍZ) QUE SE CONSOLIDA CON LA PROPIEDAD QUE PERTENECE AL MISMO CÓNYUGE..." (Nº 5). Aparentemente la situación es simple: el cónyuge adquiere de soltero la nuda propiedad sobre un bien raíz. Posteriormente cuando ya está casado, se consolida el dominio, por extinguirse el usufructo. No obstante se han motivado algunas dudas, que dicen relación con el alcance de la voz "consolidación". Así, para don Arturo Alessandri, se producirá la situación que establece esta norma "sea que esta consolidación se produzca por la terminación natural del usufructo, por muerte o renuncia del usufructuario, por el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición señalada para su duración o por su adquisición a título gratuito u oneroso".¹⁷⁰ Y ello porque el artículo 1736 Nº 5 no hace ninguna distinción. Agrega este autor que si la consolidación se produce a título oneroso, el cónyuge deberá recompensa a la sociedad conyugal, por el gasto en que ésta ha incurrido. Advierte también que se podría pensar que si el usufructo se adquiere a título oneroso, debería ser el usufructo un bien social, por aplicación del artículo 1725 Nº 5, pero él descarta esa posibilidad por dos razones:

a) en primer lugar, porque justamente el artículo 1736 contempla una excepción, y

b) porque si opera la consolidación, se extingue el usufructo, según lo dice el artículo 806.

¹⁷⁰ Ob. cit., Nº 239, pág. 199.

Una opinión diferente sustenta don Gonzalo Barriga,¹⁷¹ quien sostiene que la consolidación a que hace referencia el artículo 1736 Nº 5 se refiere exclusivamente a la que opera por extinción del plazo. Y por lo tanto, si la consolidación se produce por la adquisición del usufructo a título oneroso vigente la sociedad, tal usufructo sería de la sociedad conyugal. Ello por aplicación del artículo 1725 Nº 5.

Don Manuel Somarriva nos dice sobre el particular que "ambas doctrinas tienen base legal y pueden sostenerse con honradez".¹⁷²

212. 6. NO PERTENECE A LA SOCIEDAD CONYUGAL, SINO AL CÓNYUGE ACREEDOR... "LO QUE SE PAGA (TIENE QUE TRATARSE DE UN INMUEBLE) A CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES POR CAPITAL DE CRÉDITOS CONSTITUIDOS ANTES DEL MATRIMONIO...". LO MISMO SE APLICARÁ A LOS INTERESES DEVENGADOS POR UNO DE LOS CÓNYUGES ANTES DEL MATRIMONIO Y PAGADOS DESPUÉS" (Nº 6).

213. 7. LA LEY Nº 18.802 AGREGÓ UN NUMERAL 7º AL ARTÍCULO 1736, QUE DICE DEL MODO SIGUIENTE: "TAMBIÉN PERTENECERÁN AL CÓNYUGE LOS BIENES QUE ADQUIERA DURANTE LA SOCIEDAD EN VIRTUD DE UN ACTO O CONTRATO CUYA CELEBRACIÓN SE HUBIERE PROMETIDO CON ANTERIORIDAD A ELLA, SIEMPRE QUE LA PROMESA CONSTE DE UN INSTRUMENTO PÚBLICO, O DE INSTRUMENTO PRIVADO CUYA FECHA SEA OPONIBLE A TERCEROS DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1703".

Con esta complementación al artículo 1736 se vino a resolver un problema que era fuente de conflictos. En efecto, era una situación más o menos corriente que una persona de soltero celebrare un contrato de promesa de compra de un bien raíz y que el contrato definitivo se otorgara cuando ya estaba en vigencia la sociedad conyugal. En esta forma el problema queda definitivamente aclarado: el bien raíz ingresa al haber propio del cónyuge.

Sin embargo, para que opere esta situación excepcional es necesario que la promesa conste en un instrumento público o en un instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el artículo

¹⁷¹ Ob. cit., pág. 132, Nº 228.

¹⁷² *Derecho de Familia*, Nº 199, pág. 224.

1703. La frase final del N° 7: "de acuerdo con el artículo 1703", no la estimamos feliz y nos parece simplemente de más. Decimos que no es feliz, por cuanto puede ocurrir que la promesa conste en un instrumento privado que se protocoliza. En ese supuesto, ese instrumento privado tiene también fecha cierta respecto de terceros, de acuerdo al artículo 419 del Código Orgánico de Tribunales, y dada la redacción de la frase que venimos comentando, podría pensarse que en ese caso esa promesa no produce el efecto del art. 1736 N° 7. Por cierto no creemos que sea así, pues parece indudable que lo que se ha querido es que se trate de una promesa cuya fecha sea oponible a terceros, cualquiera fuere el motivo (sea el art. 1703 del C. Civil o el art. 419 del Código Orgánico de Tribunales).

Terminemos con el artículo 1736, con dos observaciones finales:

a) En primer lugar señalando que la norma no es taxativa. Así lo deja de manifiesto el enunciado y la frase "por consiguiente", con que se inicia el inciso 2°. De manera que siempre que se adquiera durante la sociedad conyugal un bien raíz, no pertenecerá a ella, sino al cónyuge, cuando la causa o título de la adquisición, cualquiera fuere el motivo, ha precedido a la sociedad. Así, se ha fallado que en el caso de viviendas asignadas por Cajas de Previsión, el título de adquisición para los efectos de esta norma estaría constituido por la asignación que hace la institución a un determinado imponente. Debe estarse a esa fecha, aunque la escritura de compraventa se otorgue después.¹⁷³

b) Si el bien raíz se adquiere con bienes de la sociedad y del cónyuge, éste deberá la recompensa respectiva. Así lo dice el inciso penúltimo del artículo 1736, inciso que fue incorporado por la Ley N° 18.802.

214. INMUEBLE ADQUIRIDO A TÍTULO GRATUITO POR UNO DE LOS CÓN- YUGES DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Los artículos 1726 y 1732 establecen que los inmuebles adquiridos a título gratuito por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio

¹⁷³ Causa rol 6849, 6° Juzgado de Letras de Concepción, "Moncada con Ortega". La sentencia de primera instancia es de 19 de mayo de 1989 y la confirmatoria de la I. Corte de Concepción, del 26 de diciembre de 1989.

ingresan a su haber propio. Dice el artículo 1726: "Las adquisiciones de bienes raíces hechas por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y las adquisiciones de bienes raíces hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentarán el haber social, sino el de cada cónyuge" (inc. 1°). Y el artículo 1732 reitera la regla: "Los inmuebles donados o asignados a cualquier otro título gratuito, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario; y no se atenderá a si las donaciones u otros actos gratuitos a favor de un cónyuge, han sido hechos por consideración al otro".

Como puede observarse, las dos disposiciones son casi idénticas, por lo que consideramos válida la observación de Somarriva¹⁷⁴ en orden a que los dos artículos pudieran constituir una sola y única norma que contemplara las diversas modalidades de las adquisiciones gratuitas. Agrega este autor que "la existencia de ambos artículos como dos disposiciones separadas tiene una explicación histórica: el artículo 1726 no figuraba en el Código aprobado por las Cámaras. Don Andrés Bello lo agregó al hacer la edición auténtica y exenta de errores que le encomendó el Poder Legislativo. Notó Bello que en el artículo 1732 no se consideraban las adquisiciones simultáneas que a título gratuito hicieran los cónyuges y quiso salvar la omisión que había provocado discusiones entre los comentaristas del Código francés". Por nuestra parte podríamos acotar que debió haberse aprovechado la Ley N° 18.802, que modificó a ambas disposiciones, para haber solucionado la repetición.

215. BIENES MUEBLES QUE LOS CÓN- YUGES EXCLUYEN DE LA SOCIEDAD EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. Como sabemos, las especies muebles que los cónyuges tienen al momento de casarse ingresan al activo relativo de la sociedad conyugal (art. 1725 N° 4 inciso 1°). Sin embargo, el inciso 2° de este numerando permite excluir de la sociedad a algunos bienes de este tipo, que por ello permanecen en el patrimonio propio del interesado: "pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquier parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones matrimoniales".

¹⁷⁴ *Derecho de Familia*, N° 201, pág. 227.

216. AUMENTOS QUE EXPERIMENTEN LOS BIENES PROPIOS DE LOS CÓNYUGES. El artículo 1727 señala: "No obstante lo dispuesto en el artículo 1725, no entrarán a componer el haber social: 3º "Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa". Luego, si no ingresan al haber social, quiere decir que forman parte del haber propio del cónyuge respectivo.

El bien propio de un cónyuge puede experimentar aumentos por causas naturales –aluvión, por ejemplo– o debidos a la mano del hombre (edificación, plantación). Ambas situaciones están comprendidas en el artículo 1727 N° 3. En el primer caso, nada deberá el cónyuge a la sociedad. Así lo consigna el artículo 1771 inciso 2º: "Por los aumentos que provengan de causas naturales e independientes de la industria humana, nada se deberá a la sociedad". En cambio, si el aumento proviene de la mano del hombre, se genera una recompensa para la sociedad conyugal. Así lo establece el artículo 1746: "Se la debe asimismo recompensa por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; a menos que este valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá sólo el importe de éstas".

No escapará que la situación que venimos tratando tiene mucha importancia cuando, por ejemplo, en un sitio de propiedad de uno de los cónyuges se levanta durante la vigencia de la sociedad conyugal un edificio de elevado valor. Es bien claro que el edificio es un bien propio del cónyuge, no es un bien social, aunque el edificio tenga mayor valor que el terreno, lo que corrientemente ocurre hoy día con la tendencia de construir edificios de altura.

217. CRÉDITOS O RECOMPENSAS QUE LOS CÓNYUGES ADQUIEREN CONTRA LA SOCIEDAD Y QUE PUEDEN HACER VALER AL MOMENTO DE SU DISOLUCIÓN. Ya hemos visto al tratar del activo relativo, que ciertos bienes de los cónyuges ingresan al activo social, pero esta situación genera en favor del cónyuge aportante o adquirente un crédito o recompensa en contra de la sociedad conyugal que hará valer

al momento de que ésta se disuelva. Más adelante estudiaremos esta institución de las recompensas con mayor detenimiento, y entonces veremos que pueden surgir también por otras razones. Lo que ahora nos interesa consignar es que estas recompensas o créditos constituyen un bien que permanece en el patrimonio personal de cada cónyuge mientras está vigente la sociedad conyugal. Son, pues, un bien propio del cónyuge de que se trata.

218. INMUEBLES SUBROGADOS A UN INMUEBLE PROPIO DE UNO DE LOS CÓNYUGES O A VALORES. El artículo 1727 señala que "no obstante lo dispuesto en el artículo 1725 no entrarán a componer el haber social:

1º. El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges;

2º. Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio".

La primera cuestión que deseamos formular es que estos dos numerandos plantean la adquisición de un bien raíz por uno de los cónyuges, a título oneroso, durante la vigencia de la sociedad conyugal y que, no obstante ello, no ingresa al activo de la sociedad conyugal, como debería ocurrir atendido lo dispuesto en el artículo 1725 N° 5 del Código Civil. Ciertamente es que el N° 2 habla de "cosas compradas", sin distinguir si es mueble o inmueble, pero es claro que si la cosa fuere mueble, entraría al activo relativo de la sociedad conyugal (art. 1725 N° 4).

Luego la institución que estamos estudiando constituye una excepción a la regla contenida en el artículo 1725 N° 5, de que todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio ingresan al activo absoluto de la sociedad conyugal.

Con anterioridad a la Ley N° 18.802, el Código normaba esta subrogación en los artículos 1727 N°s 1 y 2, 1733, 1734 y 1735. La ley recién indicada no introdujo sustanciales modificaciones a esta materia, salvo que lo dicho en los antiguos artículos 1733, 1734 y 1735 pasó a quedar en una sola disposición, art. 1733.

219. CLASES DE SUBROGACIÓN. La subrogación puede ser de dos clases:

A. Subrogación de inmueble a inmueble, y



B. Subrogación de inmueble a valores.

A su turno la subrogación de inmueble a inmueble puede ser de dos tipos:

- a) subrogación por permuta, y
- b) subrogación por compra.

Una cosa importante es que cualquiera que sea la subrogación de que se trate, el bien que se adquiere es siempre inmueble. Así, por lo menos lo ha entendido la casi unanimidad de la doctrina nacional. Una opinión distinta encontramos en Pablo Rodríguez, quien afirma que el artículo 1727 N° 2 no ha restringido esa institución exclusivamente a los inmuebles. Explica que el artículo 1727 establece que tres tipos de bienes, no obstante lo dispuesto en el artículo 1725, "no entrarán a componer el haber social". "De ello se sigue -dice el profesor Rodríguez- que los mismos permanecen en el patrimonio propio de cada cónyuge. En el N° 1 se refiere expresa y formalmente a los *bienes raíces* (el inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble. El N° 2 se refiere a "*las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges...*". "Se advierte en este punto -continúa- una clara distinción, ya que la expresión que se emplea ("*cosas*") comprende, como es obvio, tanto los muebles como los inmuebles. No parece posible circunscribir el N° 2 exclusivamente a los bienes inmuebles, cuando la ley no hace distingo alguno"¹⁷⁵.

220. A. a.) SUBROGACIÓN POR PERMUTA. Esta situación la establece el artículo 1733 inciso 1°: "Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero..."

Requisitos:

- 1) Que uno de los cónyuges sea dueño de un inmueble propio;
- 2) Que, vigente la sociedad conyugal, permute ese bien raíz por otro;
- 3) Que en la escritura de permuta se exprese el ánimo de subrogar (art. 1733 inc. 1°, parte final);
- 4) Que exista una cierta proporcionalidad en los valores de ambos bienes. (art. 1733 inc. 6°), y

¹⁷⁵ Pablo Rodríguez Grez, *Regímenes Matrimoniales*, págs. 87-88.

5) Que si el bien raíz que se subroga es de la mujer, ésta preste su autorización (art. 1733 inc. final).

221. QUE UNO DE LOS CÓNYUGES SEA DUEÑO DE UN INMUEBLE PROPIO. Justamente la finalidad de la institución es que el cónyuge dueño de un inmueble pase a serlo del nuevo que reemplaza al anterior.

Esta institución opera respecto de cualquiera de los cónyuges, con la salvedad de que cuando es un bien de la mujer el que se subroga, se requiere que la mujer preste su autorización.

La razón por la que el cónyuge pueda tener en su haber propio un bien raíz puede ser variada: lo adquirió de soltero; o durante la sociedad conyugal a título gratuito; o a título oneroso, pero subrogándolo a otro bien raíz propio, o a valores o dineros destinados a ese objeto en las capitulaciones matrimoniales.

222. QUE VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL SE PERMUTE ESE BIEN INMUEBLE POR OTRO BIEN INMUEBLE. No requiere este requisito de mayor comentario.

223. QUE EN LA ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA SE EXPRESE EL ÁNIMO DE SUBROGAR. Ello quiere decir que en la escritura pública de permuta se debe indicar que el nuevo bien que se adquiere por permuta se subrogará al que se entrega en virtud de la misma permuta, es decir, pasará a ocupar la misma situación que tenía el que sale, esto es, integra el haber propio del cónyuge y no el activo social. En el Código francés no es necesario cumplir con este requisito, operando la subrogación por el solo ministerio de la ley.

224. DEBE EXISTIR UNA CIERTA PROPORCIONALIDAD ENTRE EL BIEN QUE SE ENTREGA Y EL QUE SE RECIBE. Este requisito está establecido en el artículo 1733 inciso 6°: "Pero no se entenderá haber subrogación, cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediere a la mitad del precio de la finca que se recibe, la cual pertenecerá entonces al haber social, quedando la sociedad obligada a recompensar al cónyuge por el precio de la finca enajenada o por los valores invertidos y conservando éste el derecho a llevar a efecto la subrogación, comprando otra finca".



Veamos algunos ejemplos:

1) El cónyuge es dueño de un bien raíz que vale \$ 3.000.000 y se permuta por otro que vale \$ 5.000.000. Para saber si hay subrogación, debemos ver lo siguiente:

a) El saldo en favor o en contra de la sociedad. En este caso \$ 2.000.000;

b) Mitad del valor de la finca que se recibe. En este caso: \$ 2.500.000. En la situación planteada *hay subrogación*, porque el saldo en contra de la sociedad (\$ 2.000.000) no excede a la mitad del precio de la finca que se recibe (\$ 2.500.000).

2) El cónyuge es dueño de un inmueble que vale \$ 2.000.000. y se permuta por otro que vale \$ 6.000.000. En este caso *no hay subrogación* porque el saldo en contra de la sociedad (\$ 4.000.000) excede a la mitad del valor de la finca que se recibe (\$ 3.000.000).

225. AUTORIZACIÓN DE LA MUJER CUANDO LA SUBROGACIÓN SE HAGA EN BIENES DE LA MUJER. No requiere de mayores comentarios este requisito, salvo, recordar que antes de la Ley N° 18.802, la exigencia era mayor, pues se requería autorización judicial con conocimiento de causa. Así lo decía el artículo 1735 en su texto anterior a esa ley.

226. A. b.) SUBROGACIÓN POR COMPRA. En este caso los requisitos son los siguientes:

1) Que uno de los cónyuges sea dueño de un bien raíz propio;

2) Que este bien se venda y que con el producido de la venta se compre otro inmueble;

3) Que en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar;

4) Que haya una cierta proporcionalidad entre el precio del inmueble que se vende y el del inmueble que se compra;

5) Que si el bien que se subroga es de la mujer, ella preste su autorización.

De estos requisitos, detengámonos únicamente en los señalados en los puntos 2 y 3, dado que los otros son iguales a los ya estudiados para el caso anterior.

Respecto del requisito signado con el N° 2, sólo digamos que el Código trata de la situación en que primero se vende el bien

raíz propio, y en seguida, con los dineros provenientes de esa venta, se compra el nuevo bien. Sin embargo, no está considerada la posibilidad de que se obre al revés, vale decir, que se compre primero (por ejemplo, usándose dineros obtenidos en préstamo) y, posteriormente, se venda el primer bien. Esta situación es lo que en doctrina se llama "*subrogación por anticipación*" o "*subrogación por antelación*". Don Manuel Somarriva señala que en el derecho francés se acepta esta clase de subrogación, agregando que en Chile las opiniones están divididas. La aceptan Gonzalo Barriga¹⁷⁶ y también Pablo Rodríguez Grez,¹⁷⁷ en cambio, don Arturo Alessandri (ob. cit., pág. 236, N° 298) es de opinión que no tiene valor. La jurisprudencia también es contradictoria. Así, mientras, la Corte Suprema ha repudiado tal subrogación,¹⁷⁸ la Corte de Apelaciones de Temuco la acepta.¹⁷⁹ Somarriva no ve inconvenientes en aceptarla.¹⁸⁰ Por nuestra parte, estamos con la tesis de don Arturo Alessandri de que no tendría valor, por cuanto siendo la subrogación una institución excepcional, no puede dársele a sus normas más amplitud que las que literalmente tienen. Ello, no obstante pensar que sería de mucha utilidad práctica.

En cuanto al requisito N° 3, de que en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar, podemos decir que tal exigencia está contemplada en la parte final del inciso primero del artículo 1733: "y que en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar".

227 B. SUBROGACIÓN DE INMUEBLE A VALORES. Esta forma de subrogación está contemplada en el artículo 1727 N° 2: "Las cosas *compradas* con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio".

Llamamos la atención en la forma verbal "*compradas*", pues ello nos está demostrando que no hay, en este caso, subrogación por permuta. Somarriva, sin embargo, piensa que por aplicación del aforismo "donde existe la misma razón debe existir la misma

¹⁷⁶ Ob. cit., N°14, pág. 265.

¹⁷⁷ *Regímenes Matrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 86.

¹⁷⁸ T. 18, sec. 1ª, pág. 478.

¹⁷⁹ Sentencia de 18 de diciembre de 1934.

¹⁸⁰ *Derecho de Familia*, N° 213, pág. 234.



disposición" no habría inconvenientes en aceptar en este caso la subrogación por permuta.¹⁸¹ Personalmente encontramos discutible tal solución, por el carácter excepcional que tiene la subrogación, que no admite interpretaciones por analogía.

Requisitos:

1) Que se compre un inmueble con valores propios de uno de los cónyuges, destinado a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio;

2) Que se deje constancia en la escritura de compra que ella se hace con el dinero proveniente de esos valores y se deje constancia también del ánimo de subrogar;

3) Que exista una cierta proporcionalidad entre los valores y el inmueble que se adquiere;

4) Que si la subrogación se hace en bienes de la mujer, ésta preste su autorización.

En cuanto al primer requisito, digamos que hay dos oportunidades en que se puede dar a los valores este destino: en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio. Respecto de esta última, puede ser hecha por un cónyuge al otro o por un tercero al cónyuge. Don Manuel Somarriva cree que también esa destinación podría hacerse en un legado.¹⁸²

Sobre al segundo requisito, el artículo 1733 inciso 2º exige una doble declaración:

a) que el inmueble se compre con el dinero proveniente de los valores destinados a ese efecto en las capitulaciones matrimoniales o en una donación (o en un legado), y

b) que la compra se realice con el ánimo de subrogar, vale decir, que el inmueble pase a ocupar el lugar jurídico que tales valores tenían, o sea, que integre el haber propio del cónyuge.

Respecto de los requisitos tercero y cuarto, nos remitimos a lo ya estudiado al tratar de la subrogación de inmueble a inmueble.

Para terminar con este punto, creemos de interés señalar que Pablo Rodríguez sostiene, contra la opinión de la doctrina, que es posible la subrogación de bienes muebles a valores.¹⁸³

¹⁸¹ Ob. cit., N° 216, pág. 236.

¹⁸² *Derecho de Familia*, N° 216, pág. 236.

¹⁸³ *Regímenes Matrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, año 1996, págs. 87-88.

228. DIFERENCIAS QUE SE PRODUCEN EN TODA SUBROGACIÓN CUANDO LOS VALORES DEL BIEN SUBROGADO Y SUBROGANTE SON DIFERENTES. Cuando los valores del bien subrogado y del subrogante son diferentes, pueden presentarse diversas situaciones:

1) Que no haya subrogación por no respetarse la proporcionalidad ya estudiada, contemplada en el artículo 1733 inc. 6º. En este caso el bien que se adquiere ingresa al activo absoluto de la sociedad conyugal (art. 1725 N° 5). Sin perjuicio de ello, el cónyuge que era dueño del bien propio tiene derecho a recompensa por el precio de la finca enajenada y conserva el derecho a efectuar la subrogación comprando otra finca (art. 1733 inc. 6º, parte final).

2) Que produciéndose subrogación, el bien que se adquiere sea de menor valor que el inmueble o valores que se enajenan. En este caso el cónyuge dueño de tales bienes adquiere una recompensa en contra de la sociedad conyugal (art. 1733 incisos 3º, 4º y 5º).

3) Que produciéndose subrogación, el bien que se adquiere sea de mayor valor que el inmueble o valores que se enajenan, caso en que el cónyuge en cuyo favor se hace la subrogación deberá pagar a la sociedad conyugal la correspondiente recompensa (art. 1733 incisos 3º, 4º y 5º).

Las dos últimas situaciones que acabamos de ver estaban tratadas con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 18.802 en el artículo 1734. La modificación consistió no sólo en el cambio de artículo, sino en dejar establecido que en el caso de producirse diferencias se deberá pagar una recompensa. Con ello queda claro que se deben pagar tales diferencias en valor actualizado, por ser ése el principio que la Ley N° 18.802 estableció para las recompensas en el artículo 1734.

229. PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Cuando estudiamos el activo de la sociedad conyugal distinguíamos entre el activo absoluto y relativo. Pues bien, al estudiar el pasivo haremos también una distinción, entre *el pasivo real y pasivo aparente* de la sociedad conyugal.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Sobre esta materia puede verse sentencia de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2004, publicada en Gaceta Jurídica, N° 290, págs. 89 y sigtes.

Una deuda integra el *pasivo real* de la sociedad conyugal cuando ésta debe pagarla sin derecho a recompensa. Se trata —empleando otra terminología— que esa deuda es social tanto desde el punto de vista de la obligación a la deuda como desde el punto de vista de la contribución a la deuda. La sociedad paga y soporta el pago.

Una deuda integra el *pasivo aparente o relativo* de la sociedad conyugal cuando ésta debe pagarla, pero no soportarla, pues al pagar adquiere una recompensa en contra del cónyuge de que se trate, que hará efectiva a la disolución de la sociedad conyugal. En este caso la deuda es social desde el punto de vista de la obligación a la deuda, pues el tercero acreedor se dirigirá para cobrarla en contra de los bienes sociales, pero esa deuda es personal del cónyuge desde el punto de vista de la contribución a la deuda pues, en definitiva, él va a soportar el pago, desde que la sociedad conyugal hará efectiva en su contra la correspondiente recompensa.

De lo que venimos diciendo se sigue que el problema de la obligación a la deuda mira las relaciones de un tercero con la sociedad conyugal, en cambio, el de la contribución a la deuda dice relación con los cónyuges, con los ajustes económicos que tienen que producirse entre ellos al momento de liquidar la sociedad conyugal.

230. PASIVO ABSOLUTO. Ya hemos dicho que lo integran todas las deudas que son sociales tanto desde el punto de vista de la obligación como de la contribución a la deuda. Es decir, la sociedad conyugal está obligada a pagar y a soportar el pago. Paga sin derecho a recompensa.

Integran este pasivo absoluto las siguientes deudas:

1) “Pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad” (art. 1740 N° 1°).

2) “Las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio, y que no fueren personales de aquél o ésta.” (art. 1740 N° 2 inc. 1°).

3) Pago de las obligaciones generadas por contratos accesorios cuando las obligaciones garantizadas por ellos no fueren personales de uno de los cónyuges (art. 1740, N° 2 inc. 2°).

4) “Todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge” (art. 1740 N° 4°).

5) Gastos de mantenimiento de los cónyuges; de mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de toda otra carga de familia (art. 1740 N° 5°).

6) Dineros pagados a la mujer en virtud de haberse consignado en las capitulaciones matrimoniales tal obligación, a menos que se haya establecido que el pago sería de cargo del marido (artículo 1740 inciso final).

Veamos cada una de estas situaciones:

231. PENSIONES E INTERESES QUE CORRAN SEA CONTRA LA SOCIEDAD, SEA CONTRA CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES Y QUE SE DEVENGUEN DURANTE LA SOCIEDAD. Este caso lo establece el artículo 1740 N° 1. Esta norma es la contrapartida de la establecida en el artículo 1725 N° 2, pues si de acuerdo a esa disposición ingresan al activo absoluto de la sociedad conyugal todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lúcrs de cualquier naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada cónyuge, es lo lógico que recíprocamente las pensiones e intereses que corran contra la sociedad o contra cualquiera de los cónyuges, sean soportadas por la sociedad conyugal. Así, por ejemplo, las rentas de arrendamiento que produce un inmueble propio o social ingresan al activo absoluto. Recíprocamente, la renta de arrendamiento que se tiene que pagar debe soportarla la sociedad conyugal.

De acuerdo a esta norma, si uno de los cónyuges celebró de soltero un contrato de mutuo, y los pagos los hace durante la vigencia de la sociedad conyugal, los intereses serán de cargo de la sociedad conyugal. Y es justo, porque si a la inversa él hubiere prestado dinero a interés, y los pagos se los hicieran cuando ya está casado en régimen de sociedad conyugal, tales intereses ingresarían al haber absoluto de la sociedad conyugal, de acuerdo al artículo 1725 N° 2.

232. DEUDAS CONTRAÍDAS DURANTE EL MATRIMONIO, POR EL MARIDO O LA MUJER CON AUTORIZACIÓN DEL MARIDO O DE LA JUSTICIA EN SUBSIDIO Y QUE NO FUEREN PERSONALES DE AQUÉL O DE ÉSTA... Así lo consigna el artículo 1740 N° 2.



Como se puede observar, la norma distingue varias situaciones:

- a) deuda contraída por el marido;
- b) deuda contraída por la mujer con autorización del marido, y
- c) deuda contraída por la mujer con autorización judicial. Deberíamos agregar todavía:
- d) deuda contraída por la mujer con mandato del marido;
- e) deudas en que se obliguen conjunta, solidaria o subsidiariamente marido y mujer, y
- f) deudas provenientes de compras al fiado que haya realizado la mujer de bienes muebles destinados al consumo ordinario de la familia.

233. DEUDA CONTRAÍDA POR EL MARIDO. Sin duda, será esta la situación normal, desde que el marido es quien administra la sociedad conyugal. Se ha fallado que conforme a lo prevenido en el artículo 1740 N^{os} 2 y 3 del Código Civil, la sociedad conyugal es obligada al pago de todas las deudas y obligaciones contraídas durante su vigencia por el marido, regla que se aplica a toda obligación contraída por éste, sea contractual, cuasicontractual, delictual, cuasidelictual o legal, aunque redunde en beneficio exclusivo del marido, sin perjuicio de la sociedad conyugal para exigir las recompensas que procedan cuando la deuda deba soportarla sólo él, como lo es en el caso que contempla el artículo 1748 del mismo Código".¹⁸⁵

234. DEUDA CONTRAÍDA POR LA MUJER CON AUTORIZACIÓN DEL MARIDO. Nos parece que esta situación, antes de la Ley N^o 18.802, debía relacionarse con el antiguo artículo 146, pues allí se decía que "la mujer que procede con autorización del marido obliga al marido en sus bienes de la misma manera que si el acto fuera del marido". Hoy, después de la modificación de la Ley N^o 18.802, no tiene sentido la norma a menos de entender que ella importa un mandato. En efecto, tal disposición debía ser interpretada en relación con el artículo 146, que reglamentaba los efectos que producía el hecho de que la mujer contratara autorizada por su

¹⁸⁵ T. 101, sec. 1^a, pág. 242.

marido, pero el artículo 4^o de la Ley N^o 18.802 derogó el artículo 146. Creemos que al redactarse la Ley N^o 18.802 no se reparó en esa circunstancia y por ello se mantuvo la frase "o la mujer con autorización del marido", en el numeral 2^o del artículo 1740.

235. DEUDA CONTRAÍDA POR LA MUJER CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL. Esta situación tenemos que vincularla con el artículo 138 inciso 2^o, según el cual cuando al marido le afectare un impedimento que no fuere de larga o indefinida duración, la mujer puede actuar respecto de los bienes del marido, de la sociedad conyugal y de los suyos que administre el marido, con autorización del juez, con conocimiento de causa. En tal caso, dice el inciso 3^o del artículo 138, la mujer obliga al marido en sus bienes y en los sociales de la misma manera que si el acto fuere del marido; y obliga además sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que reportare del acto.

236. DEUDAS CONTRAÍDAS POR LA MUJER CON MANDATO GENERAL O ESPECIAL DEL MARIDO. Esta situación está tratada en el artículo 1751: "Toda deuda contraída por la mujer con mandato general o especial del marido es, respecto de terceros, deuda del marido y por consiguiente de la sociedad..." (inc. 1^o, primera parte). En esta parte el artículo 1751 es perfectamente concordante con lo dispuesto en el artículo 1448, según el cual "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo".

Con la reforma de la Ley N^o 18.802 se salvó una situación que no estaba reglamentada en la ley y que era el caso en que la mujer mandataria no actuara en representación del marido, sino a nombre propio, lo que es perfectamente posible atendido lo dispuesto en el artículo 2151. De acuerdo a esta disposición, cuando el mandante contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante. Con el objeto de mantener la concordancia entre esta norma y el artículo 1751, que estamos estudiando, la Ley N^o 18.802, al dar un nuevo texto al artículo 1751, estableció un inciso 2^o que dice: "Si la mujer mandataria contrata a su propio nombre, regirá lo dispuesto en el artículo 2151". De consiguiente, en este caso, la deuda contraída por la mujer no



integra el pasivo absoluto de la sociedad conyugal, puesto que no podrá hacerse efectiva en los bienes sociales. Dicha deuda, de acuerdo al artículo 137 inciso 1º, sólo podrá hacerse efectiva en el patrimonio reservado de la mujer o en los bienes que administre de acuerdo al artículo 166 ó 167 del Código Civil.

237. DEUDAS CONTRAÍDAS CONJUNTA, SOLIDARIA O SUBSIDIARIAMENTE POR EL MARIDO Y LA MUJER. Este caso está tratado en el artículo 1751 inciso final: "Los contratos celebrados por el marido y la mujer de consuno o en que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido, no valdrán contra los bienes propios de la mujer...", lo que significa que deberán cobrarse a la sociedad conyugal, salvo en cuanto se probare que el contrato cedió en utilidad personal de la mujer, como en el pago de deudas anteriores al matrimonio (art. 1751 inciso final en relación con el art. 1750 inciso 2º).

238. DEUDAS PROVENIENTES DE COMPRAS AL FIADO QUE HAGA LA MUJER DE BIENES MUEBLES DESTINADOS AL CONSUMO ORDINARIO DE LA FAMILIA. Así lo establece el artículo 137 inciso 2º, que es una disposición agregada por la Ley Nº 18.802. Naturalmente para que nos encontremos frente a esta situación, que es claramente excepcional –la regla es que los contratos celebrados por la mujer no obligan los bienes sociales, sino exclusivamente los bienes que la mujer administra en conformidad a los artículos 150, 166 y 167 (art. 137 inc. 1º)– tendrán que concurrir copulativamente los requisitos que la norma contempla:

- 1) compra al fiado;
- 2) de bienes muebles, y
- 3) que esos bienes estén destinados naturalmente al consumo ordinario de la familia.

239. PAGO DE DEUDAS GENERADAS POR CONTRATOS ACCESORIOS. Esta situación está establecida en el artículo 1740 Nº 2 inciso 2º: "La sociedad, por consiguiente, es obligada, con la misma limitación, al lasto de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido".

Pueden presentarse diversas situaciones:

- a) Que el marido haya garantizado con prenda, hipoteca o fianza una obligación de la sociedad conyugal. En este caso, la so-

ciudad está obligada al pago de esta deuda que también soporta la sociedad conyugal. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

- b) Que el marido garantice con prenda, fianza o hipoteca una obligación ajena. Antes de la vigencia de la Ley Nº 18.802, se discutía si cuando el marido constituía una garantía para caucionar una obligación ajena, y pagaba, la sociedad tenía o no derecho a recompensa en contra del marido. Con la modificación que esta ley introdujo al artículo 1749, el problema ha quedado solucionado, puesto que para que el marido pueda constituir esta garantía requiere de la autorización de la mujer, y si no la obtiene, sólo obliga sus bienes propios (art. 1749 inc. 5º). De manera que si la mujer da su autorización, es incuestionable que los pagos que por este concepto haga la sociedad conyugal, los hace sin derecho a recompensa.

- c) Que el marido garantice con prenda, fianza o hipoteca una obligación personal de uno de los cónyuges. En este caso, y en virtud del principio de lo accesorio, la sociedad está obligada al pago, pero con derecho de recompensa. Es decir, se trata de una deuda que está en el pasivo relativo de la sociedad conyugal.

240. TODAS LAS CARGAS Y REPARACIONES USUFRUCTUARIAS DE LOS BIENES SOCIALES O DE CADA CÓNUGE (ART. 1740 Nº4). La ley no ha indicado lo que entiende por cargas y reparaciones usufructuarias. Por ello, parece atendible aplicar en esta materia las normas que establece el Código Civil al tratar del derecho de usufructo. Allí en el artículo 795 se dice que "corresponden al usufructuario todas las expensas ordinarias de conservación y cultivo". Y, en seguida, en el artículo 796 se agrega que "serán de cargo del usufructuario las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria y que durante el usufructo se devenguen..." (inc. 1º); y que "corresponde asimismo al usufructuario el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales, que la graven durante el usufructo, en cualquier tiempo que se haya establecido" (inc. 2º). Estas reparaciones usufructuarias se contraponen a las *obras o reparaciones mayores*, que en el decir del artículo 798 son las que ocurren por una vez o a intervalos largos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria. Tratemos de colocar algunos ejemplos. El pago de contribuciones de bienes raíces es una carga usufructua-

ria. Por ello, la sociedad conyugal está obligada a su pago, sea que correspondan al bien propio de un cónyuge, sea que el bien sea social, sin derecho a recompensa. En cambio, si se trata de cambiar el techo de la casa, es una reparación mayor y por ello, si el bien es social, lo hace la sociedad conyugal sin cargo de recompensa (pasivo absoluto), pero si el bien es propio del cónyuge, lo debe hacer la sociedad conyugal, con derecho a recompensa (pasivo relativo, art. 1746).

Aparentemente se pudiera ver como una situación injusta el que sean de cargo de la sociedad conyugal las reparaciones usufructuarias de un bien propio de un cónyuge. Sin embargo, nada más equitativo desde que esta norma viene a ser la contrapartida de la establecida en el artículo 1725 N° 2, según la cual ingresan al activo absoluto de la sociedad conyugal “todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, *sea de los bienes propios* de cada uno de los cónyuges...”.

241. GASTOS DE MANTENIMIENTO DE LOS CÓNYUGES; DE MANTENIMIENTO, EDUCACIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE LOS DESCENDIENTES COMUNES; Y DE TODA OTRA CARGA DE FAMILIA (ART. 1740 N° 5). Dentro de este rubro se contienen diversas situaciones:

- a) Gastos de mantenimiento de los cónyuges;
- b) Gastos de mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y
- c) Gastos para atender toda otra carga de familia.

242. GASTOS DE MANTENIMIENTO DE LOS CÓNYUGES. Si las remuneraciones que obtienen los cónyuges ingresan al activo absoluto de la sociedad conyugal (art. 1725 N° 1) resulta absolutamente razonable que el mantenimiento de ellos sea también de cargo de la sociedad conyugal.

243. GASTOS DE MANTENIMIENTO, EDUCACIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE LOS DESCENDIENTES COMUNES. El artículo 1740, en esta parte, debe ser concordado con el artículo 230 del Código Civil, en cuanto dicha norma señala que “Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán...”.

En relación con los gastos de crianza o gastos de mantenimiento –que de las dos maneras pueden llamarse– comprenden la alimentación, habitación, vestido, atención de salud, etc.¹⁸⁶ Son de cargo de la sociedad conyugal, puesto que, según el artículo 224, toca de consuno a los padres... “el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”.

Respecto a los gastos de educación, comprenden los que demande la enseñanza básica, media, profesional o universitaria. El artículo 1744 distingue entre expensas ordinarias o extraordinarias de educación de un descendiente común. Los gastos ordinarios son de cargo de la sociedad conyugal aunque el hijo tuviere bienes propios (arts. 231, 1740 N° 5° y 1744). Sólo se podrían sacar de los bienes propios del hijo en caso necesario, o sea, cuando los bienes sociales no fueren suficientes.

Los gastos extraordinarios de educación, en cambio, deberán pagarse con los bienes propios del hijo, si los tuviere, y sólo en cuanto le hubieren sido efectivamente útiles. Serán de cargo de la sociedad conyugal, en caso contrario (art. 1744 inc. final). Para terminar con este punto, agreguemos que se han estimado como gastos ordinarios de educación “los que demande la educación normal y corriente del hijo, atendida la posición social de los padres, como el pago de los colegios y de la universidad o instituto industrial o comercial en que se eduque, de los libros y uniformes que necesite, de los profesores que le den lecciones en su hogar”,¹⁸⁷ y como extraordinarios “los que salgan de ese límite, como el envío a estudiar al extranjero”.¹⁸⁸

Conviene agregar que “las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común, y las que se hicieren para establecerle y casarle, se imputarán a los gananciales, siempre que no constare de un modo auténtico que el marido, o la mujer o ambos de consuno, han querido que se sacasen estas expensas de sus bienes propios” (art. 1744 inc. 1°). Agrega la norma que “aun cuando inmediatamente se saquen ellas de los bienes propios de cualquiera de los cónyuges, se entenderá que se hacen a cargo de la sociedad, a menos de declaración contraria”.

¹⁸⁶ Alessandri, ob. cit., N° 458.

¹⁸⁷ Alessandri, ob. cit., N° 464.

¹⁸⁸ Alessandri, ob. cit., N° 464.

En relación con los gastos de establecimiento de los descendientes comunes, cabe señalar que tienen este carácter “los necesarios para dar al hijo un estado o colocación estable que le permita satisfacer sus propias necesidades, como los que demanden el matrimonio o profesión religiosa, su ingreso a un servicio público o particular, la instalación de su oficina o taller, etc.”¹⁸⁹ Estos gastos van a ser de cargo de la sociedad conyugal, cuando el hijo careciere de bienes propios (art. 231) y cuando, además, no constare de un modo auténtico que marido, mujer o ambos de consuno han querido que se sacasen de sus bienes propios (art. 1744 inc. 1°).

244. GASTOS PARA ATENDER OTRAS CARGAS DE FAMILIA. El artículo 1740 en el inciso 2° de su numeral 5° prescribe que “se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges; pero podrá el juez moderar este gasto si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge”. De manera que, según esta norma, los alimentos legales que un cónyuge debe pagar a los hijos de un matrimonio anterior, o a sus padres o a un hijo tenido fuera del matrimonio son de cargo de la sociedad conyugal, sin derecho a recompensa, salvo que sean excesivos. En este último caso, si los paga la sociedad conyugal, será con derecho a recompensa por el exceso.

245. PAGO QUE, EN CONFORMIDAD A LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES, DEBE HACERSE A LA MUJER PARA QUE PUEDA DISPONER A SU ARBITRIO (ART. 1740 INCISO FINAL). De acuerdo al artículo 1720 inciso 2°, en las capitulaciones matrimoniales “se podrá estipular que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero, o de una determinada pensión periódica, y este pacto surtirá los efectos que señala el artículo 167”.

Ahora bien, en este caso, estas sumas de dinero que se entregan a la mujer, de una vez o periódicamente, serán de cargo de la sociedad (pasivo absoluto), a menos de haberse convenido en las mismas capitulaciones que fueran de cargo del marido (1740, N° 5° inciso final).

¹⁸⁹ Alessandri, ob. cit., N° 462.

246. PASIVO RELATIVO O APARENTE O PROVISORIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Este pasivo lo componen aquellas deudas que la sociedad está obligada a pagar, pero que le otorgan un derecho de recompensa en contra del cónyuge respectivo. Dicho de otra forma, lo integran aquellas deudas que la sociedad paga, pero que en definitiva no soporta. O todavía podría agregarse que se trata de deudas sociales desde el punto de vista de la obligación a las deudas, pero personales desde el punto de vista de la *contribución* a las deudas.

Este pasivo está integrado por las *deudas personales* de los cónyuges. Así lo dice el artículo 1740 N° 3°: “La sociedad es obligada al pago: 3°. De las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello”. Destaco la última parte, porque ella demuestra que tales deudas integran el pasivo relativo. Confirma esta idea el N° 2 del mismo artículo, en cuanto dice que la sociedad es obligada al pago “de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o la mujer con autorización del marido o de la justicia en subsidio, y que no fueren personales de aquél o ésta, como lo serían...”, etc., y el inciso 2° del mismo N° 2 “con la misma limitación”.

El problema consiste en determinar cuáles son las deudas personales de un cónyuge. No hay una definición exacta, pero la ley va indicando casos. Veamos algunos ejemplos:

1) Deudas anteriores al matrimonio.¹⁹⁰

2) Deudas contraídas durante el matrimonio y que ceden en beneficio exclusivo de uno de los cónyuges. Ejemplo, las que se hacen para establecer a los hijos de un matrimonio anterior de uno de los cónyuges (art. 1740 N° 2°). El mismo principio lo confirman otras disposiciones: arts. 137 inc. 2°; 138 inciso 3°, y 138 bis inciso 3°.

3) Deudas provenientes de multas o reparaciones pecunias a que fuere condenado uno de los cónyuges por un delito o cuasidelito (art. 1748).

4) Deudas hereditarias o testamentarias provenientes de una herencia adquirida por uno de los cónyuges (art. 1745 inc. final).

¹⁹⁰ En ese sentido Gaceta de los Tribunales año 1873, sentencia 1608, pág. 709.

247. PRESUNCIÓN DE DEUDA SOCIAL. Algunos autores¹⁹¹ sostienen que del artículo 1778 del Código Civil se desprende una presunción de ser sociales todas las deudas. Dice la norma: "El marido es responsable del total de las deudas de la sociedad; salvo su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de estas deudas, según el artículo precedente".

248. DE LAS RECOMPENSAS. Durante la vida de la sociedad conyugal se producen diferentes situaciones que van generando créditos o recompensas sea de uno de los cónyuges en favor de la sociedad conyugal, sea de la sociedad conyugal en favor de uno de los cónyuges, sea, por último, de un cónyuge en favor del otro. Así ocurre, por ejemplo, cuando el cónyuge al casarse tiene especies muebles o dineros. Estos ingresan al activo relativo de la sociedad conyugal, lo que significa que le otorgan un crédito en contra de la sociedad. Lo mismo acontece cuando el cónyuge adquiere durante la vigencia de la sociedad dinero o especies muebles a título gratuito. Por otra parte, mientras subsiste la sociedad conyugal, se van pagando una serie de deudas personales de los cónyuges, que hace la sociedad, pero con derecho a recompensa, es decir, el cónyuge beneficiado tiene que reembolsar estos gastos cuando la sociedad termina.

Manuel Somarriva las define diciendo que "recompensa es el conjunto de créditos o indemnizaciones en dinero que se hacen valer al momento de liquidar la sociedad conyugal, a fin de que cada cónyuge aproveche los aumentos y soporte en definitiva las cargas que legalmente le corresponden" o, como el mismo dice, "son los créditos que el marido, mujer y sociedad pueden reclamarse recíprocamente"¹⁹².

249. OBJETIVOS DE LAS RECOMPENSAS. Se ha dicho que las recompensas tienen por objeto:

1º. Evitar todo enriquecimiento, a menudo involuntario, de un patrimonio a expensas del otro; nadie puede enriquecerse a costa ajena sin causa;

2º. Evitar que los cónyuges se hagan donaciones disimuladas

¹⁹¹ Somarriva, *Derecho de Familia*, N° 245, pág. 258.

¹⁹² *Derecho de Familia*, N° 246, pág. 259.

en perjuicio de sus respectivos legitimarios y acreedores; los cónyuges sólo pueden hacerse donaciones revocables y la ley quiere que las hagan ostensiblemente para asegurarse que tienen ese carácter;

3º. Mantener la inmutabilidad del régimen matrimonial y el equilibrio entre los tres patrimonios. La composición de cada uno ha sido determinada por la ley o por las capitulaciones matrimoniales y no puede alterarse una vez celebrado el matrimonio; de ahí que cada vez que un valor sale de alguno de ellos, para ingresar a otro, debe ser reemplazado por uno equivalente;

4º. Proteger a la mujer contra los abusos del marido. Si las recompensas no existieren, sería fácil a éste, como administrador de la sociedad y de los bienes de la mujer, enriquecerse a su costa; "le bastaría utilizar los bienes sociales y de la mujer en su propio beneficio".¹⁹³

En definitiva, el fundamento de esta institución está en evitar el enriquecimiento sin causa.

250. CLASIFICACIÓN DE LAS RECOMPENSAS. Pueden ser de tres clases:

A. Recompensas adeudadas por uno de los cónyuges a la sociedad conyugal;

B. Recompensa debida por la sociedad a uno de los cónyuges, y

C. Recompensas debidas entre cónyuges.

251. RECOMPENSAS ADEUDADAS POR UNO DE LOS CÓNYUGES A LA SOCIEDAD CONYUGAL. Uno de los cónyuges puede adeudar a la sociedad recompensas por diversas razones:

1) Porque la sociedad pagó una deuda personal suya (art. 1740 N° 3);

2) Porque durante la sociedad adquirió un bien raíz subrogándolo a valores o a otro inmueble propio, y el valor del bien adquirido es superior al que subrogó (art. 1733 inc. 3º);

3) Porque durante la sociedad se hicieron mejoras no usufructuarias en un bien propio, que aumentó el valor de la cosa, como por ejemplo, en un sitio propio se construyó una casa. En este caso, el monto de la recompensa está regulado por el artículo 1746: "Se le debe asimismo recompensa por las expensas de toda clase que

¹⁹³ Arturo Alessandri R., ob. cit., N° 490, pág. 336.

se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes; y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; a menos que este aumento del valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá sólo el importe de éstas”;

4) Porque adquirió una herencia y la sociedad pagó las deudas hereditarias o testamentarias (art. 1745);

5) Porque hizo una erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común (arts. 1735, 1742, 1747);

6) Porque la sociedad pagó una multa o indemnización generada por un delito o cuasidelito suyo (art. 1748);

7) Porque, con dolo o culpa grave, causó perjuicios a la sociedad (art. 1748);

8) Por los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieron en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan al cónyuge (art. 1745);

9) Porque disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación, se adquirió un bien a título oneroso, caso en que se adeuda recompensa a la sociedad por el precio de adquisición del bien, a menos que se pruebe que fue adquirido con bienes propios o provenientes de la sola actividad personal (art. 1739 inc. final). (Este caso fue agregado por la Ley N° 18.802.)

