

DOCTRINA

"MODIFICACIONES EN MATERIA DE BIENES FAMILIARES" (*)

Por Fabiola Lathrop
Profesora de Derecho Civil Universidad Finis Terrae

I.- RESUMEN

La discusión del proyecto de ley que busca modificar la regulación actual de los sistemas de bienes del matrimonio, se ha centrado, como es natural, en la reforma o supresión de la sociedad conyugal, en el funcionamiento de los sistemas alternativos (en especial el nuevo régimen de comunidad de gananciales) y, por último, avanzado ya el trámite legislativo, en la conveniencia o inconveniencia de establecer un régimen económico legal y supletorio del matrimonio.

Las modificaciones previstas en materia de bienes familiares, en cambio, han pasado prácticamente desapercibidas. El objeto de esta intervención es poner de relieve dichas modificaciones y demostrar cómo este instituto puede, en buena manera, paliar las críticas dirigidas a aquellos regímenes tildados de "separatistas" y, en especial, contrarrestar la objeción formulada a la comunidad de gananciales consistente en que la administración separada de los patrimonios del marido y de la mujer y la formación, sólo al término del régimen, de una comunidad entre los cónyuges o ex - cónyuges o entre uno de ellos y los herederos del otro, en su caso, atentan contra la solidaridad familiar.

II.- MODIFICACIONES PREVISTAS

1.- En cuanto a los bienes que pueden ser objeto de declaración de bien familiar

- En primer lugar, establece la posibilidad de que el bien objeto de declaración se encuentre bajo la copropiedad de los cónyuges, tal como originalmente lo estableció la Ley Nº 19.335 de 1994.

Recordemos que la redacción original de esta ley establecía que el bien susceptible de declaración podía ser un inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de uno de ellos. Sin embargo, el D.F.L. Nº 2 de 1995, que fijó el texto refundido del Código Civil, alteró dicha redacción original, reemplazándola por la que aparece en el actual artículo 141 del Código Civil, norma que sólo se refiere al inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, excluyéndose, de esta forma, aquellos inmuebles de los cuales los cónyuges son copropietarios.

- En segundo lugar, la lista de bienes que pueden, actualmente, declararse como familiares es ostensiblemente restringida. En efecto, de la enumeración propuesta en el vigente artículo 141, se desprende que el fundamento de esta institución radica en la necesidad de garantizar un hogar físico para el normal desenvolvimiento de la familia, descartándose, sin embargo, la hipótesis de que el bien objeto de declaración sirva, por ejemplo, de sustento para la familia.

(*) Ponencia presentada en Seminario "Reformas a los regímenes patrimoniales del matrimonio", realizado el miércoles 10 de octubre de 2007 en la Facultad de Derecho de la U. de Chile.

2.- En

Ac
cu
tituEl
se
a i
se
de
bi
lia
pt
y,C
fa
ci
pt
fa
ta
el

3.- E

E

-

En el Derecho comparado, en cambio, la finalidad de estos bienes es bastante más amplia. Sin ir más lejos, las legislaciones de países vecinos como Argentina y Perú prevén la posibilidad de que dichos bienes familiares sirvan de sustento patrimonial a la familia.

En cierta medida, el Proyecto asume esta falencia al ampliar los bienes que pueden constituirse como familiares. Así, agrega el derecho de usufructo que cualquiera de los cónyuges o ambos tengan sobre el inmueble que sirva de residencia principal a la familia y los muebles que la guarnecen; y, en segundo lugar, los derechos o acciones que cualquiera de los cónyuges o ambos tengan en sociedades propietarias del inmueble que sirva de residencia principal de la familia, o de los muebles que la guarnecen (agrega, como vemos, la posibilidad de afectar los bienes muebles).

2.- En cuanto a la constitución de los bienes familiares

Actualmente, la exigencia de una declaración judicial en procedimiento contencioso (incluso cuando los cónyuges están de acuerdo en ello, en cuyo caso deben simular un juicio) constituye un serio obstáculo para acceder a esta institución.