252. RECOMPENSAS DEBIDAS POR LA SOCIEDAD CONYUGAL AL CÓNYUGE. La sociedad conyugal puede adeudar recompensas al cónyuge, por distintos conceptos:

1) Por las especies muebles o dineros que éste aportó a la sociedad o que durante ella adquirió a título gratuito (art. 1725 N°s 3 y 4);

2) Porque durante la vigencia de la sociedad conyugal se enajenó un bien propio de uno de los cónyuges, a menos que con esos dineros se haya adquirido otro bien que se subrogó al primero o se haya pagado una deuda personal del cónyuge. Así lo dice el artículo 1741: “Vendida alguna cosa del marido o de la mujer, la sociedad deberá recompensa por el precio al cónyuge vendedor, salvo en cuanto dicho precio se haya invertido en la subrogación de que habla el artículo 1733, o en otro negocio personal del cónyuge cuya era la cosa vendida; como en el pago

de sus deudas personales, o en el establecimiento de sus descendientes de un matrimonio anterior”;

3) Porque durante la sociedad conyugal operó la subrogación de inmueble a inmueble o a valores, y el bien adquirido era de menor valor que el bien subrogado (art. 1733 incisos 3º, 4º y 5º);

4) Si las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común o las necesarias para establecerle o casarle se sacaren de los bienes propios de un cónyuge sin que aparezca ánimo de éste de soportarlas (art. 1744 inc. 1º).

253. RECOMPENSAS DEBIDAS POR LOS CÓNYUGES ENTRE SÍ. Un cónyuge va a deber recompensas al otro cuando se ha beneficiado indebidamente a su costa; o cuando con dolo o culpa le ha causado perjuicios. Hay varios ejemplos:

1) Cuando con bienes de un cónyuge se paga una deuda personal del otro;

2) Cuando con bienes propios del cónyuge se hicieron reparaciones o mejoras en un bien del otro;

3) Cuando un cónyuge, con dolo o culpa grave, causare daños a los bienes del otro, por ejemplo, lo incendiare (art. 1771).

254. PRUEBA DE LAS RECOMPENSAS. El que alega una recompensa deberá probar los hechos en que la funda (art. 1698). Para ello podrá valerse de todos los medios probatorios que establece la ley, con excepción de la confesión, puesto que el artículo 1739 inciso 2º establece que “Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento”. Sin embargo, la confesión produce una consecuencia, que indica el inciso 3º de la misma norma: “la confesión, no obstante, se mirará como una donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar”.

255. RECOMPENSAS SE PAGAN EN DINERO Y EN VALOR REAJUSTADO. Siempre se entendió que las recompensas se pagaban en dinero, no obstante que no había ninguna norma que lo dijera en

forma expresa. Sin embargo, desde que entró en vigencia la Ley N° 18.802, la situación es diferente, por cuanto así lo estableció el artículo 1734. También, y ya lo hemos dicho, esta nueva disposición sentó el principio de que las recompensas deben pagarse reajustadas, lo que sí constituyó una innovación de importancia, pues de no pagarse de esa manera, la institución pierde toda su eficacia, que era lo que había venido ocurriendo en Chile. Ya hemos tocado el punto al tratar el activo relativo de la sociedad conyugal. Consignemos, en todo caso, el texto de la norma: "Toda las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa". "El partidor aplicará esta norma de acuerdo a la equidad natural". Como se puede observar, otorga amplias facultades al partidor o liquidador de la sociedad conyugal para poder establecer la reajustabilidad.

256. RECOMPENSAS NO SON DE ORDEN PÚBLICO. Las recompensas no son de orden público. De ello se sigue:

1) Que los cónyuges pueden renunciar a ellas. Sin embargo, es necesario formular algunas precisiones. La renuncia se puede hacer en las capitulaciones matrimoniales. De no hacerse allí, no se podría, durante la vigencia de la sociedad conyugal, hacerla en términos generales, pues ello importaría alterar el régimen matrimonial. Pero sí se podría renunciar a una recompensa determinada,¹⁹⁴ y

2) Que se puede convenir otra forma de calcularlas o de pagarlas. Así, por ejemplo, el artículo 1734 dice que se pagarán en dinero, pero nada obsta a que pueda aceptarse otra forma de pago, rigiendo en esta materia las reglas generales.¹⁹⁵

257. DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Para estudiar la administración de la sociedad conyugal deben hacerse algunas distinciones:

- I. Administración ordinaria;
- II. Administración extraordinaria.

¹⁹⁴ Alessandri, ob. cit., N° 492.

¹⁹⁵ Rozas, ob. cit., pág. 45.

La administración ordinaria puede referirse a) a los bienes sociales, o b) a los bienes propios de la mujer.

Sigamos el mismo orden.

258. ADMINISTRACIÓN ORDINARIA. La administración ordinaria de la sociedad conyugal, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de la mujer, corresponde únicamente al marido. Así se establece en el artículo 1749 del Código Civil y se reitera en los artículos 1752 y 1754 inciso final. La primera de estas normas dice: "El marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer, sujeto, empero, a..." (inciso 1° primera parte). El artículo 1752 agrega: "La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145" (la referencia al artículo 145, después de la Ley N° 19.335, debe entenderse hecha al artículo 138). Y reitera la idea, en relación a los bienes propios de la mujer, el artículo 1754 inciso final: "La mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arriendo 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".

Es perfectamente claro que no obstante que la Ley N° 18.802 otorgó plena capacidad a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, mantuvo la administración de los bienes sociales y de los bienes propios de la mujer, en el marido. En este aspecto —como ya lo hemos dicho— poco o nada varió la situación de la mujer con la Ley N° 18.802.

259. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES. El Código trata la administración de los bienes sociales en el artículo 1749, norma que en su primera parte, según acabamos de ver, sienta el principio de que el marido es el jefe de la sociedad conyugal y en tal carácter administra esos bienes.

En seguida, establece *las limitaciones*: "sujeto empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales". Hay, pues, dos clases de limitaciones:

- 1) Las establecidas por los esposos en las capitulaciones matrimoniales, y
- 2) Las impuestas por el Título XXII del Libro IV del Código Civil.

260. LIMITACIONES A LA ADMINISTRACIÓN DEL MARIDO IMPUESTAS EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. Esta situación se da, por ejemplo, en el caso que los cónyuges, haciendo uso del derecho que les confiere el artículo 1720 inciso 2º estipularen que la mujer dispondrá de una determinada suma de dinero, o de una determinada pensión periódica. Parece casi innecesario decir que estos acuerdos de los esposos no pueden tener una amplitud tan grande que se llegare por esta vía a privar al marido de la administración de los bienes sociales o propios de la mujer, pues si así ocurriera, tal pacto adolecería de objeto ilícito atendido lo dispuesto en el artículo 1717 y por ello sería absolutamente nulo (art. 1682, en relación con el art. 1466 y con el artículo 1717).

261. LIMITACIONES A LA ADMINISTRACIÓN DEL MARIDO IMPUESTAS EN EL TÍTULO XXII DEL LIBRO IV. Sobre este particular, es importante distinguir tres etapas perfectamente diferenciadas:

a) Desde la dictación del Código Civil hasta la entrada en vigencia de la Ley Nº 10.271, del 2 de abril de 1952, que comenzó a regir el 2 de junio del mismo año;

b) Desde la entrada en vigencia de la Ley Nº 10.271 hasta que entró a regir la Ley Nº 18.802, y

c) Desde la entrada en vigencia de la Ley Nº 18.802, hasta ahora.

262. DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO HASTA EL 2 DE JUNIO DE 1952, la ley no imponía limitaciones al marido en cuanto a la administración de los bienes sociales. Los administraba como si fueren propios, sin necesidad de rendir cuenta. Sin embargo, y con el objeto de proteger a la mujer, se entendía –aplicando principios generales del derecho– que el marido respondía a la mujer de los perjuicios causados por su dolo o culpa grave.¹⁹⁶ Así lo había resuelto también la jurisprudencia.¹⁹⁷ Además, y aplicando el principio del enriquecimiento sin causa, cada vez que el marido obtenía un beneficio a costa de los bienes sociales, debía recompensar a la sociedad, situación que se sigue manteniendo después de las reformas de las Leyes Nºs 10.271 y 18.802.

¹⁹⁶ Alessandri, ob. cit., Nº 550; Somarriva, *Derecho de Familia*, Nº 252.

¹⁹⁷ T. 7, sec. 2ª, pág. 25; t. 23, sec. 1ª, pág. 175.

263. CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY Nº 10.271 LA SITUACIÓN CAMBIÓ. Se introducen por primera vez una serie de limitaciones a la administración del marido. Estas limitaciones estaban contempladas en el artículo 1749 y eran las siguientes:

1) El marido no puede enajenar voluntariamente los bienes raíces sociales, sin autorización de la mujer;

2) No puede gravar voluntariamente los bienes raíces sociales, sin autorización de la mujer, y

3) No puede dar en arriendo los bienes raíces sociales por más de 5 años si son urbanos o por más de 8 años si son rústicos, sin autorización de la mujer.

264. ÚLTIMA ETAPA. Finalmente, con la Ley Nº 18.802 se entra en la última etapa, que se caracteriza por mantener las limitaciones establecidas en la Ley Nº 10.271, más otras que se agregan. Así viene a resultar *que hoy día de acuerdo al artículo 1749 el marido necesita de la autorización de la mujer para realizar los siguientes actos jurídicos:*

1) Para enajenar voluntariamente bienes raíces sociales;

2) Para gravar voluntariamente bienes raíces sociales;

3) Para prometer enajenar o gravar bienes raíces sociales;

4) Para enajenar o gravar voluntariamente o prometer enajenar o gravar los derechos hereditarios que correspondan a la mujer;

5) Para disponer por acto entre vivos a título gratuito de los bienes sociales;

6) Para dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales por más de 5 años si son urbanos o por más de 8 si son rústicos;

7) Para otorgar avales o constituirse en deudor solidario u otorgar cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros.

En todos los casos recién señalados, la mujer debe prestar su autorización al marido, y si no la otorga, se siguen las sanciones que más adelante se dirán.

265. CARACTERÍSTICAS DE LA AUTORIZACIÓN DE LA MUJER. De acuerdo al artículo 1749 inciso 7º del Código Civil, esta autorización tiene las siguientes características:

- a) Debe ser específica;
- b) Es solemne;
- c) Se puede prestar personalmente o a través de mandatario;
- d) Puede suplirse por la autorización judicial, si la mujer la negare sin justo motivo o estuviere impedida de prestarla, y
- e) Debe ser previa a la celebración del acto.

266. LA AUTORIZACIÓN DEBE SER ESPECÍFICA. El artículo 1749 inciso 7º señala en su primera parte: "La autorización de la mujer deberá ser específica..."

Esta exigencia la estableció la Ley Nº 18.802 y con ella se resolvió un problema que en un momento había preocupado a la doctrina. En efecto, cuando la Ley Nº 10.271 incorporó en nuestro ordenamiento positivo la idea de que el marido requería de la autorización de la mujer para poder realizar ciertos actos relativos a los bienes sociales, hubo dudas sobre si se podía otorgar una autorización general o si se requería de una autorización especial, para cada caso. Así, para don Arturo Alessandri,¹⁹⁸ bastaba con la autorización general. En el mismo sentido, aunque estimaba que el asunto era discutible, don Manuel Somarriva.¹⁹⁹ En cambio, para Lorenzo de la Maza y Hernán Larraín la autorización debía ser específica.²⁰⁰

Con el texto que la Ley Nº 18.802 dio al artículo 1749, el problema quedó definitivamente resuelto. La autorización de la mujer debe ser específica y entendemos por tal la que da la mujer para celebrar un acto jurídico determinado en condiciones también determinadas. Pablo Rodríguez expresa que "específica" significa que "debe referirse precisamente al acto de que se trata. Por consiguiente, agrega, ella no puede ser genérica ni manifestarse la voluntad sin describir e individualizar el acto que se ejecutará".²⁰¹

Sin embargo, la nueva redacción creó un problema: ¿Puede el marido constituir una hipoteca garantía general? o, dicho de otro

modo, ¿cómo se concilia la exigencia de que la autorización debe ser específica con la institución de la hipoteca garantía general, que se caracteriza porque se constituye la hipoteca para garantizar obligaciones de monto indeterminado, que se van contrayendo a futuro? A nuestro juicio, sostener que como la ley exige autorización específica, no se puede constituir hipoteca garantía general, es confundir el contrato principal (mutuo, por ejemplo) con el contrato accesorio (hipoteca). La autorización de la mujer se requiere para constituir la hipoteca, y tiene que ser específica en ese sentido; no se necesita para contraer la obligación principal. De consiguiente, en nuestro concepto, la autorización es específica si la mujer la da para constituir una hipoteca garantía general, sobre un bien raíz social determinado. No lo sería si la mujer autoriza al marido para hipotecar, pero sin precisar el bien raíz sobre el que la hipoteca recae.

En el mismo sentido se pronuncia don Fernando Rozas: "de la expresión específica" no puede desprenderse que la Ley Nº 18.802 pretendió terminar con las cláusulas de garantía general, a pesar de lo discutibles que, en doctrina, nos parecen, pero que concierne a algunas de ellas ha existido pronunciamiento favorable de la jurisprudencia. La ley no innova sobre el particular", y agrega: "Lo que se quiso evitar fue que la mujer, presionada por su marido, diera autorizaciones genéricas en que no se supiera hasta dónde se comprometía el patrimonio familiar. Por ejemplo, que el marido diera en hipoteca cualquier bien social para garantizar toda clase de obligaciones. Esta autorización sería genérica, no específica, y no cumpliría con lo que dispone el artículo 1749 al respecto". "Por el contrario, una autorización en que se determine el bien que puede darse en hipoteca y en que se señala el deudor en favor de quien se dará, nos parece específica, aunque permita la cláusula garantía general".²⁰²

La misma opinión tiene Pablo Rodríguez Grez:²⁰³ "A mi juicio, la expresión 'la autorización de la mujer deberá ser específica' significa que la caución debe ser autorizada por la mujer, sin que ella pueda genéricamente conferir autorización al marido para

¹⁹⁸ *Reformas introducidas al Código Civil por la Ley Nº 10.271*, págs. 110 y 111.

¹⁹⁹ *Derecho de Familia*, Nº 255, pág. 272.

²⁰⁰ De la Maza y Larraín, *Reformas introducidas al Código Civil por la Ley Nº 10.271*, págs. 286-287.

²⁰¹ *Regímenes Matrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 113.

²⁰² Ob. cit., pág. 53.

²⁰³ "El régimen patrimonial del matrimonio y el derecho sucesorio", *Revista de Derecho*, año III, Nº 2, Facultad de Derecho Universidad Central, pág. 63.

que constituya cauciones en favor de terceros, ya sea en las capitulaciones matrimoniales o por acto posterior. Es evidente que esta autorización no se opone a la constitución de una garantía general para caucionar obligaciones presentes o futuras. Lo que la mujer autoriza es la caución y no las obligaciones específicas que ella cubre, cuando tiene la modalidad aludida...".

Una idea distinta sustenta Andrés Cúneo Macchiavello.²⁰⁴ Cúneo afirma que "la interpretación literal, lógica y sistemática del nuevo texto del artículo 1749 del Código Civil lleva a concluir que la hipoteca con cláusula de garantía general en cuanto cauciona obligaciones indeterminadas no es compatible con la especificidad de la autorización y por lo tanto no puede pactarse válidamente sobre los bienes raíces sociales".

Sobre esta materia los bancos para evitarse problemas son muy cautelosos, como lo demuestra, por ejemplo, un informe jurídico emitido por el Fiscal del Banco Hipotecario Internacional Financiero (BHIF), don Sergio Baeza P.: "Con respecto a las referidas materias, esta Fiscalía estima que en el caso de hipotecas con cláusula de garantía general constituidas por el marido sobre bienes sociales o propios de la mujer, aun cuando garanticen sólo obligaciones del marido y/o de la mujer, deben contar con autorización específica de la mujer, la cual no tendría ese carácter si no se señalare en la misma hipoteca, al menos, el monto máximo global de obligaciones a que accederá la garantía".

267. LA AUTORIZACIÓN ES SOLEMNE. Dice el artículo 1749 inciso 7º que "la autorización de la mujer deberá ser específica y otorgada por escrito o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad...". Expliquemos, en primer lugar, que con anterioridad a la Ley Nº 18.802, la solemnidad era siempre escritura pública. Hoy puede ser por escrito o por escritura pública, según lo sea el acto para el cual se va a dar la autorización. Así, por ejemplo, si se da la autorización para vender o hipotecar un bien raíz, debe darse por escritura pública; en cambio, si se requiere para celebrar un con-

²⁰⁴ "La hipoteca con cláusula de garantía general y las reglas de administración relativas a los inmuebles de la sociedad conyugal", página 10 (citado por Marcelo Forni, "Algunas consideraciones sobre la cláusula de garantía general hipotecaria", Seminario de Titulación, Universidad Diego Portales, pág. 56).

trato de promesa sobre un bien raíz social o para dar en arriendo un bien raíz social, bastará con que se dé por escrito, porque ni la promesa ni el arriendo requieren de escritura pública.

268. LA AUTORIZACIÓN PUEDE SER DADA PERSONALMENTE O A TRAVÉS DE MANDATARIO. El inciso 7º del artículo 1749, en su parte final, así lo dice: "Podrá prestarse -la autorización- en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso".

También en esta materia la Ley Nº 18.802 introdujo un cambio. Consiste en que antes el mandato, sin ninguna distinción, tenía que ser otorgado por escritura pública. Con la reforma, deberá constar por escrito o en escritura pública, según el caso -así lo dice el artículo 1749-, lo que significa que si se otorga para una autorización de las que deben darse por escritura pública, el mandato también debe cumplir esa solemnidad; en cambio si se confiere para una autorización que debe darse por escrito, bastará con que el mandato se sujete sólo a esa solemnidad. En todo caso, el mandato, desde la reforma de la Ley Nº 18.802, tiene que ser *especial*. Así lo exige hoy el artículo 1749.

Agreguemos que también se entiende dada la autorización cuando la mujer interviene "expresa y directamente *de cualquier modo* en el mismo acto". Así lo dice el artículo 1749 inc. 7º. Hemos destacado la expresión "de cualquier modo", porque fue agregada por la Ley Nº 18.802 y en esa forma quedó definitivamente aclarado que la mujer puede comparecer como parte o de otra manera en el acto (como testigo, por ejemplo). Con anterioridad se había prestado a dudas sobre lo que debía entenderse por intervención de la mujer. Así, por ejemplo, un fallo estableció que "el alcance de la expresión 'interviniendo expresa y directamente en el acto' que emplea el artículo 1749 del Código Civil significa que la mujer debe desempeñar un papel activo en el acto o contrato respectivo. Si se limita a presenciarlo, sin tomar parte en él, como un mero espectador; si tratándose, por ejemplo, de un inmueble social, no comparece en la escritura, aunque haya presenciado y aun aconsejado e instigado su otorgamiento para que el acto se realice en su propio beneficio, no hay autorización, no ha intervenido en la forma querida por el artículo 1749 del Código Civil. Lo mismo cabe decir si se limita a poner su firma al pie de

la escritura de venta, hipoteca o arrendamiento otorgada por el marido, pero sin comparecer en ella. Si el acto o contrato consta por escrito, será menester que la mujer comparezca y suscriba el respectivo instrumento".²⁰⁵

269. LA AUTORIZACIÓN DE LA MUJER PUEDE SER SUPLIDA POR LA JUSTICIA. El inciso final del artículo 1749, que trata de esta materia, permite la autorización judicial en dos casos:

- i. En caso de negativa de la mujer, y
- ii. Si la mujer está impedida para otorgarla. Veamos ambos casos:

270. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DADA POR NEGATIVA DE LA MUJER. Dice el artículo 1749 inciso final, primera parte: "La autorización a que se refiere el presente artículo podrá ser suplida por el juez, previa audiencia a la que será citada la mujer, si ésta la negare sin justo motivo". La ley no quiere que la mujer pueda oponerse a la autorización sin razones valederas; por eso, si ella no quiere darla, deberá resolver el conflicto la justicia, ponderando hasta qué punto son justificadas sus razones.

Se ha fallado que "si la propiedad que se pretende enajenar sirve de casa habitación a la mujer casada -demandada por el marido para obtener que el juez supla la autorización de ella por negativa de ésta- donde vive con sus hijos comunes, existe en la misma un negocio de peluquería que le produce una renta determinada y constituye tal inmueble el único bien raíz de propiedad de la sociedad conyugal, debe concluirse que la cónyuge se opone justificadamente a otorgar la autorización que se le solicita".²⁰⁶

El Código ha previsto la autorización judicial en el caso de negativa de la mujer, porque quiere mantener el principio que quien administra es el marido, de tal suerte que si la mujer se opone tiene que ser por razones valederas. En caso contrario estaría haciendo un mal uso de esta facultad legal, habría un abuso del derecho.

²⁰⁵ T. 59, sec. 1ª, pág. 72.

²⁰⁶ Corte de Valparaíso, 6 de junio de 1990, Gaceta Jurídica, Nº 120, pág. 58. Posteriormente la Corte Suprema desechó el recurso de queja interpuesto en contra de esta sentencia, Gaceta Jurídica, Nº 131, pág. 30.

271. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DADA POR IMPEDIMENTO DE LA MUJER. El inciso final del artículo 1749 señala: "Podrá asimismo ser suplida (la autorización de la mujer) por el juez en caso de algún impedimento de la mujer, como el de la menor edad, demencia, ausencia real o aparente u otro, y de la demora se siguiere perjuicio".

En este caso se exige que de la demora de la mujer se siga perjuicio. De manera que el marido tendrá que probar -lo que normalmente va a hacer con una información sumaria de testigos- que la mujer está impedida, y que de no hacerse la operación se seguirán perjuicios, puesto que el negocio de que se trata es necesario o conveniente para la sociedad. En este caso se procede sin citación de la mujer, por cuanto no está en situación de poder comparecer ante el tribunal justamente por el impedimento que le afecta.

272. LA AUTORIZACIÓN DEBE SER PREVIA. Don Arturo Alessandri sostiene que "la autorización de la mujer debe ser anterior al acto que el marido pretende celebrar o coetánea o simultánea con su celebración. Lo segundo ocurre cuando esa autorización resulta de la intervención expresa o directa de la mujer en él. En ningún caso puede ser posterior. No cabe autorizar la realización de un acto ya celebrado. La autorización de la mujer otorgada con posterioridad, constituiría una ratificación..."²⁰⁷

Estudiemos en los números siguientes los actos respecto de los cuales la mujer debe dar su autorización al marido.

273. ENAJENACIÓN VOLUNTARIA DE BIENES RAÍCES SOCIALES. Dice el artículo 1749 inciso 3º: "El marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente... los bienes raíces sociales". Sobre el particular queremos hacer las siguientes precisiones:

a) Se refiere exclusivamente a la enajenación *voluntaria*, no a la forzada. Ello es lógico, pues, en caso contrario, los acreedores sociales no podrían hacer efectivos los créditos que tuvieran en contra de la sociedad o del marido. Se desvirtuaría su derecho de prenda general.

b) La limitación dice relación únicamente con los *bienes raíces sociales*. Es decir, el marido puede con absoluta libertad enajenar los bienes muebles, cualquiera sea su valor, sin necesidad de la

²⁰⁷ Reformas introducidas al Código Civil por la Ley Nº 10.271, Nº 94, pág. 95.

autorización de la mujer, por ejemplo, vender un camión o un avión. Nos encontramos aquí con otro ejemplo de la tendencia constante del Código de atribuir mayor importancia a los bienes inmuebles que a los muebles. Puede tratarse de una cosa corporal o incorporeal. La ley no hace distinciones. Así, por ejemplo, se requiere autorización de la mujer para enajenar una concesión minera, porque de acuerdo a la Ley Minera (Ley N° 18.097) y al Código de Minería dichas concesiones son derechos reales inmuebles (art. 2° de la Ley Minera; art. 2° Código de Minería).

Si el marido es socio de una sociedad civil o comercial y esa sociedad es dueña de un bien raíz, no se requiere de la autorización de la mujer para que se pueda enajenar el bien, pues en tal caso el bien es de la sociedad civil o comercial de que se trate y no de la sociedad conyugal. (Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.335, que incorporó la institución de los bienes familiares, lo que se acaba de decir puede sufrir una excepción en el caso en que la sociedad sea dueña del inmueble que sea residencia principal de la familia y se declaren como bienes familiares los derechos del cónyuge en dicha sociedad. Ello en conformidad a lo que previenen los artículos 142 y 146 del Código Civil.)

Para que rija la exigencia se tiene que tratar de bienes raíces *sociales*. De consiguiente, la limitación no opera tratándose de bienes raíces propios de cada cónyuge. Dicho esto sin perjuicio de que tratándose de bienes raíces propios de la mujer va a ser necesario cumplir ciertas exigencias para su enajenación de acuerdo al artículo 1754, que luego veremos.

Se ha fallado que "la cesión de derechos litigiosos, según se desprende del artículo 1911 del Código Civil, no requiere de autorización conyugal, porque no se trata de bienes inmuebles, sino de muebles, dado que lo cedido está constituido por el resultado incierto de la litis".²⁰⁸

c) Si bien el artículo 1749 exige la autorización de la mujer para la *enajenación* y no hay tal mientras no se haga la respectiva tradición, hay que entender que la autorización deberá darse para la celebración del respectivo título traslativo que antecede a la tradición. Así lo señala don Arturo Alessandri.²⁰⁹ Dice el profesor

²⁰⁸ C. Suprema, Rev. Der. y Jur., tomo 101, sec. 1ª, pág. 64.

²⁰⁹ *Modificaciones introducidas al Código Civil por la Ley N° 10.271*, N° 97, pág. 97.

Alessandri: "La autorización de la mujer se requiere para el acto jurídico en virtud del cual se haga la tradición y no para ésta, es decir, para el contrato traslativo de dominio, ya que, para que valga la tradición se requiere un título de esta especie (art. 675). La tradición no es sino la consecuencia necesaria de él, la forma de hacer el pago de la obligación contraída por el marido, y como todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes, celebrado el contrato, el marido no podría eludir la tradición de la cosa sobre que versa. Es, pues, el contrato que tal efecto produce el que debe celebrarse con autorización de la mujer".

274. RESCILIACIÓN DE LA COMPRA DE UN BIEN RAÍZ SOCIAL. En relación con la limitación que tiene el marido para enajenar bienes raíces sociales, debe agregarse que hay reiterada jurisprudencia, en el sentido de que también debe la mujer prestar su autorización para resciliar la compraventa de un bien raíz social.²¹⁰ Encontramos estos fallos ajustados a derecho, desde que el artículo 1567 al tratar de la resciliación exige capacidad de disposición, y claramente no la tendría el marido si la mujer no lo autoriza.

275. GRAVAMEN VOLUNTARIO DE BIENES RAÍCES SOCIALES. El artículo 1749 en su inciso 3° así lo establece: "el marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente bienes raíces sociales...". La limitación, lo mismo que en el caso anterior, incide exclusivamente en los bienes raíces sociales. Con la redacción que la Ley N° 18.802 dio al artículo 1749, quedó mejor en esta parte, pues antes no era claro si para que procediera la limitación el gravamen también tenía que ser voluntario.

De acuerdo a lo que se viene diciendo, si se impone una servidumbre legal a un predio social, no se requiere de la autorización de la mujer, porque no se trata de un gravamen voluntario. Lo mismo si se decreta un usufructo sobre un bien raíz social como forma de pagar una pensión alimenticia, de acuerdo al artículo 9° de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

²¹⁰ Rev. Der. y Jur., t. 84, sec. 1ª, pág. 76; Gaceta Jurídica, N° 118, pág. 19; Gaceta Jurídica, N° 112, pág. 22.

276. PROMESA DE ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE UN BIEN RAÍZ SOCIAL. Esta limitación fue introducida por la Ley N° 18.802. Y sin duda fue un acierto del legislador, por cuanto con anterioridad había una gran discusión sobre si era necesario para la validez del contrato de promesa que la mujer tuviera que dar su autorización. Así, para Arturo Alessandri, era necesaria la autorización de la mujer, de manera que si no se daba, la promesa adolecía de nulidad relativa²¹¹. En contra de esa tesis, De la Maza y Larraín, quienes con muy buenas razones llegaban a la conclusión de que tal promesa era válida²¹². Hubo muchísimos fallos de los tribunales, en ambos sentidos, como podrá comprobarse si se examina el Repertorio del Código Civil, t. VI.

277. ENAJENACIÓN O GRAVAMEN VOLUNTARIO O PROMESA DE ENAJENACIÓN O GRAVAMEN SOBRE DERECHOS HEREDITARIOS DE LA MUJER. Dice el artículo 1749 que “el marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales *ni los derechos hereditarios de la mujer*, sin autorización de ésta” (inc. 3°). Esta limitación fue introducida por la Ley N° 18.802. En relación con ella, dice el profesor Fernando Rozas que “en un proyecto anterior esta limitación se imponía sólo si la herencia comprendía inmuebles”. Y agrega que “en las actas de las sesiones conjuntas de las comisiones legislativas se dejó constancia de que la limitación se extendía a todos los derechos hereditarios de la mujer, aunque no comprendieran inmuebles”.²¹³

En relación con esta norma, en otra oportunidad, criticamos su ubicación.²¹⁴ Dijimos que no había razón para que estuviera en el artículo 1749 por no tratarse de un bien social, sino propio de la mujer. Hoy día pensamos de manera distinta, puesto que los derechos hereditarios que pudieren corresponder a la mujer, al no ser derechos inmuebles, no constituyen un bien propio e ingresan por ello al activo relativo de la sociedad conyugal.

²¹¹ Puede verse: Arturo Alessandri, *Reformas introducidas al Código Civil por la Ley N° 10.271*, N° 99, pág. 98, para quien la mujer debía autorizar el contrato de promesa.

²¹² Ob. cit., N° 174, pág. 284.

²¹³ Ob. cit., pág. 49.

²¹⁴ Véase “Modificaciones introducidas por la Ley N° 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 184, pág. 25.

278. DISPOSICIÓN GRATUITA, POR ACTO ENTRE VIVOS, DE BIENES SOCIALES. El artículo 1749 señala en su inciso 4° que “No podrá tampoco (el marido), sin dicha autorización (de la mujer) disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735...”.

Es decir, el marido no puede hacer ninguna donación de bienes sociales sin autorización de su mujer, salvo la excepción del artículo 1735. Nótese que esta limitación si bien parece tener un alcance general, relativa tanto a bienes muebles como inmuebles, tenemos que entenderla referida exclusivamente a los bienes muebles, puesto que si se tratare de inmuebles, la situación ya estaba contemplada en el inciso 3°.

279. ARRENDAMIENTO O CESIÓN DE TENENCIA DE BIENES RAÍCES SOCIALES POR MÁS DE CINCO AÑOS SI SE TRATA DE PREDIOS URBANOS O MÁS DE OCHO SI EL PREDIO ES RÚSTICO. Esta limitación está contemplada en el artículo 1749 inciso 4°: “ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido”.

En relación con este caso hay que precisar:

1) Que se refiere a bienes inmuebles sociales.

2) Que la limitación rige para el arrendamiento o para cualquier otro contrato que implique ceder la tenencia de esos bienes. Esto fue agregado por la Ley N° 18.802 y pensamos que comprende el contrato de comodato sobre un inmueble social.

3) Que con la modificación que la Ley N° 18.802 introdujo al artículo 1749 en esta parte, queda definitivamente aclarado que deben computarse las prórrogas para el cálculo de los 5 u 8 años. De manera que si el contrato se celebra por 5 u 8 años o por plazos inferiores, no se puede prorrogar sin la autorización de la mujer. Este punto había motivado problemas, con anterioridad, en el caso de las prórrogas automáticas.²¹⁵

4) Como veremos en su oportunidad, la sanción a la falta de la autorización de la mujer no es la nulidad del contrato de

²¹⁵ Sobre este punto véase Arturo Alessandri R., *Reformas introducidas al Código Civil por la Ley N° 10.271*, N° 132, págs. 110 y 111; y De la Maza y Larraín, *Reformas introducidas al Código Civil por la Ley N° 10.271*, N° 176, págs. 286-287.

arriendo, como hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802 acontecía, sino la inoponibilidad por el exceso de plazo a la mujer (artículo 1757 inciso 1°).

280. CONSTITUCIÓN DE AVALES U OBLIGACIONES ACCESORIAS PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES DE TERCEROS. Esta limitación la introdujo la Ley N° 18.802, y está contenida en los incisos 5° y 6° del artículo 1749. Dicen estas normas: "Si el marido se constituye aval (debió haber dicho avalista), codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, sólo obligará sus bienes propios" (inc. 5°); "En los casos a que se refiere el inciso anterior para obligar los bienes sociales necesitará la autorización de la mujer".

Esta situación ha creado algunos problemas. Hay casos en que la celebración de un contrato genera, como efecto del mismo contrato, responsabilidad solidaria o subsidiaria. Así ocurre con la celebración de una sociedad colectiva mercantil (art. 370 del Código de Comercio). La pregunta que surge es la siguiente: ¿debe la mujer autorizar la celebración de este contrato? Situación parecida se presenta cuando se endosa una letra de cambio o un cheque, en que de acuerdo al artículo 25 de la Ley N° 18.092 surge responsabilidad solidaria para el endosante. ¿Significa entonces que tales endosos debe también autorizarlos la mujer para que las obligaciones provenientes de ese acto se puedan hacer efectivas en los bienes sociales?

Pablo Rodríguez Grez respondía afirmativamente. Decía: "El artículo 1749 está redactado en términos amplísimos. El inciso 5° del mismo dice que si el marido otorga cualquier caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, sólo obligará sus bienes propios. En consecuencia -agrega- si el marido endosa un documento y de ello se sigue responsabilidad solidaria, sólo obliga los bienes propios y no los bienes de la sociedad conyugal".²¹⁶ Hoy este distinguido profesor tiene una opinión diferente: "...esta regla no afecta aquellas situaciones en que la responsabilidad solidaria o subsidiaria del marido resulta de otro acto jurídico. En estos casos, la responsabilidad solidaria del marido 'deriva' de

²¹⁶ "El régimen patrimonial en el matrimonio y el derecho sucesorio", Revista de Derecho, Universidad Central, julio-diciembre 1989.

un acto jurídico que no requiere de la autorización de la mujer para ejecutarlo..."²¹⁷

Pensamos que en ninguno de los ejemplos propuestos se requiere de la voluntad de la mujer. Ello porque aparte de entorpecer la administración de la sociedad conyugal, que la ley entrega al marido, no fluye de lo que establece el artículo 1749 inciso 5°. Razonamos del modo siguiente: lo que reglamenta el artículo 1749 es el acto en que la voluntad del marido está enderezada a constituir el aval, la fianza o la obligación solidaria en favor de un tercero. Pero no se pueden aplicar esas reglas al caso en que no es la voluntad del marido la que genera la responsabilidad, sino la ley. En efecto, es la ley, en los dos casos que vimos, la que establece la responsabilidad solidaria. La voluntad del marido fue únicamente celebrar un contrato de sociedad comercial o de transferir mediante el endoso un documento mercantil.

En relación con el problema que se está tratando, Fernando Rozas arroja bastante luz: lo que se quiso fue -dice- "que la familia no se viera privada de su patrimonio por los servicios a que son tan aficionados los chilenos. Por eso agrega: "lo que se protege es el patrimonio familiar, es decir, el social, respecto del cual las mujeres son más conservadoras". Y termina con estas conclusiones: "el marido puede celebrar libremente sociedades colectivas comerciales, a pesar de que en dichas sociedades los socios respondan solidariamente de las deudas sociales".²¹⁸

Para terminar este punto, aclaremos que tratándose del endoso de documentos, pueden darse situaciones diferentes. Si el endoso es en prenda de obligaciones de terceros, se requiere que la mujer autorice para que se obliguen los bienes sociales. Pero si se trata de un endoso traslativo de dominio, no se necesita de tal autorización, "aunque resulte obligado solidariamente a pagar al portador el valor de la letra o del pagaré, más los reajustes e intereses, en su caso. Su intención no fue obligarse solidariamente, sino transferir el dominio de la letra o del pagaré".²¹⁹ Termina Rozas señalando: "Pensamos que cuando el marido se constituye avalista de un tercero o da una letra o un pagaré en garantía de

²¹⁷ *Regímenes Matrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 116.

²¹⁸ Ob. cit., pág. 51.

²¹⁹ Rozas, ob. cit., pág. 52.

obligaciones de dicho tercero, incurre en la situación a que se refiere el inciso 5º del artículo 1749. No pensamos lo mismo cuando el marido transfiere, mediante endoso, el dominio de la letra de cambio o del pagaré, en que la obligación solidaria puede ser el resultado del endoso traslativo y no es querida directamente por el endosante".²²⁰

281. SANCIÓN PARA EL CASO DE QUE SE OMITA LA AUTORIZACIÓN DE LA MUJER. Hemos visto que el artículo 1749 requiere de la autorización de la mujer para que el marido pueda realizar una serie de actos o contratos. La sanción, cuando se omite tal autorización, es, por regla general, la nulidad relativa, según lo señala el artículo 1757: "Los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754 y 1755. adolecerán de nulidad relativa". Hacen excepción a esta regla las siguientes situaciones:

1) Cuando la mujer no autoriza el contrato de arrendamiento (o aquel en que se cede la tenencia de un inmueble social) por más de 5 años si es urbano o por más de 8 si es rústico. La sanción es la inoponibilidad de esos contratos más allá de los plazos máximos señalados. Así lo dice el artículo 1757, inciso 1º, segunda parte: "En el caso del arrendamiento o de la cesión de la tenencia, el contrato regirá sólo por el tiempo señalado en los artículos 1759 y 1756". Esto fue establecido por la Ley Nº 18.802. Con anterioridad, se producía la nulidad relativa, lo que algunos criticaban.²²¹

2) Cuando el marido constituya cauciones para garantizar obligaciones de terceros. La sanción consiste en que sólo obliga sus bienes propios. No se obligan los bienes sociales (art. 1749 inc. 5º). Se ha resuelto que si se embarga un bien social por una caución otorgada por el marido sin la autorización de la mujer, la forma de reclamar de esta situación es pidiendo se excluya el bien del embargo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 519 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil. Corte Suprema, 11 de marzo de 2002 (causa rol 2859-01). En igual sentido, Corte de Concepción, 28 de agosto de 2002 (rol 9-2002) y C. Suprema,

19 de marzo del 2002.²²² En otro fallo del 4 de marzo de 2003, la Corte Suprema resolvió que si no cuenta -el marido- con la autorización de la mujer, el acto jurídico es válido ante terceros, pero inoponible a la sociedad conyugal.²²³

282. TITULARES DE LAS ACCIONES DE NULIDAD E INOPONIBILIDAD Y PLAZO PARA INTERPONERLAS. El artículo 1757, en su texto posterior a la Ley Nº 18.802, señala que "la nulidad o inoponibilidad (esto en el caso de los arriendos superiores a los plazos de 5 u 8 años) anteriores podrán hacerlas valer la mujer, sus herederos o cesionarios" (inciso 2º); "el cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde la disolución de la sociedad conyugal, o desde que cese la incapacidad de la mujer o sus herederos" (inc. 3º). "En ningún caso se podrá pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato". Nos parece que el inciso 2º de esta disposición, en cuanto señala los titulares activos de la acción de nulidad relativa, no hace más que confirmar la norma del artículo 1684. Seguramente lo que se quiso fue dejar en claro que no podían alegar la nulidad el marido, sus herederos o cesionarios. En cuanto al inciso 3º, el artículo 1757 decía, que "el cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde que cese la incapacidad de la mujer". La Ley Nº 18.802 le dio una nueva redacción, para concordarla con el hecho de que la mujer casada ya no es relativamente incapaz.

283. SITUACIÓN QUE SE PRODUCE CUANDO LA MUJER AL CASARSE ES SOCIA DE UNA SOCIEDAD DE PERSONAS. Cuando una persona es socia, sus derechos con que cuenta en la sociedad tienen naturaleza mueble. Por ello, al momento de casarse en régimen de sociedad conyugal, dichos derechos, de acuerdo al artículo 1725 Nº 4º, ingresan al activo relativo o aparente de la sociedad conyugal y, por ello, su administración va a corresponder al marido (art. 1749). Como esta situación puede no convenir a los terceros que se asocian con la mujer, la ley permite que al celebrarse la sociedad se pueda acordar que si ésta se casa, la sociedad se extinga.

²²⁰ Ob. cit., pág. 52.

²²¹ Véase Manuel Somarriva, *Derecho de Familia*, Nº 257, págs. 274-275.

²²² RDJ, t. 99, sec. 1ª, pág. 40.

²²³ Gaceta Jurídica, Nº 273, pág. 44. Sobre este punto puede verse también RDJ, t. 100, sec. 1ª, pág. 30.

Tal pacto constituye la forma como los terceros pueden protegerse de la injerencia de un tercero —el marido— en los negocios sociales. Pero si nada han convenido, rige la norma del artículo 1749 inciso 2º: “Como administrador de la sociedad conyugal, el marido ejercerá los derechos de la mujer que siendo socia de una sociedad civil o comercial se casare, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150”.

Nótese que el marido va a pasar a administrar los derechos de que se viene tratando, pero no en calidad de representante legal de su mujer, pues tal representación desapareció con la Ley Nº 18.802, sino en su condición de administrador de la sociedad conyugal. Por eso, esta norma que introdujo la Ley Nº 18.802 vino a reemplazar al inciso final del artículo 2106, que establecía que “el marido como administrador de la sociedad conyugal representará de la misma manera a la mujer que siendo socia se casare”.

Si la mujer, de acuerdo al contrato social, es la administradora de la sociedad, ella continúa con tal administración aunque contraiga matrimonio²²⁴. Ello nos parece absolutamente lógico, pues en ese caso se deben aplicar las reglas del mandato y tal mandato no se extingue por el hecho del matrimonio, en virtud de la derogación que la Ley Nº 18.802 hizo del Nº 8 del artículo 2163 del Código Civil. La administración de la sociedad no es un derecho que le corresponda a la mujer como socia, e incluso podría tenerlo sin ser socia (artículo 385 del Código de Comercio).

El artículo 1749 inciso 2º señala que el marido como administrador de la sociedad conyugal ejercerá los derechos de la mujer que siendo socia de una sociedad civil o comercial se casare, *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150*. Nos cuesta imaginarnos en qué caso puede operar el artículo 150, puesto que es requisito para que exista patrimonio reservado el que la mujer tenga durante el matrimonio una actividad separada de su marido que le produzca ingresos. Y en la situación que estamos estudiando la mujer había celebrado la sociedad de soltera, es decir, los ingresos con que lo hizo no pudieron provenir de una actividad separada de su marido, porque era soltera. Fernando Rozas pone como un ejemplo de esta situación, una sociedad de profesionales. Dice que en ese caso “la mujer sigue ejerciendo los derechos sociales,

sin solución de continuidad, en el ejercicio de su patrimonio reservado. Después de disuelta la sociedad conyugal se aplicarán a los derechos sociales las reglas que señala el artículo 150”.²²⁵

284. SITUACIÓN QUE SE PRODUCE CUANDO LA MUJER DESPUÉS DE CASADA CELEBRA UN CONTRATO DE SOCIEDAD. Se trata de un asunto distinto al que reglamenta el artículo 1749 inciso 2º, pero que nos parece oportuno tratarlo en este momento por referirse también al caso de la mujer socia.

Durante el matrimonio la mujer puede celebrar un contrato de sociedad, pudiendo presentarse diversas hipótesis:

a) Que tenga un patrimonio reservado, y actuando dentro de él, celebre un contrato de sociedad. Este caso no presenta mayores problemas, porque queda regido íntegramente por el artículo 150.

b) Que no tenga patrimonio reservado y celebre un contrato de sociedad. La mujer, por ser plenamente capaz, puede hacerlo. Debe entenderse que los artículos 349 del Código de Comercio y 4º inciso 3º de la Ley sobre Sociedades de Responsabilidad, que exigían autorización del marido, han quedado derogados de acuerdo con el artículo 2º de la Ley Nº 18.802.

Sin embargo, al no tener bienes bajo su administración (porque sus bienes los administra el marido), no va a poder cumplir con la obligación de hacer los aportes convenidos, a menos que el marido consienta. Si así ocurre, no vemos problemas, pero sí los vemos en el caso de que el marido no acepte. En tal supuesto, nos parece, opera el artículo 2101, según el cual “si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta”.

c) Si la mujer tiene alguno de los patrimonios especiales establecidos en los artículos 166 ó 167, puede celebrar el contrato de sociedad, obligando únicamente los bienes de tales patrimonios (art. 137 inc. 1º). Tampoco vemos problemas si la mujer casada celebra el contrato de sociedad y se obliga a aportar únicamente su trabajo personal. La sociedad es válida

²²⁴ Pablo Rodríguez Grez, Rev. cit., pág. 65.

²²⁵ Ob. cit., pág. 28.

y ella está en condiciones de poder cumplir con su obligación de aportar lo convenido.

Fernando Rozas dice que si “la mujer se obliga a aportar un bien propio de aquéllos que administra el marido, hay que distinguir si lo hace con consentimiento del marido o sin él”. “Si lo hace con consentimiento del marido, creemos que en la proporción del valor de ese aporte, el marido es socio”.²²⁶ No nos parece que sea así. No puede ser socio el marido, porque los terceros no celebraron con él el contrato de sociedad. Y en seguida, el bien que se aporta tampoco es del marido, sino de la mujer. No vemos, entonces, en qué podría fundarse esta afirmación de que el marido pasaría a ser socio.

285. ENAJENACIÓN POR LA MUJER DE UN INMUEBLE SOCIAL VIGENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Según se ha venido diciendo, quien administra la sociedad conyugal es el marido, quien, para ciertos actos, requiere de la autorización de la mujer (art. 1749). El artículo 1752 agrega que “La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145.” Preguntémonos entonces ¿qué ocurre si la mujer, dándose por dueña de un bien raíz social, lo enajena? La C. Suprema, en sentencia de 17 de octubre de 2006,²²⁷ resolvió el caso de una mujer casada en régimen de sociedad conyugal que constituyó hipoteca sobre un inmueble social. En el motivo séptimo de la sentencia se sostiene que “resulta de manifiesto que la cónyuge del actor, en razón de su estado de mujer casada en régimen de sociedad conyugal, incurrió en un acto no permitido por la ley al constituir hipoteca sobre un bien social, con prescindencia o ausencia total de la correspondiente autorización del marido, lo cual es suficiente para considerar que el referido gravamen adolece de nulidad relativa de conformidad con lo que preceptúa el artículo 1682 del Código Civil”. En seguida el mismo fallo –considerando octavo– sostiene que “resulta de toda evidencia que de acuerdo con lo que disponen los artículos 1682 y 1684 del Código Civil, el marido en cuanto jefe y administrador de la sociedad conyugal continúa siendo titular de la acción de nulidad relativa, puesto

²²⁶ Ob. cit., pág. 59.

²²⁷ Revista Leyes y Sentencias, N° 28, pág. 11.

que ésta cede en su beneficio, para la correspondiente defensa de los bienes e intereses a su cargo”. A nuestro juicio, la sentencia que venimos comentando es equivocada. En efecto, al tratarse de un inmueble social, en que la mujer por sí sola no tiene derecho alguno durante la sociedad, según lo preceptúa el art. 1752 del Código Civil, quiere decir que al hipotecarlo está hipotecando una cosa ajena, y la doctrina entiende que en tal caso la hipoteca es válida, pero inoponible al dueño.²²⁸

286. SITUACIONES EXCEPCIONALES EN QUE LA MUJER PARTICIPA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES Y LOS OBLIGA. Hay algunas situaciones en que, por excepción, la mujer participa en la administración de bienes sociales y los obliga. Veamos estos casos en los números siguientes.

287. LAS COMPRAS QUE LA MUJER HAGA AL FIADO DE OBJETOS MUEBLES NATURALMENTE DESTINADOS AL CONSUMO ORDINARIO DE LA FAMILIA, OBLIGAN LOS BIENES SOCIALES (ART. 137 INC. 2°). Por esta vía la mujer está interviniendo en la administración de los bienes sociales, y los está comprometiendo.

288. CASO DE LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL (ART. 138 INC. 1°). Esta situación la estudiaremos más adelante.

289. CASO DE IMPEDIMENTO DEL MARIDO, QUE NO SEA DE LARGA E INDEFINIDA DURACIÓN (PORQUE SI FUERE DE LARGA E INDEFINIDA DURACIÓN ENTRAN A JUGAR LAS REGLAS DE LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA), Y DE LA DEMORA SE SIGUIERE PERJUICIO. La mujer puede intervenir con autorización judicial, que deberá darse con conocimiento de causa (artículo 138 inciso 2°).

290. CASO DE LA MUJER QUE ACTÚA CON MANDATO GENERAL O ESPECIAL DEL MARIDO. La mujer mandataria puede hacerlo en representación del marido o a nombre propio. Si lo hace en representación del marido, está obligando únicamente los bienes sociales y del

²²⁸ Manuel Somarriva, *Tratado de las Cauciones*, N° 402, pág. 385; Rafael Mery B., *Derecho Hipotecario*, N° 80, pág. 193.

marido (lo que no hace más que confirmar la regla del artículo 1448). Sólo obligará sus propios bienes si se probare que el acto cedió en su utilidad personal (arts. 1750, 1751 inc. 1º).

Si la mujer mandataria contrata a su propio nombre, regirá lo dispuesto en el artículo 2151. Así lo establece el artículo 1751 inciso 2º. Ello significa que sólo obliga sus bienes propios.

291. OTRO CASO EN QUE LA MUJER PODRÍA INTERVENIR EN LA ADMINISTRACIÓN DE BIENES SOCIALES. Finalmente, nos parece que con la modificación que la Ley Nº 18.802 introdujo al artículo 1739, estableció otra posibilidad de que la mujer pueda intervenir en la administración de los bienes sociales. La Ley Nº 18.802, reemplazó el artículo 1739. Nos importan, para lo que queremos explicar, los incisos 4º y 5º. Dice el primero: "Tratándose de bienes muebles, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos –los cónyuges– pudieran intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o tradición del bien respectivo". Pongamos un ejemplo para entender la situación: un tercero compra a una mujer casada un refrigerador, un piano o un televisor, y se le hace la correspondiente tradición. Esos bienes son sociales y por ende la mujer no podía disponer de ellos. Por la misma razón, tales ventas son inoponibles a la sociedad conyugal, y el marido podría reivindicarlos. Sin embargo, el Código, con el claro propósito de proteger a los terceros de buena fe que contrataron con la mujer, establece que "quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos pudieran intentar fundada en que el bien es social". En el fondo, con esta frase "quedarán a cubierto de toda reclamación" presume de derecho que el bien era de la mujer y que por lo mismo podía venderlo. Para que opere esta situación tan excepcional, se deben cumplir los siguientes requisitos que indica la norma:

- 1) Que se trate de bienes muebles;
- 2) Que el tercero esté de buena fe, esto es, que no sepa que el bien es social;
- 3) Que se haya efectuado la tradición del bien (justamente este requisito es el que justifica la buena fe del tercero), y
- 4) Que no se trate de bienes sujetos a régimen de inscripción, pues si así fuere y el bien está inscrito a nombre del marido, des-

aparece la presunción de buena fe, desde que el tercero tenía la forma de saber que el bien no era de la mujer (art. 1739 inciso 5º). Contrario sensu, si el bien está inscrito a nombre de la mujer –situación muy corriente en el caso de los automóviles– y la mujer lo vende, el tercero adquirente queda a cubierto de toda reclamación del marido.

De manera que si la mujer vende, como propios, un automóvil, o acciones de una sociedad anónima, o una nave o aeronave –todos bienes sujetos a régimen de inscripción– tal venta es inoponible a la sociedad y el marido podría reivindicarlos, siempre que tales bienes se encontraren inscritos a nombre del marido. Si están inscritos a nombre de la mujer, no cabe la acción reivindicatoria del marido.

292. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS DE LA MUJER. Hemos dicho que dentro de la administración ordinaria de la sociedad conyugal, es necesario distinguir la administración de los bienes sociales y la administración de los bienes propios de la mujer. Ya hemos visto la administración de los bienes sociales. Pasemos, entonces, a estudiar la administración de los bienes propios de la mujer.

De acuerdo al artículo 1749, "el marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales" (inc. 1º). En seguida, al reglamentar en el artículo 1754 la enajenación de los bienes propios de la mujer, se señala que "La mujer, por su parte, 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" (inciso final, cuyo texto actual fue dado por la Ley Nº 19.335). Estas dos normas dejan perfectamente perfilada la idea de que es el marido quien administra los bienes propios de la mujer sin que ella tenga más facultades que autorizar a su marido en ciertos casos.

293. SANCIÓN PARA EL CASO EN QUE LA MUJER CONTRAVINIERE LA NORMA DEL ARTÍCULO 1754 INCISO FINAL. Hay controversia respecto de la sanción que se sigue en el caso de contravenirse por la

mujer el inciso final del artículo 1754. Así, para Fernando Rozas, es la nulidad absoluta, "ya que el inciso final del artículo 1754 es una disposición prohibitiva. Si la enajenación la hace la mujer a través de una compraventa, ésta es nula por disponerlo así el artículo 1810, que prohíbe la compraventa de cosas cuya enajenación esté prohibida por la ley; y ése es el caso del inciso final del artículo 1754".²²⁹

Hernán Troncoso Larronde se pronuncia también por la nulidad absoluta. Afirma que no cabe aplicar a este caso la sanción contemplada en el artículo 1757, pues esa norma sanciona con nulidad relativa "los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754 y 1755." y en el caso que nos ocupa, la sanción no proviene de haberse omitido alguno de los requisitos establecidos en dichas disposiciones, sino de haberse vulnerado lo señalado en el artículo 1754 inciso final. Por otra parte, agrega, la infracción que sanciona el artículo 1757 se refiere al caso en que el marido enajene sin autorización de la mujer, no al caso contrario.

Pablo Rodríguez Grez sostiene que "para determinar qué tipo de nulidad corresponde aplicar en caso de que la mujer enajene, grave, dé en arrendamiento o ceda la tenencia de sus bienes propios que administra el marido, debe precisarse, previamente, si el inciso final del artículo 1754, en el día de hoy, es una norma prohibitiva o imperativa" y agrega que antes de la reforma de la Ley N° 19.335 dicha disposición era indudablemente una norma prohibitiva, pero con la modificación ha devenido en imperativa y, por ende, la nulidad absoluta ha sido sustituida por la nulidad relativa.²³⁰

La jurisprudencia ha optado por la nulidad absoluta: "la compraventa de derechos hereditarios que recaen en un inmueble perteneciente a la mujer casada en sociedad conyugal y hecha por ésta, sin la intervención del marido, adolece de nulidad absoluta. El inciso final del artículo 1754 del C. Civil prohíbe a la mujer gravar, enajenar o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido y, por lo mismo, tratándose de una ley prohibitiva, su infracción produce la nulidad absoluta

²²⁹ Ob. cit., pág. 58.

²³⁰ *Regímenes Matrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 139.

del negocio que la contraviene, por mandato de los artículos 10, 1466 y 1682 del C. Civil. Esta sanción aparece más conforme con los principios generales de la clasificación de las leyes, pues el artículo 1754 inciso final no permite a la mujer enajenar por sí sola sus bienes inmuebles bajo ningún pretexto".²³¹ La misma sentencia agregó que "la mujer que interviene en el contrato nulo por falta de concurrencia de su marido no puede menos que saber que es casada y por lo mismo está impedida de demandar la nulidad absoluta del negocio que celebró en estas condiciones".

El fallo tiene un comentario favorable de los profesores Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, quienes expresan que comparten la tesis de la nulidad absoluta, por varias razones:

a) la regla de la nulidad relativa del artículo 1757 no cabe aplicarla, porque dicha norma sanciona con nulidad relativa la falta de cumplimiento de requisitos del artículo 1754, pero el inciso final del artículo 1754, no establece requisito alguno, sino una enfática orden: la mujer no puede celebrar actos de enajenación, gravamen o arrendamiento de sus bienes raíces. Sólo puede hacerlo en la hipótesis del artículo 145 (debe entenderse 138, con el cambio de numeración que introdujo la Ley N° 19.335);

b) el artículo 1754 contiene requisitos para aquéllos casos en que es el marido quien celebra el negocio y ese requisito consiste en contar con la voluntad de la mujer. Luego la nulidad relativa se produce cuando es el marido quien celebre el negocio sin el consentimiento de su mujer. Pero en el caso que nos preocupa el acto lo celebra la mujer;

c) finalmente, la nulidad relativa del artículo 1757, está establecida en interés de la mujer y no de su marido, "a diferencia de lo que ocurría bajo el imperio del antiguo artículo 1684, que entendía conferida la acción de nulidad relativa, por incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, al marido, a ella y a sus herederos y cesionarios. Pues bien -continúa el comentario de los profesores Domínguez-, si ahora la nulidad relativa del artículo 1757 se concede a la mujer, no es posible aplicarla para

²³¹ Corte de Concepción, sentencia de 28 de septiembre de 1994, causa rol 14-94, fallo citado en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 195, pág. 155.

el caso en que sea ella quien enajene sus bienes sin intervención del marido, porque se daría el absurdo de que quien concurre en el vicio sería el titular de la acción...”.

Cuando pensábamos que la jurisprudencia se había uniformado en el sentido que la sanción es la nulidad absoluta, nos sorprende un último fallo de la Excm. Corte Suprema. En efecto, el 20 de marzo de 2006 se pronunció por la tesis de la nulidad relativa. El considerando tercero de la sentencia de reemplazo expresa: “Que la falta de comparecencia del marido a la venta de un bien propio de la mujer, que ha sido convenida sólo por ésta, da lugar a la nulidad relativa del acto respectivo, según se infiere de los artículos 1757 y 1682 inciso final del Código Civil, en relación con el artículo 1447 inciso 3º, pues el vicio consiste en la omisión de una formalidad habilitante para la ejecución por un incapaz relativo de un acto o contrato”.²³²

En la primera edición de este libro nos pronunciamos por la tesis de la nulidad relativa. Hoy creemos mejor fundada la idea de que la sanción es la nulidad absoluta, a pesar de que el inciso final del artículo 1754 fue modificado por la Ley Nº19.335, haciendo menos estricta la prohibición. Por ello no compartimos el fallo de la Corte Suprema que se acaba de mencionar.

Un último comentario sobre el inciso final del artículo 1754. La norma prohíbe a la mujer realizar sólo ciertos actos en relación con sus bienes propios, ¿significa ello que estaría facultada para ejecutar otros actos? Tomasello señala que “el hecho de que el artículo 1754 inciso final del CC aluda sólo a la enajenación, gravamen o arrendamiento y cesión de la tenencia de bienes que administra el marido, es decir, que están en el haber propio de la mujer, no significa en nuestro concepto que la mujer pueda realizar otros actos respecto de idénticos bienes.”²³³ Estamos de acuerdo con esta opinión.

294. CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 1754. Claudia Schmidt Hott afirma que esta disposición es inconstitucional, por contravenir la garantía de la igualdad ante

²³² Gaceta Jurídica, Nº 309, pág. 106.

²³³ Leslie Tomasello Hart, *Situación Jurídica de la Mujer Casada*, Edeval, Valparaíso, 1989, pág. 105.

la ley garantizada por el artículo 19 Nº 2 de la Carta Fundamental, que prohíbe “establecer diferencias arbitrarias”. Además agrega que la norma contraviene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 3º, Diario Oficial del 27 de mayo de 1989; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26, Diario Oficial del 29 de abril de 1989; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, artículo 17 Nº4, Diario Oficial del 5 de enero de 1991, y especialmente la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 15 Nº 2.²³⁴

Una opinión diferente encontramos en Pablo Rodríguez, quien expresa que “las limitaciones consagradas en la ley en relación a los bienes propios de la mujer, si bien tienen carácter legal, han sido voluntariamente aceptadas por la mujer al momento de contraer matrimonio y optar por el régimen de sociedad conyugal”, y agrega más adelante, “el derecho legal de goce que la ley otorga al marido para hacer frente a las necesidades de la familia común no permite considerar que las limitaciones que sufre la mujer en relación a sus bienes propios sean injustificadas, arbitrarias, caprichosas o indebidas”. Y termina expresando que “los tratados internacionales no impiden que los esposos, al contraer matrimonio, puedan fijar el régimen patrimonial a que se someterán, ni que éste consagre diferencias que se justifican en consideración a los deberes y obligaciones que pesan sobre ellos...”²³⁵

Sin entrar al fondo del problema, nos parece, en todo caso, necesario dejar constancia que no participamos del argumento de Pablo Rodríguez que por el hecho de haber aceptado la mujer casarse en régimen de sociedad conyugal, desaparecería el supuesto vicio de inconstitucionalidad. Aceptar esta razón es desconocer el carácter de orden público que tiene la disposición de la Carta Fundamental.

295. FUNDAMENTO DE ESTA ADMINISTRACIÓN. La razón de esta situación no es la incapacidad de la mujer, ya que ésta, desde la entrada en

²³⁴ *Nuevo régimen matrimonial. Ley Nº19.335, analizada y comentada*, Edit. ConoSur, 1995, págs. 20-21.

²³⁵ *Regímenes Matrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 126.

vigencia de la Ley N° 18.802, es plenamente capaz. El fundamento debemos buscarlo en el hecho de que los frutos de los bienes propios de la mujer ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal (art. 1725 N° 2) y por ello son administrados por el marido. Ciertamente, por poner un ejemplo, que la mujer es dueña de un departamento, pero también es verdad que las rentas del mismo departamento ingresan a la sociedad conyugal, por lo que a la sociedad no le es indiferente que ese bien pudiere ser enajenado o arrendado en condiciones poco convenientes para el interés social.

296. FACULTADES DEL MARIDO EN ESTA ADMINISTRACIÓN. Las facultades que tiene el marido en la administración de estos bienes son más limitadas que respecto de los bienes sociales. Ello se explica, pues aquí está administrando bienes ajenos.

Nos parece, además, que en este caso el marido responde hasta de la culpa leve. No hay ninguna norma que lo diga en forma expresa, pero esa es la regla que, en cada caso, va sentando el legislador respecto de quien administra bienes ajenos. Así lo prueban diversas disposiciones del Código (arts. 256 inc. 1°; 391; 1299; 2129, relativas al padre de familia, tutor o curador, albacea y mandatario, respectivamente).

Tratándose de la administración de estos bienes, la mujer podría obligarlo a rendir cuenta de su administración. Así lo afirma Somarriva²³⁶ y nos parece razonable, aunque ninguna ley lo establezca, desde que constituye un principio general de derecho que quien administra bienes ajenos quede obligado a rendir cuenta.

297. LIMITACIONES A LAS FACULTADES DEL MARIDO EN ESTA ADMINISTRACIÓN. Las limitaciones a la administración del marido dicen relación con los siguientes actos:

- 1) Aceptación o repudiación de una herencia o legado.
- 2) Aceptación o repudiación de una donación.
- 3) Aprobación del nombramiento de partidor en bienes en que tiene interés la mujer.
- 4) Provocación de la partición en bienes en que tiene interés la mujer.

²³⁶ *Derecho de Familia*, N° 261, pág. 279.

5) Para enajenar los bienes muebles de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie (art. 1755).

6) Para dar en arriendo o ceder la tenencia de bienes raíces más allá de 5 u 8 años, según se trate de predios urbanos o rústicos.

7) Para enajenar o gravar los bienes raíces de la mujer.

Veamos estos casos en el mismo orden.

298. ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE UNA HERENCIA O LEGADO DEFERIDO A LA MUJER. La Ley N° 19.585 introdujo un inciso final al artículo 1225, que contiene esta limitación: "El marido requerirá el consentimiento de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal para aceptar o repudiar una asignación deferida a ella. Esta autorización se sujetará a lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 1749".

299. SANCIÓN PARA EL CASO QUE EL MARIDO OMITA ESTA DILIGENCIA. La sanción es indudablemente la nulidad relativa de esa aceptación o repudiación, por tratarse de la omisión de un requisito establecido en favor de la mujer.

300. ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE UNA DONACIÓN HECHA A LA MUJER. Requiere también del consentimiento de ésta en atención a lo dispuesto en el artículo 1411 inciso final: "Las reglas dadas sobre la validez de la aceptación y repudiación de herencias o legados se extienden a las donaciones".

301. APROBACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE PARTIDOR EN BIENES EN QUE TIENE INTERÉS LA MUJER. Esta limitación está contemplada en el artículo 1326 del Código Civil. Dice el inciso 1°: "Si alguno de los coasignatarios no tuviere la libre disposición de sus bienes, el nombramiento de partidor, que no haya sido hecho por el juez, deberá ser aprobado por éste". Y agrega en el inciso 2°: "Se exceptúa de esta disposición la mujer casada cuyos bienes administra el marido; *bastará en tal caso el consentimiento de la mujer, o el de la justicia en subsidio*".

302. SANCIÓN A LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA MUJER. Si se incumple esta regla, hay nulidad relativa, por tratarse de la omisión de un requisito que dice relación con el estado o calidad de las partes.

303. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE PARTICIÓN DE BIENES EN QUE TIENE INTERÉS LA MUJER. Recordemos que la partición se provoca solicitando judicialmente la designación de partidor. Tratándose de bienes en que la mujer casada tiene interés, debe el marido hacerlo con el consentimiento de su mujer, si ésta fuere mayor de edad y no estuviere imposibilitada de prestarlo, o de la justicia en subsidio. Así lo dispone el artículo 1322 inc. 2º.

Deberá tenerse presente que esta limitación rige para "provocar" la partición. Ella no opera si la partición se hace de común acuerdo, en conformidad al artículo 1325, pues en tal caso el marido no está "provocando" la partición. Tampoco rige la limitación si la partición la pide otro comunero.

304. SANCIÓN A LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA MUJER. La infracción al cumplimiento de esta exigencia produce nulidad relativa (art. 1682 inc. final en relación con el art. 1348).

305. ¿PUEDE LA MUJER POR SÍ SOLA PROVOCAR LA PARTICIÓN? De acuerdo a lo que se acaba de señalar, cuando es el marido quien pide el nombramiento de partidor en bienes de su mujer debe hacerlo con el consentimiento de ésta. La pregunta que cabe formular es si la mujer puede por sí sola solicitar el nombramiento de partidor.

En ediciones anteriores sostuvimos que nos parecía perfectamente posible, dado que, desde que entró en vigencia la Ley Nº 18.802, es plenamente capaz para intentar acciones judiciales y es sabido que la solicitud de designación de partidor es la forma de hacer efectiva la acción de partición. Sin embargo, hoy con mayor reflexión estimamos que ello no es así, atendido lo que dispone el artículo 138 bis del Código Civil. Si se relaciona esta disposición con el artículo 1326, la conclusión a que debe arribarse es que la partición de bienes en que tenga interés la mujer la debe pedir el marido con el consentimiento de su mujer y sólo si el marido se negare injustificadamente puede la mujer actuar por sí misma previa autorización judicial, obligando en este caso sus bienes propios y los activos de su patrimonio reservado o especiales de los artículos 150, 166 y 167 y los bienes sociales y del marido sólo hasta concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieren reportado del acto.

306. ENAJENACIÓN DE BIENES MUEBLES QUE EL MARIDO ESTÉ O PUEDA ESTAR OBLIGADO A RESTITUIR EN ESPECIE. Esta limitación está contenida en el artículo 1755: "Para enajenar o gravar otros bienes de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, bastará el consentimiento de la mujer, que podrá ser suplido por el juez cuando la mujer estuviere imposibilitada de manifestar su voluntad".

Cuando la norma habla de "*otros bienes*" hay que entenderlo en relación con lo que se dice en el artículo anterior, que está referido a los bienes inmuebles. De consiguiente, está claro que estos "*otros bienes*" son muebles.

El artículo 1755 se refiere a dos situaciones diferentes:

a) Enajenación de bienes muebles que el marido esté obligado a restituir en especie, y

b) Enajenación de bienes muebles que el marido pueda estar obligado a restituir en especie.

a) El marido *está obligado* a restituir en especie los bienes muebles de la mujer que fueron excluidos de la sociedad conyugal en conformidad al artículo 1725 Nº 4 inciso 2º. Con anterioridad a la Ley Nº 18.802 se decía que el marido también estaba obligado a restituir en especie los bienes muebles de uso personal necesario de la mujer, porque tales bienes estaban excluidos de la sociedad conyugal, por el inciso final del artículo 1739. Sin embargo, la Ley Nº 18.802 derogó ese inciso, por lo que tal rubro desapareció.

b) El marido *puede estar obligado* a restituir en especie aquellos bienes muebles que la mujer aporta en las capitulaciones matrimoniales al matrimonio, debidamente tasados para que el marido se los restituya en especie o en valor a elección de la mujer. Tal estipulación en las capitulaciones matrimoniales parece perfectamente lícita, de acuerdo al artículo 1717.

307. SANCIÓN A LA FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA MUJER. Si la mujer no prestare su consentimiento para la enajenación de estos bienes, tal enajenación adolecería de nulidad relativa, según lo establece el artículo 1757. Y podría ser alegada por la mujer, sus herederos o cesionarios, en el plazo que esa misma disposición contempla.

308. ARRENDAMIENTO O CESIÓN DE TENENCIA DE BIENES RAÍCES DE LA MUJER, POR MÁS DE CINCO U OCHO AÑOS, SEGÚN SE TRATE DE PREDIOS URBANOS O RÚSTICOS. Esta situación está tratada en el artículo 1756: "Sin autorización de la mujer, el marido no podrá dar en arriendo o ceder la tenencia de los predios rústicos de ella por más de ocho años, ni los urbanos por más de cinco, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido".

Señalemos que con anterioridad a la Ley N° 18.802 sólo se regulaba el arrendamiento. La reforma agregó lo de "ceder la tenencia". Podemos repetir aquí lo que dijimos al tratar el artículo 1749, en orden a que un buen ejemplo de acto que ceda la tenencia es el contrato de comodato.

El inciso 2° del artículo 1756 agrega que "es aplicable a este caso lo dispuesto en los incisos 7° y 8° del artículo 1749". La referencia al inciso 7° significa que la autorización de la mujer debe ser específica y por escrito y que se entiende dada si interviene expresa y directamente, de cualquier modo, en el contrato. Quiere decir también que la mujer puede dar su autorización personalmente o por medio de mandatario especial cuyo mandato conste por escrito. Y la referencia al inciso 8° implica que en caso de impedimento o de imposibilidad de la mujer para prestar su autorización opera la autorización judicial subsidiaria. Como dijimos en otra oportunidad, "algunos podrán formular a esta disposición la misma crítica que se hace al actual artículo 1756" –nos referíamos al vigente antes de la reforma de la Ley N° 18.802– en orden a que no resulta lógica la autorización supletoria de la justicia en el caso de negativa de la mujer, desde que, después de todo, se trata de bienes raíces de ella. Personalmente no comparto tal crítica, pues es cierto que se trata de bienes raíces de la mujer, pero de no arrendarse, el perjuicio es de la sociedad conyugal, ya que las rentas de arriendo ingresan al activo absoluto de esa sociedad conyugal (art. 1725 N° 2).²³⁷

309. SANCIÓN A LA FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA MUJER. La sanción al incumplimiento de esta norma es la inoponibilidad para la

²³⁷ René Ramos Pazos, "Modificaciones introducidas por la Ley N° 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno", Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 184, pág. 26.

mujer de los contratos de arrendamiento o de aquéllos en que se cede la tenencia, por plazos superiores a 5 u 8 años. Así lo dice el artículo 1757, inciso 1°, parte final. El inciso 2° agrega que la acción de inoponibilidad le corresponde a la mujer, a sus herederos o cesionarios.

310. ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE BIENES RAÍCES PROPIOS DE LA MUJER. Esta situación está tratada en el artículo 1754: "No se podrán enajenar ni gravar los bienes raíces de la mujer, sino con su voluntad" (inciso 1°).

La disposición sufrió importantes modificaciones con la Ley N° 18.802. En efecto, antes se decía "no se podrán enajenar ni gravar los bienes raíces de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino...". Había que distinguir entre bienes raíces de la mujer que el marido estaba obligado a restituir en especie de aquéllos otros que podía estar obligado a restituir en especie. Pertenecían al segundo grupo aquéllos bienes raíces que, en conformidad al artículo 1725 N° 6, la mujer hubiere aportado en las capitulaciones matrimoniales debidamente tasados para que el marido se los restituyera a la disolución de la sociedad, en dinero o en especie a elección de la mujer. Pero como la Ley N° 18.802 suprimió el N° 6 del artículo 1725, fue necesario cambiar la redacción del inciso 1° del artículo 1754, por la que ya hemos transcrito, que es mucho más simple: el marido no puede enajenar ni gravar bienes raíces de la mujer, sino con voluntad de la mujer.

Antes de la Ley N° 18.802, el artículo 1754 era más exigente para la enajenación o gravamen de un bien raíz propio de la mujer. Se requería copulativamente:

- a) Consentimiento de la mujer, y
- b) Autorización judicial, que debía darse con conocimiento de causa y que sólo podía fundarse en la facultad concedida por la mujer al marido en las capitulaciones matrimoniales o en la necesidad o utilidad manifiesta de la mujer.

Esta doble exigencia quedó reducida exclusivamente a la primera: voluntad de la mujer.

El inciso 2° del artículo 1754 establece que "la voluntad de la mujer deberá ser específica y otorgada por escritura pública, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en

el acto. Podrá prestarse, en todo caso, por medio de mandato especial que conste de escritura pública".

No requiere la norma mayor comentario, puesto que casi es copia de la del artículo 1749 ya estudiada. Deberá sí tenerse presente que, en este caso, el mandato deberá constar siempre por escritura pública.

El inciso 3º del artículo 1754 establece que "Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare *imposibilitada* de manifestar su voluntad". He destacado "imposibilitada" para resaltar que si la mujer se opone, no cabe la autorización judicial supletoria, porque la disposición no la contempla. Y es lógico, porque, después de todo, se trata de un bien de la mujer.

311. AUTORIZACIÓN SUPLETORIA DE LA JUSTICIA PARA EL CASO QUE EL MARIDO SE OPONGA A LA ENAJENACIÓN DE UN BIEN PROPIO DE LA MUJER. La Ley Nº 19.335, al incorporar el artículo 138 bis del Código Civil, vino a resolver un problema que había creado la Ley Nº 18.802, que consistía en que si el marido se oponía a la voluntad de la mujer de enajenar o gravar un bien propio, ésta simplemente estaba impedida de hacerlo, pues no había la posibilidad de obtener una autorización judicial supletoria.

Decimos que era un problema que había creado la Ley Nº 18.802, pues con anterioridad a su entrada en vigencia se había entendido que la mujer podía enajenar o gravar directamente sus bienes raíces, autorizada por su marido o, en el caso de impedimento o negativa de éste, por el juez en subsidio. No lo decía expresamente el artículo 1754, pero se llegaba a esa conclusión aplicando la regla general contenida en el artículo 137, que establecía, entre otras cosas, que la mujer no podía sin el consentimiento del marido enajenar sus bienes, y el artículo 143, que prescribía que el consentimiento del marido podía ser suplido por el juez, en caso de imposibilidad o negativa. Pero la Ley Nº 18.802 generó el problema al sustituir totalmente lo dicho por el artículo 137; eliminar el artículo 143 y, además, establecer categóricamente en el artículo 1754, que la mujer no podía enajenar, gravar ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido. De esa forma resultó que si el marido se oponía a la enajenación o

gravamen de los bienes de la mujer, ésta simplemente quedaba en la imposibilidad de efectuarlos.

La Ley Nº 19.335, al agregar al Código Civil un nuevo artículo, el 138 bis, dio solución al problema. En efecto, esta norma prescribe que "Si el marido se negare injustificadamente a ejecutar un acto o a celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer, el juez podrá autorizarla para actuar por sí misma previa audiencia a la que será citado el marido" (la Ley Nº 19.968, sobre Tribunales de Familia, dio a esta norma este texto). De manera que si la mujer quiere enajenar o gravar un bien raíz propio, y el marido se opone, puede hoy día recurrir a la justicia, para que ésta la autorice.

Al obrar la mujer autorizada por la justicia por negativa del marido, "sólo obligará sus bienes propios y los activos de sus patrimonios reservados o especiales de los artículos 150, 166 ó 167, mas no obligará el haber social ni los bienes propios del marido, sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieren reportado del acto".

Si el marido está impedido para dar la autorización (impedimento que no sea de larga o indefinida duración, pues en caso contrario entran a operar las reglas de la administración extraordinaria), la mujer puede solicitar autorización al juez, que la dará con conocimiento de causa, si de la demora se siguiere perjuicio. En este caso, la mujer "obliga al marido en sus bienes y en los sociales de la misma manera que si el acto fuera del marido; y obliga además sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que reportare del acto" (art. 138 incisos 2º y 3º).

312. EL MARIDO ES QUIEN REALIZA LA ENAJENACIÓN. No obstante tratarse de bienes propios de la mujer, quien comparece enajenando o gravando es el marido en su condición de administrador de los bienes de su mujer. Esta última sólo presta su consentimiento en los términos que señala el artículo 1754.

De acuerdo a lo que se acaba de decir, deberá dejarse claramente establecido que el marido comparece como administrador de los bienes de su mujer. Sería erróneo expresar que concurre en representación legal de su mujer, porque esa representación cesó con la Ley Nº 18.802, ya que siendo la mujer plenamente capaz, no requiere de representante legal. Por ello, esa ley mo-



difícil el artículo 43 eliminando al marido como representante legal de su mujer.

313. SANCIÓN A LA FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA MUJER. La enajenación o gravamen de los bienes raíces propios de la mujer, sin su consentimiento, trae consigo su nulidad relativa. Así lo establece el artículo 1757, disposición que agrega que la acción de nulidad compete a la mujer, sus herederos o cesionarios; que el cuadrienio para impetrarla se contará desde la disolución de la sociedad conyugal, o desde que cese la incapacidad de la mujer o de sus herederos; y que en ningún caso se podrá pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato.

314. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS SOBRE ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Hay consenso en que el artículo 1749 del Código Civil, que entrega al marido la administración de los bienes sociales y los bienes propios de su mujer, es contrario a la Constitución Política, pues vulnera la garantía de la igualdad ante la ley establecida en el artículo 19 N° 2 del texto constitucional. Además no respeta diferentes tratados internacionales ratificados por Chile. Nos remitimos en este punto a lo dicho cuando tratamos el artículo 1754 inciso final. Sólo queremos agregar que una situación muy parecida se dio en Louisiana, Estados Unidos de América, donde se planteó la constitucionalidad de una disposición del Código de ese Estado, que confería al marido facultades semejantes a las del artículo 1749 del Código Civil chileno, resolviéndose que la norma era inconstitucional porque violaba la Cláusula de Igual Protección de la 14ª Enmienda (Kirchberg V. Feenestra).

315. ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. El artículo 138 del Código Civil, en su inciso 1º, señala que “si por impedimento de larga o indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia, o desaparecimiento, se suspende la administración del marido, se observará lo dispuesto en el párrafo 4º del Título De la sociedad conyugal”. Y el párrafo 4º del Título De la sociedad conyugal trata “De la administración extraordinaria de la sociedad conyugal”. Quiere decir, entonces,

que la administración extraordinaria de la sociedad conyugal es la que procede en los casos en que por incapacidad o larga ausencia del marido éste no puede ejercerla.

Está tratada, en el párrafo 4º del Título XXII del Libro IV, artículos 1758 y siguientes del Código. La primera de estas normas dice: “La mujer que en el caso de interdicción del marido, o por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, hubiere sido nombrada curadora del marido, o curadora de sus bienes, tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal”.

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

La administración extraordinaria ha sido definida como “la que ejerce la mujer como curadora del marido o de sus bienes por incapacidad o ausencia de éste, o un tercero en el mismo caso”.²³⁸

Lo que tipifica la administración extraordinaria es que la ejerza un curador del marido o de sus bienes, que puede o no puede ser la mujer. Lo normal será que la curadora sea la mujer y por ello le corresponda la administración extraordinaria.

316. CASOS EN QUE TIENE LUGAR LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA. Tiene lugar cuando se le ha designado curador al marido, lo que puede haber sucedido por alguna de las siguientes razones:

- 1) Por ser menor de 18 años;
- 2) Por haber sido declarado en interdicción por demencia, prodigalidad o sordomudez (previo a ello tendrá que existir la resolución judicial que declare la interdicción), y
- 3) Por encontrarse ausente, en los términos del artículo 473.

317. LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA NO REQUIERE DE DECRETO JUDICIAL QUE LA CONFIERA. Cumplidos los requisitos recién señalados, y discernida la curatela (el discernimiento supone que se ha rendido la fianza o caución y realizado el inventario solemne:

²³⁸ Arturo Alessandri, *Tratado de las Capitulaciones Matrimoniales*, N° 708, pág. 454.

art. 374), el curador asume la administración extraordinaria de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

318. CASOS EN QUE LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA CORRESPONDE A LA MUJER. Ello ocurre cuando ha sido designada curadora de su marido, situación que puede darse respecto del marido:

- 1) Demente (artículos 462 N° 1, 463 y 1758);
- 2) Sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente (art. 470 en relación con los artículos 462 N° 1, 463 y 1758);
- 3) Menor de edad, desde que ninguna norma incapacita a la mujer para ser curadora de su marido en este caso, y
- 4) Ausente (artículo 475, en relación con los artículos 83, 462 N° 1, 463 y 1758).

319. CASOS EN QUE LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA CORRESPONDE A UN TERCERO. La administración extraordinaria va a corresponder a un tercero cuando sea designado curador del marido, lo que puede ocurrir en alguno de los siguientes supuestos:

- 1) En el caso de incapacidad o excusa de la mujer para servir ella el cargo de curadora de su marido (art. 1758 inciso 2°);
- 2) Cuando el marido está declarado en interdicción por disipación, pues ningún cónyuge puede ser curador del otro declarado disipador (art. 450).

320. DERECHO DE LA MUJER QUE NO QUIERE ASUMIR LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA. Si la mujer no deseara o no pudiere asumir la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, ella va a corresponder a un tercero: al curador que se designe al marido. La ley ha supuesto que ello pueda incomodar a la mujer desde que será este tercero, como administrador de la sociedad conyugal, el que administrará incluso los bienes propios de la mujer. Por ello, el artículo 1762, la faculta para pedir en este caso la separación judicial de bienes.

Para hacer uso de este derecho, deberán reunirse los siguientes requisitos:

- 1) Que la mujer sea mayor de edad, pues, en caso contrario no tendría sentido pedir la separación de bienes, desde que por ser menor necesitaría de todas formas de un curador para que le administre sus bienes, de acuerdo al artículo 163. Así se desprende de los artículos 463 y 470.

2) El marido también tiene que ser mayor de edad, pues si es menor el artículo 139 establece que necesita de un curador para la administración de la sociedad conyugal, y no hay ninguna disposición legal que le otorgue a la mujer, en este caso, el derecho a pedir separación de bienes. Y como se trata de una excepción al derecho común, sólo puede ejercerse en virtud de ley expresa. Y no cabe aplicar a este caso la norma del artículo 1762, "porque siendo consecuencia del artículo 1758, no ha podido referirse sino a los que él contempla y éstos son la interdicción y ausencia del marido".²⁸⁹

321. FACULTADES CON QUE SE EJERCE LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Para estudiar las facultades con que se realiza la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, es necesario distinguir:

- A) Si la administración la tiene un tercero, o
- B) La tiene la mujer.

322. ADMINISTRACIÓN POR UN TERCERO. Cuando la administración extraordinaria la tiene un tercero, se trata simplemente de un curador que está administrando bienes ajenos y por ello no la ejerce de acuerdo con este párrafo 4° del Título XXII del Código Civil, sino en conformidad a las reglas propias de los tutores y curadores, establecidas en el Título XXI del Libro I, artículos 390 al 427, y en los artículos 487 al 490 en el caso del marido ausente.

323. ADMINISTRACIÓN HECHA POR LA MUJER. Cuando la administración la tiene la mujer (no obstante que como hemos visto la va a tener por ser curadora del marido), no se aplican las reglas de la curaduría de bienes, sino las especiales contempladas en el Libro IV, Título XXII, párrafo 4°, artículos 1759, 1760 y 1761. De acuerdo a estas reglas es necesario hacer una nueva distinción:

- a) Administración de los bienes sociales, y
- b) Administración de los bienes propios del marido.

²⁸⁹ Arturo Alessandri, *Tratado de las Capitulaciones Matrimoniales*, N° 718, pág. 457. En el mismo sentido Somarriva, *Derecho de Familia*, N° 281, pág. 297.

324. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES. La regla está contenida en el inciso 1º del artículo 1759: "La mujer que tenga la administración de la sociedad, administrará con iguales facultades que el marido".

Las limitaciones que tiene la mujer en esta administración son las siguientes:

1) Para enajenar o gravar voluntariamente o prometer gravar o enajenar bienes raíces sociales requiere de autorización judicial con conocimiento de causa (art. 1759 inciso 2º). Queremos llamar la atención que con la reforma de la Ley Nº 18.802 se incorporó esta limitación que antes no existía, pues el texto anterior era el siguiente: "la mujer que tenga la administración de la sociedad, administrará con iguales facultades que el marido, y podrá además ejecutar por sí sola los actos para cuya legalidad es necesario al marido el consentimiento de la mujer..." (art. 1759 inciso 1º).

2) Para disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, requiere de autorización judicial, dada con conocimiento de causa (art. 1759 inciso 3º). Nótese que la limitación se refiere a los "bienes sociales" en general, por lo que quedan comprendidos tanto los muebles como inmuebles. No se requiere, sin embargo, de la autorización para hacer donaciones de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social (art. 1759 inciso 3º, parte final, en relación con el artículo 1735).

3) Para constituirse en aval, codeudora solidaria, fiadora u otorgar cualquier otra caución respecto de terceros, requiere también de autorización judicial con conocimiento de causa (art. 1759 inciso 6º).

4) Para dar en arriendo o ceder la tenencia de bienes raíces sociales, por más de cinco u ocho años, según se trate de predios urbanos o rústicos, respectivamente, la mujer requiere de autorización judicial, con conocimiento de causa, previa información de utilidad (art. 1761).

325. SANCIÓN PARA EL CASO EN QUE LA MUJER REALICE ALGUNO DE LOS ACTOS RECIÉN SEÑALADOS PRESCINDIENDO DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL. En los casos 1 y 2, la sanción es la nulidad relativa, correspondiendo la acción al marido, sus herederos o cesionarios y corriendo el cuadrienio para pedir la nulidad desde que ocurrió el hecho que motivó la curaduría, no pudiendo demandarse la

nulidad en ningún caso pasados diez años desde la celebración del acto o contrato (art. 1759 incisos 4º y 5º).

En el caso 3, la sanción es que la mujer que otorga esas cauciones en beneficio de terceros sólo obliga sus bienes propios y los que administra en conformidad a los artículos 150, 166 y 167. No obliga los bienes sociales (art. 1759 inciso 6º).

Finalmente, en el caso de contratos de arriendo o que impliquen la cesión de la tenencia de un bien inmueble por plazos superiores a los indicados, sin autorización judicial, la sanción es la inoponibilidad al marido o sus herederos de esos contratos más allá de los plazos indicados (art. 1761 inciso 1º, parte final).

326. BIENES QUE OBLIGA LA MUJER ADMINISTRADORA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. El artículo 1760 señala que "todos los actos y contratos de la mujer administradora, que no le estuvieren vedados por el artículo precedente, se mirarán como actos y contratos del marido, y obligarán en consecuencia a la sociedad y al marido; salvo en cuanto apareciere o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la mujer".

327. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS DEL MARIDO. Respecto de la administración de los bienes propios del marido, la mujer los administrará de acuerdo a las reglas dadas para las curadurías. Así lo establece el artículo 1759 inciso final. En esta materia, la Ley Nº 18.802 introdujo un cambio fundamental, pues con anterioridad la mujer administraba los bienes propios del marido de acuerdo a lo que establecía el artículo 1759 inciso 2º (del texto antiguo), lo que significaba que la mujer para enajenar o gravar bienes raíces del marido requería de autorización judicial con conocimiento de causa. La modificación es relevante, por cuanto hoy día la mujer para vender bienes raíces o bienes muebles preciosos del marido requiere de autorización judicial y además pública subasta (art. 1759 en relación con artículos 393 y 394 del Código Civil).

328. LA MUJER DEBE RENDIR CUENTA DE SU ADMINISTRACIÓN. La mujer como administradora de la sociedad conyugal debe rendir cuentas de su administración desde que está actuando en su carácter de curadora del marido o de los bienes de aquél. Por ello y de

acuerdo al artículo 415 debe, igual que cualquier otro tutor o curador, rendir cuenta.

329. TÉRMINO DE LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA. De acuerdo al artículo 1763: "cesando la causa de la administración extraordinaria de que hablan los artículos precedentes, recobrará el marido sus facultades administrativas, previo decreto judicial".

330. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. La sociedad conyugal se disuelve por las causales contempladas en el artículo 1764. Esta disposición contiene 5 numerandos, pero las causales son 7, pues en los números 3 y 5 se contienen dos. Las causales son taxativas; no pueden las partes establecer otras:

- 1) Por la muerte natural de uno de los cónyuges;
- 2) Por el decreto que concede la posesión provisoria o definitiva de los bienes del cónyuge desaparecido;
- 3) Por la sentencia de separación judicial (art. 34 de la Ley de Matrimonio Civil);
- 4) Por la sentencia de separación de bienes;
- 5) Por la declaración de nulidad del matrimonio;
- 6) Por la sentencia que declara el divorcio;
- 7) Por el pacto de participación en los gananciales según el Título XXII-A del Libro Cuarto y el artículo 1723 (modificación introducida por la Ley Nº 19.335), y
- 8) Por el pacto de separación total de bienes celebrado en conformidad al artículo 1723.

331. CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSALES. Estas causales se pueden clasificar en dos grupos:

- a) Aquellas en que la sociedad conyugal se disuelve por vía de consecuencia, por haberse extinguido el matrimonio. Así acontece con las causales 1 y 5, y
- b) Aquellas otras en que la sociedad conyugal se extingue por vía principal, lo que significa que termina no obstante continuar el matrimonio (causales 2, 3, 4, 6 y 7).

La distinción es importante, porque cuando se extingue por vía principal, los cónyuges continúan casados en régimen de separación total de bienes.

Estudiemos cada uno de estos casos, en el mismo orden señalado:

332. MUERTE NATURAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES. La muerte natural de uno de los cónyuges constituye la forma normal de disolver el matrimonio y, por vía de consecuencia, la sociedad conyugal. Podemos acotar que en el Proyecto de 1853, artículo 1932, se establecía que fallecido uno de los cónyuges, la sociedad continuaba entre el sobreviviente y los herederos del fallecido. Pero esta idea en definitiva fue desestimada.

333. DECRETO QUE CONCEDE LA POSESIÓN PROVISORIA O DEFINITIVA DE LOS BIENES DEL CÓNYUGE DESAPARECIDO. Es sabido que cuando desaparece una persona, sin que se tengan noticias de su paradero, se puede solicitar judicialmente la muerte presunta. También se sabe que hay que distinguir tres etapas en relación con la suerte que siguen los bienes:

- a) Etapa del simple desaparecimiento (5 años contados desde la fecha de las últimas noticias o 6 meses en los casos de los números 6, 7 y 8 del artículo 81);
- b) Etapa del decreto de posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y
- c) Etapa del decreto de posesión definitiva.

Pues bien, la sociedad conyugal se disuelve normalmente con el decreto que concede la posesión provisoria de los bienes del desaparecido. Así lo dice el artículo 84, en su primera parte: "En virtud del decreto de posesión provisoria terminará la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, según cual hubiere habido con el desaparecido...". Hemos dicho que esta es la situación normal y ello porque, por excepción, en algunos casos no se concede la posesión provisoria sino directamente la posesión definitiva. Así ocurre cuando cumplidos 5 años desde las últimas noticias, se probare que han transcurrido 70 desde el nacimiento del desaparecido o, cualquiera que sea la edad del desaparecido si viviere, si han transcurrido más de 10 años desde la fecha de las últimas noticias (art. 82). Lo mismo acontece en el caso de los números 7, 8 y 9 del artículo 81.

Si bien la sociedad conyugal se disuelve con el decreto que concede la posesión provisoria de los bienes del desaparecido

(con las excepciones recién señaladas), la sociedad se reputa disuelta el día fijado por el juez como día presuntivo de la muerte (último día del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias, art. 81 N° 6). Y para los efectos de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal habrá que estarse a esa fecha, como lo prueba el artículo 85. Así, por ejemplo, si desaparece una persona y las últimas noticias de su paradero se tienen el día 20 de septiembre de 1987, el tribunal debe declarar como día presuntivo de la muerte el 20 de septiembre de 1989, pero el decreto de posesión provisoria, no podrá ser anterior al 20 de septiembre de 1992 (salvo las excepciones ya mencionadas), pues en esa fecha se cumplen los 5 años desde las últimas noticias. De manera que si con posterioridad al 20 de septiembre de 1989 el otro cónyuge hubiere comprado un bien, no entrará en la liquidación, pues se trata de un bien propio suyo.

334. SENTENCIA DE SEPARACIÓN JUDICIAL. Esta causal está contemplada en el artículo 1764 N° 3, en el texto dado por la Ley N° 19.947, y en el artículo 34 de la actual Ley de Matrimonio Civil. El artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil establece que “la reanudación de la vida en común, luego de la separación judicial, no revive la sociedad conyugal ni la participación en los gananciales, pero los cónyuges podrán pactar este último régimen en conformidad con el artículo 1723 del Código Civil.

El artículo 178 del Código Civil, en el texto dado por la Ley N° 19.947, expresa que “A la separación judicial se aplicará lo dispuesto en los artículos 160 y 165”. La referencia al artículo 165 significa que la separación es irrevocable y no podrá quedar sin efecto por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial.

335. SENTENCIA DE SEPARACIÓN TOTAL DE BIENES. Esta causal también está contemplada en el artículo 1764 N° 3. Por su parte el artículo 158 establece que “Una vez decretada la separación, se procederá a la división de los gananciales y al pago de las recompensas...” (inciso 2°, con el texto dado por la Ley N° 19.335).

Todos los autores están de acuerdo en que, en este caso, “la disolución de la sociedad conyugal se produce de pleno derecho, sin retroactividad, tanto respecto de los cónyuges como de terceros –aunque éstos no conozcan la sentencia que decretó la

separación– en el momento mismo en que, ejecutoriada ella, se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial (art. 4° N° 4° de la Ley sobre Registro Civil), sin necesidad de que el juez la declare disuelta expresamente y aunque los cónyuges no procedan a su liquidación y continúen en indivisión”.²⁴⁰

En conformidad al artículo 165 del Código Civil, “la separación efectuada en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley es irrevocable y no podrá quedar sin efecto por acuerdo de los cónyuges, ni por resolución judicial” (inc. 1° en texto dado por la Ley N° 19.947).

336. SENTENCIA QUE DECLARA LA NULIDAD DEL MATRIMONIO. Está establecida en el artículo 1764 N° 4. Como ya lo hemos explicado, esta situación se va a producir únicamente cuando el matrimonio que se anula sea putativo, pues en caso contrario –matrimonio simplemente nulo– las partes en virtud del efecto propio de la nulidad (art. 1687) vuelven al estado anterior al matrimonio, con lo que viene a resultar que como no hubo matrimonio, no hubo tampoco sociedad conyugal y, por ello, mal podría disolverse.