El Proyecto, en cambio, establece que la constitución de los bienes familiares podrá efectuarse sea de común acuerdo mediante escritura pública, o a través de un procedimiento sumario a instancia de uno de los cónyuges. De esta forma, se facilita la declaración de bien familiar, se desjudicializa la misma en caso de que exista mutuo acuerdo, y se estimula la protección de la familia por parte de los cónyuges. Queda en evidencia, en suma, que el instituto de los bienes familiares no sólo puede entrar en funcionamiento una vez sobrevenida la crisis familiar, como hasta ahora la práctica lo confirma, sino también durante la normalidad matrimonial, pues se trata de una institución encaminada a garantizar la estabilidad de la vivienda familiar y, en definitiva, la incolumidad del grupo familiar.

Conforme al Proyecto, entonces, si los cónyuges están de acuerdo en la declaración del bien familiar, los notarios públicos de turno y conservadores correspondientes, deberán proporcionar a los solicitantes, gratuitamente y libre de toda clase de impuestos, la referida escritura pública, y practicar las subinscripciones que se les soliciten, previsiones que, a mi juicio, facilitan notablemente la constitución del bien familiar. En caso de desacuerdo, en cambio, y tal como prevé actualmente el artículo 141, los cónyuges gozarán de privilegio de pobreza en el correspondiente procedimiento contencioso.

3.- En lo relativo a la afectación del bien como familiar

En esta materia se proponen interesantes modificaciones.

- Actualmente, para constituir provisionalmente un bien en familiar basta la sola presentación de la demanda, realidad que ha producido dos efectos no deseados: en primer lugar, se han producido abusos por la escasa publicidad que este acto reviste frente a terceros y, en segundo lugar, se ha hecho inútil la consecución del juicio, pues la finalidad que con éste se persigue se alcanza con la sola declaración de carácter provisorio.

El proyecto exige que sea el juez quien declare provisionalmente constituido el bien en familiar, cuestión que debe efectuar en su primera resolución, en la cual ordenará, además, su subinscripción al margen del respectivo título dentro de los 30 días de ejecutoriada dicha resolución. De esta forma, la nueva disposición se ajusta a nuestro sistema de publicidad y protección de terceros del cual se aleja, en cambio, nuestra actual normativa.

- En segundo lugar, el texto propuesto llena la laguna legal que actualmente existe respecto de las sociedades de personas, entendiéndose dentro de ellas a las sociedades colectivas civiles. En efecto, al carecer éstas de un sistema registral, el Proyecto ha pasado a exigir que, tratándose de sociedades de personas, la resolución que declara constituido el bien familiar se anote al margen de la inscripción social respectiva.
- En cuanto al momento desde el cual se entiende constituido como tal el bien familiar, ya no provisoriamente, sino definitivamente, el proyecto prevé que, otorgada la escritura pública o ejecutoriada la sentencia definitiva que concede la declaración de bien familiar, se efectúe, dentro del plazo de 30 días, la inscripción correspondiente en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Agregando que, si la sentencia definitiva rechaza la demanda de bien familiar, el juez deberá ordenar la cancelación de la subinscripción (provisoria) que se haya efectuado.

Se corrige así el defecto de la legislación vigente, que no exige la práctica inscripción definitiva alguna. De esta forma, nuestro legislador opta por establecer, como requisito indispensable, la adopción de una medida de publicidad que resguarde los intereses de terceros, solución que, por lo demás, ya ha sido contemplada en legislaciones de países de la región, como Argentina, Uruguay, Perú y Bolivia .

4.- En cuanto a la protección del bien familiar

El proyecto prevé también algunas modificaciones en cuanto a las limitaciones que produce la afectación del bien como familiar, es decir, en lo que respecta a la protección que se le otorga al bien familiar.

El artículo 144 propuesto presenta las siguientes características:

- Al igual que la actual normativa, establece una norma imperativa de requisito al señalar que no se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer enajenar o gravar, los bienes familiares, sino con la autorización del cónyuge no propietario.
- Asimismo, establece la misma limitación para la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar y para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva.

En este punto subsiste una crítica levantada desde la Doctrina. En efecto, cabe preguntarse si ese eventual contrato que otorga derechos personales de uso o de goce respecto del bien familiar contraviene el fundamento u objetivo de la institución en estudio, puesto que

si se entiende por tal la necesidad de garantizar un hogar físico estable para que la familia se desenvuelva normalmente y los integrantes de ella puedan cumplir sus roles y funciones, claramente tal fin desaparece o se torna dificultoso si se otorga un contrato que concede derechos personales de uso o de goce respecto del bien familiar, pues entonces puede que éste pierda la calidad de "residencia principal de la familia".

- Finalmente, se aprecia un intento por precisar la interpretación de la actual frase del artículo 146 inciso segundo que señala "y para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva...", ya que, hoy en día, las palabras "cualquier acto" dificultan la determinación de los actos que se refieren al inmueble y que son realizados por uno de los cónyuges "como socio o accionista". En efecto, el Proyecto agrega que este acto debe significar la enajenación, gravamen o cesión de la tenencia del inmueble que sirva de residencia principal de la familia o de los muebles que la guarnecen.
- En cuanto a la situación de los bienes familiares frente a terceros, cabe recordar que, actualmente, la protección legal de estos bienes es muy débil.

Los cónyuges reconvenidos gozan del denominado "beneficio de excusión", en virtud del cual, cualquiera de ellos puede exigir que, antes de proceder contra los bienes familiares, se persiga el crédito en otros bienes del deudor. Se establece una especie de analogía entre estas normas y las disposiciones del Título XXXVI del Libro IV del C.C. (sobre la fianza), pues el artículo 148 establece que estas últimas se aplican al ejercicio de esta "excusión especial" en cuanto corresponda.

Sin embargo, si se atiende al concepto de beneficiario de excusión que el Código Civil da en el artículo 2.357, debe concluirse que en materia de bienes familiares no estamos frente a este efecto de la fianza. La referida disposición señala que: *"El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra 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"*. Como vemos, esta norma dista bastante de la hipótesis planteada para los bienes familiares, pues en este caso se reconviene normalmente a uno o a ambos cónyuges en calidad de deudores principales y no como deudores subsidiarios. Es decir, no es el patrimonio del cónyuge deudor el que queda liberado transitoriamente del cumplimiento de la obligación como acontece en la fianza con el patrimonio del fiador, sino que son los bienes familiares los que, por el momento, quedan al margen del derecho de prenda general de los acreedores. En suma, la protección de los bienes familiares frente a terceros consiste en la posibilidad de que el o los cónyuges exijan que, antes de proceder contra los bienes familiares, se persiga el crédito en otros bienes del cónyuge deudor, cuestión que simplemente "desmotiva" a los acreedores en la persecución sin otorgar mayores resguardos. Como se puede apreciar, se trata de una protección bastante débil, pues no elimina la posibilidad del embargo sino que simplemente la retrasa.

Al respecto, el Proyecto sí contempla la inembargabilidad de los bienes familiares por deudas posteriores a su inscripción como tal, salvo el caso de gravámenes constituidos con el acuerdo del cónyuge no propietario o que se trate de deudas que afecten al inmue-

ble, provenientes de impuestos. Del mismo modo, se permite la embargabilidad de los frutos provenientes de los bienes familiares, sólo en la medida que no sean indispensables para el sustento familiar y en ningún caso por más del 50% de tales frutos. De esta forma, se prevé una fórmula más eficaz de protección, seguridad y estabilidad económica de la familia, tal como se concibió esta institución en sus orígenes.