337. SENTENCIA DE DIVORCIO. La sentencia firme de divorcio al poner término al matrimonio (art. 42 N° 4 de la Ley de Matrimonio Civil), es hoy día causal de disolución de la sociedad conyugal.

338. PACTO DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES CELEBRADO EN CONFORMIDAD AL TÍTULO XXII-A DEL LIBRO CUARTO. Esta causal fue introducida por la Ley N° 19.335.

En conformidad al artículo 1792-1 inc. 1° del Código Civil, los cónyuges pueden, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1723, sustituir el régimen de sociedad conyugal por el régimen de participación en los gananciales.

Destacamos que con anterioridad a la Ley N° 19.335, el objetivo único del pacto del artículo 1723 era la substitución del régimen de sociedad conyugal o de separación parcial por el de separación total de bienes. Hoy sirve también para reemplazar

²⁴⁰ Sobre este punto, véase A. Alessandri, *Tratado de las Capitulaciones Matrimoniales*, N° 762, pág. 477. En el mismo sentido Claro Solar, *Tratado de Derecho Civil Chileno*, t. II, N° 1.023, pág. 171.

el régimen de sociedad conyugal por el de participación en los gananciales. Y no hay otra forma de hacerlo que cumpliendo con las solemnidades y requisitos que esta norma establece y que veremos en el número siguiente.

En la misma escritura en que se pacte la participación en los gananciales, los cónyuges pueden proceder a determinar el crédito de participación o celebrar otros pactos lícitos (art. 1723 inc. 3°).

339. PACTO DE SEPARACIÓN TOTAL DE BIENES CELEBRADO EN CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 1723. Esta causal de disolución está contemplada en el artículo 1764 N° 5.

Por su parte, el artículo 1723 en su inciso 1° expresa que "Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán substituir el régimen de sociedad de bienes ... por el de separación total".

Fue la Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943, la que estableció la posibilidad de que los cónyuges durante el matrimonio pudieran substituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes. Con anterioridad ello no era posible y los cónyuges que deseaban terminar la sociedad conyugal recurrían al expediente de que la mujer demandara la separación judicial de bienes. Se trataba de pleitos simulados. Se producía una situación semejante a lo que posteriormente ocurrió con las demandas de nulidad de matrimonio por incompetencia del oficial del Registro Civil. Para evitar estos pleitos simulados la Ley N° 7.612 simplemente dio la oportunidad a los cónyuges de poder substituir el régimen de sociedad conyugal bajo el cual se hubieren casado, por el de separación total de bienes, modificando el artículo 1723 del Código Civil.

340. OBJETO DEL PACTO DEL ART. 1723 DEL CÓDIGO CIVIL. Con la dictación de la Ley N° 19.335, de 1994, el objeto del pacto de que trata el artículo 1723 ha sido considerablemente ampliado, pues es el único medio para efectuar los cambios de régimen matrimonial que permite la ley chilena. En síntesis, en virtud de este pacto hoy día se puede:

a) pasar de sociedad conyugal a separación total de bienes;

- b) de sociedad conyugal a participación en los gananciales;
- c) de separación de bienes a participación en los gananciales;
- d) de participación en los gananciales a separación total de bienes.

341. SÓLO PUEDEN CELEBRAR EL PACTO DEL ART. 1723 LOS CÓNYUGES MAYORES DE EDAD. Con anterioridad a la Ley N° 10.271, del 6 de abril de 1952, se había discutido si los cónyuges menores de edad podían convenirlo. El problema lo resolvió en forma expresa la Ley N° 10.271, al agregar al inciso 1° del artículo 1723 la expresión "mayores de edad". Quedó así claro que la mayoría de edad es un requisito del pacto, de tal suerte que si alguno de los cónyuges es menor no puede celebrarlo ni aun con la aprobación o autorización de las personas mencionadas en el artículo 1721. Con ello "se ha querido evitar la influencia que el marido podría ejercer sobre la mujer menor de edad".²⁴¹

Si un cónyuge menor de edad lo acordare, la sanción sería la nulidad absoluta por objeto ilícito, pues se habría celebrado un acto prohibido por la ley (artículo 1723 en relación con los artículos 1466 y 1682). También podría afirmarse que la nulidad es absoluta por haberse omitido un requisito que la ley prescribe para el valor del acto en consideración a su naturaleza y no en atención al estado o calidad de quien lo ejecuta o celebra.

342. CARACTERÍSTICAS DEL PACTO. Este pacto presenta las siguientes características:

- 1) Es solemne;
- 2) No puede perjudicar los derechos de terceros;
- 3) Es irrevocable, y
- 4) No es susceptible de condición, plazo o modo alguno.

Veamos cada una de estas características en el mismo orden señalado.

343. EL PACTO ES SOLEMNE. De acuerdo a lo establecido en el artículo 1723 inciso 2°, las solemnidades son las siguientes:

²⁴¹ Arturo Alessandri, *Reformas Introducidas al Código Civil por la Ley N° 10.271*, N° 89, pág. 83.

- a) Debe otorgarse por escritura pública;
- b) La escritura debe subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial, y
- c) La subinscripción debe practicarse dentro del plazo fatal de 30 días contados desde la fecha de la escritura.

Los requisitos b) y c) requieren un comentario especial. Respecto de la exigencia de que la escritura pública se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial, el artículo 1723 es muy claro en el sentido de que el pacto “no surtirá efectos *entre las partes* ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial”. Hemos destacado la frase “entre las partes”, pues ella demuestra que la subinscripción es una solemnidad y no un simple requisito de oponibilidad a los terceros. No obstante la claridad de la norma, la Corte de Santiago, en un par de oportunidades, ha dicho que la subinscripción es un requisito de publicidad.²⁴²

En cuanto al plazo para practicar la subinscripción, es importante tener presente:

1) Que antes de la Ley N° 10.271, el artículo 1723 no lo contemplaba; no había plazo para subinscribir. Por ello, al examinarse títulos anteriores a esa época, habrá de tenerse cuidado en este punto, y no rechazar aquellas escrituras de separación de bienes anteriores al 6 de junio de 1952, por no haberse practicado la subinscripción dentro del plazo de 30 días. Sin embargo, la jurisprudencia ha dicho sobre este punto que “aunque el texto vigente del artículo 1723 del Código Civil a la fecha del pacto de separación de bienes (diciembre de 1945), cuya eficacia se discute en el juicio, no fijaba plazo para subinscribirlo al margen de la inscripción matrimonial, parece que ello debía practicarse durante el matrimonio y no después que éste se hubiere disuelto”;²⁴³

2) Que el plazo se cuenta desde la fecha de la escritura de separación;

3) Que el plazo es fatal (la norma dice “sólo podrá practicarse dentro del plazo de treinta días”);

²⁴² Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 51, sec. 2ª, pág. 1; t. 56, sec. 1ª, pág. 347.

²⁴³ T. 67, sec. 1ª, pág. 567.

4) Que el plazo es de días corridos, no se descuentan los días feriados, por aplicación de la regla del artículo 50 del Código Civil;

5) Que si bien en la misma escritura pública en que se celebre el pacto del artículo 1723, se puede liquidar la sociedad conyugal y celebrar otros pactos lícitos (artículo 1723 inciso 3º), el plazo dice relación exclusivamente con el primero, no con los otros actos jurídicos. Por ello, estimamos que no habría ningún inconveniente, por ejemplo, para modificar la liquidación de la sociedad practicada en esta escritura, después de los 30 días.

Para terminar con esta característica, agreguemos que el pacto de separación total de bienes debe inscribirse en el Registro de Comercio cuando alguno de los cónyuges sea comerciante. Ello en virtud de la reforma que el artículo 7º la Ley N° 10.271 introdujo al artículo 22 del Código de Comercio. Don Arturo Alessandri afirma que “la omisión de esta inscripción no lo priva de efectos ni tiene ninguna sanción”.²⁴⁴ No estamos de acuerdo en que tal inscripción no tenga sanción. Nos parece que el pacto es inoponible a los terceros mientras no se practique la inscripción.

Al ampliarse el ámbito de aplicación del pacto del artículo 1723, surge la duda de si cuando el objeto de ese pacto no es la separación de bienes (sino, por ejemplo, el establecimiento del régimen de participación en los gananciales) debe también inscribirse para que afecte a terceros, desde que el artículo 22 del Código de Comercio no fue modificado por la Ley N° 19.335, y sólo habla de “pacto de separación de bienes”. Nos parece que debe aplicarse la regla cualquiera sea el objeto del pacto. Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.

344. EL PACTO NO PUEDE PERJUDICAR EL INTERÉS DE LOS TERCEROS. El artículo 1723 inciso 2º, parte final, sienta este principio en los siguientes términos: “El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer y...”. Un fallo ha precisado que los terceros a que se refiere el artículo 1723 son los acreedores de uno u otro cónyuge, agregando que “sólo éstos –los acreedores

²⁴⁴ Ob. cit., N° 89, pág. 85.

de los cónyuges— tienen derechos adquiridos en contra de ellos. Tener derechos adquiridos es sinónimo de acreedor, vale decir, de tener un derecho personal o crédito vigente respecto de cualquiera de los cónyuges”.²⁴⁵ Se ha fallado también que los terceros a que se refiere esta norma son los que tienen esa calidad a la época en que los cónyuges celebran el pacto del artículo 1723.²⁴⁶ También se ha fallado que el artículo 1723 “no exige que el fraude al acreedor sea un elemento que deba probarse en el caso concreto para que se declare que el pacto de separación total de bienes y liquidación de la sociedad conyugal son inoponibles al acreedor demandante. Basta que exista el perjuicio de éste, consistente en la dificultad en obtener el pago del crédito debido al deterioro del patrimonio del deudor originado por el pacto de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal”.²⁴⁷

Esta característica es la que ha presentado mayores dificultades, pues no está claro qué significa exactamente la frase “no perjudicará en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros...”.

Si bien el problema ha sido analizado cuando el objetivo único del pacto era establecer la separación total de bienes, lo dicho es aplicable hoy día también a la nueva realidad creada por la Ley N° 19.335.

“Para el decano Alessandri, la frase bien pudo no haberse puesto por la ley, porque con ella lo único que se quiere significar es que la situación de los acreedores, una vez pactada la separación total de bienes, es la misma que tendrían en el evento de haberse disuelto la sociedad conyugal por otros modos”.²⁴⁸

Para don Manuel Somarriva, consagra un tipo de inoponibilidad, de tal manera que los acreedores sociales o del marido pueden dirigirse sobre los bienes adjudicados a la mujer del mismo modo que lo habrían hecho si no se hubiere producido la

²⁴⁵ T. 93, sec. 1ª, pág. 167.

²⁴⁶ Fallos del Mes N° 459, sent. 6, pág. 27 (Considerandos 3º y 4º). Véase también t. 94, sec. 1ª, pág. 31; t. 91, sec. 4ª, pág. 166; Fallos del Mes, 469, pág. 227; Gaceta Jurídica N° 274, pág. 75; Revista Leyes y Sentencias N° 20, pág. 2.

²⁴⁷ C. Suprema, 30 de agosto de 2004, t. 101, sec. 1ª, pág. 242.

²⁴⁸ Citado por Ramón Domínguez Á., “El contrato en perjuicio de terceros”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 175, pág. 106.

separación.²⁴⁹ En su *Derecho de Familia* cita el profesor Somarriva la sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia,²⁵⁰ que sienta la doctrina “que los bienes adjudicados a la mujer en compensación de sus aportes en la liquidación de la sociedad conyugal subsecuente a la separación convencional, responden de las deudas sociales contraídas por el marido durante la vigencia de la sociedad conyugal; en consecuencia, desechó la petición de exclusión del embargo de estos bienes deducida por la mujer en el juicio seguido contra el marido, por estar acreditado que la deuda era social y los bienes adjudicados a la mujer tenían este mismo carácter”. Como se puede ver, esta sentencia, acepta la inoponibilidad de pleno derecho. En el mismo sentido de Somarriva, Luis Claro Solar: “Si los cónyuges se hallaban casados bajo el régimen de sociedad conyugal y pactan la separación total de bienes, los bienes que correspondan a la mujer y que formaban parte del haber social podrán ser perseguidos por los acreedores como si la separación de bienes no se hubiere pactado; y la mujer no podrá oponerles el nuevo pacto e invocar el nuevo régimen de bienes en él pactado para liberarse de la responsabilidad que afectaba a esos bienes, ni para desconocer los derechos reales que sobre ellos se hubiera constituido por el marido a favor de terceros”.²⁵¹

Ramón Domínguez Á. es de opinión que la inoponibilidad es la solución adecuada al problema planteado, pero no concuerda con la idea de que tal inoponibilidad supone un simple desconocimiento del acto, de tal forma que el tercero pueda actuar como si tal acto no existiese. O sea, no acepta la inoponibilidad de pleno derecho.²⁵²

El profesor Daniel Peñailillo²⁵³ ha analizado la situación de los terceros frente al pacto de separación total de bienes y la forma como ellos pueden defenderse. Plantea diversas alternativas:

²⁴⁹ *Evolución del Código Civil Chileno*, pág. 233; *Derecho de Familia*, N°s 177 y 297; *Indivisión y Partición*, N° 631.

²⁵⁰ T. 46, sec. 2ª, pág. 23.

²⁵¹ *Explicaciones de Derecho Civil Chileno*, t. II, N° 1108, pág. 273.

²⁵² Artículo recién citado, pág. 107.

²⁵³ “El pacto de separación de bienes y el perjuicio de los acreedores”, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 173, págs. 143 a 170; también se publica en Rev. Der. y Jur., t. 80, 1ª Parte, págs. 21 y sigtes.

1) Impugnación del pacto y de la liquidación, que pudieran atacarse por:

- a) La acción pauliana;
- b) La acción de simulación, o
- c) La declaración de inoponibilidad.

2) Acción contra la mujer por las deudas sociales;

3) Ejecución al marido, con embargo de bienes adjudicados a la mujer, y

4) Ejecución a la mujer.

Hay sobre esta materia variada jurisprudencia. Así se ha declarado en varios casos que opera la inoponibilidad de pleno derecho.²⁵⁴

La Corte Suprema en sentencia de 16 de diciembre de 1996 ha dicho que "el sentido muy claro del aludido artículo 1723, hecho suyo por la doctrina y la jurisprudencia, es que la referencia a "los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer" alude a los acreedores de uno u otro cónyuge. Sólo éstos tienen derechos adquiridos en contra de ellos. Y tener derechos adquiridos es sinónimo de ser acreedor, vale decir, de tener un derecho personal o crédito vigente respecto de cualquiera de los cónyuges". Se trataba en el caso de una persona que había demandado el cumplimiento de un pagaré en Estados Unidos por la suma de U\$ 50.000 con vencimiento el 15 de abril de 1989, juicio en el cual se dictó sentencia de primera instancia rechazando la ejecución, que se encuentra apelada por el ejecutante". "Esto permite aseverar -afirma el fallo en análisis- que no es el cumplimiento de una obligación incumplida lo que fundamenta la acción de inoponibilidad entablada, sino el evento incierto de una litis, motivo que impide que la acción (de inoponibilidad) pueda prosperar".²⁵⁵ En otro fallo, de 26 de marzo de 1997, el más alto tribunal resolvió que "como lo que persigue el legislador es proteger a los terceros que detentan un crédito, que pueden hacer efectivo en el patrimonio de la sociedad conyugal, obviamente la calidad de acreedores la deben tener a la época en

²⁵⁴ T. 46, sec. 2ª, pág. 23; Fallos del Mes, N° 218, pág. 340; t. 81, sec. 1ª, pág. 149; Fallos del Mes, N° 377, sentencia 4, pág. 88; Gaceta Jurídica, N° 313, pág. 177. En sentido contrario: Fallos del Mes N° 246, pág. 104.

²⁵⁵ Fallos del Mes, N° 457, sentencia 12, pág. 2611.

que los cónyuges modifican el régimen patrimonial de la sociedad conyugal y no después de aquel acto; ya que, en ese caso, los acreedores, para conocer el estado patrimonial y la situación real y jurídica de su deudor, pueden recurrir al estudio de los registros pertinentes de los Conservadores de Bienes Raíces..."²⁵⁶

Finalmente, podemos agregar que la Corte Suprema ha declarado que "el pacto de separación total de bienes suscrito de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1723 del Código Civil es oponible a terceros, que no pueden desconocer las consecuencias jurídicas que dicho pacto genera en la sociedad conyugal y, por consiguiente, no es aplicable la norma contenida en el artículo 1700 del mismo Código, que regula el mérito que entre las partes y los terceros tienen los instrumentos públicos en general".²⁵⁷

345. EL PACTO ES IRREVOCABLE. Esta característica la consigna el artículo 1723 en su inciso 2º parte final "y una vez celebrado no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges". Esta frase la incorporó la Ley N° 10.271, y con ella se pretendió poner término a algunas dudas sobre el particular. Se había sostenido que como el pacto de separación emana de un acuerdo de voluntades, quienes lo habían celebrado podían en cualquier momento, dejarlo sin efecto, volviéndose al régimen de sociedad conyugal.

Don Arturo Alessandri²⁵⁸ afirma que tal interpretación estaba en abierta pugna con la ley, puesto que atentaba contra el principio de la inmutabilidad del régimen matrimonial consagrado por el Código (art. 1716).²⁵⁹ En todo caso, para dejar las cosas definitivamente claras, la Ley N° 10.271, introdujo la modificación que venimos comentando.

En relación con esta característica, debemos agregar que con la dictación de la Ley N° 19.335, del año 1994, se ha creado un problema sobre el cual vale la pena detenerse. El artículo 1723

²⁵⁶ Fallos del Mes N° 459, sentencia 6, pág. 27. Véase también t. 91, sec. 4ª, pág. 166.

²⁵⁷ T. 94, sec. 1ª, pág. 100, ver Cons. 9º.

²⁵⁸ *Reformas Introducidas al Código Civil por la Ley N° 10.271*, N° 89, págs. 83-84.

²⁵⁹ En el mismo sentido, De la Maza y Larraín, ob. cit., N° 165, pág. 271; Manuel Somarriva, *Derecho de Familia*, N° 177, pág. 197.

dice que el pacto "no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges". Esta frase ya existía antes que la Ley N° 19.335 diera la actual redacción a la norma. Y no creaba ninguna dificultad, puesto que era claro que lo que pretendía era que los cónyuges que habían sustituido el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes, no pudieran volver al régimen anterior.

Pero al dictarse la Ley N° 19.335 se produce el problema, pues si bien mantiene la misma frase "no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges", no resulta claro si lo que pretende es sólo evitar la vuelta a la sociedad conyugal o su alcance es más general en el sentido de que obsta también a que los cónyuges que se separaron de bienes puedan sustituir ese nuevo régimen por el de participación en los gananciales. Como veremos al tratar este último régimen, dos interpretaciones son posibles: a) una primera, que no admite un nuevo cambio de régimen, y que se apoya en la frase que estamos comentando "no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges" y también en el principio consagrado en el artículo 1716 inciso final de que todo régimen matrimonial debe ser inmutable, y b) una segunda, que acepta la posibilidad que los cónyuges que, en virtud del pacto del artículo 1723, pasaron de sociedad conyugal a separación total de bienes, puedan nuevamente cambiar de régimen matrimonial, adoptando ahora el de participación en los gananciales. Lo único que no podrían hacer, porque se lo impide el artículo 1723, sería regresar a la sociedad conyugal, pero nada obstaría a que en virtud de un nuevo pacto celebrado en conformidad al artículo 1723, pudieran volver a cambiar el régimen matrimonial, pasando ahora al de participación en los gananciales. En apoyo de esta tesis se puede decir que la ley no prohíbe esta situación.²⁶⁰

346. EL PACTO NO ES SUSCEPTIBLE DE CONDICIÓN, PLAZO O MODO ALGUNO. Esta característica también fue introducida por la Ley

²⁶⁰ Sobre este punto puede verse el artículo de Francisco Merino Scheihing "Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales en el Derecho Chileno", contenido en el Libro Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1996, pág. 193.

N° 10.271, que agregó al artículo 1723 un inciso final que contempla este principio en forma expresa.

347. EN LA MISMA ESCRITURA EN QUE SE CELEBRA EL PACTO SE PUEDE LIQUIDAR LA SOCIEDAD CONYUGAL Y ACORDAR OTROS ACTOS JURÍDICOS LÍCITOS.²⁶¹ Así lo establece el artículo 1723 inciso 3°: "En la escritura pública de separación total o en la que se pacte participación en los gananciales, según sea el caso, podrán los cónyuges liquidar la sociedad conyugal o proceder a determinar el crédito de participación o celebrar otros pactos lícitos, o una y otra cosa; pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción a que se refiere el inciso anterior".

También este inciso se debe a la Ley N° 10.271, pero su texto actual fue dado por la Ley N° 19.335. Con anterioridad a la primera de las leyes mencionadas, se discutía si era posible liquidar la sociedad conyugal en la misma escritura. Se decía por algunos que no era posible, porque la liquidación supone la disolución previa de la sociedad conyugal, y tal disolución sólo se iba a producir cuando se inscribiera el pacto de separación.

Ha pasado a ser claro entonces que en la misma escritura de separación de bienes se puede liquidar la sociedad conyugal y celebrar otros pactos lícitos. El ejemplo que siempre se pone sobre estos otros pactos lícitos es la renuncia de gananciales, que en esa oportunidad podría hacer la mujer.²⁶²

Es importante, en todo caso, tener presente que si en la misma escritura se pacta la separación de bienes y se liquida la sociedad conyugal, se están celebrando en un mismo instrumento dos actos jurídicos diferentes. Esta distinción es importante, pues si bien el pacto de separación de bienes debe subinscribirse al margen de la inscripción del matrimonio, no acontece lo mismo con la escritura de liquidación. También puede ser de interés la distinción para otros efectos.²⁶³

²⁶¹ Ver Rev. de Der. y Jur., t. 99, N° 1, sec. 2ª, pág. 1.

²⁶² Así se ha fallado t. 99, sec. 2ª, pág. 1.

²⁶³ Sobre el punto véase Daniel Peñailillo, "El pacto de separación de bienes y el perjuicio de los acreedores", Revista Derecho Universidad de Concepción, N° 173, págs. 150 y sgtes.

348. EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Disuelta la sociedad conyugal, se producen los siguientes efectos:

1) Se genera entre los cónyuges o, en su caso, entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, un estado de indivisión;

2) Esta comunidad no la administra el marido, sino todos los comuneros;

3) Queda fijado irrevocablemente el activo y el pasivo social;

4) Cesa el derecho de goce que la sociedad tenía sobre los bienes de los cónyuges;

5) Deberá procederse a la liquidación de la sociedad conyugal, y

6) La mujer que no hubiere renunciado a los gananciales en las capitulaciones matrimoniales puede hacerlo ahora.

Estudiaremos cada uno de estos efectos, en el orden que acabamos de señalar.

349. SE GENERA UNA COMUNIDAD ENTRE LOS CÓNYUGES O, EN SU CASO, ENTRE EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE Y LOS HEREDEROS DEL FALLECIDO.

Nosotros hemos dicho que la sociedad conyugal no constituye una comunidad y entre las razones que dimos está justamente el que la comunidad se viene a producir al momento de su disolución. Y en efecto así es, extinguida la sociedad conyugal, se forma una comunidad entre los cónyuges o, si la sociedad se ha disuelto por muerte de uno de ellos, entre el sobreviviente y los herederos del difunto. Es una comunidad a título universal, pues recae sobre un patrimonio, con un activo y un pasivo. En el activo se contienen todos los bienes que eran sociales, incluyendo los bienes reservados, los frutos de las cosas que administraba la mujer de acuerdo a los artículos 166 y 167 y lo que hubiere adquirido con esos frutos; y en el pasivo, todas las deudas sociales, incluidas las deudas contraídas por la mujer en su patrimonio reservado. Aclaremos, de inmediato, sin embargo, que si la mujer renuncia a los gananciales, el activo y el pasivo de su patrimonio reservado no ingresa a la comunidad (art. 150 inciso 7º).

Insistimos en la idea de que se trata de una comunidad a título universal. En este sentido existe abundante jurisprudencia.²⁶⁴ Se

²⁶⁴ V. gr., t. 87, sec. 2ª, pág. 71; t. 41, sec. 1ª, pág. 382; t. 35, sec. 1ª, pág. 137; Gaceta Jurídica, N° 211, sent. 3, pág. 89.

ha resuelto que “procede la tercería de dominio deducida por un comunero para oponerse al embargo de la cosa común por deuda de uno de los comuneros, pudiendo el acreedor dirigir su acción sobre la parte o cuota que en la comunidad corresponda al deudor o exigir que con su intervención se liquide la comunidad, de acuerdo con el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil”.²⁶⁵

Dos consecuencias importantes se siguen de lo que venimos diciendo:

a) que al momento de la disolución de la sociedad conyugal queda fijado irrevocablemente el activo y el pasivo social, y

b) que el marido ya no continúa con la administración de los bienes sociales, pasando esta administración a los comuneros, que la deben realizar ciñéndose a las reglas ordinarias.

350. LA COMUNIDAD ES ADMINISTRADA POR TODOS LOS COMUNEROS.

El marido mientras estuvo vigente la sociedad conyugal administró, con amplios poderes, los bienes sociales. Pero producida la disolución, esta situación cambia, pues al generarse una comunidad, los bienes que la integran son administrados por todos los comuneros, de acuerdo a lo establecido en los artículos 2305 y 2081. De aquí el adagio tan conocido que el marido vive como dueño y muere como socio.

Lo que venimos diciendo es de la mayor importancia, porque significa, entre otras cosas, que si el marido grava o enajena bienes, tales gravámenes o enajenaciones son inoponibles a la mujer. Habría venta de cosa ajena, ha dicho la jurisprudencia.²⁶⁶ Con anterioridad a la Ley N° 10.271, el problema era más grave, pero desde que esa ley estableció que la mujer debe consentir en el gravamen o enajenación de los bienes raíces sociales, no existe peligro de que el marido enajene como propio un bien raíz que es de la comunidad. Pero la situación se mantiene respecto de los bienes muebles. Por ello, si el marido o la mujer van a vender un bien importante –un camión, por ejemplo– parece prudente que el adquirente exija la presentación de un certificado de matrimonio al día, para probar

²⁶⁵ T. 87, sec. 2ª, pág. 71. En el mismo sentido Gaceta Jurídica, año 1998, N° 211, pág. 89 (Cons. 5ª). En el mismo sentido Fallos del Mes, N° 465, sent. 7, pág. 1272; N° 467, sent. 18, pág. 1838; t. 94, sec. 1ª, pág. 100.

²⁶⁶ T. 41, sec. 1ª, pág. 382.

que se mantiene la sociedad conyugal (y si la venta la hace la mujer, que se mantiene el patrimonio reservado). En todo caso, con la modificación que la Ley N° 18.802, introdujo al artículo 1739, el tercero adquirente ha quedado protegido de situaciones como las que venimos comentando, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los incisos 4° y 5° de esa norma.

351. FIJACIÓN DEL ACTIVO Y EL PASIVO SOCIAL. Disuelta la sociedad conyugal, queda definitivamente fijado el activo y el pasivo social.

El activo queda integrado por todos los bienes que eran sociales al momento de producirse la disolución. De consiguiente, los bienes que cualquiera de los cónyuges pueda adquirir con posterioridad, no integran la comunidad, sino que pertenecen al que los adquirió.

No obstante, si el nuevo bien se adquiere en el período que media entre la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal, la ley presume –presunción simplemente legal– que el bien fue adquirido con bienes sociales, por lo que el cónyuge adquirente deberá la correspondiente recompensa a la sociedad. Esta situación fue establecida por la Ley N° 18.802, que agregó dos incisos finales al artículo 1739, que dicen lo siguiente: “Se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación, se ha adquirido con bienes sociales” (inc. 6°). “El cónyuge deberá por consiguiente recompensa a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal” (inc. 7°).²⁶⁷

Agreguemos que si el bien se adquiere después de disuelta la sociedad conyugal, pero en virtud de un título anterior, tal bien ingresa a la masa común, por aplicación del principio establecido en el artículo 1736 inciso 1°.

En cuanto al pasivo, queda también fijado al momento de la disolución y lo integran las deudas que a ese momento eran sociales y las que hubiere contraído la mujer en su patrimonio reservado (salvo que renuncie a los gananciales). Las deudas que un cónyuge contraiga posteriormente son personales suyas y sólo podrán perseguirse en los derechos que le corresponden

en los bienes comunes. Por ello, si por una deuda de este tipo se embargaren bienes comunes, el otro cónyuge (o sus herederos) podrá plantear la correspondiente tercería de dominio, para que se restrinja el embargo a la cuota que corresponda.²⁶⁸

352. DISUELTA LA SOCIEDAD, CESA EL DERECHO DE GOCE SOBRE LOS BIENES PROPIOS DE CADA CÓNYPGE. Como hemos dicho, vigente la sociedad conyugal, ingresan al activo absoluto los frutos de los bienes propios de cada cónyuge (artículo 1725 N° 2). Sin embargo, ello cambia con la disolución. La nueva situación está reglamentada en el artículo 1772: “Los frutos pendientes al tiempo de la restitución, y todos los percibidos desde la disolución de la sociedad pertenecerán al dueño de las respectivas especies” (inc. 1°). Esta disposición sigue el mismo criterio adoptado en el usufructo, artículo 781. La norma del artículo 1772 sólo es aplicable a los frutos naturales. Respecto de los frutos civiles, la regla a aplicar es el artículo 790, que si bien está establecida en el usufructo, es de aplicación general: “Los frutos civiles pertenecerán al usufructuario día por día”. Por ello, si la sociedad se disuelve un día 15 de agosto, por ejemplo, la renta de arriendo de un bien raíz propio de uno de los cónyuges se reparte de la forma siguiente: la correspondiente a los primeros quince días ingresa a la masa común; la proveniente de los últimos 15 días, incrementa el haber del cónyuge dueño.

353. DISUELTA LA SOCIEDAD CONYUGAL, DEBE PROCEDERSE A SU LIQUIDACIÓN. La ley no obliga a la inmediata liquidación; se puede permanecer en la indivisión todo el tiempo que se desee, sin perjuicio del derecho que asiste a cada comunero para pedir la partición en cualquier tiempo, de acuerdo al artículo 1317. Sin embargo, lo recomendable es liquidar en el menor tiempo posible, con el objeto de evitar confusiones de carácter patrimonial. Recuérdesse que hoy día, con la modificación de la Ley N° 18.802, se presume –artículo 1739 inciso 6°– que los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges después de la disolución y antes de la liquidación, han sido adquiridos con bienes sociales, lo que hace conveniente liquidar a la mayor brevedad.

²⁶⁷ Ver Revista Leyes y Sentencias, N° 42, pág. 114.

²⁶⁸ Revista de Der. y Jur., t. 23, sec. 1ª, pág. 517.

354. CONCEPTO DE LIQUIDACIÓN. Somarriva dice que la liquidación de la sociedad “es el conjunto de operaciones que tienen por objeto establecer si existen o no gananciales, y en caso afirmativo partarlos por mitad entre los cónyuges, reintegrar las recompensas que la sociedad adeude a los cónyuges o que éstos adeuden a la sociedad; y reglamentar el pasivo de la sociedad conyugal”.²⁶⁹

Según este mismo profesor, la liquidación comprende las siguientes operaciones:

- 1) Facción de inventario de los bienes;
- 2) Tasación de los bienes;
- 3) Formación del acervo común y retiro de los bienes propios de cada cónyuge;
- 4) Liquidación de las recompensas que mutuamente se deban la sociedad y los cónyuges;
- 5) Partición de los gananciales, y
- 6) División del pasivo.

355. FACCIÓN DE INVENTARIO DE LOS BIENES. El artículo 1765 señala que “disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufrutuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte”.

La ley quiere que quede constancia de los bienes y deudas que van a ser objeto de la liquidación. Ello para evitar la ocultación o distracción de bienes en perjuicio de los cónyuges o de sus herederos y de los terceros.

356. PLAZO PARA PRACTICAR EL INVENTARIO. El artículo 1765 no fija un plazo para proceder a la confección del inventario. Sin embargo, la expresión “se procederá inmediatamente a la confección de un inventario” está demostrando que la intención del legislador es que se haga en el menor tiempo posible. Y ello es importante, porque los responsables del atraso deberán responder de los perjuicios que de la demora se sigan para los terceros.²⁷⁰

²⁶⁹ *Derecho de Familia*, N° 306, pág. 314.

²⁷⁰ En ese sentido, t. 33, sec. 2ª, pág. 51.

357. BIENES QUE DEBEN INVENTARIARSE. El artículo 1765 establece que el inventario debe comprender “todos los bienes que usufrutuaba o de que era responsable (la sociedad)”. Ello significa que deben inventariarse los bienes sociales, los bienes propios de cada cónyuge (porque la sociedad usufrutuaba de ellos), los bienes reservados (a menos que la mujer o sus herederos renuncien a los gananciales), y todos los bienes que a la disolución de la sociedad se encontraren en poder del marido o de la mujer, ya que de acuerdo al artículo 1739 inciso 1º se presumen sociales. Además el inventario debe comprender las deudas sociales y las provenientes del patrimonio reservado de la mujer (salvo que haya renunciado a los gananciales). No quedan comprendidos los bienes que la mujer administre de acuerdo a los artículos 166 y 167, pero sí los frutos de esos bienes, que siguen la misma suerte que los bienes reservados (arts. 166 N° 3 y 167, en relación con el art. 150).

358. FORMA DE PRACTICAR EL INVENTARIO. El artículo 1765 señala que el inventario debe hacerse “en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte”. En otras palabras, se está remitiendo al artículo 1253, que, a su turno, se remite a las normas establecidas para los tutores y curadores, vale decir, a los artículos 382 y siguientes del Código Civil. Dice el artículo 382: “El inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaría, particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad; sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad del guardador”. El artículo 384 agrega que “Debe comprender el inventario aun las cosas que no fueren propias de la persona cuya hacienda se inventaría, si se encontraren entre las que lo son; y la responsabilidad del tutor o curador se extenderá a las unas como a las otras”. El hecho de señalar bienes en el inventario no constituye prueba de su dominio. Así lo consigna el artículo 385. Finalmente, si con posterioridad a la confección del inventario aparecieren nuevos bienes, se debe hacer un nuevo inventario (art. 383).

359. CLASES DE INVENTARIO. El inventario puede ser de dos clases: *simple* o *privado* y *solemne*. El inventario *solemne* es aquel que se efec-

túa por funcionario competente, previa resolución judicial, con las solemnidades previstas en la ley. Así lo establece el artículo 858 del Código de Procedimiento Civil. El inventario que no reúna estos requisitos será *simple o privado*.

360. OBLIGACIÓN DE HACER INVENTARIO SOLEMNE. Deberá practicarse inventario solemne cuando entre los partícipes de gananciales hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes. Así lo establece el artículo 1766 inciso 2º. En los demás casos bastará el inventario privado, a menos que alguno de los interesados pida inventario solemne (art. 1765 en relación con el art. 1284).

361. SANCIÓN CUANDO DEBIENDO HACERSE INVENTARIO SOLEMNE SÓLO SE HACE PRIVADO. La sanción consiste en que la persona responsable de esta omisión debe responder de los perjuicios que de ella deriven, debiendo procederse, en el menor tiempo, a regularizar esta situación. Así está establecido en el artículo 1766. Agreguemos que son responsables de esta omisión todos los partícipes de los gananciales, salvo naturalmente los propios incapaces, que son los únicos que pueden reclamar. Y responden solidariamente de los perjuicios.

Es importante destacar que la omisión del inventario solemne no invalida la liquidación de la sociedad conyugal.²⁷¹

Sobre esta materia, reviste interés la opinión de Ramón Domínguez Águila, quien expresa: "por nuestra parte pensamos que el artículo 1766 no ha de aplicarse al caso del pacto y liquidación contenido en el artículo 1723. Desde luego, el artículo 1766 es producto de redacción original del Código, anterior por tanto en un siglo a la que se contiene en el artículo 1723 luego de la redacción que le diera la Ley Nº 10.271 y antes la Ley Nº 7.612. Estas para facilitar la mutabilidad del régimen de sociedad a separación de bienes permitieron que 'en la escritura pública de separación' los

²⁷¹ Así ha sido fallado reiteradamente: t. 2º, sec. 1ª, pág. 67; t. 18, sec. 1ª, pág. 330; t. 29, sec. 1ª, pág. 462; t. 33, sec. 2ª, pág. 51; t. 45, sec. 1ª, pág. 186. En el mismo sentido, A. Alessandri, *Tratado de las Capitulaciones Matrimoniales*, Nº 827, pág. 51; Pedro Lira U., "Algunas consideraciones sobre el estado de indivisión que sigue a la disolución de la sociedad conyugal", publicado en *Rev. Der. y Jur.*, t. 33, I Parte, Nº 13, pág. 120. En sentido contrario, *Gaceta*, 1900, t. I, Nº 906.

cónyuges pudieran a la vez liquidar la sociedad conyugal. ¿Cómo poderlo hacerlo al mismo tiempo, si se exige que el inventario y tasación sean con previa solemnidad judicial? No habrá de olvidarse —continúa— que, desde un punto de vista lógico, que es el que rige esta cuestión, primero ha de existir la comunidad, cuyo activo y pasivo se fija en el inventario, y para que haya comunidad en lugar de sociedad, ésta debe terminar".²⁷² Esta posición ha sido acogida por la Corte de Temuco al declarar que "cuando ella (la liquidación de la sociedad conyugal) se practica en la misma escritura de separación de bienes, como para los demás pactos que se estipulen en ella, no es necesario que los cónyuges practiquen previamente otros trámites, como es el inventario".²⁷³

362. CONVENIENCIA DE PRACTICAR INVENTARIO SOLEMNE. Estando claro que sólo cuando hay incapaces debe realizarse inventario solemne, no se crea que en los demás casos da lo mismo realizar uno u otro. Claramente no da lo mismo, puesto que el inciso 1º del artículo 1766 señala que "El inventario y tasación, que se hubieren hecho sin solemnidad judicial, no tendrán valor en juicio, sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que lo hubieren debidamente aprobado y firmado". De manera que el inventario simple no es oponible a los acreedores que no lo hubieren firmado. Y existe variada y reciente jurisprudencia que ha desechado tercerías de dominio interpuestas por la mujer, cuando la tercería se funda en adjudicaciones hechas en una liquidación practicada sin inventario solemne. Dados los términos en que está redactada la norma, "no tendrá valor en juicio", pensamos que la oponibilidad opera de pleno derecho.²⁷⁴

²⁷² "Fraus Omnia Corruptit. Notas sobre el fraude en el derecho Civil", trabajo publicado en la *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* Nº 189, enero-junio 1991, págs. 7 al 34.

²⁷³ T. 99, sec. 2ª, pág. 1, considerando 15.

²⁷⁴ Sobre el punto podrán verse: *Gaceta Jurídica* Nº 48, pág. 52; *Gaceta Jurídica* Nº 52, pág. 68; *Gaceta Jurídica* Nº 102, página 45; *Gaceta Jurídica* 108, página 36; *Gaceta Jurídica* Nº 129, página 55; *Fallos del Mes* Nº 129, pág. 55; *Fallos del Mes* 374, sentencia 17, pág. 889. Véase también t. 87, sec. 1ª, pág. 2; t. 88, sec. 2ª, pág. 41; *Revista Leyes y Sentencias* Nº 20, pág. 22. Hay otros fallos no publicados, como, por ejemplo: el de fecha 5 de noviembre de 1990, recaído en la tercería de posesión interpuesto por Rosa Aparicio, en el juicio ejecutivo caratulado "Vergara con Le Roy", rol 1058-89 de la I. Corte de Apelaciones de Concepción.

Finalmente conviene precisar que “la sanción de inoponibilidad establecida en el inciso 1º del artículo 1766 del Código Civil sólo beneficia a aquel que tenga la calidad de acreedor al momento en que se efectúe el inventario y tasación de los bienes, que formaban parte del patrimonio de la sociedad conyugal”.²⁷⁵

También se ha fallado que “la acción deducida por la tercerista será desestimada, por considerar que el pacto de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal en que se funda, le resulta inoponible al acreedor y ejecutante en estos autos, quien podrá perseguir el cobro de la deuda en los bienes embargados, como si no se hubiere celebrado el pacto y adjudicación mencionados”.²⁷⁶

Además, la mujer para gozar del beneficio de emolumento contemplado en el inciso 1º del artículo 1777, esto es, para no responder de las deudas de la sociedad sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales, debe probar el exceso que se le cobra, mediante inventario, tasaciones u otros documentos auténticos. Así, pues, para ella es fundamental contar con un inventario solemne.

363. DISTRACCIÓN U OCULTACIÓN DOLOSA DE UN BIEN SOCIAL. El artículo 1768 sanciona al cónyuge o sus herederos que dolosamente ocultaren o distrajeren algún bien de la sociedad, haciéndolos perder su porción en la misma cosa y obligándolos a restituirla doblada. Textualmente dice: “Aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada”.

“Hay distracción –dice Alessandri– cuando alguno de los cónyuges o de sus herederos sustrae un bien social para apropiárselo o exclusivamente en perjuicio del otro, de sus herederos o de los acreedores sociales”; y “hay ocultación cuando, con el mismo objeto, esconde o hace desaparecer un bien social o silencia o niega su existencia, no obstante que la conoce o lo tiene en su poder”. Y agrega este autor que “la ocultación o distracción puede referirse a cualquier bien social aunque sea reservado”.²⁷⁷

Los requisitos que deben concurrir para que nos encontremos frente a esta situación son los siguientes:

- 1) que se trate de un bien social (incluidos en éstos los reservados, a menos que se hubiere renunciado a los gananciales);
- 2) un acto material de ocultación o distracción, y
- 3) intención dolosa que deberá probarse, ya que el dolo no se presume (art. 1459).

Hay sobre este punto algunas sentencias de interés. Así, por ejemplo, se ha fallado que “la distracción u ocultación de alguna cosa de la sociedad supone un acto material que puede consistir en silenciar, esconder, sustraer o hacer desaparecer un bien, y, en general, cualquier hecho que importe eliminar bienes o valores de la liquidación de la sociedad para destruir la igualdad entre los cónyuges o sus herederos o para burlar a los acreedores sociales; y entre éstos ciertamente están los contratos ficticios o simulados”.²⁷⁸ El mismo fallo estableció que “procede aplicar la sanción establecida en el artículo 1768 del Código Civil respecto de los bienes afectos a contratos de compraventas simulados celebrados por el marido con el fin de defraudar los derechos de su mujer en la liquidación de la sociedad conyugal”. Otra sentencia estableció que había distracción si el marido superviviente da por suyos bienes sociales y procede a venderlos como propios.²⁷⁹

¿En qué consiste exactamente la sanción? ¿Qué quiere decir el artículo 1768 cuando habla de que se pierde su porción en la cosa y que se verá obligada a restituirla doblada? ¿Es la cosa o la porción la que se devuelve doblada? No es claro el artículo 1768. Somariva²⁸⁰ dice que “la mayoría de los autores estiman que lo que debe restituirse doblada es la cosa y no la porción, y ello puede hacerse mediante el pago de su valor”. Y coloca el siguiente ejemplo: el marido oculta 100 acciones del Banco de Chile con un valor de \$ 3.500 cada una. La sanción sería que dicho cónyuge pierde su derecho a las acciones y está obligado a restituirlas dobladas, es decir, la acción más su valor, esto es \$ 3.500. En ese sentido, Alessandri.²⁸¹ En contra, Amunátegui, citado por A. Alessandri.

²⁷⁵ T. 94, sec. 1ª, pág. 31. En el mismo sentido, C. Suprema, 6 de junio de 2006, Revista Leyes y Sentencias Nº 20, pág. 22.

²⁷⁶ Corte de Santiago, 7 de julio de 2006, Gaceta Jurídica Nº 313, pág. 177.

²⁷⁷ *Tratado de las Capitulaciones Matrimoniales* Nº 834, pág. 514.

²⁷⁸ T. 55, sec. 1ª, pág. 188.

²⁷⁹ T. 53, sec. 1ª, pág. 130.

²⁸⁰ *Der. de Familia*, Nº 309, pág. 317.

²⁸¹ Ob. cit., Nº 843, pág. 517.

Un fallo ha dicho que “la restitución doblada del objeto distraído importa devolverlo en especie a la sociedad conyugal y, además, restituir otro tanto en dinero”.²⁸²

En cuanto al momento en que pudo verificarse la ocultación o distracción, nada dice la ley, por lo que cabe concluir que puede realizarse en cualquier momento antes de la liquidación.²⁸³

Se ha fallado que “es coautor del delito establecido en el artículo 1768 el heredero de la mujer que, después del fallecimiento de ésta, compra al marido un inmueble adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, sin que los demás herederos concurren a la venta” y que, “por consiguiente y en atención a que la pluralidad de autores de un delito civil da acción solidaria contra todos ellos (art. 2317 del Código Civil), las penas civiles que establece el artículo 1768 pesan por igual o solidariamente en el presente caso, sobre el vendedor y comprador”.²⁸⁴

364. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE TIENE EL CÓNYUGE INOCENTE EN EL CASO DEL ARTÍCULO 1768. Alessandri estima que esta acción prescribe de acuerdo al artículo 2515, por constituir esa disposición la regla general.²⁸⁵ En cambio, Somarriva piensa que por tratarse de un hecho ilícito debe aplicarse el plazo de prescripción de 4 años contemplado en el artículo 2332.²⁸⁶ Nos parece más jurídica esta última posición.

365. TASACIÓN DE BIENES. El artículo 1766 establece que “disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes...”. De manera que no basta con que se inventarién los bienes, sino que además es necesario tasarlos, es decir, fijarles valor.

Naturalmente que los bienes que se deben tasar son los mismos que han sido inventariados, por lo que en esta parte nos atenemos a lo que dijimos a propósito del inventario. El artículo 1766 se remite en esta materia, a las reglas de la sucesión por causa de muerte; es decir al artículo 1335. Según esta norma, “la tasación

²⁸² T. 53, sec. 1ª, pág. 150.

²⁸³ Así Alessandri, ob. cit., N° 841, pág. 517.

²⁸⁴ T. 53, sec. 1ª, pág. 130.

²⁸⁵ Ob. cit., N° 854, pág. 524.

²⁸⁶ *Derecho de Familia*, N° 309, pág. 318.

deberá realizarse por peritos, salvo que los coasignatarios hayan legítima y unánimemente convenido en otra forma, o que se liciten las especies en los casos previstos por la ley”.

De manera que para hacer la tasación en forma privada se requiere, según este artículo, que todas las partes sean plenamente capaces. Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil ha venido a complementar y modificar lo dicho por el artículo 1335, al establecer en el artículo 657 que “Para adjudicar o licitar los bienes comunes, se apreciarán por peritos nombrados en la forma ordinaria” (inc. 1ª). “Podrá, sin embargo, omitirse la tasación, si el valor de los bienes se fija por acuerdo unánime de las partes, o de sus representantes, aun cuando haya entre aquellas incapaces, con tal que existan en los autos antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes, o que se trate de bienes muebles, o de fijar un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños” (inc. 2ª).

Luego, desde la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, no se requiere de tasación solenne aun cuando entre los interesados haya personas incapaces, en los siguientes casos:

- a) Si sólo se trata de liquidar bienes muebles;
- b) Cuando en los autos existen antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes, y
- c) Cuando sólo se trata de fijar un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños.

El caso b) que acabamos de indicar nos merece un comentario especial. Es frecuente que cuando las partes otorgan una escritura de liquidación en que adjudican bienes raíces se señale, para justificar el valor que ellos asignan al bien, el avalúo fiscal, insertando al efecto un certificado de avalúo o el último recibo de contribuciones. Sin embargo, podría estimarse –y de hecho he visto que algunos bancos rechazan estas escrituras– que el artículo 657 habla de “antecedentes” en plural, con lo que no bastaría uno solo.