En efecto, recordemos que los bienes familiares nacen con una ley del Estado independiente de Texas, el 26 de enero de 1839, conforme a la cual, los bienes de la familia eran inembargables, inalienables e indivisibles; el deudor disponía de una excepción real frente a la ejecución, salvo que el motivo de ésta fuese el cobro del saldo insoluto del precio del inmueble u otros débitos que tuvieran en él su causa o fuente inmediata. Como segunda consecuencia se restringía la libre administración y disposición del jefe de familia, ya que se imponía como requisito de validez para estos actos el consentimiento de la mujer o del juez en subsidio, salvo para los efectos de pagar el saldo insoluto o los débitos recién referidos. Finalmente este homestead exception, si bien era transmisible por muerte del jefe de familia, no podía efectuarse la partición mientras la mujer habitara el inmueble o los hijos no llegaran a la mayoría de edad.

III.- REPERCUSIONES EN MATERIA DE SOLIDARIDAD CONYUGAL Y FAMILIAR

Como señalé al inicio de esta intervención, una de las críticas formuladas a los regímenes que no prevén una comunidad actual de bienes durante la vigencia del matrimonio, es que atentan contra la solidaridad conyugal y familiar que debe regir las relaciones entre los contrayentes. Se señala que durante la vida matrimonial debe existir una especie de "patrimonio familiar" que asuma directa e inmediatamente las necesidades de los cónyuges y de los hijos, patrimonio que garantizaría, en suma, la estabilidad económica de la familia, fortaleciendo así los lazos de asistencia familiar recíproca. A este principio no se apegarían, desde luego, el régimen de separación de bienes que, como sabemos, no prevé ni una comunidad actual ni diferida de bienes entre los cónyuges; ni tampoco el denominado régimen de comunidad de gananciales que el Proyecto persigue introducir en nuestro ordenamiento, pues éste sólo prevé la participación conyugal en los bienes una vez que ha cesado el régimen a través de la creación de una comunidad diferida (formada, fundamentalmente, por todos los bienes existentes al término del régimen, cualquiera que sea su naturaleza, adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges durante la vigencia de éste, y por los frutos de cualquiera naturaleza que provengan de los bienes que ingresaron a ella, de los que permanecieron en el patrimonio de cada uno de los cónyuges, o que se hayan adquirido por el trabajo conjunto o separado). En tercer lugar, tampoco expresaría este principio el mal denominado "régimen de participación en los gananciales" que existe en Chile desde 1994, sistema que descansa en la generación de un crédito al término del mismo y no en una comunidad actual ni diferida.

Pues bien, si bien es cierto que estos sistemas no garantizan idealmente la solidaridad conyugal, no lo es menos la función correctora que en esta materia cumplen los bienes familiares al interno de la familia. En efecto, cabe recordar que este instituto surgió con ocasión de la regulación de la participación en los gananciales del año 1994, como mecanismo equilibrante y estabilizador de la economía conyugal al proteger la vivienda familiar de posibles agresiones externas. De la misma forma, en la comunidad de gananciales, donde los cónyuges nada tienen en común durante su vigencia sino sólo

a su término
cónyuge, l
la comunic
que la har
créditos y

Es más, c
constitució
instituto p
cualquiera

IV.- PROE

1.- Nc
bie
de
Nº
los

fa
ar
ac
ar
dc
fa
m
m

N
le
pi
p
n
fr
p
q

2.- C
e
n
r
r
h
f
r
t

a su término, previéndose una administración separada e independiente de los patrimonios de cada cónyuge, la declaración de bienes familiares viene a "suplir" esa co-administración que, de otro modo, la comunidad actual de bienes demandaría y que, por cierto, ha sido objeto de críticas en los países que la han consagrado, pues estaría generando un funcionamiento engorroso de activos, pasivos, créditos y recompensas que en nada se condicen con la tendencia a simplificar el comercio jurídico.