La Corte Suprema, en sentencia de 11 de enero de 1991, desechó un recurso de casación en el fondo fundado en que habiéndose liquidado de común acuerdo una sociedad conyugal, sin darse cumplimiento a las exigencias de tasación de bienes raíces contenidas en el artículo 657 del Código de Procedimiento Civil, se producía la nulidad absoluta de tal liquidación. Dijo el

fallo que “el modo de establecer el precio o valor de los bienes partibles no es una exigencia de validez del acto o contrato o juicio de partición, sino una mera regla práctica, toda vez que si fuere un requisito de validez, éste no podría ser obviado por el acuerdo de las partes...”²⁸⁷

Para terminar con este punto, digamos lo mismo que señalamos cuando vimos el inventario, esto es, que la fuerza probatoria del inventario y tasación simples no es la misma que la del inventario y tasación solemnes, pues el artículo 1766 señala que “el inventario y tasación, que se hubieren hecho sin solemnidad judicial, no tendrán valor en juicio, sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado”. Señalemos también que el Código de Procedimiento Civil, en los artículos 895 y siguientes, ha reglamentado la forma de hacer la tasación solemne y agreguemos que si debiendo hacerse tasación solemne se hiciere simple, la sanción es la misma estudiada para el caso del inventario, es decir, los responsables responderán solidariamente de los perjuicios, sin perjuicio de normalizar la situación en el menor tiempo (art. 1766).

366. FORMACIÓN DEL ACERVO COMÚN O BRUTO; RETIRO DE LOS BIENES PROPIOS, Y PAGO DE LOS PRECIOS, SALDOS Y RECOMPENSAS. Sobre la base del inventario se debe formar el acervo bruto o común, que lo integran todos los bienes sociales, reservados y propios de cada cónyuge. Se debe formar también un cuerpo común de frutos que incluya los frutos provenientes de los bienes recién indicados y también los frutos de los bienes que la mujer administraba de acuerdo a los artículos 166 y 167.

Hecho lo anterior, se deben realizar las siguientes operaciones para llegar al acervo líquido partible:

a) acumular imaginariamente –vale decir en valor– al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad, por vía de recompensa o indemnización (art. 1769).

b) cada cónyuge o sus herederos tiene derecho a deducir del acervo bruto:

1) Las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan (bienes propios), y

²⁸⁷ Gaceta Jurídica N° 127, pág. 57.

2) Los precios, saldos y recompensas que constituyan el resto de su haber (art. 1770 inciso 1°).

367. RETIRO DE LAS ESPECIES O CUERPO CIERTO QUE PERTENEZCAN AL CÓNYUGE.

Respecto de este retiro, rigen las siguientes reglas:

A) Cada cónyuge, o sus herederos, tienen derecho a sacar del acervo bruto sus bienes propios, muebles o inmuebles, corporales o incorporeales. Por ejemplo, se podrá retirar una cosa mueble eximida de la comunidad, de acuerdo al artículo 1725 N° 4, inciso 2°. El artículo 1770 habla de “las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan”, frase que debe entenderse en el sentido de bienes perfectamente individualizados, corporales o incorporeales.²⁸⁸

B) El retiro se efectúa a título de dueño. Es un simple retiro material. No hay adjudicación, porque ésta supone una comunidad previa, lo que no se da en este caso, pues se trata de bienes que han pertenecido exclusivamente al cónyuge que ahora los retira.

C) Los bienes se restituyen en el estado en que se encuentran, aprovechando al cónyuge los aumentos naturales que la cosa ha experimentado (los aumentos debidos a la mano del hombre otorgan a la sociedad una recompensa en contra del cónyuge, que se rige por el artículo 1746), y sufriendo sus deterioros, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos (art. 1771).

D) Deben restituirse los bienes con sus frutos pendientes al tiempo de la restitución y también los frutos percibidos desde el momento de la disolución (art. 1772 inciso 1°).

E) La ley no fija un plazo para la restitución. El artículo 1770, inciso 2°, primera parte, sólo expresa que “La restitución de las especies o cuerpos ciertos deberá hacerse tan pronto como fuere posible después de la terminación del inventario y avalúo”.

F) Estos bienes propios del cónyuge no se pueden adjudicar al otro cónyuge, porque toda adjudicación supone comunidad previa. De manera que si se hiciera, sería una especie de venta entre cónyuges, que está prohibida en el artículo 1796. Sin embargo, esta regla tiene algunas excepciones:

²⁸⁸ Alessandri, ob. cit., N° 874, pág. 534.

a) si el cónyuge sobreviviente es heredero del cónyuge difunto (art. 1337);

b) si los bienes sociales son insuficientes para pagar el haber de la mujer, caso en que ésta podrá dirigirse sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo y, al no haber acuerdo, por el juez partidor o liquidador (artículo 1773 inciso 2º).²⁸⁹

368. RETIRO DE PRECIOS, SALDOS Y RECOMPENSAS. El artículo 1770 señala que "cada cónyuge, por sí o por sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan, y los precios, saldos y recompensas que constituyan el resto de su haber".

Estas deducciones se rigen por las reglas siguientes:

A) Las hace el cónyuge en su calidad de acreedor de la sociedad conyugal;

B) Las hace efectiva pagándose directamente con bienes sociales, respetándose el siguiente orden: dinero y bienes muebles, y a falta de éstos, bienes inmuebles. Así lo dice el artículo 1773: "y las que consistan en dinero, sea que pertenezcan a la mujer o al marido, se ejecutarán sobre el dinero y muebles de la sociedad, y subsidiariamente sobre los inmuebles de la misma".

Lo que se viene diciendo constituye una excepción a las reglas generales, puesto que lo normal es que el acreedor persiga su crédito en los bienes del deudor, exigiendo que se vendan en pública subasta para pagarse con su producido (art. 2469). La excepción se explica por varias razones:

- a) porque el acreedor es también comunero en el bien;
- b) porque de esa forma, se evita la venta de bienes que a los cónyuges puede interesar conservar, y
- c) se evita una venta que puede ser inconveniente y que además causaría gastos.

Este derecho de los cónyuges a cobrarse directamente en los bienes sociales puede ser renunciado, exigiendo se vendan los bienes sociales para pagarse con el producido del remate, según las reglas generales. También, pueden ellos acordar que no se respete el orden de prelación que indica el artículo 1773.

²⁸⁹ Alessandri, ob. cit., N° 884, pág. 538.

C) Sólo puede hacerlas el cónyuge cuando se le adeuda un precio, saldo o recompensa proveniente de la indivisión. De modo que los créditos extraños a la indivisión, como los que los herederos pudieren tener entre sí por otras razones, no autorizan esta deducción.

D) Los cónyuges hacen estas deducciones a título de acreedores-comuneros, no a título de propietarios, como ocurría en el retiro de los bienes propios. Por ello, estos retiros constituyen una adjudicación. Y esto es importante para varios efectos:

a) porque la nulidad o rescisión de la partición acarrea la nulidad de estas adjudicaciones;

b) porque como toda adjudicación, ésta es declarativa, no traslativa de dominio, aunque se haga en pública subasta.²⁹⁰

E) Estos pagos deben hacerse dentro del año siguiente a la terminación del inventario y avalúo, plazo que puede ampliarse o restringirse por el partidor (1770 inc. 2º).

F) Respecto de estos retiros, la ley otorga a la mujer algunos beneficios especiales:

a) le permite hacer estas deducciones antes que el marido (art. 1773 inc. 1º);

b) si los bienes sociales fueren insuficientes, podrá hacer efectivo su crédito sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo o, a falta de acuerdo, por el partidor (art. 1773). En este caso, no hay adjudicación sino una dación en pago, y

c) la mujer es respecto de su marido una acreedora que goza de un privilegio de cuarta clase (art. 2481 N°3).²⁹¹

369. LIQUIDACIÓN DE LAS RECOMPENSAS QUE RECÍPROCAMENTE SE ADEUDEN SOCIEDAD Y CÓNYUGES. Puede ocurrir que la sociedad adeude recompensas a alguno de los cónyuges o éstos a la sociedad. Hay, por así decirlo, una verdadera cuenta corriente entre el cónyuge y la sociedad que será necesario liquidar. Mientras no se haga esta liquidación, no se va a saber si el cónyuge respectivo tiene un crédito que hacer efectivo en la partición, o, a la inversa, si es deudor. Por la misma razón, mientras no se practique esta

²⁹⁰ Sobre este punto véase A. Alessandri, ob. cit., N°s 899, 900 y 901.

²⁹¹ Sobre el alcance de este privilegio, véase A. Alessandri, ob. cit., N°s 913 a 922; M. Somarriva, *Derecho de Familia*, N°s 925 y 926.



operación, los acreedores de un cónyuge no podrían embargar el crédito que éste tiene contra la sociedad. Tampoco podría el cónyuge exigir el pago de la recompensa mientras no esté hecha la liquidación.

En definitiva, si practicado el balance, éste arroja un saldo acreedor para el cónyuge, hará la respectiva deducción, en los términos estudiados (arts. 1770-1773). Si resulta un saldo deudor, quiere decir que él debe a la sociedad conyugal tal saldo, por lo que debe acumularlo imaginariamente de acuerdo al artículo 1769.

370. DEDUCCIÓN DEL PASIVO COMÚN. Del acervo bruto podrá deducirse también el pasivo social. Hemos dicho que se “podrá” deducir el pasivo del acervo bruto, porque ello no es obligatorio para las partes, pudiendo, si así lo desean, prescindir del pasivo y repartir sólo el activo. Podrá advertirse que el artículo 1774 señala que “establecidas las antedichas deducciones –y entre éstas no está el pasivo– el residuo se dividirá por mitad entre los cónyuges”. Si al momento de la liquidación no se rebaja el pasivo, los acreedores sociales podrán de todas formas hacer efectivos sus créditos en la forma dispuesta en los artículos 1777 a 1779.

Lo conveniente es considerar el pasivo al momento de hacer la liquidación, resolviéndose qué deudas soportará cada cónyuge. Sin embargo, estos acuerdos a que puedan llegar los cónyuges sobre el pago de las deudas son inoponibles a los acreedores, que de todas formas podrán dirigirse en contra de quien contrajo la deuda. Pero los acreedores podrían también aceptar este reparto de deudas y actuar en consecuencia (artículos 1358, 1359).

371. REPARTO DE LOS GANANCIALES. Una vez que se hacen al acervo bruto las acumulaciones y deducciones que hemos tratado, lo que resta es el acervo líquido partible o gananciales, que se debe dividir por mitad entre los cónyuges (sin importar lo que cada uno haya aportado a la sociedad). Así lo establece el artículo 1774, ya transcrito.

Hay, sin embargo, algunas excepciones a la regla de reparto por mitad de los gananciales. Ello ocurre en los casos siguientes:

1) Cuando hubiere habido ocultación o distracción dolosa de un bien de la sociedad, caso en que el cónyuge o heredero

responsable pierde su porción en la misma cosa y debe restituirla doblada (art. 1768).

2) Cuando en las capitulaciones matrimoniales se hubiere convenido que los gananciales se repartan en otra proporción.²⁹²

3) Cuando la mujer renunció a los gananciales. Si uno de los herederos de la mujer renunció a su cuota en los gananciales, la porción del que renuncia acrece a la porción del marido (art. 1785).

372. DIVISIÓN DEL PASIVO SOCIAL. RESPONSABILIDAD DE LOS CÓN- YUGES POR ESTE PASIVO. Esta materia está tratada en los artículos 1777, 1778 y 1779 del Código Civil. Para estudiarla, es necesario distinguir entre:

- A) la obligación a las deudas, y
- B) la contribución a las deudas.

373. OBLIGACIÓN A LAS DEUDAS. Frente a los terceros el marido es responsable de las deudas sociales. Como administrador de la sociedad conyugal, él contrajo la deuda y él debe responder por la totalidad de la obligación sin que importe que haya o no recibido gananciales (1749, 1750, 1751). El artículo 1778, en su primera parte, así lo establece: “El marido es responsable del total de las deudas de la sociedad...”. Esta situación no cambia por la disolución de la sociedad, de tal suerte que el tercero acreedor puede dirigirse por el total de la deuda sobre todo el patrimonio del marido.²⁹³

La situación de la mujer es diferente. Ella está obligada frente a terceros exclusivamente hasta lo que recibió a título de gananciales. El artículo 1777 inciso 1º dice que “La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales”. De manera que demandada la mujer por una deuda social, puede oponer al acreedor *el beneficio de emolumento*, que luego estudiaremos, y defenderse alegando que ella no responde de la deuda sino hasta el monto de lo que recibió a título de gananciales.

²⁹² Sobre este punto véase: “¿Puede alterarse, en el hecho, la proporcionalidad del 50% para la división de gananciales”. Fernando Fueyo, Revista Derecho Universidad de Concepción, N° 119, pág. 3.

²⁹³ Véase Fallos del Mes N° 469, sent. 9, pág. 2216.



En relación a esta materia se ha fallado que "con la disolución de la sociedad conyugal no desaparece la responsabilidad del marido, pues éste —como lo precisa la norma del artículo 1778 del Código citado— sigue siendo responsable del total de las deudas de la sociedad conyugal, concediéndosele la acción de repetición que allí se establece. Mas, en el caso de la mujer que no hubiere renunciado los gananciales, queda desde aquel momento también responsable de las deudas de la sociedad conyugal de acuerdo con lo establecido en el artículo 1777. En otras palabras: al deudor inicial se agrega por disposición de la ley un segundo deudor, la cónyuge separada totalmente de bienes. Esta obligación personal de la mujer no dimana sino de la ley, fuente de la misma, como lo reconocen los artículos 578 y 1437 del Código Civil".²⁹⁴

374. TÍTULOS EJECUTIVOS EN CONTRA DEL MARIDO. En el caso que la deuda contraída por el marido constare de un título ejecutivo —v. gr., letra de cambio o pagaré firmado por el marido ante notario— cabe preguntarse si este título puede hacerse efectivo en contra de la mujer una vez disuelta la sociedad conyugal. En nuestra opinión, ello no es posible, pues una cosa es la obligación o responsabilidad al pago de una deuda, y otra distinta es la vía para hacer efectiva tal responsabilidad. Disuelta la sociedad conyugal, la mujer puede ser demandada por su cuota o parte en la deuda (art. 1777 inciso 1º), pero no se le puede perseguir ejecutivamente.

Lo anterior se explica por el concepto mismo de lo que es título ejecutivo, definido como "aquel documento que da cuenta de un derecho indubitable, al cual la ley le atribuye la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de la obligación que en él se contiene".²⁹⁵ Un conocido procesalista nos dice que una de las características de la acción ejecutiva es su autonomía, de la que "resulta que el título ejecutivo es suficiente por sí mismo para autorizar el procedimiento de ejecución. Nada debe investigar el juez que no conste del título mismo. Pero, por esa razón, y

²⁹⁴ T. 88, sec. 2ª, pág. 41.

²⁹⁵ Mario Casarino Viterbo, *Manual de Derecho Procesal*, tomo V, punto 712, pág. 80, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, Santiago, 1985.

como lógica consecuencia, es necesario que el título sea bastante por sí mismo, es decir, que debe reunir todos los elementos para actuar como título ejecutivo..."²⁹⁶

Justamente porque el título ejecutivo debe bastarse a sí mismo, es que no se acepta lo que se ha dado en llamar la "yuxtaposición de títulos", esto es, que se junten dos instrumentos, para configurar un título ejecutivo. Hay sentencias en este sentido.²⁹⁷ En otra oportunidad, la Corte Suprema resolvió que "el título ejecutivo tiene que ser constitutivo de una obligación determinada y relativo a una persona también determinada".²⁹⁸

Si existe un título ejecutivo en contra del marido, disuelta la sociedad conyugal, no se puede proceder ejecutivamente en contra de la mujer, porque del título mismo no aparece que esa mujer sea la cónyuge de la persona que aparece en el título ni tampoco que tal matrimonio se encuentra disuelto. Lo anterior es todavía más claro tratándose de títulos ejecutivos como letras de cambio, pagarés o cheques cuyas firmas se encuentren autorizadas ante notario, por cuanto el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 434 N° 4, inciso final es muy claro en orden a dichos documentos tendrán mérito ejecutivo "*respecto del obligado cuya firma aparezca autorizada por un notario...*", lo que en el caso que estamos comentando ocurre con la firma del marido y no con la de la mujer.²⁹⁹

Arturo Alessandri señala que "el título que era ejecutivo antes del matrimonio en contra de alguno de los cónyuges continúa siéndolo después de celebrado, sin necesidad de dar cumplimiento al artículo 1377, que no tiene aplicación en materia de sociedad conyugal: se refiere únicamente a los títulos que eran ejecutivos contra una persona difunta" y agrega: "De ahí que, una vez celebrado el matrimonio, el título que era ejecutivo en contra de la

²⁹⁶ Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. III, N° 6, pág. 47, letra c). Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943.

²⁹⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 76, sec. 2ª, pág. 270.

²⁹⁸ Rev. Der. y Jur., t. 30, sec. 1ª, pág. 286. Sobre este punto puede consultarse *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*. Raúl Tavolari Oliveros, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 78.

²⁹⁹ En este sentido, sentencia de 11 de diciembre de 1996, dictada por la Corte de Concepción en causa "Banco de Chile con Villegas", rol Corte 1215-95. T. 94, sec. 1ª, pág. 36.

mujer se puede hacer valer en contra del marido sin necesidad de notificación previa".³⁰⁰

Compartimos la primera parte de esta opinión, pero no estamos de acuerdo en la conclusión, pues los títulos ejecutivos en contra de una persona no pueden hacerse valer en contra de otra, porque por sí mismos no son suficientes para autorizar el procedimiento de ejecución y, por otra parte, no es admisible la "yuxtaposición de títulos". El único caso que la ley admite que un título ejecutivo se puede hacer valer en contra de una persona diferente es el del artículo 1377. Y realmente tampoco es excepción, porque los herederos representan al causante (art. 1097).

375. CONTRIBUCIÓN A LAS DEUDAS. El problema de la contribución a la deuda consiste en determinar en qué medida va a soportar cada cónyuge una deuda social. La respuesta la da el artículo 1778: "El marido es responsable del total de las deudas de la sociedad; salva su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de estas deudas, según el artículo precedente". De manera que ambos cónyuges soportan el pago de la deuda por mitades. Y la regla es justa, puesto que si el activo se divide por mitad (art. 1774), lo equitativo es que en la misma forma se divida el pasivo (art. 1778). Hay, sin embargo, tres excepciones importantes, en que los cónyuges no contribuyen el pago de una deuda por partes iguales:

- 1) Beneficio de emolumento;
- 2) Cuando los cónyuges han convenido un reparto diferente, y
- 3) Cuando se trata de una deuda personal de un cónyuge.

376. BENEFICIO DE EMOLUMENTO. Ha sido definido como "la facultad que tiene la mujer o sus herederos para limitar su obligación y su contribución a las deudas de la sociedad hasta concurrencia de su mitad de gananciales, es decir, del provecho o emolumento que obtuvieron en ella".³⁰¹ Está contemplado en el artículo 1777.

³⁰⁰ *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales*, N° 366, pág. 277. Véase también N° 556, pág. 371.

³⁰¹ Alessandri, ob. cit., N° 979.

Para que la mujer pueda hacer uso de este beneficio sólo deberá probar el exceso que se le cobra, en la forma dispuesta en el inciso 2° del art. 1777, esto es, "sea por el inventario y tasación, sea por otros documentos auténticos". La prueba sólo puede consistir en instrumentos públicos -ese es el significado de documentos auténticos, según el art. 1699-, de manera que no son admisibles ni la prueba de testigos ni instrumentos privados, salvo el inventario privado pero sólo respecto del acreedor que lo aprobó y firmó (art. 1766). Ha dicho la jurisprudencia que "al no probar la demandada (mujer), de una manera que empiece al actor, el exceso de la contribución a que alude el artículo 1777 del Código Civil, debe responder por el total de la obligación materia de la demanda".³⁰² El mismo fallo señala -considerando 12°- que "según los autores y la jurisprudencia francesa, la mujer puede suplir la omisión del inventario por otros instrumentos auténticos sólo cuando alegue el beneficio de emolumento respecto del marido, pero no cuando lo alegue respecto de los acreedores".³⁰³

La razón que ha tenido la ley para limitar la responsabilidad de la mujer está en que no ha sido ella quien ha administrado la sociedad conyugal, sino su marido. Es una protección que se le otorga para defenderla de la mala administración del marido.

El beneficio de emolumento no produce una separación de patrimonios. Por ello, los acreedores pueden hacer efectivo su crédito en todos los bienes de la mujer, no sólo en los que haya recibido a título de gananciales. Alessandri explica que "la mujer responderá siempre hasta concurrencia de la cantidad que en cifras represente su mitad de gananciales", y agrega "lo que determina su responsabilidad no es el valor de los bienes que haya recibido, sino el monto de los gananciales que le correspondieron". "La mujer que recibió mil pesos como mitad de gananciales, responde hasta por mil pesos, aunque los bienes con que se le enteraron valgan, al tiempo de la demanda del acreedor, quinientos o dos mil pesos".³⁰⁴

³⁰² T. 88, sec. 2ª, pág. 41, considerando 13°.

³⁰³ Planiol y Ripert, *Tratado Práctico Derecho Civil Francés*, tomo IX, N° 924, pág. 326; Jossierand, *Curso de Derecho Civil Positivo Francés*, tomo III, 2ª edición, N° 358, pág. 198.

³⁰⁴ Ob. cit., N° 989, pág. 598.

377. ¿A QUIÉN SE OPONE EL BENEFICIO DE EMOLUMENTO? La mujer lo puede oponer a un acreedor de la sociedad (jamás a un acreedor personal suyo), cuando se la demanda por una deuda social; y también lo puede oponer a su marido. Respecto de este último, por vía de acción o como excepción. Lo primero ocurrirá cuando ella haya pagado una deuda social de monto superior a su mitad de gananciales, para que el marido le reembolse el exceso. Opondrá el beneficio por vía de excepción, cuando el marido haya pagado una deuda social y demande a la mujer para que le restituya su mitad (art. 1778); la mujer le dirá que nada debe restituir o que sólo debe reembolsar una parte porque lo que se le cobra excede a lo que percibió a título de gananciales.

378. CÓNYUGES PUEDEN ACORDAR LA DIVISIÓN DE LAS DEUDAS EN UNA PROPORCIÓN DIFERENTE. Los cónyuges pueden convenir que una deuda social la soporte uno de ellos en su integridad o en una proporción diferente al cincuenta por ciento. Ello es perfectamente posible, y lo aceptan los artículos 1340 y 1359 para los herederos, normas que se aplican al caso de la liquidación de la sociedad conyugal de acuerdo al artículo 1776. En el mismo sentido Pablo Rodríguez Grez, quien expresa que ello es posible con la salvedad de que los cónyuges o sus herederos no pueden alterar las normas sobre responsabilidad consignadas en la ley.³⁰⁵

379. PAGO DE UNA DEUDA PERSONAL. Cuando la sociedad paga una deuda personal de uno de los cónyuges, tiene un derecho de recompensa en contra de ese cónyuge, para que de esa forma soporte en definitiva el pago total.

380. IRRENUNCIABILIDAD DEL BENEFICIO DE EMOLUMENTO. La mujer no puede renunciar en las capitulaciones matrimoniales a este beneficio (art. 1717). Sin embargo, nada le impide renunciarlo una vez disuelta la sociedad conyugal.

381. PAGO POR UNO DE LOS CÓNYUGES DE UNA DEUDA GARANTIZADA CON UNA CAUCIÓN REAL CONSTITUIDA SOBRE UN BIEN ADJUDICADO. Esta

³⁰⁵ *Regímenes Patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, año 1996, pág. 176.

situación está tratada en el artículo 1779: "Aquel de los cónyuges que, por el efecto de una hipoteca o prenda constituida sobre una especie que le ha cabido en la división de la masa social, paga una deuda de la sociedad, tendrá acción contra el otro cónyuge para el reintegro de la mitad de lo que pagare; y pagando una deuda del otro cónyuge, tendrá acción contra él para el reintegro de todo lo que pagare".

La explicación es simple: la prenda e hipoteca son indivisibles. De consiguiente, el acreedor va a demandar por el total, en contra del cónyuge a quien se le ha adjudicado la cosa hipotecada o empeñada (1526 N° 1, 2405, 2408). Tendrá entonces que pagar el total de la deuda, sin perjuicio de que podrá dirigirse en contra del otro cónyuge, para que le reintegre la mitad que éste tenía que soportar de la deuda.

382. RENUNCIA DE LOS GANANCIALES. El artículo 1719, en su inciso 1º, establece que "La mujer, no obstante la sociedad conyugal, podrá renunciar su derecho a los gananciales que resulten de la administración del marido, con tal que haga esta renuncia antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad". Y el artículo 1781 agrega que "Disuelta la sociedad, la mujer mayor o sus herederos mayores tendrán la facultad de renunciar los gananciales a que tuvieron derecho...".

Esta renuncia es un beneficio que la ley da a la mujer (o a sus herederos), que consiste en que verificada esta renuncia, la mujer no responde de las deudas sociales, que sólo podrán ser exigidas y en su integridad al marido, sin derecho de reintegro. Constituye un importante medio de protección que la ley otorga a la mujer para defenderla de la mala administración del marido.

383. RENUNCIA HECHA POR EL MARIDO. Dada la finalidad de esta institución, no procede que el marido renuncie a los gananciales. Se podrá decir, sin embargo, que por qué no podría hacerlo, si es un derecho que sólo a él compete (art. 12 del Código Civil). Ello es cierto, el marido podría renunciar a los gananciales, pero tal renuncia no produce el efecto de liberarlo de responsabilidad por las deudas sociales. Hecha después de la disolución de la sociedad, constituiría una donación revocable del marido a la

mujer que no requiere de confirmación para que subsista después de la muerte del primero (artículo 1137).³⁰⁶

384. MOMENTO EN QUE SE PUEDEN RENUNCIAR LOS GANANCIALES. La mujer puede renunciar los gananciales en dos momentos:

- a) en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio (arts. 1719, 1721), y
- b) con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal (art. 1781).

385. RENUNCIA HECHA EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. Esta renuncia puede constituir uno de los objetos de las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio. Puede hacerla la esposa menor de edad, pero en ese caso requiere de autorización judicial (art. 1721 inc. 1º).

386. RENUNCIA HECHA CON POSTERIORIDAD A LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD. El artículo 1781 señala que “disuelta la sociedad, la mujer o sus herederos mayores tendrán la facultad de renunciar los gananciales a que tuvieren derecho”. Y agrega: “No se permite esta renuncia a la mujer menor, ni a sus herederos menores, sino con aprobación judicial”. Como se ve, hay perfecta concordancia entre la norma del artículo 1721 con la recién transcrita, pues en ambos casos se permite a las menores de edad renunciar, pero sujeta a la autorización o aprobación judicial.

La renuncia, en este caso, puede hacerse en cualquier momento, desde que se disuelve la sociedad conyugal y hasta mientras no ingrese ningún bien social al patrimonio de la mujer. Así lo dice el artículo 1782 inciso 1º. Ello se explica porque el hecho de recibir bienes a título de gananciales importa la aceptación de los gananciales. Por ello, porque ya se aceptaron, no se pueden renunciar.

Recordemos que cuando la sociedad conyugal se disuelve por haber operado el pacto de separación de bienes establecido en el artículo 1723, puede hacerse la renuncia en la misma escritura pública en que los cónyuges se separan de bienes.

³⁰⁶ Así Somarriva, *Derecho de Familia*, Nº 342. Alessandri, ob. cit. Nº 1.000, pág. 604.

Alessandri estima que la mujer o sus herederos podrían ser obligados, a petición del marido, de sus herederos o de cualquier otro interesado a que manifiesten su voluntad de aceptar o repudiar. Ello aplicando por analogía los artículos 1232 y 1233 del Código Civil.³⁰⁷

387. CARACTERÍSTICAS DE LA RENUNCIA DE GANANCIALES. La renuncia a los gananciales presenta las siguientes características:

1) Como toda renuncia, es un acto jurídico unilateral que sólo requiere de la voluntad de la mujer o de sus herederos;

2) Es un acto jurídico consensual, pues la ley no lo ha sometido a ninguna formalidad especial;

3) Es un acto puro y simple. Ello se desprende aplicando por analogía el artículo 1227 relativo a la repudiación de las asignaciones testamentarias;

4) Es un acto irrevocable. Así lo establece el artículo 1782 inciso 2º: “Hecha una vez la renuncia, no podrá rescindirse...”. Si bien la ley habla de “rescindir”, tenemos que entender que lo que quiso decir fue “revocar”. Hay casos en que, por excepción, se puede dejar sin efecto:

a) Si la mujer o sus herederos prueban que fueron inducidos a renunciar por engaño. Es un caso de nulidad relativa por existir dolo;

b) Si la mujer o sus herederos prueban que renunciaron por un justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales. Es un caso de nulidad relativa por error;

c) Si la mujer o sus herederos renunciaron violentados por la fuerza. Este caso no está especialmente contemplado, pero resulta de aplicar las reglas generales contenidas en los artículos 1456 y 1457;

d) También se puede dejar sin efecto la renuncia cuando se hizo en fraude de los acreedores del renunciante. En este caso la renuncia se podrá atacar por la vía de la acción pauliana.

En los casos a) y b), la acción de nulidad prescribe en cuatro años contados desde la disolución de la sociedad (art. 1782 inc. final) y no se suspende en favor de los herederos menores, porque el art. 1782 no establece la suspensión y esa norma se aplica con preferencia al art. 1692.

³⁰⁷ Ob. cit., Nº 1.015, pág. 610.

Cuando la causal de nulidad es la fuerza, prescribe en el plazo de 4 años contados desde que la fuerza cesa, y aquí rige la suspensión del art. 1692, por aplicarse las reglas generales.

Y, finalmente, en el caso de la acción pauliana, prescribe ésta en el plazo de un año contado desde la fecha de la renuncia (art. 2468 N°3).

388. FORMA DE RENUNCIAR LOS GANANCIALES. La ley no ha dado ninguna norma especial sobre la forma como deben renunciarse los gananciales. Por ello entendemos que la voluntad de la mujer se puede manifestar, como ocurre en la generalidad de los actos jurídicos, en forma expresa o en forma tácita. Será tácita cuando pueda desprenderse inequívocamente de hechos realizados por la mujer. Nos parece un buen ejemplo de esta situación el que la mujer después de disuelta la sociedad conyugal enajene un bien que era parte de su patrimonio reservado, no obstante que con motivo de la disolución tal bien debe ingresar a la masa común. Por ello, si lo enajena ella sola, con esa conducta está manifestando su voluntad de que el bien no entre a los gananciales, lo que implica renunciarlos.

Pensamos que cuando hay bienes raíces, lo corriente será que la mujer haga la renuncia en forma expresa, en escritura pública, que anotará en el Registro de Propiedad del Conservatorio de Bienes Raíces, al margen de la inscripción de dominio. No es necesario practicar una nueva inscripción del bien a nombre de la mujer, por cuanto el acto de renuncia no constituye un título nuevo.

389. EFECTOS DE LA RENUNCIA DE LOS GANANCIALES. Cuando se renuncia a los gananciales antes del matrimonio, de todas formas va a haber sociedad conyugal (art. 1719) y de todas maneras los frutos de los bienes propios de la mujer ingresarán a la sociedad conyugal, para soportar las cargas de familia (art. 1753). En lo demás, los efectos serán los normales de toda renuncia de gananciales y van a operar a la disolución de la sociedad.

Los efectos normales de la renuncia —hecha antes del matrimonio o después de su disolución— son los siguientes:

1) Los derechos de la sociedad y del marido se confunden aun respecto de los cónyuges (art. 1783). De aquí derivan las siguientes consecuencias:

a) a la disolución todos los bienes pertenecen al marido, no hay comunidad que liquidar;

b) la mujer no tiene derecho alguno en el haber social, y

c) la mujer no responde de parte alguna de las deudas sociales.

2) Los bienes del patrimonio reservado de la mujer le pertenecen a ella exclusivamente, no ingresan a los gananciales (art. 150 inc. 7°). La misma suerte corren los frutos de los bienes que administra separadamente la mujer de acuerdo a los artículos 166 y 167, y

3) La mujer conserva sus derechos y obligaciones a las recompensas e indemnizaciones (art. 1784).

390. ACEPTACIÓN DE LOS GANANCIALES. El Código no ha dado normas sobre la forma en que deben aceptarse los gananciales. Por ello debe concluirse que la aceptación puede hacerla la mujer en forma expresa o en forma tácita. Será expresa cuando la hace en términos explícitos, v. gr., en escritura pública; será tácita cuando de hechos suyos pueda desprenderse inequívocamente su voluntad de aceptar los gananciales. Creemos debe aplicarse por analogía lo dispuesto para la aceptación de las herencias por el artículo 1241 del Código Civil.

391. DERECHO DE LOS HEREDEROS A RENUNCIAR LOS GANANCIALES ES DIVISIBLE. Así fluye del artículo 1785: "Si sólo una parte de los herederos de la mujer renuncia, las porciones de los que renuncian acrecen a la porción del marido".

392. DE LOS BIENES RESERVADOS DE LA MUJER CASADA. Son bienes reservados de la mujer los que ella adquiere con su trabajo separado de su marido, lo que adquiere con ellos y los frutos de unos y otros. Están tratados en el artículo 150 del Código Civil.

El Código no habla de bienes reservados, y por ello también podría hablarse de peculio profesional o industrial de la mujer, denominación que el Código emplea respecto del hijo (art. 250 N° 1). Sin embargo, la denominación "*bienes reservados*" parece más propia y es la que usa la doctrina nacional, porque no sólo componen este patrimonio los bienes provenientes del trabajo de la mujer, sino también lo que con ellos adquiera. Por lo de-

más, de esa manera son llamados por la mayoría de los Códigos extranjeros, v. gr., art. 1265 y siguientes del Código alemán; arts. 190 a 193 Código suizo, art. 191 Código turco, etc.

393. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN DE LOS BIENES RESERVADOS. Esta institución sólo vino a ser incorporada al Código Civil por el Decreto Ley N° 328, de 12 de marzo de 1925, que en su artículo 9° estableció: "Se considera a la mujer separada de bienes para la administración de aquéllos que sean el fruto de su trabajo profesional o industrial". Y dio capacidad judicial a la mujer, respecto de esta administración.

Presentó el decreto ley varios inconvenientes, que hicieron ilusorios los beneficios que la norma quiso establecer:

1) En primer lugar, no se dio a la mujer el derecho a elegir una profesión o industria, con lo que bastaba la negativa para desapareciera la posibilidad de patrimonio reservado;

2) Es cierto que reconoció a la mujer respecto del patrimonio reservado la capacidad de la separada de bienes. Sin embargo, a esa época la mujer separada de bienes tenía una capacidad muy restringida (por ejemplo, necesitaba de autorización del marido para gravar y enajenar bienes raíces);

3) El principal defecto consistió en no haber dado normas para la prueba del origen y dominio de los bienes reservados y de la capacidad de la mujer. Ello hacía que los terceros para contratar con ella exigían la autorización del marido, para no correr riesgos, con lo que se desnaturalizaba la institución.

4) Finalmente, nada dijo el Decreto Ley N° 328 de la suerte que corrían estos bienes a la disolución de la sociedad conyugal.

Con el objeto de corregir estas deficiencias, la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile —que así se llamaba entonces la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales— preparó un proyecto, inspirado especialmente en la ley francesa de 1907, que vino a transformarse en la Ley N° 5.521, de 14 de diciembre de 1934, publicada en el Diario Oficial del 19 del mismo mes. Conviene agregar que esta ley no sólo trató de los bienes reservados, sino que su contenido fue más amplio. En términos generales aumentó considerablemente la capacidad de la mujer. Lo importante para este estudio es que reglamentó cuidadosamente la prueba del origen y dominio de los bienes reservados y

de la capacidad de la mujer. Lo mismo en lo relativo al pasivo y a la suerte que siguen los bienes a la disolución de la sociedad.

394. CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES RESERVADOS.

1) Forman un patrimonio especial, con activo y pasivo propios.

2) Constituyen un régimen especial de administrar un conjunto de bienes sociales. El hecho de que los administre la mujer no le quita el carácter de sociales. Son sociales porque provienen del trabajo de uno de los cónyuges (art. 1725 N° 1). Y la mayor prueba de que lo son está en que a la disolución de la sociedad conyugal ingresan a la masa de gananciales, a menos que la mujer o sus herederos renuncien a los gananciales.

3) Constituyen una protección que la ley otorga a la mujer que trabaja. Luego son privativos de la mujer.

4) Esta institución opera de pleno derecho por la sola circunstancia de que los cónyuges se casen en régimen de sociedad conyugal y de que la mujer tenga un trabajo separado del marido.

5) Es una institución de orden público. Por ello la regulación la hace la ley, sin que las partes puedan modificarla. El artículo 150 inciso 2° emplea la expresión "no obstante cualquier estipulación en contrario". Por la misma razón, la mujer no podría en las capitulaciones matrimoniales renunciar a tener un patrimonio reservado (art. 1717).

395. REQUISITOS DE LOS BIENES RESERVADOS. El artículo 150 inciso 2° establece que "La mujer casada, que desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga, no obstante cualquier estipulación en contrario...". De aquí se desprende que los requisitos para que nos encontremos frente a esta institución de los bienes reservados son los siguientes:

- 1) Trabajo de la mujer;
- 2) Que el trabajo sea remunerado;
- 3) Que se desarrolle durante la vigencia de la sociedad conyugal, y
- 4) Que se trate de un trabajo separado del marido.

396. TRABAJO DE LA MUJER. La única fuente de los bienes reservados es el trabajo de la mujer. Los bienes que la mujer adquiriera por otro medio, herencia por ejemplo, no ingresan a este patrimonio, quedando sometidos al derecho común.

397. TRABAJO REMUNERADO. Este requisito es lógico, por cuanto el artículo 150 inciso 2º la considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria *"y de lo que en ellos obtenga"*. Luego, su trabajo separado tiene que producirle bienes, tiene que ser remunerado. Las labores domésticas que haga en el hogar o los servicios de beneficencia que realice no van a generar bienes reservados. Cualquier trabajo remunerado, permanente, accidental, industrial, agrícola, comercial, profesional, lícito o ilícito, público o privado, es fuente de bienes reservados.

398. EL TRABAJO TIENE QUE DESARROLLARSE DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Por esta razón si la mujer trabaja de soltera y adquiere bienes, estos bienes no formarán parte de sus bienes reservados, sino que seguirán la suerte que les corresponda de acuerdo al derecho común. Así, por ejemplo, si de soltera compró un inmueble, éste será bien propio; en cambio, si tiene un automóvil o acciones de un banco, tales bienes ingresarán al activo relativo de la sociedad conyugal (art. 1725 Nº 4).

Para determinar si un bien es reservado hay que estarse al momento en que se prestó el servicio. Así si la mujer de soltera realizó un trabajo, y se lo pagaron cuando ya estaba casada, ese pago no ingresa a los bienes reservados. Y a la inversa, si de casada realizó un trabajo que le es pagado cuando ya la sociedad está disuelta, tal bien es reservado.

Es corriente que la mujer trabaje algunos años después de casada y en seguida jubile o se retire a las labores propias de su hogar. Ello, sin embargo, no hace que desaparezca el patrimonio reservado. Así lo demuestra el inciso 4º del artículo 150, parte final, que habla de *"que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido"*.

399. TRABAJO SEPARADO DE SU MARIDO. Este requisito lo incorporó la Ley Nº 5.521, tomándolo de la ley francesa de 1907; no lo exigía

el DL 328. De la historia fidedigna del establecimiento de la ley —dice Alessandri— se desprende que *"hay trabajo separado de la mujer y del marido siempre que no trabajen en colaboración, aunque reciban una remuneración común"*. Y explica que en el Senado, a indicación de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se sustituyó la palabra *"distintos"*, que figuraba en el proyecto de la Cámara de Diputados, por *"separados"*, a fin de expresar mejor la idea manifestada en el primer informe de esa Comisión, según la cual por trabajo separado de la mujer *"debe entenderse no solamente aquel que se desempeña por la mujer en una repartición, industria o negocio diverso, sino, también, el que ésta sirva en el mismo negocio, industria o repartición en que trabaje el marido, siempre que, en este último caso, no haya entre ambos una relación directa, personal y privada de colaboración y ayuda solamente, sino una efectiva o independiente contratación de servicios con un determinado empleador o patrón, ya sea éste el propio marido o un extraño"* (primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, citado por Alessandri).³⁰⁸

Por la importancia del punto, reproducimos los comentarios de Alessandri, no obstante su extensión: *"Para determinar si hay o no trabajo separado de la mujer, no se atiende a si los cónyuges reciben una remuneración separada o única: la forma de remuneración es indiferente; a si se dedican al mismo o a distinto género de actividades, ni a si trabajan en el mismo negocio, industria u oficina o en otro diverso, sino exclusivamente a si hay o no colaboración y ayuda directa, personal y privada entre ellos. Si la mujer se limita a ayudar al marido en virtud del deber de asistencia que le impone el artículo 131 del CC, prestándole cooperación en las labores agrícolas, industriales, comerciales o profesionales, si, por ejemplo, atiende el negocio conjuntamente con el marido, despacha a los clientes cuando éste no puede hacerlo, le ayuda a contestar sus cartas, le dactilografía sus escritos o trabaja en colaboración con su marido, como si ambos escriben una obra en común, o si, teniendo una misma profesión, la ejercen de consuno, no cabe aplicar el artículo 150: los bienes que adquiere quedarán sometidos a la administración del marido, de acuerdo*

³⁰⁸ Ob. cit., Nº 1.070.

con el derecho común (artículos 1725 N° 1, y 1749). Lo mismo sucederá si es el marido quien coopera en idéntica forma a la industria, comercio o profesión de la mujer. Pero si la mujer no es colaboradora del marido o viceversa, hay trabajo separado y bienes reservados...”³⁰⁹

En definitiva, este es un requisito complejo que tendrá que ser ponderado en cada caso por los tribunales. Es interesante consignar que la ley francesa de 1907 expresamente señala que no constituyen bienes reservados “los provenientes del trabajo común”, lo que no hace la ley chilena, que sólo se limita a exigir “un trabajo separado”, sin más comentarios.

400. ACTIVO DE LOS BIENES RESERVADOS. Los bienes reservados constituyen un patrimonio especial, por lo que, como ocurre en todo patrimonio, nos encontramos con un activo y un pasivo. Estudiemos primero el activo.

Integran el activo de este patrimonio los siguientes bienes:

- 1) Los bienes que la mujer obtengan con su trabajo;
- 2) Lo que la mujer adquiera con el producto de su trabajo, y
- 3) Los frutos, tanto del producto del trabajo como de los bienes que haya adquirido con ese producto.

401. BIENES PROVENIENTES DEL TRABAJO DE LA MUJER. Es decir, todas las remuneraciones obtenidas por la mujer en su trabajo separado ingresan a los bienes reservados. Quedan incluidos los sueldos, honorarios, desahucios, indemnizaciones por accidentes del trabajo, pensiones de jubilación, las utilidades que ella obtenga en la explotación de un negocio cualquiera.

402. BIENES QUE ADQUIERE CON EL TRABAJO. Lo que la mujer adquiera con su trabajo también pasa a formar parte del patrimonio reservado. Así, por ejemplo, si con su trabajo la mujer compra un departamento, ese departamento es un bien reservado, aunque en la escritura de compra no se haga la referencia que contempla la parte final del inciso 4° del artículo 150, que tiene una finalidad puramente probatoria.³¹⁰ Si el departamento se quema, el seguro

³⁰⁹ Ob. cit., N° 1.070.

³¹⁰ Alessandri, ob. cit., N° 1.080, pág. 661.

que pueda recibir la mujer también ingresa al activo de los bienes reservados, produciéndose una subrogación real. También la indemnización por expropiación.

403. FRUTOS DEL PRODUCTO DEL TRABAJO O DE LOS BIENES QUE ADQUIERA CON ESE PRODUCTO. Los frutos que obtenga la mujer de sus bienes reservados constituyen también un bien reservado. Ejemplo: si las economías provenientes de su trabajo las presta a interés. Este interés es un bien reservado. Lo mismo las rentas de arrendamiento de un bien reservado.

404. PASIVO DE LOS BIENES RESERVADOS. Hablar del pasivo de los bienes reservados es lo mismo que decir qué deudas se pueden hacer efectivas en este patrimonio. Durante la vigencia de la sociedad conyugal, se pueden exigir las siguientes obligaciones:

1) Las provenientes de los actos y contratos celebrados por la mujer dentro de este patrimonio (art. 150 inciso 5°).

2) Las provenientes de actos y contratos celebrados por la mujer aunque actúe fuera de los bienes reservados. Esto ha pasado a ser así después de la reforma de la Ley N° 18.802, y fluye del artículo 137 inciso 1° establecido por dicha ley: “Los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal, sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167”. De manera que si, por ejemplo, la mujer compra un automóvil y se obliga a pagar su precio a plazo, quien se lo vende puede hacer efectivo su crédito en sus bienes reservados, aunque la mujer no haya comprado el automóvil con el producto de su trabajo.

3) Obligaciones provenientes de actos o contratos celebrados por la mujer respecto de un bien propio, autorizada por la justicia por negativa del marido (artículo 138 bis, incorporado por la Ley N° 19.335). El inciso 2° de esta norma prescribe que “en tal caso, la mujer sólo obligará sus bienes propios y los activos de sus patrimonios reservados o especiales de los artículos 150, 166 y 167...”.

4) Obligaciones contraídas por el marido, cuando se pruebe que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común (art. 150, inciso 6°).

405. LAS OBLIGACIONES PERSONALES DE LA MUJER NO SE PUEDEN HACER EFECTIVAS SOBRE EL PATRIMONIO RESERVADO. Con anterioridad a la

entrada en vigencia de la Ley N° 18.802, el inciso 7° del artículo 150 decía: "Pero las obligaciones personales de la mujer podrán perseguirse también sobre los bienes comprendidos en dicha administración". Con ese texto las obligaciones personales de la mujer (aquellas que sólo obligan los bienes propios de ella, mas no los sociales) se podían hacer efectivas en el patrimonio reservado.

Con el nuevo texto que la Ley N° 18.802 da al artículo 150, desaparece el inciso 7°. Por ello, hoy día las deudas personales de la mujer no se pueden cobrar en su patrimonio reservado, salvo el caso del artículo 137 inciso 1°, esto último por decirlo expresamente esta disposición. No nos parece que haya estado acertada la Ley N° 18.802 en esta parte, si bien está claro que la modificación favorece a la mujer, que es lo que ella quiso.

Pablo Rodríguez Grez tiene una opinión diferente en esta materia. Sostiene que a pesar de la derogación del inciso 7° del artículo 150, las obligaciones personales de la mujer pueden hacerse efectivas en su patrimonio reservado. Da los siguientes argumentos: a) "la reforma del artículo 150, en cuanto se eliminó el inciso séptimo, no tuvo por objeto sustraer estos bienes del cumplimiento de las obligaciones personales de la mujer..."; b) el inciso primero del artículo 137 demuestra que "el espíritu de la ley es que la mujer responda de las obligaciones personales con todos los bienes que componen estos tres patrimonios" (se refiere a los artículos 150, 166 y 167); c) sería injusto que la sociedad respondiera de los delitos y cuasidelitos cometidos por la mujer y que la acción de perjuicios no pudiera dirigirse en contra de los bienes reservados; d) la modificación del artículo 150 no tuvo por objeto beneficiar a la mujer sustrayéndola del deber de pagar estas obligaciones.³¹¹

406. CASOS EN QUE RESPONDEN BIENES AJENOS AL PATRIMONIO RESERVADO DE DEUDAS PROVENIENTES DE ESE PATRIMONIO. Ello puede ocurrir en dos situaciones:

A. Cuando los bienes del marido responden de una deuda contraída por la mujer en su patrimonio reservado, y

B. Cuando la mujer administra bienes de acuerdo a los artículos 166 y 167.

407. BIENES DEL MARIDO RESPONDEN DE UNA DEUDA CONTRAÍDA POR LA MUJER EN SU PATRIMONIO RESERVADO. El inciso 5° del artículo 150 establece que "Los actos y contratos celebrados por la mujer en esta administración separada, obligarán los bienes comprendidos en ella y los que administre con arreglo a las disposiciones de los artículos 166 y 167, y no obligarán los del marido sino con arreglo al artículo 161".

Está claro entonces que la regla es que los bienes del marido no respondan por las obligaciones que la mujer contraiga en su patrimonio reservado. En ese sentido t. 82, sec. 1ª, pág. 81. La excepción es que el marido responda con sus bienes, con arreglo al artículo 161, esto es:

a) Cuando hubiere accedido como fiador, o de otro modo, a las obligaciones contraídas por la mujer. Cuando la norma dice "o de otro modo", significa "conjunta o solidariamente".

b) Cuando el marido ha obtenido un beneficio de las obligaciones contraídas por la mujer, comprendiéndose en este beneficio el de la familia común, en la parte en que de derecho haya debido proveer a las necesidades de ésta. En este caso, los bienes del marido van a responder a prorrata del beneficio del marido o de la familia común.

408. CUANDO LA MUJER TIENE BAJO SU ADMINISTRACIÓN BIENES DE ACUERDO A LOS ARTS. 166 Y 167. La Ley N° 18.802 dio al actual inciso 5° (que corresponde al inciso 6° anterior a la reforma) una nueva redacción, que permite que las obligaciones contraídas por la mujer en su patrimonio reservado puedan hacerse efectivas en los bienes que separadamente administra de acuerdo a los artículos 166 y 167. En efecto, intercaló la frase "y los que administre con arreglo a las disposiciones de los artículos 166 y 167".

409. MARIDO NO PUEDE Oponerse A QUE LA MUJER TRABAJE. Con la modificación que la Ley N° 18.802 introdujo al artículo 150, desapareció la facultad del marido de oponerse a que su mujer pudiera dedicarse al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria.

Antes de esa reforma, el inciso 1° del artículo 150 decía: "No obstante lo dispuesto en el artículo 137 -incapacidad de la mujer para la celebración de toda clase de actos y contratos- la mujer casada de cualquier edad podrá dedicarse libremente al ejercicio

³¹¹ *Regímenes Patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, págs. 197-198.

de un empleo, oficio, profesión o industria, a menos que el juez, en juicio sumario y a petición del marido, se lo prohíba". Y en el inciso 2º establecía que para que tal sentencia produjere efectos respecto de terceros debía cumplir con algunos requisitos de publicidad.

La Ley N° 18.802 cambió la situación, suprimiendo la facultad del marido de oponerse a que la mujer trabaje en forma separada. El inciso 1º del artículo 150 pasó a tener el siguiente tenor: "La mujer casada de cualquier edad podrá dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria". Así, el derecho de la mujer a ejercer una actividad separada de su marido pasó a ser un derecho absoluto.

410. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES RESERVADOS. La administración de los bienes reservados la ejerce la mujer con amplias facultades. La ley la considera para estos efectos como separada de bienes. Así lo establece el artículo 150 inciso 2º: "La mujer casada, que desempeñe algún empleo o ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga, no obstante cualquier estipulación en contrario...".

La limitación se contiene en la segunda parte del inciso: "pero si fuere menor de dieciocho años, necesitará autorización judicial, con conocimiento de causa, para gravar y enajenar los bienes raíces". En esta parte la ley es absolutamente lógica. Sería absurdo que por el hecho de estar casada la mujer tuviera una capacidad mayor que si fuere soltera (el art. 254 le exige autorización judicial en este caso).

Con la Ley N° 19.935, del año 1994, se ha generado la posibilidad de que algunos bienes del patrimonio reservado de la mujer sean declarados "bienes familiares", caso en que ya no podrá la mujer enajenarlos ni gravarlos voluntariamente, ni prometerlos gravar o enajenar, sin la autorización de su marido o de la justicia en subsidio (artículos 141, 142 y 144 del Código Civil). Volveremos sobre el punto al estudiar esa institución.

411. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES RESERVADOS HECHA POR EL MARIDO. Hay casos en que la administración de los bienes reservados la tiene el marido:

1) La mujer puede conferir mandato a su marido para que administre. En este caso se siguen las reglas del mandato. Así lo dice el artículo 162: "Si la mujer separada de bienes confiere al marido la administración de alguna parte de los suyos, será obligado el marido a la mujer como simple mandatario".

2) En el caso de incapacidad de la mujer por demencia o sordomudez, el marido puede ser designado su curador y en ese carácter administrar el patrimonio reservado de su mujer, sujetándose en todo a las reglas de los curadores. Si la mujer es menor de edad, la solución es distinta, pues el artículo 150 inciso 1º establece que en ese supuesto la mujer administra su patrimonio. Si la mujer fuere declarada en interdicción por disipación, el marido no podría ser su curador, en conformidad al artículo 450 del Código Civil, con el texto dado por la Ley N° 19.335.

Es importante tener presente que en la situación que estamos estudiando no rige para el marido la incapacidad del artículo 503 del Código Civil, que impide a un cónyuge ser curador del otro cuando están separados totalmente de bienes. Ello, porque la prohibición sólo opera para la separación total de bienes, que no es el caso del artículo 150, en que sólo hay separación parcial de bienes.

412. PRUEBA DE LOS BIENES RESERVADOS. Este es un aspecto de la mayor trascendencia. Tanto es así que, como ya lo hemos visto, la institución de los bienes reservados creada por el DL N° 328, no funcionó en la práctica por falta de normas especiales en esta materia, que sólo vino a establecer la Ley N° 5.521.

Con anterioridad a la Ley N° 18.802, había dos aspectos a considerar: 1) La prueba de la capacidad de la mujer, y 2) La prueba del origen y dominio de los bienes reservados. Nos parece que desde que entró en vigencia esa ley, la situación ha cambiado, puesto que la mujer ha dejado de ser incapaz pasando a tener plena capacidad. Por ello preferimos decir que por ser la institución de los bienes reservados una institución excepcional, quien alegue la existencia de ese patrimonio y que se actuó dentro de él o que un determinado bien es reservado deberá probarlo. Así viene a resultar que la prueba puede referirse a dos aspectos: A) existencia del patrimonio reservado y que se actuó dentro de

ese patrimonio, y B) que un bien determinado es parte de ese patrimonio.

413. PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL PATRIMONIO RESERVADO Y DE QUE SE ACTUÓ DENTRO DEL MISMO. Ya hemos explicado que esta prueba corresponde a quien alega estas circunstancias. Sin embargo, se ha resuelto que el hecho de que una mujer casada choque con un vehículo que se encuentre inscrito a su nombre, sin que se impugne la calidad de dueña del mismo, hace presumir que se encuentra regido por el artículo 150 del Código Civil, ya que de tratarse de un bien social, debiera estar inscrito a nombre del marido.³¹² También se ha resuelto que “la mujer casada no separada de bienes, que suscribe un contrato de prenda industrial, en el que indica que es industrial y pide un préstamo para adquirir un vehículo, al suscribir el pagaré que se le exige, obra en calidad de industrial, en el ejercicio de una actividad comercial separada de su marido y en consecuencia en los términos del artículo 150 del Código Civil”.³¹³

Puede interesar esta prueba tanto a la mujer como al marido como a los terceros que contrataron con ella. A la mujer, porque si demanda, por ejemplo, el cumplimiento de un contrato celebrado dentro de tal administración, tendrá que probarlo, pues, en caso contrario sería el marido, como administrador de la sociedad conyugal, quien debería accionar; al marido, si un tercero lo demanda por una obligación contraída por la mujer, para excepcionarse alegando que tal deuda la contrajo la mujer dentro de su patrimonio reservado, por lo que no se pueden dirigir en su contra; y, finalmente, los terceros que contrataron con la mujer tienen un interés evidente en poder probar que la mujer actuó dentro del patrimonio reservado cuando pretendan hacer efectivos sus créditos en bienes de ese patrimonio.

414. PRESUNCIÓN DE DERECHO DEL INCISO 4º DEL ARTÍCULO 150. La ley considera vital facilitar la prueba a los terceros, pues, en caso contrario, ellos no contratarían con la mujer o exigirían la comparecencia del marido, con lo que se desnaturalizaría la ins-

³¹² T. 81, sec. 2ª, pág. 33.

³¹³ T. 92, sec. 2ª, pág. 14.

titución. Con esta finalidad estableció en su favor una presunción de derecho, en el inciso 4º: “Los terceros que contrataren con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación que pudieren interponer ella o el marido, sus herederos o cesionarios, fundada en la circunstancia de haber obrado la mujer fuera de los términos del presente artículo, siempre que, no tratándose de bienes comprendidos en los artículos 1754 y 1755, se haya acreditado por la mujer, mediante instrumentos públicos o privados, a los que se hará referencia en los instrumentos que se otorgue al efecto, que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido”.

415. CARACTERÍSTICAS DE LA PRESUNCIÓN.

1) Se trata de una presunción de derecho. Así lo prueba la frase contenida en la primera parte del inciso 4º “quedarán a cubierto de toda reclamación”. De consiguiente, cumpliéndose los requisitos establecidos en el inciso 4º, la ley no admite que se pueda probar de ninguna forma que la mujer no ejercía ni había ejercido antes del contrato, un empleo, oficio, profesión o industria separados de su marido.

2) Es una presunción establecida en favor de los terceros. Así lo dice el inciso 4º: “Los terceros que contrataren con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación...”. La mujer no se favorece con la presunción, por lo que si a ella interesa la prueba, tendrá que rendirla, recurriendo a todos los medios de prueba legales, incluso la prueba de testigos, por cuanto se trata de probar hechos. Podrá probar su patrimonio reservado con el pago de una patente profesional, comercial o industrial, con un decreto de nombramiento, etc.

3) La presunción está destinada únicamente a probar la existencia del patrimonio reservado y que la mujer actuó dentro de tal patrimonio. Por ello, si la mujer alega la nulidad del contrato por haber existido, por ejemplo, dolo, fuerza o cualquier otro vicio del consentimiento, no opera tal presunción. Tampoco sirve la presunción para probar que un determinado bien es reservado.

416. REQUISITOS PARA QUE RIJA LA PRESUNCIÓN DEL INC. 4º DEL ART. 150. Para que opere esta presunción deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el acto o contrato no se refiera a los bienes propios de la mujer. Ese es el alcance de la referencia a los artículos 1754 y 1755.

b) Que la mujer acredite mediante instrumentos públicos o privados, que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria separados de su marido. Puede tratarse de instrumentos públicos o privados. Lo único que interesa es que prueben por sí solos el trabajo separado de la mujer. Por ejemplo, una patente profesional, industrial o comercial; un contrato de trabajo, un decreto de nombramiento; un contrato de arriendo en el que la mujer ejerce su comercio, etc. Un título profesional por sí solo no es prueba suficiente, porque no acredita que la mujer efectivamente ejerza la profesión a que tal título se refiere.³¹⁴ Esta última sentencia³¹⁵ –después de analizar los requisitos para que proceda el patrimonio reservado– expresa: “En consecuencia, el hecho que la mujer casada se encuentre en posesión de un título profesional o cumpla con los requerimientos necesarios para desempeñar algún trabajo reglado, como ser, en el caso de la mujer comerciante, haber obtenido la correspondiente patente municipal a su nombre, no es suficiente, por sí solo, para dar por establecida la existencia del patrimonio a que se refiere el artículo 150 del Código Civil; es necesario, también, que la actividad respectiva la ejerza la mujer de modo material, real y efectivo, y lo haga en forma separada de su marido, es decir, sin que exista colaboración entre ambos o, lo que es lo mismo, sin que pueda sostenerse que el trabajo de uno de ellos constituya una contribución a la actividad del otro”.

Algunos exigen que sea más de un instrumento, por cuanto la norma habla en plural de “instrumentos públicos o privados”. No pensamos que se deba dar a la norma tal alcance. No tendría ningún sentido, desde que con un solo instrumento se puede probar el trabajo separado de la mujer. Por lo demás, hay un antecedente de historia fidedigna que demuestra que un solo instrumento basta. Se trata del propio Mensaje con que el Ejecutivo envió la ley al Parlamento. Allí se dice lo siguiente: “La exigencia del proyecto no puede parecer muy rigurosa, porque

³¹⁴ Así ha sido resuelto en sentencias publicadas en t. 80, sec. 2ª, pág. 121, considerando 5º; y en t. 94, sec. 2ª, pág. 49.

³¹⁵ Publicada también en Gaceta Jurídica N° 202, pág. 82.

siempre la mujer que ejerza un empleo, oficio, profesión o industria, podrá procurarse un instrumento que acredite su ejercicio. Si es empleada pública, exhibirá el decreto de nombramiento, si es empleada particular u obrera, exhibirá un certificado de su empleador, de su patrón o del jefe de taller o fábrica en que trabaje; si es industrial, la patente profesional; y si ejerce alguna profesión, el respectivo título profesional”.³¹⁶

c) Que el contrato de que se trata conste por escrito. Lo dice la ley: “a los que se hará referencia en el instrumento que se otorgue al efecto”.

d) Que en el acto o contrato se haga referencia al instrumento público o privado que demuestre que la mujer ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, industria o profesión separados de su marido. El inciso 4º sólo habla de hacer referencia. Parece prudente copiar el instrumento, insertarlo en el contrato que se está otorgando.

Atendido lo que se ha venido explicando, cuando la mujer contrata dentro de su patrimonio reservado, por ejemplo, comprando una propiedad, habrá de tomarse la precaución de insertar en la escritura de venta algunos de los documentos que prueben el trabajo separado. No basta con que se diga que la mujer actúa dentro de sus bienes reservados. Y no basta porque al no insertarse el instrumento, no opera la presunción, y los terceros que contrataron con ella pueden verse expuestos a que el marido o la misma mujer discutan la validez del contrato fundados en que no había patrimonio reservado.³¹⁷

417. PRUEBA DE QUE UN DETERMINADO BIEN ES PARTE DEL PATRIMONIO RESERVADO. Esta situación está tratada en el artículo 150 inciso 3º: “Incumbe a la mujer acreditar, tanto respecto del marido como de terceros, el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a este artículo. Para este efecto podrá servirse de todos los medios de prueba establecidos por la ley”.

³¹⁶ *Historia de la Ley N° 5521*, Prensas de la Universidad de Chile, 1935, págs. 56 a 62.

³¹⁷ Véase sobre este punto sentencia publicada en t. 80, sec. 2ª, pág. 121, en que se declaró la nulidad de un contrato de fianza, celebrado por una mujer casada sin hacer referencia a ningún instrumento público o privado que acreditare que ejercía una profesión separada de su marido.

A la mujer puede interesar esta prueba, tanto respecto de su marido, como de terceros. Respecto del marido, por ejemplo, si la mujer renuncia a los gananciales y pretende quedarse con el bien. Y le interesará probar, respecto de un tercero, el carácter de reservado de un determinado bien, cuando el tercero pretenda hacer efectivo en él una deuda social.

Si bien el inciso 3º establece que la mujer podrá servirse de todos los medios de prueba establecidos en la ley, se ha entendido que no puede valerse de la confesión, atendido lo dicho en el inciso 2º del artículo 1739: "ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento".

La Corte de Concepción, en sentencia de 28 de agosto de 1995, resolviendo un pleito entre marido y mujer, estimó que la confesión del marido en orden a que un bien era del patrimonio reservado de la mujer, no constituía prueba suficiente, en atención a lo establecido en el artículo 1739 inciso 2º. La misma sentencia consideró que si bien la mujer tiene el peso de la prueba del origen de los bienes reservados, no se puede ser con ella excesivamente exigente, porque "el exceso de rigor puede llegar a ser contraproducente, pues la prueba puede llegar a tornarse imposible, ya que es difícil y sin duda no es lo usual, que la mujer mientras dure su patrimonio reservado lleve una verdadera contabilidad, y vaya guardando todos los comprobantes de sus ingresos y gastos", y agregó "de no actuarse con ponderación en esta materia se puede, por esta vía, llegar a desnaturalizar la institución de los bienes reservados, con las graves consecuencias que de ello derivarían para la mujer que ejerce un trabajo separado de su marido".

En relación con esta materia puede verse sentencia de 2 de abril de 1997, que resolvió el caso de una mujer casada en sociedad conyugal y separada de hecho durante un largo tiempo, que adquirió un bien raíz sin indicar que lo hacía dentro de su patrimonio reservado. Se admitió que la mujer pudiera acreditar posteriormente con diversas pruebas que el bien tenía la condición de reservado.³¹⁸

³¹⁸ Fallos del Mes Nº 461, sentencia 15, pág. 304.

418. SUERTE DE LOS BIENES RESERVADOS A LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Para determinar la suerte que siguen los bienes reservados a la disolución de la sociedad conyugal, es necesario hacer una distinción:

- 1) si la mujer o sus herederos aceptaron los gananciales, o
- 2) si la mujer o sus herederos renunciaron a tales gananciales.

419. LA MUJER O SUS HEREDEROS ACEPTAN LOS GANANCIALES. En este caso los bienes reservados entran a formar parte de dichos gananciales, y se repartirán de acuerdo a las reglas que ya estudiamos cuando vimos la liquidación de la sociedad conyugal. Los terceros acreedores del marido o de la sociedad podrán hacer efectivos sus créditos en esos bienes por pasar a formar parte de la masa partible.

420. BENEFICIO DE EMOLUMENTO A FAVOR DEL MARIDO. En este caso, el artículo 150 contiene un verdadero beneficio de emolumento en favor del marido al establecer que sólo responderá hasta concurrencia del valor de la mitad de esos bienes que existan al disolverse la sociedad. Pero para ello deberá probar el exceso de contribución que se le exige con arreglo al artículo 1777 (art. 150 inciso final).

Este beneficio de emolumento lo puede oponer el marido tanto a los terceros, cuando lo demanden por deudas que exceden el valor de la mitad de los bienes reservados con que se ha beneficiado; como a la mujer, cuando ésta pague una deuda contraída en ese patrimonio y pretenda que el marido le reintegre la mitad de lo pagado, podría éste defenderse alegando que lo que se le está pidiendo reembolsar excede al beneficio que él obtuvo con los bienes reservados.

421. LA MUJER O SUS HEREDEROS RENUNCIAN A LOS GANANCIALES. En este supuesto, se producen las siguientes consecuencias:

- a) Los bienes reservados no entran a los gananciales. La mujer o sus herederos se hacen definitivamente dueños de los mismos. Por ello, estimamos que si se trata de bienes raíces, que la mujer adquirió en este patrimonio y están inscritos a su nombre, es importante que la renuncia se haga por escritura pública y se

anote al margen de la inscripción de dominio. De esa forma, los terceros tendrán conocimiento de que la mujer o sus herederos tienen el dominio definitivo de tal bien.

b) El marido no responde por las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada (art. 150 inciso 7°).

c) Los acreedores del marido o de la sociedad no pueden perseguir los bienes sociales, salvo que prueben que la obligación contraída por el marido cedió en utilidad de la mujer o de la familia común.

422. ALCANCE DE LA DEROGACIÓN DEL INCISO FINAL DEL ART. 150, HECHA POR LA LEY Nº 18.802. Hasta la entrada en vigencia de la Ley Nº 18.802, el artículo 150 tenía un inciso final que decía del modo siguiente: "Disuelta la sociedad conyugal, las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada podrán perseguirse sobre todos sus bienes".

La Ley Nº 18.802 eliminó este inciso, lo que nos hace preguntarnos qué se quiso por el legislador con esta derogación.

Sin duda que con ella se favorece a la mujer, puesto que impide que una vez que se disuelva la sociedad conyugal, sus bienes propios puedan ser perseguidos por las obligaciones contraídas dentro del patrimonio reservado. ¿Es injusta esta situación? Como en todas las cosas, depende de cómo se mire el problema. Podría decirse que es injusta, desde que deja un conjunto de bienes de la mujer a salvo de las obligaciones que contrajo en la administración de su patrimonio reservado. Pero también se puede decir que la norma es justa, pues quienes contrataron con la mujer dentro del patrimonio reservado tuvieron en cuenta al contratar que ella está respondiendo de esas obligaciones únicamente con los bienes que integraban el patrimonio reservado, no con sus bienes propios. Y no se ve por qué esta situación tuviera que cambiar en favor del acreedor por el hecho de haberse disuelto la sociedad conyugal.

Por otra parte, la eliminación de este inciso es perfectamente concordante con la supresión del antiguo inciso 6° que establecía que las obligaciones personales de la mujer podían perseguirse también sobre los bienes comprendidos en el patrimonio reservado. Y digo que es concordante porque, en definitiva, la supresión de ambos conduce a que se produzca una absoluta separación

entre el patrimonio reservado y los bienes propios de la mujer haciéndose efectivo el siguiente principio: los bienes reservados responden únicamente de las deudas contraídas en ese patrimonio; los bienes propios de la mujer, sólo responden de sus deudas personales.

423. RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES. Hasta que entró en vigencia la Ley Nº 19.335, de 24 de diciembre de 1994, sólo podían darse en Chile dos regímenes matrimoniales: sociedad conyugal o separación total de bienes. Esta ley incorporó una tercera posibilidad: que los esposos o cónyuges puedan convenir el régimen de participación en los gananciales.

El proyecto, en su origen, establecía el régimen de participación en los gananciales como régimen normal, en substitución del de sociedad conyugal. Y ello, con el objeto de ajustar nuestra legislación civil a los tratados internacionales suscritos por Chile, especialmente la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, promulgada en nuestro país por Decreto Supremo Nº 789, de Relaciones Exteriores, de 1989, publicado en el Diario Oficial del 9 de diciembre de ese año. Posteriormente, el Presidente de la República presentó una indicación sustitutiva, transformándolo en régimen alternativo, al no contar con las mayorías constitucionales requeridas para su aprobación en la forma propuesta.

El régimen de participación en los gananciales constituye una fórmula ecléctica entre el de sociedad conyugal y el de separación de bienes, que concilia dos aspectos fundamentales del matrimonio, la comunidad de intereses que implica la vida matrimonial con el respeto a la personalidad individual de cada cónyuge.

El DFL Nº 2-95, del 25 de septiembre de 1995, publicado en el Diario Oficial del 26 de diciembre de 1996, fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, incorporando a este Código un Título nuevo -Título XXII A- destinado a regular este régimen, lo que hace en los artículos 1792-1 al 1792-27.

424. FUENTES DE LA LEY Nº 19.335. El proyecto que dio origen a la Ley Nº 19.335, tuvo como antecedente uno elaborado, el año 1987, por varios profesores de Derecho Civil por encargo

de la Universidad Gabriela Mistral, y otro del profesor Eugenio Velasco, del año 1970.³¹⁹ Además se tuvo presente la ley de 1965, que reformó el Código Civil francés; la reforma alemana del año 1957, que sirvió de antecedente a la legislación francesa; el nuevo Código Civil de Perú, y la legislación reciente española y de Quebec, en Canadá.³²⁰

425. MOMENTOS EN QUE SE PUEDE CONVENIR ESTE RÉGIMEN. Se puede establecer en tres oportunidades: a) en las capitulaciones matrimoniales que celebren los esposos antes del matrimonio (art. 1º inc. 1º de la Ley Nº 19.335, hoy artículo 1792-1 del Código Civil); b) en las capitulaciones que se celebren al momento del matrimonio (art. 1715 inciso 2º, después de la modificación de la Ley Nº 19.335); y c) durante la vigencia del matrimonio, mediante el pacto del artículo 1723 (artículos 1º inciso 2º de la Ley Nº 19.335 y 1792-1 inc. 2º del Código Civil).

426. EL RÉGIMEN PUEDE ESTIPULARSE ORIGINARIAMENTE O MEDIANTE LA SUSTITUCIÓN DE ALGUNO DE LOS OTROS RÉGIMENES. Se puede convenir en forma originaria en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes o en el acto del matrimonio. Si los cónyuges se hubieren casado en régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, pueden sustituir esos regímenes por el de participación en los gananciales. Así lo establece el artículo 1º inciso 2º de la Ley Nº 19.335 (hoy artículo 1792-1 inc. 2º C. Civil): "Los cónyuges podrán, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1723 de ese mismo Código -se refiere al Código Civil- sustituir el régimen de sociedad conyugal o el de separación por el régimen de participación que esta ley contempla". Innecesario parece agregar que la única forma de hacer el cambio es mediante el pacto del artículo 1723.

Si los cónyuges se hubieren casado en régimen de sociedad conyugal y posteriormente hubieren hecho separación de bienes, ¿podrían sustituir esa separación por el régimen de participación en los gananciales? Hay dos soluciones posibles al problema:

³¹⁹ Ambos aparecen publicados en Revista de la Universidad Gabriela Mistral "Temas de Derecho", año 2 Nº 2.

³²⁰ Enrique Barros, *Familia y Personas*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, págs. 130-131.

a) Una primera, según la cual ello no se puede hacer en razón de que el artículo 1723 inciso 2º prescribe que este pacto "no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges". Abona esta tesis el principio de la inmutabilidad del régimen matrimonial consagrado en el artículo 1716 inciso final. Esta opinión la sustenta Hernán Corral Talciani.³²¹

b) Pero también puede estimarse que ello sería factible, en razón de que para la recta interpretación de la frase final del inciso 2º del artículo 1723 - "no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges" - debe tenerse presente que ella ya se encontraba en el artículo 1723 con anterioridad a la Ley Nº 19.335, siendo entonces su significación muy clara en orden a que si los cónyuges habían sustituido la sociedad conyugal por el pacto de separación total de bienes, les estaba vedado volver al régimen de sociedad conyugal. Pero en el caso que nos ocupa el problema es distinto: los cónyuges se casaron en régimen de sociedad conyugal; haciendo uso del artículo 1723 sustituyeron ese régimen por el de separación de bienes. Ahora, encontrándose casados en separación de bienes, desean sustituirlo por el de participación en los gananciales. Como se ve, no se trata de dejar sin efecto el pacto anterior volviendo al régimen de sociedad conyugal, sino de celebrar un nuevo pacto en conformidad al artículo 1723 para reemplazar el régimen de separación de bienes por el de participación en los gananciales. Y esta situación no está prohibida por la ley.

Esta última interpretación, dice un autor, "posee la ventaja que hace accesible al nuevo régimen de participación en los gananciales a los actuales matrimonios que hoy se encuentran casados bajo el régimen de separación total como consecuencia de haber ya optado por él luego de haberse casado en sociedad de bienes, lo que sería imposible si damos a la oración 'no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges' un alcance más amplio que el señalado".³²² El mismo profesor agrega que esta interpretación "presenta como contrapartida que atentaría

³²¹ Ob. cit., pág. 166.

³²² Francisco Merino Scheihing, "Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales en el Derecho Chileno", contenido en el Libro de homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1996, pág. 193.

contra el "principio de la estabilidad" conveniente en todo régimen matrimonial, en cuya virtud se debe propender otorgar al sistema adoptado por los cónyuges la mayor firmeza posible, en atención a los múltiples intereses que en ellos se conjugan y que trascienden a los particulares del marido y de la mujer".³²³

427. CÓNYUGES CASADOS EN EL EXTRANJERO PUEDEN ADOPTAR ESTE RÉGIMEN. En el caso de los cónyuges casados en el extranjero, pueden adoptar este régimen al momento de inscribir su matrimonio en Chile. Así lo establece el artículo 135 inciso 2º del Código Civil, después de la modificación que le introdujo la Ley Nº 19.335: "Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, de lo que se dejará constancia en dicha inscripción".³²⁴

428. VARIANTES DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES. En doctrina, el régimen de participación en los gananciales admite dos modalidades: a) sistema de comunidad diferida, o b) sistema crediticio o de participación con compensación de beneficios.

En el primero, vigente el régimen, cada cónyuge tiene su propio patrimonio, que administra con libertad. A su extinción, se forma entre los cónyuges o, entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, una comunidad respecto de los bienes que cada uno adquirió durante el matrimonio a título oneroso, que se divide entre ellos por partes iguales. Se denomina de comunidad diferida, pues la comunidad se posterga hasta la extinción del régimen. Una autora señala que "en la participación con comunidad diferida, como su nombre lo da a entender, 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 difunto".³²⁵

³²³ Ob. cit., pág. 193.

³²⁴ Véase t. 93, sec. 2ª, pág. 119.

³²⁵ Claudia Schmidt Hott, *Nuevo Régimen Matrimonial*, Edit. ConoSur, 1995, pág. 10.

Esta alternativa fue seguida tanto por el proyecto de Velasco como por el preparado por la Universidad Gabriela Mistral.

En la segunda variante, vigente el régimen cada cónyuge tiene su propio patrimonio que administra con libertad, pero producida su extinción, el cónyuge que ha adquirido bienes a título oneroso por menos valor, tiene un crédito de participación en contra del otro cónyuge, con el objeto de que, en definitiva, ambos logren lo mismo a título de gananciales. No se produce comunidad en ningún momento. Tuvo su origen en una ley de Finlandia de 13 de junio de 1929 y ha sido establecido como régimen supletorio en los códigos alemán y francés.³²⁶

429. SISTEMA ADOPTADO EN CHILE. La Ley Nº 19.335 optó por la variante crediticia, esto es, que tanto durante su vigencia como a la expiración del régimen los patrimonios de ambos cónyuges (o del cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto), permanezcan separados. Luego, a su extinción, no se genera un estado de comunidad, sino sólo se otorga al cónyuge que obtuvo gananciales por menor valor, un crédito en contra del que obtuvo más, con el objeto de que, a la postre, los dos logren la misma suma. El inciso 3º del artículo 1792-19 es categórico: "Si ambos cónyuges hubiesen obtenido gananciales, éstos se compensarán hasta la concurrencia de los de menor valor y aquel que hubiere obtenido menores gananciales tendrá derecho a que el otro le pague, a título de participación, la mitad del excedente".

El profesor César Parada sostiene que la vertiente seguida por nuestro legislador adolece de tres defectos: "a) Se aparta de nuestras tradiciones jurídicas, ya que para mantenerlas tal como hoy se concibe, al disolverse la sociedad conyugal, era preferible establecer un régimen de comunidad y no de compensación y de crédito de gananciales, como se establece en la ley que analizamos; b) Que conforme a lo que se establece en esta ley, al momento de terminar el régimen, los cónyuges o sus herederos no tendrán ningún derecho real sobre los bienes objeto de la ganancia, sino que sólo tendrán un derecho personal o de crédito,

³²⁶ Carlos Peña G., "Exposición general sobre el régimen de participación en los gananciales contenido en la Ley Nº 19.335", conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Chile.

que, a nuestro juicio, es notoriamente más débil que tener un derecho real; y c) Además el régimen de comunidad final parece más acorde con lo que es el matrimonio que constituye una comunidad espiritual y sólo por consecuencia, una comunidad patrimonial..." (conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Chile, pág. 20).

Una opinión contraria sustenta Carlos Peña G., quien afirma que "desde el punto de vista del derecho común y constitucional, tanto los derechos reales como los personales están igualmente garantidos. Unos y otros se encuentran protegidos constitucionalmente en conformidad al artículo 19 N° 24, inciso 1° de la Constitución y en virtud del antiguo artículo 583 del Código Civil".³²⁷ Y agrega que los acreedores pueden embargar lo mismo, derechos reales o personales, exceptuándose solamente los no embargables. Igualmente, y por igual razón, uno y otro tipo de derechos están sometidos al desasimiento para el caso de la quiebra. Ello lo lleva a concluir que "desde el punto de vista de los cónyuges, y enfrente de terceros, la situación de comunero o acreedor resulta exactamente la misma".³²⁸ El profesor Peña tampoco participa de la idea de que el sistema rompa una tradición comunitaria fuertemente arraigada, tradición que, a su juicio, es inexistente.

Hernán Troncoso L., por su parte, considera que las dos variables presentan ventajas e inconvenientes, agregando que la comunidad diferida implica mayor seguridad para el cónyuge que durante el régimen ha obtenido menos bienes, pues pasa a ser titular de un derecho real; en cambio, agrega, "esta alternativa es desfavorable para los terceros que contraten con los cónyuges durante el matrimonio, pues éstos al hacerlo tuvieron en vista el patrimonio de éste, para hacer efectivo su derecho de prenda general, y por un hecho que escapa totalmente a su previsión y control aquél puede verse confundido con el del otro cónyuge, lo cual puede implicar un riesgo para dicho tercero".³²⁹

Enrique Barros es partidario de la modalidad crediticia, dando varias razones: es más simple, cautela mejor el interés de los terce-

³²⁷ Conf. cit., pág. 58.

³²⁸ Ob. cit., pág. 59.

³²⁹ "Régimen de participación en los gananciales", Revista Derecho Universidad de Concepción, N° 195, págs. 7-20.

ros, es coherente con la forma efectiva con que los cónyuges han actuado durante la vigencia del régimen de bienes y, finalmente, es compatible con reglas que corrijan los efectos indeseados.³³⁰

Personalmente me pronuncio por la variante crediticia. Creo que si los cónyuges adoptaron el régimen de participación en los gananciales y no el de sociedad conyugal, es porque desean que los bienes que cada uno adquiriera sean de su dominio exclusivo y ello, en forma definitiva, idea que se desvirtúa en la alternativa de la comunidad diferida. Concuero, por lo demás, con lo dicho por los profesores Carlos Peña y Enrique Barros en orden a que el sistema elegido no presenta los inconvenientes que algunos señalan.

430. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA CHILENO. Podemos señalar como principales características del sistema chileno las siguientes:

- a) es un régimen alternativo a los de sociedad conyugal y de separación de bienes;
- b) es convencional, pues requiere del acuerdo de voluntad de ambos cónyuges;
- c) sigue la variante crediticia.

431. FUNCIONAMIENTO DURANTE LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN. Durante la vigencia del régimen, cada cónyuge es dueño de sus bienes, que administra con libertad, sujeto, empero, a las siguientes limitaciones:

- a) Ninguno de ellos podrá otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros, sin el consentimiento del otro cónyuge (art. 1792-3). Dicha autorización se sujetará a lo dispuesto en los artículos 142 inc. 2° y 144 del Código Civil, y
- b) si un bien es declarado "bien familiar", el cónyuge propietario no podrá enajenarlo ni gravarlo voluntariamente ni prometer gravarlo o enajenarlo, sin la autorización del otro cónyuge, o del juez si aquél la niega o se encuentra imposibilitado de darla (artículo 1792-3, en relación con los artículos 142 y 144 del Código Civil).

Si se incumplen estas limitaciones, el acto adolecerá de nulidad relativa. Y, en este caso, "el cuadrienio para impetrar la

³³⁰ Ob. cit., pág. 127.

nulidad se contará desde el día en que el cónyuge que la alega tuvo conocimiento del acto”, “pero no podrá perseguirse la rescisión pasados diez años desde la celebración del acto o contrato” (art. 1792-4).

432. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA A LA EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN. Para estudiar esta materia es necesario precisar los siguientes conceptos: a) gananciales; b) patrimonio originario, y c) patrimonio final.

433. GANANCIALES. En conformidad al artículo 1792-6, “se entiende por gananciales la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge” (inc. 1º). Por ello, para calcular los gananciales es necesario realizar una operación contable que indique la diferencia entre el patrimonio originario y el patrimonio final.

El concepto de gananciales en el régimen de participación es diferente al de la sociedad conyugal, pues en este último se entiende por gananciales “al acervo líquido o partible que se divide por mitades, el que resulta de deducir del acervo común o bruto, los bienes propios de los cónyuges, las recompensas que adeude la sociedad a los cónyuges y el pasivo común” (art. 1774 del Código Civil).³³¹

434. PATRIMONIO ORIGINARIO. “Se entiende por patrimonio originario de cada cónyuge –agrega el inciso 2º del artículo 1792-6– el existente al momento de optar por el régimen que establece este Título...”. Se determinará aplicando las reglas de los artículos 1792-7 y siguientes del Código Civil. Ello significa que se procede del modo siguiente:

a) Se deducen del activo de los bienes que el cónyuge tiene al inicio del régimen, las obligaciones de que sea deudor en esa misma fecha. Si el valor de las obligaciones excede al valor de los bienes, el patrimonio originario se estimará carente de valor” (art. 1792-7 del C. Civil).

³³¹ Claudia Schmidt, ob. cit., pág. 31.

b) Se agregan al patrimonio originario las adquisiciones a título gratuito efectuadas durante la vigencia del régimen, deducidas las cargas con que estuvieren gravadas (art. 1792-7 inc. 2º C. Civil).

c) También se agregan a este patrimonio originario las adquisiciones a título oneroso hechas durante la vigencia del régimen, si la causa o título de la adquisición es anterior al inicio del régimen. Así lo dice el art. 1792-8 del C. Civil, que, después de enunciar en su inciso primero el principio, indica en el inciso siguiente algunos casos en que tal situación se produce. Como se puede observar, se trata de una norma muy semejante al artículo 1736 del Código Civil.

El artículo 1792-8 contiene una enumeración, no taxativa.

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

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

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

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

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

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

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

No requiere esta disposición de un análisis más cuidadoso, porque no hace más que reproducir, con leves modificaciones, lo que el artículo 1736 establece para la sociedad conyugal. Nos llama la atención, sin embargo, que el número 7 no haya adoptado, en el

caso de las promesas, la precaución –que sí tomó el artículo 1736 Nº 7– de que tuvieran que constar en un instrumento público o en un instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros.

435. NO INTEGRAN EL PATRIMONIO ORIGINARIO. No integran el patrimonio originario los frutos que provengan de los bienes originarios, las minas denunciadas por uno de los cónyuges ni las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida. Así lo establece el artículo 1792-9.

¿Qué significa que estos bienes no ingresen al patrimonio originario? Simplemente, que van a integrar los gananciales, contribuyendo a aumentar el valor del crédito de participación en favor del otro cónyuge. Esto es así, porque al no integrar el patrimonio originario, éste se ve disminuido, por lo que la diferencia con el patrimonio final es más amplia, y los gananciales quedan determinados por esta diferencia (art. 1792-6).

Así, no ingresan al patrimonio originario, en primer lugar, los frutos, incluso los generados por bienes originarios. Entendemos que la explicación de ello está en que para producir los frutos se requiere de una actividad que debe favorecer a ambos cónyuges y no sólo al propietario del bien que los produce.

Tampoco integran este patrimonio originario “las minas denunciadas por uno de los cónyuges” (art. 1792-9, segunda parte). Es evidente que para que se encuentren en este caso, tienen que haber sido denunciadas durante la vigencia del régimen, pues si son anteriores integran el patrimonio originario. La explicación de esta disposición radica, en el caso de las minas, en que se supone que tras la denuncia hay una actividad del cónyuge, lo que hace que la adquisición no sea realmente a título gratuito (el mismo fundamento del artículo 1730 del Código Civil en materia de sociedad conyugal).

Finalmente, no se incorporan al patrimonio originario las donaciones remuneratorias, cuando corresponden a servicios que otorgan acción para exigir su cobro. Ello, porque, pese a su nombre (donación), tampoco tienen el carácter de gratuitas, según se desprende del artículo 1433 inciso 1º del Código Civil.

436. ASIGNACIONES HECHAS EN COMÚN POR AMBOS CÓNYUGES. Esta situación está reglada en el artículo 1792-10: “los cónyuges son

comuneros, según las reglas generales de los bienes adquiridos en conjunto, a título oneroso. Si la adquisición ha sido a título gratuito por ambos cónyuges, los derechos se agregarán a los respectivos patrimonios originarios, en la proporción que establezca el título respectivo, o en partes iguales, si el título nada dijere al respecto”.

Luego, si el bien es adquirido por los cónyuges en común, a título oneroso, la cuota de cada uno incrementará sus respectivos gananciales, favoreciéndose de ese modo, al término del régimen, al otro cónyuge que participará de ellas; no ocurriendo lo mismo en las adquisiciones a título gratuito, que pasan a formar parte de sus respectivos patrimonios originarios.

Un autor se pregunta qué ocurre con las minas denunciadas por los dos cónyuges, respondiéndose que, en tal caso, “la mina será común de ambos cónyuges si la adquisición ha sido a título oneroso y si ha sido a título gratuito, los derechos se agregarán a los respectivos patrimonios originarios, por aplicación del artículo 10 de la ley...”.³⁹² No estamos de acuerdo con la forma como este autor plantea la situación. Como la ley habla de “minas denunciadas”, tenemos que entender que corresponden a las que el titular adquiere originariamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 91 del Código de Minería. Por ello, no cabe hacer la distinción entre las adquiridas a título gratuito u oneroso, pues siempre el título va a ser el mismo: sentencia judicial que la otorgue al primer manifestante. Por otra parte, en conformidad al Código de Minería, artículo 173, en el caso de las minas manifestadas por dos o más personas se forma, por el solo ministerio de la ley, una sociedad legal minera al producirse la inscripción de la manifestación, pasando a tener cada uno de los manifestantes un determinado número de acciones proporcional a sus derechos en la manifestación. No puede entonces producirse una adquisición en común de una mina denunciada por dos o más personas.

437. OBLIGACIÓN DE PRACTICAR INVENTARIO. El artículo 1792-11 establece que “los cónyuges o esposos, al momento de pactar este régimen, deberán efectuar un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio originario”.

³⁹² César Frigerio, *Regímenes Matrimoniales*, Editorial ConoSur, 1995, pág. 127.

La falta de inventario no produce la nulidad del régimen. El inc. 2º señala que "a falta de inventario, el patrimonio originario puede probarse mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas o títulos de crédito", y el inciso final agrega que "Con todo, serán admitidos otros medios de prueba si se demuestra que, atendidas las circunstancias, el esposo o cónyuge no estuvo en situación de procurarse un instrumento".

De manera que hay una jerarquía de pruebas. En primer lugar el inventario; a falta de inventario, se aceptan otros instrumentos; y finalmente, si se acredita que, atendidas las circunstancias, el esposo o cónyuge no estuvo en situación de procurarse un instrumento, se admite que pueda probar por cualquier otro medio, pues la ley no establece ninguna limitación al respecto.

438. VALORIZACIÓN DEL ACTIVO ORIGINARIO. Interesa destacar dos aspectos: a) forma como se valorizan los bienes, y b) quién practica esta valoración.

Respecto al primer punto, el artículo 1792-13, inciso 1º, expresa que "los bienes que componen el activo originario se valoran según su estado al momento de la entrada en vigencia del régimen de bienes o de su adquisición". "Por consiguiente —agrega esta norma— su precio al momento de la incorporación en el patrimonio originario será prudencialmente actualizado a la fecha de la determinación del régimen".

En cuanto al segundo aspecto, el inciso 2º establece que "la valoración podrá ser hecha por los cónyuges o por un tercero designado por ellos. En subsidio, por el juez".

El inciso final del artículo 1792-13 agrega que "Las reglas anteriores rigen también para la valoración del pasivo". Ello quiere decir que tanto el activo como el pasivo del patrimonio originario deben reajustarse, al término del régimen, a los valores que corresponda.

439. PATRIMONIO FINAL: CONCEPTO, FORMA DE CALCULARLO. Según el artículo 1792-6, inciso segundo, se entiende por patrimonio final "el que exista al término de dicho régimen". Para calcularlo se deben practicar las siguientes operaciones:

A. 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 (art. 1792-14);

B. En conformidad al artículo 1792-15, se debe agregar "imaginariamente los montos de las disminuciones de su activo, que sean consecuencia de los siguientes actos, ejecutados durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales:

1) 'Donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario';

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

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

Estas agregaciones "serán efectuadas considerando el estado que tenían las cosas al momento de su enajenación".

"Lo dispuesto en este artículo no rige si el acto hubiese sido autorizado por el otro cónyuge".

La explicación de agregar cada uno de estos valores es proteger al otro cónyuge de actos que impliquen indebida generosidad (art. 1792-15 Nº 1), fraude (art. 1792-15 Nº 2) o que persiguen sólo la utilidad del cónyuge que los hace (art. 1792-15 Nº 3). Y, por la misma razón, no se siguen estas reglas si el otro cónyuge los autoriza.

Al agregarse al patrimonio final estos rubros, se protege al otro cónyuge, ya que se aumenta la diferencia entre el patrimonio originario y el final, lo que conduce a que sean más altos los gananciales y como consecuencia más elevado el crédito de participación.

440. INVENTARIO VALORADO DE LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO FINAL. El artículo 1792-16 establece que "dentro de los tres meses siguientes al término del régimen de participación en los gananciales, cada cónyuge estará obligado a proporcionar al otro un inventario de los bienes y obligaciones que comprenda su patrimonio final. El juez podrá ampliar este plazo por una sola vez y hasta por igual término".

Este inventario será, normalmente, simple y si está firmado por el cónyuge declarante hará prueba en favor del otro cónyuge para determinar su patrimonio final. Sin embargo, este último "podrá objetar el inventario, alegando que no es fidedigno, caso en que podrá usar todos los medios de prueba para demostrar su composición o el valor efectivo del patrimonio del otro cónyuge" (art. 1792-16 inc. 2º).

Finalmente, el artículo 1792-16 prescribe que "Cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la facción de inventario en conformidad con las reglas del Código de Procedimiento Civil y requerir las medidas precautorias que procedan" (inc. 3º).

441. AVALUACIÓN DEL ACTIVO Y PASIVO DEL PATRIMONIO FINAL. El artículo 1792-17 prescribe: "los bienes que componen el activo final se valoran según su estado al momento de la terminación del régimen de bienes" (inc. 1º). El inciso 2º señala que "los bienes a que se refiere el artículo 1792-15 (las agregaciones de que hemos hablado) se apreciarán según el valor que hubieren tenido al momento del término del régimen de bienes". Las mismas reglas se aplican para la valoración del pasivo (art. 1792-17, inciso final).

La valoración del activo y pasivo será hecha por los cónyuges o por un tercero designado por ellos. En subsidio, por el juez (art. 1792-17 inc. 3º).

442. SANCIÓN AL CÓNYUGE QUE OCULTA O DISTRAE BIENES O SIMULA OBLIGACIONES. En conformidad al artículo 1792-18, "Si alguno de los cónyuges, a fin de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, se sumará a su patrimonio final el doble del valor de aquéllos o de éstas".

Al sumarse al patrimonio final el doble del valor de los bienes ocultos o distraídos o de las obligaciones simuladas, este patrimonio final aumentará y, con ello los gananciales, lo que hará mayor el crédito de participación en favor del otro cónyuge.

Esta norma nos recuerda a la establecida para la sociedad conyugal por el artículo 1768. Las formas verbales "oculta" o "distrae" deberán ser entendidas en el mismo sentido que señalamos al estudiar esa disposición. Sin embargo, existen algunas diferencias entre ambas disposiciones: el artículo 1792-18 no hace referencia

a los herederos, como ocurre con el 1768, no obstante que al fallecer uno de los cónyuges, sea alguno de sus herederos quien incurra en el ilícito. La duda que puede presentarse es si en ese supuesto se le debe sancionar en conformidad a este artículo o de acuerdo a las reglas generales de responsabilidad extracontractual. El asunto no es claro. Pensamos que debe aplicar el mismo criterio del artículo 1768, pues no vemos por qué dos situaciones prácticamente iguales pudieran tener tratamientos diferentes. Otra diferencia que se puede apreciar entre ambos preceptos es que el artículo 1768 dice en forma expresa que tiene que tratarse de un acto doloso ("que dolosamente hubiere ocultado o distraído...") en cambio el art. 1792-18 no hace ninguna referencia al dolo. Esta omisión, a nuestro juicio, no tiene mayor trascendencia, desde que la acción típica que contempla el artículo 1792-18 es, por su propia naturaleza, constitutiva de dolo.

Se trata de actos manifiestamente dolosos realizados en perjuicio del otro cónyuge, desde que están destinados a disminuir los gananciales para achicar el crédito de participación que deberá pagar a este último. Ello explica la sanción. La conducta dolosa deberá probarla el cónyuge que la alegue (artículos 1459 y 1698 inc. 1º).

La acción para hacer efectiva esta sanción prescribe, a nuestro juicio, en conformidad a lo establecido en el artículo 2332, por tratarse de un hecho ilícito.

443. SITUACIONES QUE SE SIGUEN AL EXISTIR DIFERENCIAS ENTRE EL PATRIMONIO ORIGINARIO Y EL PATRIMONIO FINAL. Para la determinación de los gananciales se debe comparar el patrimonio originario con el patrimonio final. De este cotejo pueden resultar distintas situaciones:

a) que el patrimonio final de un cónyuge fuere inferior al originario. En este caso, dice el artículo 1792-19, "sólo él soportará la pérdida" (inc. 1º). La regla es justa, pues debe soportar las consecuencias de su mala administración;

b) que sólo uno de los cónyuges haya obtenido gananciales. En este caso, el otro participará de la mitad de su valor (art. 1792-19, inc. 2º);

c) que ambos hayan logrado gananciales. En este supuesto, estos gananciales "se compensarán hasta 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" (art. 1992-19, inc. 3º). Esta compensación opera por el solo ministerio de la ley.