Es más, considerando las reformas que han posibilitado y facilitado notablemente el acceso y la constitución de los bienes familiares (que hemos comentado), no podemos sino concluir que este instituto puede llegar a transformarse en una herramienta útil, eficaz y, por qué no, indispensable, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio que se adopte.

IV.- PROBLEMAS QUE PERSISTEN

- 1.- No obstante las ventajas que presenta la normativa prevista por el Proyecto en materia de bienes familiares, en especial, en lo referido a la corrección de una serie de vacíos y errores detectados luego de la implementación de la reforma introducida en el año 1994 mediante Ley N° 19.335, persiste la sensible ausencia de un concepto de "familia" en cuanto beneficiaria de los bienes familiares. Ni la legislación vigente ni la proyectada definen qué se entiende por familia para efectos de esta institución. Al respecto, cabe señalar que la norma contenida en el artículo 815 del Código Civil, a propósito del derecho real de uso y habitación, si bien nos acerca a un concepto de familia, es de carácter especial, no aplicable, por ende, mediante analogía integradora a la institución particular de los bienes familiares. Hasta ahora han debido ser los tribunales los que determinen los beneficiarios de la constitución de un bien en familiar y todo parece indicar que así seguirá siendo. Nuestra legislación se aleja, una vez más, del contexto jurídico comparado y, en especial, de países vecinos, que definen claramente qué se entiende por familia para estos fines.

No obstante lo anterior, parece positivo el establecimiento de una presunción simplemente legal en cuanto a lo que debe entenderse por "residencia principal de la familia". En efecto, la parte final del artículo 140 del Proyecto establece que: "*Se presumirá que es residencia principal de la familia el inmueble en el que los cónyuges han establecido el hogar común, aunque medie separación de hecho*". Cabe destacar que las separaciones de hecho constituyen un frecuente motivo para la solicitud de declaración de bienes familiares, de manera que parece positivo que ellas impidan entender que existe una residencia principal de la familia toda vez que se ha establecido un hogar común.

- 2.- Como segundo problema, como ya lo he adelantado, subsiste en el Proyecto un carácter excesivamente restrictivo de los bienes que son susceptibles de declaración. Se atiende solamente a la utilidad que dichos bienes prestan como ambiente físico para el desarrollo de los roles que tienen lugar dentro de la familia, descartándose una posible utilidad de índole económica para la sustentación de las necesidades de sus integrantes, a diferencia, como ya lo he apuntado, de otras legislaciones que sí han incorporado esta noción al regular los bienes familiares. Sin embargo, del artículo 149, que permite la embargabilidad de los frutos provenientes de los bienes familiares, "*sólo en la medida que no sean indispensables para el sustento familiar*" y en ningún caso por más del 50% de tales frutos, podría desprenderse cierta

vinculación entre sustento económico de la familia y bien familiar, cuestión que, entiendo, podría desarrollar la jurisprudencia.

- 3.- Por último, en materia de constitución de bienes familiares, se observan, como he señalado, notables avances. Se ha previsto, por ejemplo, la posibilidad de constituir los bienes familiares mediante escritura pública, sin necesidad de iniciar un procedimiento contencioso. En todo caso, me parece que hubiese sido más adecuado el establecimiento de un procedimiento administrativo, sujeto a determinadas formalidades de publicidad, o bien un procedimiento no contencioso que, de mediar oposición, se transformase en contencioso. Así lo ha resuelto la legislación extranjera. En Bolivia, Perú, Argentina y Uruguay, por ejemplo, se ha optado por un procedimiento administrativo o judicial no contencioso.

INTRODU

Se me h
Frente a
nado por
nuestra t
legislado
principio,
matrimor

Dadas e
lugar, ab
ción, inte
concreta
rasgos f
España

I. CLAS

En nues
cación c
bienes, :

Los regí

1. S
- r
- li
- r
- t
- y
- c

- 1 Somari
- 2 Ver, por
- 3 En nues
en el de