El crédito de participación en los gananciales será sin perjuicio de otros créditos y obligaciones entre los cónyuges. Así lo establece el artículo 1792-19, inciso final.

444. DEL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES. La ley no ha definido lo que entiende por crédito de participación en los gananciales. Para nosotros, es el que la ley otorga al cónyuge que a la expiración del régimen de participación en los gananciales ha obtenido gananciales por monto inferior a los del otro cónyuge, con el objeto de que este último le pague, en dinero efectivo, a título de participación, la mitad del exceso.

445. CARACTERÍSTICAS DEL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN. Podemos anotar las siguientes:

a) Se origina al término del régimen. Así lo dice el artículo 1792-20. Obsérvese, sin embargo, que si bien el crédito se va a originar a ese momento, su determinación va a resultar sólo una vez que se liquiden los gananciales. Para ello, terminado el régimen, cualquiera de los cónyuges (o sus herederos si la extinción se debió a la muerte de uno de ellos) tendrá que demandar, en juicio sumario, se liquiden los gananciales determinándose a cuánto asciende su crédito de participación. La acción para solicitar esta liquidación de los gananciales prescribe en el plazo de cinco años contados desde la terminación del régimen y no se suspende entre los cónyuges, salvo respecto de los herederos menores (art. 1792-26). Surge la duda de si, tratándose de un cónyuge menor de edad, rige la regla de que no opera la suspensión. Frigerio afirma que "si puede suspenderse a favor de los herederos menores del cónyuge fallecido, con mayor razón debiera suspenderse también en favor del cónyuge menor de edad, lo cual es perfectamente posible, atendida la edad mínima exigible para contraer matrimonio. En tal caso, agrega, el cónyuge menor deberá estar bajo curaduría y entonces cabría a su respecto la suspensión de la prescripción, conforme lo dispuesto en el artículo 2520 en relación con el N° 1 del artículo 2509".³³³

³³³ Ob. cit., pág. 142.

b) Durante la vigencia del régimen, es eventual. Por ello, es inenajenable e irrenunciable. Así lo consigna el artículo 1792-20 inc. 2º. Nótese que se trata de una disposición prohibitiva, por lo que su incumplimiento produce nulidad absoluta (artículos 10, 1466 y 1682 del Código Civil). Nótese también que estas características sólo se dan mientras está vigente el régimen, pues sólo hasta ese momento tiene carácter eventual. Producida su extinción, deja de ser eventual, por lo que nada impide que pueda ser enajenado, transmitido, renunciado. Y ello es así aun antes de que se liquiden los gananciales.

Leslie Tomasello H. señala que "el mencionado crédito, antes del término del régimen, es irrenunciable, pues si la renuncia fuere posible en tal oportunidad, el régimen mismo desaparecería...", y agrega que "nada impide la renuncia una vez terminado el régimen, circunstancia en la cual la liquidación de los gananciales se hará innecesaria..."³³⁴

c) Es puro y simple (art. 1792-21, inc. 1º). Ello significa que determinado el crédito de participación (lo que supone que se liquidaron los gananciales), el cónyuge beneficiado puede exigir el pago de inmediato. Sin embargo, en el inciso 2º del artículo 1792-21 se establece una excepción: "Con todo, si lo anterior causare grave perjuicio al cónyuge deudor o a los hijos comunes, y ello se probare debidamente, el juez podrá conceder un año para el pago del crédito, el que se expresará en unidades tributarias mensuales. El plazo no se concederá si no se asegura por el propio deudor o un tercero que el cónyuge acreedor quedará de todos modos indemne".

d) Se paga en dinero. Esta característica no es de orden público, por lo que nada obsta a que los cónyuges acuerden lo contrario. El artículo 1792-22, inciso 1º establece que "Los cónyuges o sus herederos podrán convenir daciones en pago para solucionar el crédito de participación en los gananciales".

La misma disposición (inciso 2º) ha previsto lo que ocurre si la cosa dada en pago es evicta: "renacerá el crédito, en los términos del inciso primero del artículo precedente -renace la obligación de pagarlo en dinero efectivo y de inmediato- si la cosa dada en

³³⁴ Leslie Tomasello Hart, *El régimen de participación en los gananciales. La reforma de la Ley N° 19.335*, Edit. Jurídica ConoSur, 1994.

pago es evicta, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo”.

e) Goza de una preferencia de cuarta clase. Así lo establece el artículo 2481 N° 3 con la modificación que le introdujo la Ley N° 19.335: “La cuarta clase de créditos comprende: 3° Los de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de éste o, en su caso –es el caso del régimen de participación– los que tuvieron los cónyuges por gananciales”.

Sobre este particular, Francisco Merino S. expresa que este privilegio “sólo cabe hacerlo valer frente a obligaciones que contraiga el cónyuge deudor con posterioridad al término del régimen de participación, siendo inoponible a los créditos cuya causa sea anterior a dicho momento...”, pues, en conformidad al artículo 25, “estos créditos, entre los que debemos comprender a los comunes o valistas, prefieren al de participación”.³³⁵

f) El crédito de participación en los gananciales no constituye renta para los efectos de la Ley de Impuesto a la Renta (artículo 17 N° 30 de la Ley de la Renta, después de la modificación introducida por la Ley N° 19.347, Diario Oficial del 17 de noviembre de 1994).

446. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA DEMANDAR EL PAGO DEL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN. El artículo 1792-26 establece que la acción para pedir la liquidación de los gananciales prescribe en 5 años contados desde la extinción del régimen, pero no ha dado normas sobre el plazo en que prescribe la acción para exigir el pago del crédito. Por ello ha de concluirse que se aplican en esta materia las reglas generales, de 3 años para la acción ejecutiva y de 5 años para la ordinaria, plazos que se cuentan desde que la obligación se haya hecho exigible (arts. 2514 y 2515 del Código Civil). En este sentido Hernán Corral Talciani.³³⁶ Agrega este profesor que “el plazo se contará, en el caso de liquidación judicial, desde que queda firme la sentencia que liquide el crédito, o desde el vencimiento del plazo que ella haya fijado para su pago, es

³³⁵ Ob. cit., pág. 208.

³³⁶ *Bienes Familiares y Participación en los Gananciales*. Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 160.

decir, desde que la deuda se haya hecho exigible” (cfr. art. 2414 inc. 2° CC). Por tratarse de una prescripción ordinaria de largo plazo, admitirá suspensión de acuerdo con las reglas generales (arts. 2509 y 2520).³³⁷

Francisco Merino S., por su parte, señala que esta prescripción “podría interrumpirse por el ejercicio de la acción de liquidación de gananciales, conforme lo establecido en el inciso final del artículo 2518 de ese Código” (se refiere al Código Civil).³³⁸

447. BIENES SOBRE LOS CUALES SE PUEDE HACER EFECTIVO EL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN. Si el cónyuge que está obligado a pagar no lo hace, procederá el cumplimiento forzado. Y, en este caso, la ley establece un orden respecto de los bienes sobre los cuales se hará efectivo el cobro. Dice al respecto el artículo 1792-24: “El cónyuge acreedor perseguirá el pago, primeramente, en el dinero del deudor; si este fuere insuficiente, lo hará en los muebles y, en subsidio, en los inmuebles”.

448. INSUFICIENCIA DE BIENES DEL CÓNYPGE DEUDOR. Si los bienes del cónyuge deudor fueren insuficientes para hacer efectivo el pago del crédito de participación, el acreedor podrá “perseguir su crédito en los bienes donados entre vivos, sin su consentimiento, o enajenados en fraude de sus derechos” (art. 1792-24 inciso 2°).

Como puede observarse, la ley otorga en este caso dos acciones al cónyuge perjudicado: a) una acción de inoficiosa donación, que deberá dirigir en contra de los donatarios en un orden inverso al de sus fechas, esto es, principiando por las más recientes; y b) la acción pauliana, si la enajenación la efectuó el cónyuge deudor en fraude de los derechos del cónyuge acreedor.

La primera prescribe en el plazo de 4 años contado desde la fecha del acto (donación). En el caso de la acción pauliana, prescribirá, en nuestro concepto, conforme a las reglas generales, en un año contado desde la fecha del acto o contrato fraudulento (artículo 2468 N° 3 del Código Civil).

Hernán Corral tiene una opinión distinta. Sostiene que la acción del artículo 24 de la Ley N° 19.335 (hoy artículo 1792-24) sólo es

³³⁷ Ob. cit., pág. 160.

³³⁸ Ob. cit., pág. 208.

una acción revocatoria especial, que presenta semejanzas con la acción revocatoria del artículo 2468 (en la enajenación fraudulenta) y con la de inoficiosa donación del artículo 1187 CC (respecto de las donaciones). Y ello lo lleva a afirmar que la prescripción de que trata la parte final del inciso 2º es siempre de 4 años contados desde la fecha del acto que se pretende revocar.³³⁹

449. LOS CRÉDITOS DE TERCEROS, ANTERIORES A LA EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN, PREFIEREN AL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN. Así lo establece el artículo 1792-25: "Los créditos contra un cónyuge cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes preferirán al crédito de participación en los gananciales".

Esta norma guarda relación con lo dispuesto en el artículo 1792-14, que obliga, para calcular el patrimonio final, a deducir previamente las obligaciones que el cónyuge tenga al término del régimen. Pretende evitar el perjuicio de los acreedores de los cónyuges por obligaciones que éstos hubieren contraído durante la vigencia del régimen.

450. RELACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES Y LOS BIENES FAMILIARES. Como veremos al estudiar los bienes familiares, esta institución puede operar cualquiera sea el régimen matrimonial bajo el cual los cónyuges se encuentran casados. Para el caso de que lo estén en el de participación en los gananciales, el artículo 1792-23 establece que "para determinar los créditos de participación en los gananciales, las atribuciones de derechos sobre bienes familiares efectuadas a uno de los cónyuges en conformidad con el artículo 147 del Código Civil, serán valoradas prudencialmente por el juez".

En su oportunidad veremos que en conformidad al artículo 147 del Código Civil el juez puede constituir sobre un bien familiar, de propiedad de uno de los cónyuges, derechos de usufructo, uso o habitación en favor del otro. Pues bien, en tal caso esos derechos tendrán que ser valorados para determinar el crédito de participación, y tal valoración la hará el juez. Esa es la explicación de lo dispuesto en el artículo 1792-23.

³³⁹ Ob. cit., págs. 156-157.

451. EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES. El artículo 1792-27 prescribe que "el régimen de participación en los gananciales termina: 1) por la muerte de uno de los cónyuges; 2) Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, según lo prevenido en el Título II 'Del principio y fin de la existencia de la persona', del Libro I del Código Civil; 3) Por la declaración de nulidad del matrimonio o sentencia de divorcio; 4) Por la separación judicial de los cónyuges; 5) Por la sentencia que declare la separación de bienes; 6) Por el pacto de separación de bienes".

Esta disposición es equivalente al artículo 1764 del Código Civil, que establece las causales de extinción de la sociedad conyugal. Ello nos ahorra un mayor estudio. Nos parece necesario, sin embargo, precisar lo siguiente:

a) En el caso de la muerte presunta, la extinción se produce con el decreto de posesión provisoria. Así lo establece el artículo 84 del Código Civil con el texto dado por la Ley N° 19.335. Naturalmente que en aquellas situaciones en que no haya decreto de posesión provisoria, la extinción se producirá con el decreto de posesión definitiva;

b) En el caso de la nulidad de matrimonio, sólo operará la extinción del régimen cuando el matrimonio sea putativo, pues si es simplemente nulo, no ha existido matrimonio y por lo mismo no se generó régimen matrimonial alguno, en virtud del efecto retroactivo de la declaración de nulidad, artículo 1687 del Código Civil, y

c) En el caso de la separación judicial, el artículo 34 de la Ley de Matrimonio Civil reitera que ella produce la extinción del régimen de participación en los gananciales. Por otra parte, como en este caso el matrimonio se mantiene, lo que hace necesario un régimen matrimonial, debe entenderse que tal régimen será el de separación de bienes.

452. EL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN SE ENCUENTRA EXENTO DEL PAGO DE IMPUESTO A LA RENTA. Durante la tramitación de la Ley N° 19.335 se observó por el Servicio de Impuestos Internos que la ley debía contener una norma que eximiera de impuesto a la renta lo que un cónyuge obtenía por crédito de participación. Sin embargo, no se alcanzó a incorporar la disposición correspondiente. Por ello se dictó la Ley N° 19.347, publicada en el Diario Oficial del 17 de

noviembre de 1994, que dio solución a este problema, agregando una nueva exención al artículo 17 de la Ley de Impuesto a la Renta. Para ello se agregó a esta disposición un numeral 30, que establece que no constituyen rentas: "la parte de los gananciales que uno de los cónyuges, sus herederos o cesionarios, perciba del otro cónyuge, sus herederos o cesionarios, como consecuencia del término del régimen patrimonial de participación en los gananciales". El artículo 2º de la Ley Nº 19.347 ordenó que esta norma entrara en vigor a contar de la misma fecha de la Ley Nº 19.335, conforme a su artículo 37, esto es, el 24 de diciembre de 1994.

453. LAS PERSONAS CASADAS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY Nº 19.335 PUEDEN PACTAR RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES. La Ley Nº 19.335 no estableció ninguna disposición transitoria que resolviera si las personas que a la fecha en que entró en vigencia ya estaban casadas, podían acogerse a las disposiciones de la nueva normativa y optar por el régimen de participación en los gananciales. Frente a este silencio, se ha entendido que en virtud de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, ello es posible. Hernán Corral señala que "hemos de afirmar que los matrimonios ya celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Nº 19.335 puedan pactar, vía artículo 1723 ó 135, el régimen de participación en los gananciales, tanto si se trata de matrimonios contraídos bajo sociedad conyugal o separación total".³⁴⁰ Y en seguida plantea que: "no obstante, por imperativo del tenor del artículo 1723 inciso 2º, tanto en su antigua redacción como en la actualmente vigente, debemos afirmar que aquellas personas que hayan pactado anteriormente separación total de bienes durante su matrimonio no podrían ocupar nuevamente esa norma esta vez para pactar participación en los gananciales, en conformidad a la nueva ley". Y agrega: "el artículo 1723 inciso 2º efectivamente dispone que el pacto de separación una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges".³⁴¹

La última afirmación del profesor Corral la estimamos muy discutible atendido lo que hemos señalamos en el párrafo 412, al cual nos remitimos.

³⁴⁰ Ob. cit., pág. 165.

³⁴¹ Ob. cit., pág. 166.

454. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. Como ya lo hemos explicado, en Chile sólo se admiten tres regímenes matrimoniales: el de sociedad conyugal, que es el régimen legal matrimonial, o sea, el que opera en el silencio de las partes; el régimen de participación en los gananciales; y el régimen de separación de bienes. Estudiemos ahora este último, que está definido en el artículo 152, que en su texto actual, dado por la Ley Nº 19.947, señala: "Separación de bienes es la que se efectúa sin separación judicial, en virtud de decreto de tribunal competente, por disposición de la ley o por convención de las partes".

El régimen de separación de bienes se caracteriza porque cada cónyuge tiene su propio patrimonio que administra con absoluta libertad, como lo señala el artículo 159 (en su texto actual dado por la Ley Nº 19.947): "Los cónyuges separados de bienes administran, con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieren durante éste a cualquier título" (inc. 1º). "Si los cónyuges se separaren de bienes durante el matrimonio, la administración separada comprende los bienes obtenidos como producto de la liquidación de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre ellos" (inc. 2º). "Lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del Título VI del Libro Primero de este Código" (esta referencia es a los bienes familiares).

455. CLASES DE SEPARACIÓN DE BIENES. La separación de bienes puede clasificarse del modo siguiente:

I. Atendiendo a su fuente: legal, judicial y convencional. Así se desprende del artículo 152.

II. Atendiendo a su extensión: total y parcial.

La separación legal puede ser total o parcial; lo mismo la convencional. En cambio, la separación judicial es siempre total.

456. SEPARACIÓN LEGAL DE BIENES. Puede ser:

A. Total o

B. Parcial.

457. SEPARACIÓN LEGAL TOTAL. La ley contempla dos casos de separación legal total:

- a) sentencia de separación judicial, y
- b) matrimonio celebrado en el extranjero.

458. SENTENCIA DE SEPARACIÓN JUDICIAL. Nótese que la separación judicial constituye un caso de separación legal y no judicial, puesto que aunque hay una sentencia judicial, los cónyuges han litigado sobre otra materia, no sobre la separación de bienes. Si ésta se produce es porque la sociedad conyugal se disuelve (arts. 1764 N° 3 del Código Civil y 34 de la Ley de Matrimonio Civil) y como, por otra parte, el vínculo matrimonial subsiste, tiene que existir un régimen matrimonial que no puede ser otro que el de separación de bienes, pues la otra posibilidad, participación en los gananciales, requiere acuerdo de las partes.

El artículo 173 del Código Civil (después de modificación de la Ley N° 19.947) expresa que "Los cónyuges separados judicialmente administran sus bienes con plena independencia uno del otro, en los términos del artículo 159" (inc. 1°). "Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del Título VI del Libro Primero de este Código" (inc. 2°). La referencia a este párrafo 2 del Título VI, se entiende hecha a los bienes familiares, con lo que se quiere señalar que los bienes que resulten de la separación pueden ser declarados bienes familiares.

El artículo 159 mencionado en el inciso 1° del artículo 173 dice del modo siguiente, según texto dado por la Ley N° 19.947: "Los cónyuges separados de bienes administran, con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieran durante éste, a cualquier título" (inc. 1°). "Si los cónyuges se separaren de bienes durante el matrimonio, la administración separada comprende los bienes obtenidos como producto de la liquidación de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre ellos" (inc. 2°). El inciso 3° reitera la idea de que los bienes que resulten de la separación pueden ser declarados bienes familiares.

En este caso, aunque la ley no lo dice, resulta evidente que se aplican los artículos 161, 162 y 163. Esto significa:

1) Que los acreedores de la mujer, sólo podrán dirigirse sobre sus bienes, respondiendo el marido únicamente en los siguientes casos:

a) cuando se ha obligado como codeudor conjunto, solidario o subsidiario de la mujer, y

b) cuando las obligaciones de la mujer cedieron en beneficio exclusivo del marido o de la familia común, en la parte en que de derecho él haya debido proveer a las necesidades de ésta.

2) Que los acreedores del marido sólo podrán dirigirse sobre los bienes de éste y no sobre los de la mujer, salvo que se haya producido algunas de las situaciones de excepción recién indicadas (deuda conjunta, solidaria o subsidiaria o beneficio exclusivo de la mujer o familia común).

De acuerdo al artículo 162, si la mujer separada confiere poder a su marido para que administre parte de sus bienes, el marido será obligado a la mujer como simple mandatario.

Finalmente, rige el artículo 163, según el cual "al marido y a la mujer separados de bienes se dará curador para la administración de los suyos en todos los casos en que siendo solteros necesitarían de curador para administrarlos". Sólo habría que agregar que en este caso, por tratarse de una separación total, rige el artículo 503: "el marido y la mujer no podrán ser curadores del otro cónyuge si están totalmente separados de bienes" (inc. 1°).

459. LA SEPARACIÓN DE BIENES ES IRREVOCABLE. Con anterioridad a la Ley N° 18.802, si se producía reconciliación entre los cónyuges, el juez a petición de ambos podía reestablecer la sociedad conyugal. Así lo establecía el artículo 178 anterior a esa ley. Con la reforma introducida por esa norma legal, reiterada hoy por la Ley N° 19.947, que modificó el artículo 165 del Código Civil, "la separación efectuada en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley es irrevocable y no podrá quedar sin efecto por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial" (inc. 1°).

460. PERSONAS CASADAS EN EL EXTRANJERO. El segundo caso de separación legal total es el contemplado en el artículo 135 inciso 2°: "Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción".



La norma recién transcrita fue establecida por la Ley N° 18.802. (posteriormente modificada por la Ley N° 19.335, que incorporó lo relativo al régimen de participación en los gananciales). Con anterioridad, el inciso 2° del artículo 135 decía: "Los que se hayan casado en país extranjero y pasaren a domiciliarse en Chile se mirarán como separados de bienes, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes".

La diferencia entre la disposición antigua y la nueva es sustancial. Bajo el imperio del anterior artículo 135, los casados en el extranjero que pasaban a domiciliarse en Chile, se entendían separados de bienes, salvo que de acuerdo a las leyes bajo las cuales se casaron hubiera habido entre ellos sociedad de bienes. De manera que frente a un matrimonio verificado en el extranjero, para saber qué régimen matrimonial tenían en Chile había que estudiar si en el país en que se habían casado había o no sociedad de bienes; qué tipo de sociedad y si se habían casado de acuerdo a ese régimen. No era entonces una tarea fácil, pues suponía el estudio de la legislación extranjera. Y más se complicaba el cuadro, porque aun existiendo sociedad de bienes, era necesario estudiar su naturaleza para saber si era semejante a la sociedad de bienes chilena.

Con la modificación introducida por la Ley N° 18.802, cambia radicalmente la situación. Las personas que se casan en el extranjero se entienden separadas de bienes en Chile. Sin embargo, la ley les da la oportunidad de pactar sociedad de bienes o participación en los gananciales, para lo cual deben cumplir los siguientes requisitos:

- 1) Inscribir su matrimonio en Chile, en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago (Recoleta), y
- 2) Que en el acto de inscribir su matrimonio –sólo en ese momento– pacten sociedad conyugal o participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción matrimonial.

Este ha pasado a ser el único caso en nuestra legislación en que la sociedad conyugal puede comenzar con posterioridad al matrimonio; es una excepción a lo establecido en el artículo 1721 inciso final, pues comenzará con la inscripción de su matrimonio en Chile, lo que naturalmente es posterior a la fecha en que se

casaron en el extranjero. Además es excepcional en cuanto nos encontramos frente a una sociedad conyugal convenida.

Para probar la sociedad conyugal en este caso, bastará con un certificado de la inscripción del matrimonio verificado en Chile. En el caso de personas casadas en el extranjero, que no han inscrito su matrimonio en Chile, si se quiere probar que están casados en régimen de separación de bienes, será necesario exigirles una declaración jurada que exprese que no han inscrito su matrimonio en Chile.

El nuevo texto del inciso segundo del artículo 135 presenta algunas interrogantes:

1) ¿Se aplica esta norma únicamente a los casados en el extranjero que se vienen a domiciliar a Chile; o también a aquéllos que transitoriamente vienen a vivir a nuestro país, sin ánimo de permanecer en él, como empresarios o trabajadores que vienen a cumplir un cometido temporal?

2) Si las personas pactan el régimen de sociedad conyugal, ¿opera este régimen sólo hacia el futuro o tiene también efecto retroactivo?

Respecto a la primera cuestión, el problema se presenta porque el texto anterior, sólo regulaba la situación de los que se casaban en el extranjero y pasaban a domiciliarse en Chile; en cambio, el nuevo únicamente expresa que "los que se hayan casado en el extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes..." sin hacer ninguna referencia al domicilio. Nuestra opinión es que se aplica tanto a los que pasan a domiciliarse en Chile como a los que transitoriamente vienen a desarrollar actividades en el país. Nos parece obvio que si el ánimo del legislador hubiere sido restringir los efectos de la norma sólo a los que se vinieren a domiciliar en Chile, lo habría dicho, tal como se hacía antes. Al no decir nada tenemos que pensar que se quiso dar al artículo 135 una aplicación amplia, que comprendiera aun a los extranjeros transeúntes. Por otra parte, no vemos con qué antecedentes se pudiera limitar la aplicación de la norma, haciendo una distinción que el legislador no hace.

En cuanto a la segunda pregunta, pensamos que la sociedad conyugal o la participación en los gananciales, sólo operan hacia el futuro, sin efecto retroactivo, pues no puede haber retroactividad sin ley que la contemple en forma expresa. Es-



tamos de acuerdo en esta parte con el profesor Ramón Rivas Guzmán.³⁴² En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 23 de marzo de 1994.³⁴³ "El pacto sobre sociedad conyugal celebrado por personas casadas en país extranjero, al momento de inscribir su matrimonio en Chile, sólo produce sus efectos a partir de esa fecha, y no desde la celebración del matrimonio. Así se desprende tanto del tenor literal del artículo 135 del Código Civil –modificado por la Ley N° 18.802 de 1989– como el artículo 9° del mismo Código, que prohíbe interpretar las leyes retroactivamente". Este fallo fue ratificado por la Excm. Corte Suprema el 27 de diciembre de 1994.³⁴⁴

461. SEPARACIÓN LEGAL PARCIAL. Dos casos de separación legal parcial contempla el Código Civil: I. el artículo 150, bienes reservados de la mujer casada; y II. el artículo 166.

La primera de estas situaciones ya la hemos estudiado. Preocupémonos ahora de la segunda.

462. SEPARACIÓN LEGAL PARCIAL DEL ART. 166. Este caso de separación dice relación con los bienes que adquiere la mujer por haber aceptado una donación, herencia o legado que se le hizo con la condición precisa de que no los administrare el marido. Respecto de ellos, la mujer se considera separada de bienes, aplicándose, las reglas siguientes:

1) La mujer tiene las mismas facultades que la divorciada perpetuamente, esto es, administra con independencia del marido (arts. 159, 166 N° 1, 173);

2) Ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades, haciendo la regulación el juez en caso necesario (arts. 160, 166 N° 1, 134);

3) Los actos o contratos que la mujer celebre sólo dan acción sobre los bienes que componen este patrimonio, sin que tenga responsabilidad el marido, a menos:

a) que se haya obligado conjunta, solidaria o subsidiariamente con su mujer;

b) que se haya beneficiado él o la familia común, en la parte en que de derecho haya debido él proveer a las necesidades de ésta, caso en que responderá hasta el monto del beneficio (arts. 161, 166 N° 1);

4) Los acreedores del marido no pueden dirigirse en contra de estos bienes a menos que probaren que el contrato cedió en utilidad de la mujer o de la familia común en la parte en que de derecho ella debiera proveer a la satisfacción de dichas necesidades (arts. 161 inc. final, 166 N°s 1 y 2);

5) Estos bienes responden en el caso de que la mujer hubiere realizado un acto o celebrado un contrato respecto de un bien propio, autorizada por la justicia, por negativa del marido. Así lo establece el artículo 138 bis incorporado por la Ley N° 19.335.

6) Si la mujer confiere al marido la administración de una parte de estos bienes responderá como simple administrador (arts. 162-166 N°1);

7) Si la mujer es incapaz, se le dará un curador para que los administre (arts. 163, 166 N° 1). El marido puede ser curador de la mujer, pues no lo impide el artículo 503, que se refiere a los casos de separación total, y

8) Los frutos producidos por estos bienes y todo lo que con ellos adquiriera pertenecen a la mujer, pero disuelta la sociedad conyugal los frutos y lo que adquirió con ellos, ingresan a los gananciales a menos que la mujer los renuncie, caso en que los hace definitivamente suyos (art. 166 N° 3 en relación con el art. 150). Si la mujer acepta los gananciales, el marido responderá de las obligaciones contraídas por la mujer en esta administración separada, sólo hasta el monto de la mitad de lo que le correspondió por los frutos y adquisiciones hechas con esos frutos. Esto último porque se aplican a este caso las normas del artículo 150 (art. 166 N° 3), que otorgan al marido un verdadero derecho de emolumento.

463. SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES. La separación judicial sólo puede demandarla la mujer, por las causales específicamente establecidas en la ley. Es un derecho que la ley contempla exclusivamente en su favor para defenderla de la administración del marido.

³⁴² La Revista de Derecho, Universidad Central, Año III, julio-diciembre de 1989, página 66.

³⁴³ Gaceta Jurídica N° 165, pág. 69.

³⁴⁴ Rev. Der. y Jur., t. 91, sec. 1ª, pág. 126. En el mismo sentido, t. 93, sec. 2ª, pág. 119.

464. CARACTERÍSTICAS DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL.

1) Como acabamos de señalarlo, sólo puede demandarla la mujer;

2) La facultad de pedir la separación de bienes es irrenunciable e imprescriptible. Respecto a la renuncia, lo dice el artículo 153: "La mujer no podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes";

3) Sólo opera por las causales taxativamente señaladas en la ley;

4) La separación judicial es siempre total, y

5) Es irrevocable (artículo 165).

465. CAPACIDAD PARA DEMANDAR LA SEPARACIÓN. Si la mujer es menor de edad, requiere de un curador especial para poder pedir la separación judicial de bienes (art. 154).

466. CAUSALES DE SEPARACIÓN JUDICIAL. Sólo puede demandarse la separación judicial de bienes por las causales taxativamente señaladas en la ley. Estas causales primitivamente eran sólo 5, pero la Ley N° 18.802 estableció varias otras, con lo que hoy son las siguientes:

1) Interdicción o larga ausencia del marido, si la mujer no quiere tomar sobre sí la administración de la sociedad conyugal, ni someterse a la dirección de un curador, podrá demandar la separación judicial de bienes (artículo 1762);

2) Si el cónyuge obligado al pago de pensiones alimenticias al otro cónyuge o a los hijos comunes hubiere sido apremiado por dos veces en la forma señalada en el inciso 1° del artículo 15 (artículo 19 N° 1 de la Ley N° 14.908). La Ley N° 19.741 del 24 de julio de 2001, dio al artículo 19 de la Ley N° 14.908 la siguiente redacción: "Si constare en el expediente que en contra del alimentante se hubiere decretado dos veces alguno de los apremios señalados en el artículo 14, procederá en su caso, ante el tribunal que corresponda y siempre a petición del titular de la acción respectiva, lo siguiente: 1° Decretar la separación de bienes de los cónyuges...".

3) Insolvencia del marido (art. 155 inc. 1°, primera parte);

4) Administración fraudulenta del marido (artículo 155 inc. 1° segunda parte);

5) Mal estado de los negocios del marido por consecuencia de especulaciones aventuradas o de una administración errónea o descuidada, o riesgo inminente de ello (art. 155 inciso final);

6) Incumplimiento culpable del marido a las obligaciones que le imponen los artículos 131 y 134 (art. 155 inc. 2° del Código Civil);

7) Incurrir en alguna causal de separación judicial, según los términos de la Ley de Matrimonio Civil (art. 155, inciso 2°, con la modificación introducida por la Ley N° 19.947);

8 Ausencia injustificada del marido por más de un año (art. 155 inc. 3°, según texto dado por la Ley N° 19.947);

9) Si sin mediar ausencia, existe separación de hecho de los cónyuges por más de un año (art. 155, inc. 3°, parte final).

Veamos cada una de estas causales.

467. INTERDICCIÓN O LARGA AUSENCIA DEL MARIDO, SI LA MUJER NO QUIERE TOMAR SOBRE SÍ LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL NI SOMETERSE A UN CURADOR. Así está establecido en el artículo 1762, ya estudiado por nosotros al tratar de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

468. CÓNYUGE CONDENADO A PAGAR UNA PENSIÓN DE ALIMENTOS AL OTRO CÓNYUGE O A LOS HIJOS COMUNES, QUE HA SIDO APREMIADO POR DOS VECES. Esta causal está contemplada en el artículo 19 N° 1 de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, norma que, como hemos explicado, tiene un texto nuevo dado por la Ley N° 19.335.

Para que opere esta causal deben cumplirse los siguientes requisitos:

a) que un cónyuge hubiere sido condenado judicialmente a pagar una pensión de alimentos al otro o a los hijos comunes;

b) que hubiere sido apremiado por dos veces, en la forma dispuesta en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, esto es, con arrestos o multas. No es necesario que estos apremios correspondan a mensualidades consecutivas, ni tampoco que se hayan cumplido, pues ninguno de esos requisitos los establece



la ley.³⁴⁵ Pablo Rodríguez Grez sostiene que esta causal “debe ser apreciada por el tribunal y declararse la separación de bienes siempre que ella corresponda a dos o más apremios alimenticios cuando ha habido culpa o dolo del alimentante”.³⁴⁶ Como se puede apreciar, este profesor agrega un requisito más: que el no pago de las pensiones se deba a culpa o dolo del alimentante.

469. INSOLVENCIA DEL MARIDO. El artículo 155 establece en su inciso 1º que “el juez decretará la separación de bienes en el caso de insolvencia... del marido”. Sobre esta causal existe variada jurisprudencia. Así se ha fallado que “para decretar la separación de bienes no es necesario que la insolvencia del marido haya sido declarada por fallo judicial”.³⁴⁷ Otra sentencia ha definido la insolvencia estableciendo que “se produce cuando un individuo se halla incapacitado para pagar una deuda, o cesa en el pago de sus obligaciones por comprometer su patrimonio más allá de sus posibilidades”.³⁴⁸

En relación con esta materia, algunos autores creen que la sola circunstancia de que se declare en quiebra al marido basta para obtener la separación judicial de bienes invocando la insolvencia del último.³⁴⁹ Opinión contraria se encuentra en la Memoria “Separación de bienes” del Sr. Del Río Aldunate,³⁵⁰ quien afirma que la quiebra sólo es un antecedente valioso para la prueba de la insolvencia. Lo que la mujer debe probar, en forma precisa, es que el pasivo del marido es superior a su activo.

Somarriva considera que cuando se invoca esta causal, la confesión del marido no hace prueba. Aplica la norma del artículo 157 a este caso, no obstante que él está referido al mal estado de los negocios del marido. Dice: “Si nos atenemos a la letra de la ley, es evidente que en estos juicios se aceptaría la confesión del marido,

³⁴⁵ T. 63, sec. 1ª, pág. 165; t. 64, sec. 1ª, pág. 327; t. 67, sec. 1ª, pág. 315; t. 68, sec. 1ª, pág. 168; Fallos del Mes Nº 151, sentencia 5, pág. 111.

³⁴⁶ Ob. cit., pág. 166.

³⁴⁷ Corte de Concepción, 6 de julio de 1932, Gaceta de los Tribunales, 1932, 2º semestre, Nº 111, pág. 413.

³⁴⁸ T. 45, sec. 1ª, pág. 623. En el mismo sentido puede verse t. 81, sec. 1ª, pág. 149.

³⁴⁹ Luis Claro Solar, *Derecho Civil Chileno y Comparado*, t. II, pág. 163; Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil*, t. IV, pág. 176.

³⁵⁰ Santiago, 1936, páginas 98 a 101.

ya que el artículo 157 sólo la elimina en el caso del mal estado de los negocios. Pero el origen de la disposición —ella fue tomada de Pothier, quien se refería a ambos casos— es el principio según el cual donde hay una misma razón debe existir una misma disposición; el hecho de que la insolvencia supone mal estado de los negocios; la circunstancia de que a diferencia del fraude el marido no tendría inconveniente en confesar su insolvencia, lo que conduciría a aceptar juicios de separación de común acuerdo, son razones de peso para estimar que el legislador al referirse en el artículo 157 al mal estado de los negocios también se ha querido referir a la insolvencia; y que, por lo tanto, es posible concluir que en ninguno de estos casos es aceptable la confesión del marido”.³⁵¹

470. ADMINISTRACIÓN FRAUDULENDA DEL MARIDO. Esta causal está contemplada en el artículo 155 inciso primero, parte final: “El juez decretará la separación de bienes en el caso de administración fraudulenta del marido”.

Los bienes que el marido debe administrar fraudulentamente para que nos encontremos en este caso son sus propios bienes, los de la sociedad conyugal o los de su mujer. En ese sentido, Somarriva.³⁵² La administración fraudulenta que el marido pueda hacer de bienes de terceros (de un pupilo, de una sociedad, por ejemplo), no habilita para pedir la separación de bienes. En ese sentido los autores recién citados, salvo Somarriva, que no toca el punto.

Los tribunales han tenido oportunidad de precisar el alcance de esta causal. Así se ha fallado que “se entiende por administración fraudulenta aquella en que el marido deliberadamente ejecuta actos ilícitos para perjudicar a su mujer y en que se disminuye el haber de ésta por culpa lata. Basta comprobar la existencia de un solo acto de esa especie para que se decrete por el juez la separación de bienes”.³⁵³ En otro fallo se afirma que “La administración fraudulenta del marido es la que se ejerce con fraude o dolo, o sea, con intención positiva de inferir injuria a la propiedad de

³⁵¹ *Derecho de Familia*, Nº 383, pág. 368.

³⁵² *Derecho de Familia*. Nº 382, pág. 367; Claro Solar, ob. cit., t. II, pág. 160; Barros Errázuriz, ob. cit., t. IV, pág. 177; Del Río Aldunate, ob. cit., Nº 91, páginas 118 y siguientes.

³⁵³ C. Suprema, Gaceta de los Tribunales, 1913, 1º semestre, Nº 24, pág. 78.

la mujer. Tal punto debe probarlo ella, estableciendo los actos o hechos positivos del marido tendientes a producirle perjuicios en sus bienes, es decir, actos o hechos efectuados con malicia o mala fe, dado que el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley".³⁵⁴

Un interesante fallo resolvió "que administra fraudulentamente el marido cuando procede con dolo o con culpa grave, movido por la intención de dañar, de presente o de futuro, los intereses de la mujer. Dícese también que administra fraudulentamente el marido que actúa con la intención positiva de inferir injuria a la propiedad de la mujer...". La misma sentencia agregó que "no puede calificarse de administración fraudulenta del marido si las deudas que ha contraído se han destinado a inversiones en el único bien raíz de la sociedad conyugal, que han tenido por efecto valorizarlo notablemente desde la fecha de su adquisición".³⁵⁵

Pensamos, y así lo planteamos en un juicio que terminó por avenimiento, que el hecho de que el marido sistemáticamente compré bienes raíces de valor importante a nombre de sus hijos menores, que definitivamente por su edad carecen de bienes, y posteriormente los venda, constituye una administración fraudulenta, por cuanto al actuar de ese modo evita que los bienes ingresen al activo absoluto de la sociedad conyugal y se prescinde además de la autorización de la mujer para la enajenación, todo lo cual va a significar a la postre perjuicio para la mujer, desde que esos bienes no ingresarán a los gananciales.

471. MAL ESTADO DE LOS NEGOCIOS DEL MARIDO. Para que opere la causal no basta que los negocios del marido se encuentren en mal estado. Es necesario además que este mal estado provenga de especulaciones aventuradas o de una administración errónea o descuidada (art. 155 inciso 4º). Se ha fallado que "el hecho de afirmarse que el marido haya poseído en época anterior una fortuna muy superior a la actual no constituye mal estado de los negocios. El mal estado de los negocios –que no es sinónimo de pobreza– debe buscarse en la relatividad actual del pasivo con el

activo liquidable y la mayor o menor facilidad de realización".³⁵⁶ También se ha resuelto que "no es necesario que sean múltiples los actos que acusan descuido en la administración de los bienes de la mujer para que proceda la separación; basta con que se advierta el peligro que pueda resultar a aquéllos intereses de una administración errónea o descuidada".³⁵⁷

Con la reforma que la Ley N° 19.335 introdujo al inciso final del artículo 155, no es necesario que los negocios del marido se hallen en mal estado para demandar la separación judicial de bienes. Basta que exista riesgo inminente de ello.

Esta causal presenta dos particularidades:

a) el marido puede oponerse a la separación, prestando fianzas o hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de su mujer (art. 155 inciso final), y

b) que en este juicio, la confesión del marido no hace prueba (art. 156).

472. INCUMPLIMIENTO CULPABLE DEL MARIDO DE LAS OBLIGACIONES QUE LE IMPONEN LOS ARTÍCULOS 131 Y 134. Esta es una causal establecida en el artículo 155 inciso 2º: "También la decretará (la separación de bienes) si el marido, por su culpa, no cumple con las obligaciones que le imponen los artículos 131 y 134...".

Recordemos que el artículo 131 contempla las obligaciones de fidelidad, socorro, ayuda mutua, protección y respeto; y que el artículo 134 establece la obligación de marido y mujer de "proveer a las necesidades de la familia común atendiendo a sus facultades y al régimen de bienes que entre ellos medie".

Pues bien, para que nos encontremos frente a la causal de separación de bienes, deben reunirse los siguientes requisitos:

- a) incumplimiento de alguno de estos deberes;
- b) que quien incumpla sea el marido, y
- c) que el incumplimiento sea culpable.

De manera que la infidelidad del marido, por ejemplo, es causal de separación de bienes; lo mismo el hecho de que no le proporcione alimentos a su mujer o a la familia común.

³⁵⁴ T. 31, sec. 2ª, pág. 1.

³⁵⁵ T. 69, sec. 1ª, pág. 140.

³⁵⁶ T. 35, sec. 1ª, pág. 248.

³⁵⁷ T. 33, sec. 1ª, pág. 324.

473. CASO DEL MARIDO QUE INCURRE EN ALGUNA CAUSAL DE SEPARACIÓN JUDICIAL, SEGÚN LOS TÉRMINOS DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL. Este caso está establecido en el artículo 155 inciso 2º, según texto establecido por la Ley N° 19.947.

Recordemos que las causales de separación judicial están señaladas en los artículos 26 y 27 de la nueva Ley de Matrimonio Civil (violación grave a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos que haga intolerable la vida común; cese de la convivencia).

Basta con que concurra la causal de separación judicial para que se pueda pedir la separación de bienes. No es necesario que exista sentencia o que se haya demandado.

474. AUSENCIA INJUSTIFICADA DEL MARIDO POR MÁS DE UN AÑO. Así lo establece el artículo 155 inc. 3º del Código Civil.

475. SEPARACIÓN DE HECHO POR UN AÑO O MÁS. Esta causal fue incorporada por la Ley N° 19.335, y se contiene en el artículo 155 inciso 3º parte final: "Lo mismo ocurrirá –esto es, la mujer podrá pedir la separación de bienes– si sin mediar ausencia, existe separación de hecho de los cónyuges".

Llamamos la atención sobre los siguientes aspectos de esta causal:

a) basta la simple separación de hecho, sin que sea necesario cumplir los requisitos que según el artículo 473 del Código Civil configuran la ausencia, esto es, no presencia en el hogar, ignorancia de su paradero y falta de comunicación con los suyos;

b) carecen de relevancia los motivos de la separación, y

c) no tiene importancia determinar quién tiene la responsabilidad en la separación. Por ello, aunque la haya provocado la mujer, tiene derecho a demandarla.

No sin razón podría argumentarse que si la separación se produjo por culpa de la mujer (fue ella la que abandonó el hogar común) se estaría aprovechando de su propio dolo, lo que resulta contrario a todo el sistema del Código. Aparecería invocando una causal que ella misma se fabricó. Sin embargo, y mirado desde otro ángulo, parece adecuado que si los cónyuges no están haciendo vida común, cese una sociedad conyugal que priva a la mujer de la administración de sus bienes propios.

En relación con esta causal, la Corte de Concepción en sentencia del 24 de mayo de 1999 resolvió que "el tribunal carece de facultades para entrar a pronunciarse sobre la inconveniencia que pudiera tener para la mujer y la familia el que se acoja la demanda por este motivo. Sólo le compete –agregó– verificar si se ha producido o no la situación descrita en la norma invocada, es decir, si existió o no la separación de hecho por el lapso indicado en la ley" (considerando 9º). La misma sentencia agregó en otro de sus fundamentos que "en estrados se ha hecho cuestión por la parte demandada en el sentido que no tuvo responsabilidad en la separación de hecho, por cuanto quien habría dejando la casa familiar habría sido la mujer. Sin desconocer los fundamentos que una alegación de este tipo pudiera tener si se tiene presente que en el sistema del Código Civil la separación judicial viene a ser una sanción al marido que, por diversas razones, tiene una conducta inconveniente o perjudicial para los intereses económicos de la mujer, en el caso de autos, no se puede entrar a considerar tal alegación, por no haber sido planteada como excepción al contestarse la demanda y, por consiguiente, tampoco haber sido objeto de prueba" (considerando 13º). Hemos reproducido esta parte de la sentencia, pues de ella parece fluir que si se hubiere planteado oportunamente la excepción de la culpa de la mujer en la separación, los falladores pudieran haber considerado tal excepción (Causa rol N° 1.145-98 del Ingreso de la Corte: "Bancalari con Zattera"). En el mismo sentido, Corte de Concepción, 7 de enero de 2005, causa rol 4.514-2003, y C Suprema, 13 de diciembre de 2005.³⁵⁸

476. MEDIDAS PRECAUTORIAS EN FAVOR DE LA MUJER. El artículo 156 establece que "demandada la separación de bienes, podrá el juez a petición de la mujer, tomar las providencias que estime conducente a la seguridad de los intereses de ésta, mientras dure el juicio". La norma es de la mayor amplitud, por lo que debe entenderse que las medidas a tomar serán todas las que la prudencia del tribunal estime aconsejables, sin que se puedan entender limitadas a las establecidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.³⁵⁹

³⁵⁸ Gaceta Jurídica N° 306, pág. 121.

³⁵⁹ Somarriva, ob. cit., N° 387, pág. 370.

La Ley N° 18.802 agregó un nuevo inciso al artículo 156, que permite a la mujer en el caso de separación judicial por ausencia del marido, pedir al juez en cualquier tiempo –esto es, antes de que exista demanda de separación de bienes– las providencias que estime conducentes a la seguridad de sus intereses

Este artículo 156 constituye una excepción al artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la mujer no necesita acompañar antecedentes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama, ya que en este caso el juez puede adoptar, a petición de la mujer, todas las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta, mientras dure el juicio.³⁶⁰

477. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES. Los efectos de la separación de bienes no operan retroactivamente, sino hacia el futuro. Para que la sentencia afecte a terceros es necesario que se inscriba al margen de la inscripción matrimonial (art. 4° N°4, en relación con el artículo 8° de la Ley N° 4.808). En Francia, la sentencia opera retroactivamente a la fecha de la notificación de la demanda.

En cuanto a los efectos mismos de la sentencia, son los siguientes:

a) Produce la disolución de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales (arts. 1764 N° 3, 1792-27 N° 5 y 158).

b) Cada cónyuge administra con plena independencia los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieran durante éste a cualquier título. La administración separada comprende los bienes obtenidos como producto de la liquidación de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre ellos (art. 159 del C. Civil, según texto dado por la Ley N° 19.947).

c) La mujer debe concurrir a proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades, haciendo la regulación el juez a falta de acuerdo (arts. 134 y 160).

d) Los acreedores de la mujer sólo tienen acción sobre sus bienes, no sobre los del marido, salvo:

³⁶⁰ Pablo Rodríguez, ob. cit., pág. 230.

1) que éste se hubiere obligado conjunta, solidaria o subsidiariamente con su mujer (art. 161 incisos 1° y 2°); o

2) que el acto celebrado por la mujer hubiere reportado un beneficio a él o la familia común (art. 161 inc. 3°).

e) Si la mujer confiere poder al marido para administrar parte alguna de sus bienes, el marido será obligado como simple mandatario (art. 162).

f) Si la mujer es incapaz, se le debe dar un curador para la administración de sus bienes, que no puede ser el marido (arts. 163, 503).

g) Decretada la separación judicial de bienes, ésta es irrevocable. Así lo dice el artículo 165 inc. 1°. De manera que ya no se puede volver al régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales.

Interesa destacar que no cabe en este tipo de separación la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar por una sola vez el régimen de participación en los gananciales; en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1723 como ocurre en la separación convencional (art. 165 inciso 2° en el nuevo texto dado por la Ley N° 19.947).

Con anterioridad a la reforma de la Ley N° 18.802, la separación de bienes pronunciada por el mal estado de los negocios del marido, podía terminar por decreto de juez, a petición de ambos cónyuges. Así lo decía el artículo 164, que fue derogado por la Ley N° 18.802.

478. TRIBUNAL COMPETENTE. Esta materia es de la competencia de los tribunales de familia (art. 8° N° 19 letra a) de la Ley N° 19.968). En cuanto al procedimiento, es el establecido en el Título III, artículo 9° y siguientes de la misma ley.

479. SEPARACIÓN DE BIENES CONVENCIONAL. La separación convencional de bienes puede ser acordada en tres momentos:

1) En las capitulaciones matrimoniales que se celebran antes del matrimonio, pudiendo ser en tal caso total o parcial (artículo 1720 inciso 1°). En el Código original, ello no era factible, situación que cambió con el Decreto Ley N° 328, primero, y luego con la Ley N° 5.521;

2) En las capitulaciones matrimoniales celebradas en el acto del matrimonio, en que sólo se puede establecer separación total de bienes (art. 1715 inciso 2º). Esta norma fue incorporada por la Ley Nº 10.271. Recordemos que el único objeto de estas capitulaciones es establecer este régimen de separación o el de participación en los gananciales. Esto último con la modificación que introdujo la Ley Nº 19.335, y

3) Durante el matrimonio, los cónyuges mayores de edad, que se encontraren casados en régimen de sociedad conyugal o de separación parcial de bienes, o en régimen de participación en los gananciales, pueden convenir la separación total de bienes. Así lo establece el artículo 1723 y el artículo 1º inciso 3º de la Ley Nº 19.335. En su momento dijimos que fue la Ley Nº 7.612, de 21 de octubre de 1943, la que permitió la celebración de este pacto.

480. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL DE BIENES. Son los mismos que estudiamos para la separación judicial, con la salvedad de que en este caso, el marido puede ser designado curador de su mujer incapaz, pues el artículo 503 inciso 2º lo permite en forma expresa. Sobre este punto es importante agregar que hasta la Ley Nº 18.802, si los cónyuges estaban parcialmente separados de bienes, y el marido tenía la guarda de su mujer, no podía administrar los bienes comprendidos en la separación. Obstabá a ello el inciso 3º del artículo 503, que fue derogado por la Ley Nº 18.802. Otra diferencia con la separación judicial es que en la separación convencional los cónyuges podrán pactar por una sola vez el régimen de participación en los gananciales, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1723, lo que no puede hacerse en la separación judicial”.

TÍTULO III

DE LOS BIENES FAMILIARES

481. GENERALIDADES. La institución de los bienes familiares fue incorporada por la Ley Nº 19.335, mediante una modificación al

Código Civil, en cuya virtud agregó un párrafo, que pasó a ser el párrafo 2º, al Título VI del Libro I del Código Civil, compuesto de 9 artículos, 141 al 149 inclusive.

Si bien la ley entró en vigencia 3 meses después de su publicación, en lo que respecta a los bienes familiares comenzó a regir de inmediato, por disponerlo así su artículo 37.

482. FUENTES. Los antecedentes de esta institución los encontramos en el Código Civil español, después de la reforma introducida el 1981, y en el Código de Quebec. En el primero, el artículo 1320 establece que “para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial” (inc. 1º). La semejanza de esta norma con los bienes familiares creados por la Ley Nº 19.335 es manifiesta.

Por su parte el artículo 449 del Código de Quebec dispone que la vivienda familiar y su mobiliario no pueden ser enajenados sino con el consentimiento de ambos cónyuges. A falta de acuerdo, la autorización debe darla la justicia. Como podrá observarse, lo mismo ocurre en Chile.

Está claro que la Ley Nº 19.335 se inspiró en estos ordenamientos positivos extranjeros. Sólo nos resta agregar que varios años antes, algunos profesores, en nuestro país, ya se habían preocupado de la situación de la vivienda familiar, especialmente de lo que ocurriría después de la disolución del matrimonio. Así Fernando Fueyo en un Proyecto de Ley sobre Divorcio Vincular, elaborado el año 1972, señalaba que “al regularse la obligación alimenticia, el juez decidirá sobre el uso y goce del hogar familiar, si lo hubiere, y en lo posible, se concederá al cónyuge que obtenga la tuición de los hijos: y si no fueren todos los hijos, aquéllos que más necesiten de la continuación en el mismo hogar”.³⁶¹ También debe citarse la opinión de don Sergio Fernández, contenida en el encuentro de profesores de Derecho Civil, organizado por el Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas, celebrado el año

³⁶¹ Fernando Fueyo Laneri, “Hacia una primera ley de divorcio en Chile, págs. 46 y 47, Centro de Estudios “Ratio Juris”, año 1972, citado por Mario Andrés Romero Kries, “Análisis de la Institución de los Bienes Familiares”, Seminario de Titulación, Universidad de Concepción, año 1996, págs. 30-31.

1972, en Jahuel, opiniones que vertió a propósito del proyecto de ley de divorcio presentado por Fueyo. Según su parecer, las especies que componen el hogar común deben determinarse en la misma sentencia de divorcio y deben atribuirse a aquel de los ex cónyuges –o al tercero, en su caso– a quien se confíe la tuición de los hijos menores.³⁶²

483. FUNDAMENTO DE LA INSTITUCIÓN. Con esta institución se persigue asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad, aun después de disuelto el matrimonio. Como señala un autor: “la introducción del patrimonio familiar es una fuerte garantía para el cónyuge que tenga el cuidado de los hijos, en casos de separación de hecho o de disolución del matrimonio, y para el cónyuge sobreviviente, en caso de muerte. En el caso del cónyuge sobreviviente, apunta al mismo fin la incorporación de la asignación preferencial incorporada por la Ley N° 19.585, al agregar un nuevo número al artículo 1337 (normas dadas al partidor para cumplir su cometido).”

La institución que estamos tratando evita que las disputas patrimoniales entre los cónyuges o entre el sobreviviente y los herederos del otro cónyuge, concluyan con el desarraigo de la residencia habitual de la familia y es una garantía mínima de estabilidad para el cónyuge patrimonialmente más débil”.³⁶³

Constituyen una manifestación de lo que la doctrina del Derecho Civil denomina “Régimen Matrimonial Primario”, que se define como el “conjunto de normas de orden público matrimonial, aplicables incluso a los cónyuges casados bajo separación de bienes y que no pueden ser dejadas sin efecto en las capitulaciones matrimoniales”.³⁶⁴

³⁶² Mario Romero K., ob. cit., páginas 32 a 35.

³⁶³ Enrique Barros Bourie, “Proyecto para introducir en Chile la participación en los gananciales como régimen de bienes normal del matrimonio”, contenido en la obra *Familia y Personas*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pág. 130.

³⁶⁴ Barros, ob. cit., pág. 129.

484. ESTÁN DESTINADOS A PROTEGER LA FAMILIA MATRIMONIAL. Así lo ha entendido la doctrina.³⁶⁵ Ello parece indiscutible, si se considera, en primer lugar, que los bienes familiares están tratados en el Código como un párrafo del Título VI del Libro Primero, “Obligaciones y Derechos entre los Cónyuges” y, en seguida, que prácticamente todas las disposiciones del párrafo (arts. 141, 142, 143, 144, 145 y 146) hacen referencia a los “cónyuges”.

Consecuencia de lo anterior es que la declaración de bienes familiares presupone la existencia del matrimonio. Si no hay matrimonio, no puede haber bienes familiares y, por la misma razón, disuelto el matrimonio ya no se podrá pedir que se declare un bien como familiar. Sin embargo, si vigente el matrimonio se declaró un bien como familiar, el solo hecho de que el matrimonio se extinga no produce la desafectación de pleno derecho, sino que deberá solicitarse judicialmente (art. 145 inciso final).

Además, el Código acepta –artículo 147– que si durante el matrimonio hubo bienes familiares, a su disolución se puedan constituir sobre esos bienes derechos de usufructo, uso o habitación, en favor del cónyuge no propietario. En este sentido Eduardo Court M.³⁶⁶

Por ser una institución destinada a la protección de la familia, se ha fallado que no procede declarar bien familiar la vivienda en que sólo vive la cónyuge demandante, sin los hijos.³⁶⁷

485. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Los bienes familiares tienen cabida cualquiera sea el régimen matrimonial a que se encuentre sometido el matrimonio. Lo declara así, en forma expresa, la parte final del inciso 1° del artículo 141 del Código Civil. Por lo demás, si nada se hubiere dicho, de todas formas así resultaría por formar parte este nuevo párrafo –“De los bienes familiares”– del Título VI del Código Civil “Obligaciones y derechos entre los cónyuges”.

Lo que se viene explicando demuestra que constituyen una verdadera carga impuesta por la ley en razón del matrimonio.

³⁶⁵ Eduardo Court Murasso, *Los Bienes Familiares en el Código Civil*, Cuadernos Jurídicos, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, pág. 9; Mario Romero Kries, ob. cit., pág. 42.

³⁶⁶ Ob. cit., págs. 18-19.

³⁶⁷ Rev. Der. y Jur., t. 95, sec. 2ª, pág. 26.



De ello deriva que sus normas sean de orden público, por lo que la voluntad de los cónyuges no la pueda derogar, alterar o modificar, idea ésta recogida en el artículo 149: “es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo”.

Si bien pueden darse en cualquier régimen matrimonial, es útil consignar que su establecimiento vino a ser una consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento positivo del régimen de participación en los gananciales. En efecto, uno de los inconvenientes que la doctrina ha hecho valer en contra de ese régimen es que durante su vigencia opera como separación de bienes, no dando origen a un patrimonio familiar. “Con el objeto de paliar esta desventaja, en el proyecto se introduce con prescindencia del régimen de bienes que entre los cónyuges rijan, la institución de los bienes familiares...”³⁶⁸

486. BIENES QUE PUEDEN SER DECLARADOS FAMILIARES. En conformidad a lo que disponen los artículos 141 y 146 del Código Civil, la declaración de familiar puede recaer únicamente sobre los bienes siguientes:

a) El inmueble de propiedad de uno o de ambos cónyuges, que sirva de residencia principal a la familia (art. 141). Luego, el inmueble puede ser propio de un cónyuge, de ambos, social o reservado de la mujer. Estimamos sí que tiene que tratarse de un inmueble por naturaleza. Por ello si la familia vive en una vivienda construida en sitio ajeno, no cabe la declaración de bien familiar. Así ha sido resuelto por la Corte de Concepción en sentencia de 8 de junio de 1998, recaída en la causa rol Nº 1.133-97. Dicho fallo se funda en lo dispuesto en los artículos 141 y 145, que establecen la necesidad de practicar anotaciones al “margen de la inscripción respectiva”, lo que sólo es posible cumplir tratándose de inmuebles por naturaleza.

Por otra parte, los autores concuerdan en que, como es requisito que el inmueble tenga que servir de residencia principal a la familia, ello implica que tiene que ser uno solo; y que no

³⁶⁸ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el Proyecto que dio lugar a la Ley Nº 19.335, Boletín de la Cámara de Diputados 432-07-1.

quedan comprendidos en el concepto las casas de veraneo, de descanso o recreo.³⁶⁹

La Corte de Santiago ha fallado (24 de marzo de 1998) que “si el inmueble que se pide ser declarado ‘bien familiar’ no es residencia principal de la familia, comprendiéndose evidentemente en ese término a los hijos comunes y cónyuges, no es susceptible de la declaración judicial encaminada a ese efecto. El cónyuge tendrá en ese evento otros derechos u otras acciones que sólo miren o estén encaminadas a su interés personal”.³⁷⁰

También ha sido resuelto que si la mujer, dentro del marco de la ley sobre violencia intrafamiliar, optó por hacer abandono de la vivienda que servía de hogar a la familia, no puede posteriormente demandar que esa vivienda sea declarada bien familiar, ya que la ley exige para que proceda tal declaración que la vivienda esté ocupada realmente por la familia al momento de presentarse la demanda correspondiente. El artículo 141 del Código Civil emplea la forma verbal “sirva” (de residencia principal de la familia) y no “que sirvió o servirá”. Esta sentencia tiene un voto disidente, que estimó que el alejamiento de la mujer del hogar doméstico por tiempo que no aparece definido, no le quita al hogar doméstico su carácter de tal, su condición de residencia principal de la familia, considerando que la mujer apenas alejada de la fuente de origen de su conflicto pidió de inmediato la protección patrimonial-familiar que creó la Ley Nº 19.335 (Sentencia de 19 de enero de 1999, Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol Nº 1269-96). En el mismo sentido del fallo de mayoría, Gian Carlo Rosso.³⁷¹ También se ha fallado –C. Suprema de 19 de diciembre de 2002– que si el matrimonio se encuentra separado de hecho, ocupando la propiedad uno de los cónyuges y los hijos viven con un tercero en otro lugar, no procede la declaración de bien familiar.³⁷² En el mismo sentido C. Suprema 21 de agosto de 2006 (Rev. Leyes y Sentencias Nº 25, pág. 14).

³⁶⁹ Leslie Tomasello Hart, *El régimen de participación en los gananciales*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1994, pág. 147; César Frigerio Castaldi, *Regímenes Matrimoniales*, Editorial ConoSur Ltda., 1995, pág. 149.

³⁷⁰ Gaceta Jurídica Nº 213, pág. 108; Rev. Der. y Jur., t. 95, sec. 1ª, pág. 26; Gaceta Jurídica Nº 274, pág. 89.

³⁷¹ Ob. cit., pág. 88.

³⁷² Rev. Der. y Jur., t. 99, sec. 1ª, pág. 221.



Una opinión diferente sustenta doña Ana María Hübner Guzmán, quien sostiene que, en una situación como la que se viene planteando, "debe dársele al texto la interpretación que más cuadre con la naturaleza de la institución, permitiendo su declaración como bien familiar".³⁷³

La Corte de Concepción, en sentencia de 24 de mayo de 1999, se acerca a esta última opinión: "El artículo 141 inciso 1º usa la forma verbal 'sirva' (de residencia principal de la familia), dando a entender que este requisito tiene que existir al momento de presentarse la demanda..." y agrega: "Estima esta Corte, sin embargo, que es admisible -atendida la elevada función social que la institución de los bienes familiares cumple- que se pueda interpretar la norma con más amplitud de la que aparece de su solo tenor literal, para evitar que el cónyuge que junto a sus hijos tiene que abandonar la casa por haberse producido un grave conflicto conyugal, quede desprovisto de la protección que la institución pretende dar al grupo familiar..." (sentencia no publicada).

En relación con la materia que se viene tratando la C. Suprema ha sentenciado que "para que proceda la declaración de bien familiar no es necesario analizar la situación patrimonial de los componentes de la familia, ni otros aspectos relacionados con ella, como ser la edad de los hijos que habitan la propiedad demandada como bien familiar". El mismo fallo establece que "el concepto de familia que utiliza el legislador no puede ser restringido arbitrariamente a los hijos menores de edad, sin que exista texto legal que abone semejante discriminación, ya que el intérprete no puede efectuar distinciones donde la ley no lo hace".³⁷⁴

b) Los bienes muebles que guarnecen el hogar (art. 141). En general la doctrina entiende que estos bienes son los señalados en el artículo 574 del Código Civil que forman el ajuar de una casa.³⁷⁵

³⁷³ Ana María Hübner Guzmán, "Los bienes familiares en la legislación chilena", trabajo que forma parte de la obra *Los Regímenes Matrimoniales en Chile*. Cuadernos de Extensión, Universidad de los Andes, 1998, pág. 110.

³⁷⁴ T. 99, sec. 1ª, pág. 307.

³⁷⁵ Tomasello, ob. cit., pág. 147; Claudia Schmidt, ob. cit., pág. 57; Mario Romero K., "Análisis de la Institución de los Bienes Familiares", Seminario de Titulación, Universidad de Concepción, 1996, págs 48-49.

Hernán Corral, en cambio, afirma que "no obstante, la pertinencia de la invocación del artículo 574 CC es bastante discutible, ya que se trata de una norma de carácter instrumental y no de fondo". Y agrega que "en la legislación extranjera existe también una cierta amplitud en el concepto de bienes muebles del ajuar familiar, y la aplicación jurisprudencial y doctrinal tiende a ser extensiva, incluyéndose incluso los vehículos que se encuentran al servicio de la familia".³⁷⁶ Este profesor señala, en relación con el problema que estamos tratando, un antecedente importante de historia fidedigna de la ley. Explica que en la Cámara de Diputados, el diputado Sr. Víctor Pérez planteó que "la declaración que hace el proyecto de muebles que guarnecen el hogar" no es técnicamente adecuada ni evita problemas a futuro. ¿Qué podemos entender por muebles que guarnecen el hogar? Un auto, un vehículo, ¿guarnecen el hogar? (sesión 52 a. L. 325a, de 10 de marzo de 1993, págs. 4621-4622). Agrega el profesor Corral que "las preguntas no merecieron respuesta por parte de los defensores de la redacción".³⁷⁷

Gian Franco Rosso E. entiende que "en definitiva los objetos comprendidos en el concepto de 'muebles que guarnecen el hogar' son aquéllos que frecuentemente o en forma ordinaria encontramos en un hogar chileno, en conformidad a la situación socioeconómica de la familia" y agrega que "en este sentido, preferimos la expresión del artículo 1320 del Código Civil español, que habla de 'muebles de uso ordinario de la familia'. Pero es imposible establecer una lista completa de objetos que lo integran. Hay muebles que pueden ser de uso frecuente sólo de un estrato social y no de otro".³⁷⁸

Otro problema. Se preguntan los autores si es necesario inventariar los bienes muebles que quedan afectados por la declaración de bien familiar. Court opina que deben individualizarse tanto en la solicitud como en la sentencia que se dicte al efecto.³⁷⁹ Por su parte, Frigerio afirma que "en todo caso, será útil presentar conjuntamente con la petición un inventario auténtico y fidedigno de

³⁷⁶ Ob. cit., pág. 53.

³⁷⁷ Ob. cit., pág. 53.

³⁷⁸ *Régimen Jurídico de los Bienes Familiares*, pág. 104, Metropolitana Ediciones, Santiago, 1998.

³⁷⁹ Ob. cit., pág. 11.

los bienes muebles que guarnecen el hogar a fin de objetivizarlos debidamente". Y agrega: "El juez al acoger la demanda deberá precisar en la sentencia respectiva la individualización de tales bienes muebles que sean declarados familiares, de acuerdo con el mérito de autos, para lo cual la presentación del referido inventario será un antecedente de importancia a considerar".³⁸⁰

Por mi parte, antes de resolver lo del inventario, creo pertinente formular una pregunta previa. Cuando el artículo 141 habla de los bienes que guarnecen el hogar, ¿se está refiriendo a bienes muebles perfectamente individualizados, existentes en el momento en que se pide la declaración o se está pensando en una universalidad de hecho, de tal suerte que si los bienes muebles originarios se enajenan, puedan ser reemplazados por los que el cónyuge propietario vaya adquiriendo en su reemplazo? Personalmente, me parece mejor solución la segunda, pues lo contrario implicaría hacer un inventario al momento de producirse la afectación y posteriormente tener que estar concurriendo a los tribunales cada vez que se adquiriera un nuevo bien para pedir que se le considere bien familiar. El mismo hecho que la ley no haya establecido la obligación de inventariar resulta sugestivo, y hace pensar que el Código tomó la expresión "muebles que guarnecen el hogar" como una universalidad de hecho. Por lo demás, esta interpretación es la que más favorece al cónyuge no propietario y a la familia, que es a quienes se pretendió proteger con el establecimiento de los bienes familiares. Y, finalmente, guarda armonía con el sistema del Código que reiteradamente admite la subrogación real (arts. 1504, 1672, 1727 N^{os} 1 y 2, etc.).

Una opinión semejante a la nuestra encontramos en Rosso: "De lo dicho se desprende que, respecto a los objetos de la declaración de bienes familiares que analizamos, la solicitud será absolutamente genérica, así también como la afectación de los mismos. Quedará claro que los muebles que guarnecen el hogar son bienes familiares, pero no así cuáles en concreto han sido afectados".³⁸¹ En contra Corral, para quien "un principio mínimo de seguridad jurídica exige que la declaración como familiares no pueda solicitarse u obtenerse con expresiones generales como

'el mobiliario' o 'los muebles' de una determinada casa. Debería precisarse en forma específica los bienes muebles que entrarán en la categoría de familiares, con una conveniente individualización, en lo posible mediante confección de inventario".³⁸²

En otro orden de ideas, aun cuando no esté expresamente dicho en el artículo 141, deberá tenerse presente que los bienes muebles pueden ser declarados como familiares siempre que sean de propiedad de uno o de ambos cónyuges y que guarnezcan el hogar, aunque esta familia tenga su hogar en un inmueble arrendado. En ese sentido H. Corral.³⁸³

c) Los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias del inmueble que sea residencia principal de la familia (art. 146). Para que nos encontremos en este caso, tienen que cumplirse los siguientes requisitos: 1) que la familia tenga su residencia principal en un inmueble o en parte de un inmueble, que sea de propiedad de una sociedad, y 2) que uno o ambos cónyuges tengan acciones o derechos en esa sociedad. Si bien el artículo 146 habla de los derechos y acciones que los "cónyuges" (en plural) tengan en sociedades, entendemos que basta que uno solo tenga esas acciones. Así también lo entiende la doctrina, Frigerio,³⁸⁴ Court.³⁸⁵

487. SÓLO SE PUEDEN DECLARAR COMO BIENES FAMILIARES LAS COSAS CORPORALES. Así se ha fallado que "aun cuando es cierto que en el ámbito del artículo 141 del Código Civil resulta posible afectar con la declaración de bien familiar tanto los muebles como los inmuebles, con estricto apego a su texto y sentido. En ambas situaciones es siempre necesario que se trate de cosas de naturaleza corporal. En efecto, no puede ser de otra forma, puesto que sólo los bienes que revisten esa calidad de corporales son susceptibles de constituir 'residencia principal de la familia' o de 'guarnecerla' en su caso, como lo exige la disposición legal en comento" (Corte Suprema, 12 de marzo de 2002, causa "Steffen Cáceres, María G.E. con Pérez Fernández, Eugenio").

³⁸⁰ Ob. cit., pág. 152.

³⁸¹ Ob. cit., pág. 105.

³⁸² Ob. cit., pág. 54.

³⁸³ Ob. cit., pág. 52.

³⁸⁴ Ob. cit., pág. 149.

³⁸⁵ Ob. cit., pág. 44.

488. FORMA DE CONSTITUIR UN BIEN COMO FAMILIAR. En cuanto a la forma de constituir un bien como familiar, debemos hacer una distinción, según que el bien en que incide la declaración sea de propiedad de uno de los cónyuges o de una sociedad en la que uno o ambos cónyuges tengan acciones o derechos. En el primer caso, rige la norma del artículo 141; y en el segundo, la del artículo 146.

489. CONSTITUCIÓN DE BIEN FAMILIAR DE UN INMUEBLE DE PROPIEDAD DE UNO DE LOS CÓNYUGES. En conformidad al artículo 141 inciso 2º, para hacer la declaración de bien “el juez citará a los interesados a la audiencia preparatoria. Si no se dedujese oposición, el juez resolverá en la misma audiencia. En caso contrario, o si el juez considerase que faltan antecedentes para resolver, citará a la audiencia del juicio”.

Cabe tener presente que el proyecto original establecía que esta declaración podía hacerla cualquiera de los cónyuges, mediante escritura pública, anotada al margen de la inscripción de dominio respectiva. Posteriormente se cambió a la forma actual, por cuanto el Senado consideró que “por razones de prudencia era conveniente entregar la declaración de bien familiar a la decisión de un órgano jurisdiccional...” y así fue finalmente aprobado.

Lo anterior explica lo establecido en el inciso final del artículo 141. En efecto, esta disposición expresa que “el cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración a que se refiere este artículo –entiéndase de bien familiar– deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponderle”. Tal precepto tenía sentido en el proyecto original, pero dejó de tenerlo cuando se aprobó que la declaración de familiar la hacía la justicia, pues al ocurrir así, mal puede hablarse de declaración fraudulenta de un cónyuge.

490. CONSTITUCIÓN PROVISORIA. Si bien, como se acaba de explicar, la declaración como bien familiar la hace la justicia, el inciso 3º del artículo 141 dispone que “con todo, la sola interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate”. Después continúa la norma señalando que “en su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia”, y termina

expresando que “el Conservador practicará la subinscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal”.

La ley no dice cuál es esa “inscripción respectiva”, pero lo razonable es entender que lo será la inscripción del inmueble en el Registro de Propiedad, de manera que al margen de esa inscripción deberá practicarse la anotación. Por esta razón, estamos de acuerdo con César Frigerio, cuando afirma que “la declaración de bien familiar de un inmueble no constituye un gravamen que deba necesariamente inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces; no obstante lo cual no existe inconveniente, agrega, en que se inscriba en ese Registro, de acuerdo con lo dispuesto en el N° 3, del artículo 53 del citado Reglamento” (se refiere al Reglamento del Conservatorio de Bienes Raíces).³⁸⁶

Una cosa nos parece evidente, y es que los terceros no se pueden ver afectados por la declaración de familiar de un inmueble –ni la provisoria ni la definitiva– mientras no se practique la anotación indicada en el inciso 3º del artículo 141. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, al resolver que “conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil, la declaración de bien familiar impide la enajenación o gravamen del inmueble objeto de tal declaración, y la promesa de dichos actos relativa a ese inmueble, efectuada voluntariamente por uno de los cónyuges, prohibición que surte todos sus efectos desde que se practica, provisoriamente en el Conservador de Bienes Raíces competente, una vez presentada la demanda, que persigue dicha declaración de bien familiar”.³⁸⁷

Si bien el Código establece la obligación de subinscribir tratándose únicamente de la declaración provisoria, parece obvio que ejecutoriada la sentencia definitiva que declare el bien como familiar, deberá practicarse una nueva subinscripción.³⁸⁸

491. CONSTITUCIÓN DE BIEN FAMILIAR DE LOS BIENES MUEBLES QUE GUARNECEN EL HOGAR. La ley no se ha puesto en el caso de que la declara-

³⁸⁶ Ob. cit., pág. 151.

³⁸⁷ Gaceta Jurídica N° 223, pág. 109. Véase también Fallos del Mes N° 469, sent. 15, pág. 2240.

³⁸⁸ En este sentido Court, ob. cit., págs. 15 y 16.

ción de familiar recaiga exclusivamente sobre los bienes muebles que guarnecen el hogar. Nos parece obvio que en tal supuesto la declaración tendrá que hacerse por la justicia. Sin embargo, en este caso, atendida la naturaleza de los bienes, no procede hacer inscripción de ningún tipo, no siendo aplicable el inciso 3º de la misma disposición. Así lo entiende también Tomasello.³⁸⁹

Cabe hacer presente que en conformidad al art. 8º N° 15 letra c) de la Ley 19.968, "las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos son de la competencia de los tribunales de familia, que conocerán de ella en el procedimiento contemplado en el Título III de esa ley (artículos 9º y siguientes).

492. TITULAR DE LA ACCIÓN PARA DEMANDAR LA CONSTITUCIÓN DE UN BIEN COMO FAMILIAR. La acción para demandar la constitución de un bien como familiar sólo compete al cónyuge no propietario. Los hijos, en consecuencia, no son titulares de ella aun cuando puedan resultar beneficiados con la declaración. Así fluye de los artículos 141 inciso final, artículos 142, 143 y 144, que hablan de cónyuges. En este sentido Eduardo Court³⁹⁰ y Claudia Schmidt.³⁹¹

493. CONSTITUCIÓN COMO FAMILIAR DE LAS ACCIONES Y DERECHOS DEL CÓNYUGE EN LA SOCIEDAD PROPIETARIA DEL BIEN RAÍZ EN QUE TIENE RESIDENCIA PRINCIPAL LA FAMILIA. En conformidad al artículo 146 inc. 3º, "la afectación de derechos se hará por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. En el caso de una sociedad de personas, deberá anotarse al margen de la inscripción social respectiva, si la hubiere. Tratándose de sociedades anónimas, se inscribirá en el registro de accionistas".

Como puede observarse, esta declaración es solemne, siendo la solemnidad la escritura pública. Tenemos dudas sobre la función que cumplen las anotaciones o inscripciones a que se refiere la disposición. Nos pareció en un comienzo que constituían una segunda solemnidad. Sin embargo, una mayor reflexión nos lleva a estimar que se trata simplemente de requisitos de

oponibilidad para que la declaración afecte a la sociedad y a los terceros que contraten con ella. Y ello, porque ese es el rol que normalmente cumplen las anotaciones (no digo inscripciones) registrales.

Si la sociedad fuere colectiva civil, como no están sujetas al régimen de inscripción, no será posible cumplir con el requisito de inscripción o anotación. Por eso el artículo 146 emplea la frase "si la hubiere".

494. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE BIEN FAMILIAR. La declaración de familiar de un bien no lo transforma en inembargable, por lo que no se causa perjuicio a terceros; sólo limita la facultad de disposición de su propietario (que ya no lo podrá enajenar o gravar ni prometer enajenar o gravar, ni ceder la tenencia, sin la autorización de su cónyuge) y otorga al cónyuge en cuyo favor se hace la declaración, un beneficio de excusión, con el objeto de que si es embargado por un tercero, pueda exigir que antes de procederse en contra del bien familiar se persiga el crédito en otros bienes del deudor.

495. LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN. Esta limitación será diferente según: a) el bien que se declara familiar sea el inmueble que sirva de residencia principal a la familia, o los bienes muebles que guarnecen el hogar, o b) se trate de las acciones o derechos que los cónyuges tengan en una sociedad propietaria del bien raíz que sirve de residencia principal a la familia.

En el primer caso, el efecto está consignado en el artículo 142 inciso 1º: "No se podrán enajenar ni gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino concurriendo la voluntad de ambos cónyuges. Lo mismo regirá para la celebración de contratos que concedan derechos personales de uso o goce sobre algún bien familiar" (arrendamiento, comodato). Agrega el inciso 2º que "La autorización a que se refiere este artículo deberá ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exigiere esa solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Podrá prestarse en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso".

³⁸⁹ Ob. cit., págs. 149 y 151.

³⁹⁰ Ob. cit., pág. 19.

³⁹¹ *Nuevo Régimen Matrimonial*, Edit. ConoSur, 1995, pág. 55.

En el segundo, está indicado en el artículo 146 inc. 2º: "Producida la afectación de derechos o acciones, se requerirá asimismo la voluntad de ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar" (la expresión bien familiar en este inciso es impropia, desde que el bien no es de ninguno de los cónyuges, sino de la sociedad en que los cónyuges son socios). Luego, el cónyuge propietario, en este caso, queda sujeto a una doble limitación: 1) no puede disponer de los derechos o acciones en la sociedad, sino con autorización del otro cónyuge o de la justicia en subsidio, y 2) requiere de la voluntad del otro cónyuge para realizar los actos que deba hacer como socio o accionista, siempre que recaigan sobre el bien familiar.

No cabe ninguna duda que el cónyuge propietario, en el caso que estamos comentando, queda sujeto a la doble limitación indicada. Ello lo prueba la expresión "asimismo", contenida en el artículo 146 inciso 2º, y lo confirma la historia fidedigna de la ley, pues al aprobarse en el Senado, se incorporó esta expresión para dejar en claro justamente que la limitación comprendía los dos aspectos.

496. CONSTITUCIONALIDAD DE LA INSTITUCIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES. Durante la discusión del proyecto que dio lugar a la Ley Nº 19.335, se plantearon, en el Senado (senador Sergio Fernández), dudas sobre la constitucionalidad de algunos aspectos. Así, se objetó que la declaración de familiar la pudiera hacer el cónyuge no propietario, lo que quedó solucionado modificando el proyecto en el sentido de entregar la declaración a la justicia.

Se señaló también que al limitarse la facultad de disponer de un bien propio, se vulneraba el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 Nº 24, y se atentaba en contra del principio de no entorpecer la circulación de los bienes, idea central de nuestro ordenamiento positivo desde la dictación del Código Civil. El Senado tuvo a la vista un informe del profesor Carlos Peña, defendiendo la constitucionalidad del proyecto, en que se expresa que "la institución importa un desmedro de la autonomía de la voluntad, puesto que su facultad de disposición deja de ser omnímoda. Pero para que ello constituya una razón de inconstitucionalidad sería necesario que equivaliera a una privación de dominio, o a una

limitación del mismo por justificaciones distintas a las autorizadas por el inciso 2º del número 24 del artículo 119 de la Constitución", agregando que "nuestro ordenamiento jurídico contiene diversas instituciones relativas a la propiedad, que se fundan en el interés mediato o inmediato de la familia, cuya naturaleza es igual a la que el proyecto denomina bienes familiares: el derecho de alimentos, que puede pagarse mediante derechos reales limitativos del dominio (art. 11 de la Ley Nº 14.908); el usufructo legal del marido y el padre de familia (art. 810, en relación con los artículos 243 y 1753 del Código Civil), etc.". ³⁹²

Se dejó en claro que "desde el punto de vista del cónyuge no propietario, su voluntad es puramente declarativa, y además no es un acto de autotutela, sino que de tutela de los intereses familiares. El derecho a intervenir en la administración del bien es, para este cónyuge, un derecho personal de base legal concedido en interés de la familia, que sólo le permite asentir o disentir fundadamente frente a las decisiones dispositivas del propietario". ³⁹³

Se criticó también al proyecto la posible lesión al derecho de prenda general de los terceros, concluyéndose que la declaración de bien familiar no afectaba a los acreedores anteriores y, respecto de los posteriores, la posibilidad de excusión es una circunstancia que conocerán o podrán saber mediante el sistema registral y en tutela de sus propios intereses. ³⁹⁴

497. AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUBSIDIARIA. El artículo 144 establece que "En los casos del artículo 142, la voluntad del cónyuge no propietario de un bien familiar podrá ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. El juez resolverá previa audiencia, a la que será citado el cónyuge, en caso de negativa de éste".

¿Puede darse la autorización judicial supletoria en el caso del artículo 146? El problema se presenta porque el artículo 144 sólo establece tal autorización "en los casos del artículo 142". A nuestro juicio, al no estar expresamente establecida para el caso que nos ocupa la autorización judicial, ella no es procedente. Al

³⁹² Boletín del Senado 423-07.

³⁹³ Boletín 423-07.

³⁹⁴ Boletín del Senado 423-07.

parecer, tiene una opinión contraria Tomasello, ya que al tratar el artículo 146 expresa que “en cuanto a la forma de manifestarse la voluntad del cónyuge no socio o accionista de la sociedad respectiva, son aplicables los artículos 142 y 144 y, en cuanto a la sanción, el artículo 143”.³⁹⁵

498. SANCIÓN PARA EL CASO DE QUE SE REALICEN ESTOS ACTOS SIN LA AUTORIZACIÓN DEL CÓNYUGE NO PROPIETARIO. La sanción es la nulidad relativa, correspondiendo la acción rescisoria al cónyuge no propietario, así lo dice el artículo 143 inciso 1º. En el caso del artículo 146, también la sanción es la nulidad relativa, pero no por aplicación del artículo 143 (que sólo hace referencia al artículo anterior), sino de las reglas generales, por haberse omitido un requisito establecido en atención al estado o calidad de las partes.

No señala la ley desde cuándo se debe contar el cuadrienio para alegar la nulidad relativa. Pensamos que debe comenzar a correr desde la celebración del acto o contrato. En ese sentido Claudia Schmidt.³⁹⁶ Court, en cambio, es de opinión que en esta materia debería seguirse la misma fórmula que el artículo 4º de la ley señala en el régimen de participación, esto es, que el cuadrienio se cuente desde el día en que el cónyuge que alega la nulidad tomó conocimiento del acto. Ello siempre que se aplique también la limitación de los 10 años que ese artículo contempla.³⁹⁷

499. EFECTOS DE LA NULIDAD RESPECTO DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES DE UN BIEN FAMILIAR. El artículo 143 en su inciso 2º establece que “Los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien social, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine”.

Respecto de esta regla, queremos formular un par de comentarios. El primero, que nos encontramos frente a una presunción de derecho. En seguida, que la presunción rige únicamente para la enajenación de bienes inmuebles. No para los muebles, por no encontrarse sujetos a registro. Para ellos mantienen su vigencia el artículo 1687 y la presunción de buena fe del artículo 707.

³⁹⁵ Ob. cit., pág. 155.

³⁹⁶ Ob. cit., pág. 28.

³⁹⁷ Ob. cit., pág. 28.

En relación con la buena o mala fe del tercero, Frigerio señala que “durante la discusión de este artículo surgió la duda acerca de la situación de los terceros adquirentes de bienes muebles no sometidos a registro, entendiéndose que ellos deben regirse por las reglas del artículo 1490 del Código Civil”.³⁹⁸

500. DERECHOS DE USUFRUCTO, USO O HABITACIÓN CONSTITUIDOS JUDICIALMENTE SOBRE UN BIEN FAMILIAR. El artículo 147 inciso 1º prescribe que “durante el matrimonio, el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares”. Agrega que “en la constitución de estos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges” y termina señalando que “el tribunal podrá, en estos casos, fijar otras obligaciones o modalidades si así pareciere equitativo”.

El texto del artículo 147 recién citado, anterior a la Ley Nº 19.947, comenzaba diciendo “durante el matrimonio o después de la declaración de su nulidad. La ley recién citada eliminó la frase “o después de la declaración de su nulidad...”.

En relación con la constitución de estos gravámenes es importante tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) que el título de estos derechos reales lo constituye la resolución judicial. Así lo consigna el inciso 3º del artículo 147: “La declaración judicial a que se refiere el inciso anterior servirá como título para todos los efectos legales”. Esta sentencia deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, respectivo (artículos 32 inciso 2º y 52 Nº 1 del Reglamento del Conservatorio de Bienes Raíces);

b) que la sentencia judicial que constituya estos derechos debe determinar el plazo de término. No pueden tener el carácter de vitalicios. Cumplido el plazo, se extinguen (arts. 804 y 812 del Código Civil);

c) que la sentencia judicial puede establecer otras obligaciones y modalidades si así pareciere equitativo. Ello lo hará teniendo presente el interés del cónyuge no propietario y de los hijos y la

³⁹⁸ Diario de Sesiones del Senado, pág. 286; César Frigerio, ob. cit., pág. 155.



fuerza de los patrimonios. Court señala que en uso de esta facultad el juez podría establecer, por ejemplo, que el cónyuge beneficiario pague una renta al cónyuge propietario o a sus herederos;³⁹⁹

e) que estos gravámenes no podrá afectar los derechos de los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución (art. 147 inc. 3º);

f) que no aprovechan a los acreedores del cónyuge en cuyo favor se constituyen estos derechos. Ello lleva a Tomasello a concluir que “estos derechos de usufructo, uso o habitación tienen un carácter personalísimo, no son embargables y los acreedores no pueden subrogarse en su ejercicio”.⁴⁰⁰ Por nuestra parte, estamos de acuerdo en la inembargabilidad (confirmada por lo demás, en el caso de los derechos de uso y habitación, por los artículos 1618 Nº 9 del Código Civil y 445 Nº 15 del Código de Procedimiento Civil) y en que no opere la subrogación, sin embargo, discrepamos que tratándose del usufructo, constituya un derecho personalísimo, pues de ser así no podría cederse y, al no prohibir la ley esta cesión, estimamos que se puede hacer por aplicación de las reglas generales (art. 793 del Código Civil). Hernán Corral estima que “no podrá prohibirse la cesión del derecho de usufructo constituido sobre un bien familiar, pero en este caso el cónyuge propietario (o sus causahabientes) podrán solicitar el término de la afectación como familiar al haberse cambiado el destino del bien, y esto determinará consecuentemente la extinción del usufructo”.⁴⁰¹

No pasa lo mismo con el uso y la habitación, que sí son derechos personalísimos, por disponerlo de ese modo el artículo 819 del Código Civil.

501. ESTOS DERECHOS ¿TIENEN CARÁCTER ALIMENTICIO? No es claro el artículo 147, en relación con este punto.

Tomasello considera⁴⁰² que el fundamento de la constitución de los derechos de usufructo, uso o habitación a que alude el artículo 147 del Código Civil no es puramente alimenticio, puesto que no se ha derogado el artículo 11 de la Ley Nº 14.908.

³⁹⁹ Ob. cit., pág. 34.

⁴⁰⁰ Ob. cit., pág. 159.

⁴⁰¹ Ob. cit., pág. 77.

⁴⁰² Ob. cit., pág. 158.

Por su parte, Frigerio expresa que a pesar de la similitud de ambas situaciones (artículo 147 y artículo 11 de la Ley 14.908), se inclina “por estimarlas diferentes y, en consecuencia, los derechos reales mencionados no tienen el carácter de derecho de alimentos: con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva”. Y agrega: “En efecto, tales derechos los puede constituir el juez solamente sobre los bienes familiares y a favor del cónyuge no propietario”.⁴⁰³

Claudia Schmidt H. se limita a señalar que “la constitución de estos derechos tiene un carácter esencialmente alimenticio, pues en la fijación del plazo que les pone término el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges”.⁴⁰⁴

Por nuestra parte, pensamos que no se puede desconocer que estos gravámenes tienen “naturaleza alimenticia”, como lo demuestra el hecho de que el tribunal para su constitución debe considerar las fuerzas patrimoniales de los cónyuges, y lo confirma el que los acreedores del cónyuge beneficiado no los puedan embargar, según acabamos de ver. Consecuencia de ello es, a nuestro juicio, que el cónyuge afectado, invocando el artículo 332 del Código Civil, podrá solicitar el cese de estos gravámenes en cualquier tiempo que el cambio en las condiciones económicas de los cónyuges no justifique su mantención.

La Corte Suprema le ha negado el carácter alimenticio a los bienes familiares, señalando que para su constitución no se pueden exigir requisitos que el legislador no estableció, y que son propios de otra institución, como los alimentos, con los cuales los bienes familiares tienen cierta relación y cercanía, pero sin confundirse con ellos.⁴⁰⁵

502. TRIBUNAL COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO PARA CONSTITUIR ESTOS DERECHOS. El tribunal competente para conocer de esta materia es el respectivo tribunal de familia (art. 8º Nº 15 letra c) de la Ley Nº 19.968).

⁴⁰³ Ob. cit., pág. 157.

⁴⁰⁴ Ob. cit., pág. 63.

⁴⁰⁵ T. 99, sec. 1ª, pág. 307, considerando 5º.

Respecto del procedimiento, dice el artículo 141 inciso 2º del Código Civil que “El juez citará a los interesados a la audiencia preparatoria. Si no se dedujese oposición, el juez resolverá en la misma audiencia. En caso contrario, o si el juez considerase que faltan antecedentes para resolver, citará a la audiencia de juicio”.

503. EL USUFRUCTUARIO, USUARIO O HABITADOR NO ESTÁ EXENTO DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS 775 A 813 DEL CÓDIGO CIVIL. Ello, porque nada dijo el artículo 147 sobre el particular. Se echa de menos aquí una norma semejante al artículo 9º de la Ley sobre Abandono de Familia, en que claramente se consignó la exención de estas obligaciones, estableciéndose únicamente la de confeccionar un inventario simple.

504. SI LOS CÓNYUGES ESTUVIEREN CASADOS EN RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES, LA CONSTITUCIÓN DE ESOS GRAVÁMENES DEBERÁ CONSIDERARSE AL FIJARSE EL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN. Así lo señala el artículo 1792-23: “Para determinar los créditos de participación en los gananciales, las atribuciones de derechos sobre bienes familiares, efectuadas a uno de los cónyuges en conformidad al artículo 147 del Código Civil, serán valoradas prudentemente por el juez”.

La norma resulta absolutamente justificada, pues, en caso contrario, el cónyuge beneficiado con estos derechos reales estaría recibiendo un doble beneficio.

505. BENEFICIO DE EXCUSIÓN EN FAVOR DEL CÓNYUGE BENEFICIADO CON LA DECLARACIÓN DE BIEN FAMILIAR. La constitución de un bien como bien familiar no le da el carácter de inembargable. Sin embargo, y con el objeto de proteger al cónyuge beneficiado con tal declaración, se le otorga un beneficio de excusión, para que pueda “exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor”.

Este beneficio, no obstante su nombre, es diferente al que se contempla para el contrato de fianza, si bien se rige, en cuanto corresponda, por las disposiciones del Título XXXVI del Libro Cuarto, artículos 2357 y siguientes del Código Civil sobre fianza (art. 148 inc. 1º del Código Civil). Y decimos que es diferente,

pues en la fianza consiste en que el fiador pueda exigir que antes de proceder en contra de él “se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda” (art. 2357). Acá, en cambio, lo que se establece es que el cónyuge favorecido con la declaración de bien familiar puede exigir que se persiga el crédito en otros bienes del mismo deudor (art. 148 inc. 1º).

506. NOTIFICACIÓN AL CÓNYUGE NO PROPIETARIO DEL MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN. El artículo 148 en su inciso 2º establece que “Cada vez que en virtud de una acción ejecutiva deducida por un tercero acreedor, se disponga el embargo de algún bien familiar de propiedad del cónyuge deudor, el juez dispondrá se notifique personalmente el mandamiento correspondiente al cónyuge no propietario. Esta notificación no afectará los derechos y acciones del cónyuge no propietario sobre dichos bienes”.

La finalidad de esta notificación es que el cónyuge no propietario pueda plantear el beneficio de excusión, mediante la correspondiente excepción dilatoria (artículos 303 Nº 5 y 464 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil).

507. DESAFECTACIÓN DE UN BIEN FAMILIAR. Regla esta materia el artículo 145, estableciendo tres formas de desafectación:

a) por acuerdo de los cónyuges, caso en que cuando se refiera a un inmueble debe constar en escritura pública que debe anotarse al margen de la inscripción respectiva (art. 145 inc. 1º).

No resuelve la ley si del mismo modo se hace la desafectación en el caso de las acciones o derechos en sociedades propietarias del inmueble donde tiene residencia principal la familia. Claudia Schmidt considera que deberá cumplirse con las mismas formalidades;⁴⁰⁶

b) por resolución judicial recaída en juicio seguido por el cónyuge propietario en contra del no propietario, fundado en que el bien no está destinado a los fines que indica el artículo 141, esto es, que no sirve de residencia principal a la familia si se trata de un inmueble o, tratándose de muebles, que no guarnecen el hogar común, lo que deberá probar. Esa petición se tramita en

⁴⁰⁶ Ob. cit., pág. 65.

juicio sumario (art. 145 inc. 2º, en relación con el artículo 141 inc. 2º);

c) por resolución judicial "cuando el matrimonio ha sido declarado nulo o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular al juez la petición correspondiente" (art. 145 inciso final en el texto dado por la Ley Nº 19.947). Luego, la simple extinción del matrimonio no produce de pleno derecho la desafectación del bien, pues aun disuelto el matrimonio, el bien puede continuar siendo la residencia principal de la familia, caso en que no cabe la desafectación, y

d) por la enajenación voluntaria o forzada del bien familiar. La ley no lo ha dicho en forma expresa, pero es evidente que ello es así. La Corte de Concepción, en sentencia de 29 de diciembre de 1998, recaída en la causa rol 427-98 (considerando 7º) resolvió que "tratándose de una enajenación voluntaria o forzosa, como sería el caso de venta en subasta pública decretada en juicio ejecutivo, el bien pierde ipso facto la calidad de familiar, sin que sea necesaria una declaración expresa en tal sentido, pues tal calificación no puede subsistir si el bien ya no pertenece a alguno de los cónyuges, ello porque no se estableció en la ley para estos bienes familiares, una subrogación real. En tal situación se debe concluir que se ha producido una desafectación tácita". En el mismo sentido Hernán Corral⁴⁰⁷ y Gian Franco Rosso Elorriaga.⁴⁰⁸ Este último agrega que "entre las situaciones de enajenación en sentido estricto, deben comprenderse las expropiaciones, pues en estos casos tampoco es posible entender que el bien familiar es reemplazado, en su uso, por el dinero constitutivo de la indemnización correspondiente".

⁴⁰⁷ Ob. cit., pág. 88 letra c).

⁴⁰⁸ Ob. cit., pág. 285.

<i>A modo de Presentación de esta sexta edición</i>	7
---	---

INTRODUCCIÓN

GENERALIDADES

1. Concepto de familia	9
2. Falta de una definición legal	10
3. Concepto constitucional de familia	10
4. La familia no constituye una persona jurídica	13
5. Derecho de Familia	14
6. Características del Derecho de Familia	14
7. Principales leyes complementarias y modificatorias del Código Civil en materia de familia	21
8. Parentesco	22

PRIMERA PARTE

DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO I

DEL MATRIMONIO

9. Etimología de la voz matrimonio	27
10. Definición	27
11. Ley de Matrimonio Civil	31
12. Requisitos del matrimonio	32
13. Requisitos de existencia	32
14. Matrimonio por poder	33
15. Requisitos de validez del matrimonio	34



René Ramos Pazos

DERECHO DE FAMILIA

TOMO I

Sexta edición actualizada

