



Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Los regímenes matrimoniales en Chile

PROBLEMAS ACTUALES
Y PERSPECTIVAS DE CAMBIO

Ana María Hübner Guzmán

Alvaro Pizarro Borgoño

Juan Edgardo Goldenberg Peñafiel

Hernán Corral Talciani

Pedro Zelaya Etchegaray

Eduardo Serrano Alonso

Ernest Caparros

Jorge Adolfo Mazzinghi

Hernán Corral Talciani

EDITOR



1998

C U A D E R N O S D E E X T E N S I O



Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Los regímenes matrimoniales en Chile

**PROBLEMAS ACTUALES
Y PERSPECTIVAS DE CAMBIO**

Ana María Hübner Guzmán

Alvaro Pizarro Borgoño

Juan Edgardo Goldenberg Peñafiel

Hernán Corral Talciani

Pedro Zelaya Etchegaray

Eduardo Serrano Alonso

Ernest Caparros

Jorge Adolfo Mazzinghi

Hernán Corral Talciani

EDITOR

ANA MARIA HÜBNER GUZMAN, ALVARO PIZARRO BORGONO,
JUAN EDGARDO GOLDENBERG, HERNAN CORRAL TALCIANI,
PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY, EDUARDO SERRANO ALONSO,
ERNEST CAPARROS Y JORGE ADOLFO MAZZINGHI.

LOS REGIMENES MATRIMONIALES EN CHILE.

Problemas actuales y perspectivas de cambio.

Los Regímenes Matrimoniales en Chile / editado por
Hernán Corral Talciani. 253 pp. 1998.
15,5 x 23 cm. (Colección Cuadernos de Extensión Nº 2).

ISBN: 956-7160-13-9

1. Matrimonio-Legislación-Chile 2. Bienes
gananciales-Chile I. Hernán Corral Talciani
II. Serie

346.04-dc20es

No está permitida la reproducción parcial o total de este libro, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular del Copyright.

Copyright © 1998, by Universidad de los Andes
© 1998, by Hernán Corral Talciani

Ediciones Universidad de los Andes
Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile.
Registro de Propiedad Intelectual Inscripción Nº 106.651. Santiago de Chile.

Diseño:
Carolina Varela V.

Impresión:
Alfabetas Artes Gráficas

Printed in Chile - Impreso en Chile

AUTORES QUE PARTICIPAN EN ESTA EDICION

ANA MARIA HÜBNER GUZMAN

Profesora de Derecho Civil en la Universidad de los Andes, Abogada del Consejo de Defensa del Estado. Coautora del libro "Contrato de Arrendamiento". (Edit. ConoSur, Santiago, 1995)

JORGE ADOLFO MAZZINGHI

Profesor de Derecho Civil en la P. Universidad Católica Argentina y en la Universidad Austral de Buenos Aires. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Autor del tratado "Derecho de Familia" (3ª edición, tres tomos, Edit. Depalma, 1996).

EDUARDO SERRANO ALONSO

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Oviedo (España). Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (España). Autor de los libros "Derecho de la persona" (2ª edic., Madrid, 1996) y "La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" (Madrid, 1997).

JUAN EDGARDO GOLDENBERG PEÑAFIEL

Profesor de Derecho Tributario en la Universidad de los Andes. Abogado del Estudio Goldenberg, Urzúa, Rozas, García Montes y Cía.

ALVARO PIZARRO BORGÑO

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes. Abogado del Estudio Ortúzar, Feliú y Sagüés.

ERNEST CAPARROS

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Ottawa. Director de la Revue Générale de Droit. Autor de los libros "Organisation patrimoniale de la famille: Précis sur les régimes matrimoniaux" (Université Laval, 1978), y "Les régimes matrimoniaux au Québec" (3ª edic., Ottawa-Montreal, 1991).

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes. Autor del libro "La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente" (Aranzadi, Pamplona, 1995).

HERNAN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes. Autor del libro "Bienes Familiares y Participación en los Gananciales" (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996).

UNA EVALUACION DE LA REFORMA DEL REGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO DE 1981 Y LA PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ESPAÑA,

Eduardo Serrano Alonso 15

1. Presupuestos de las reformas de 13 de mayo
y de 7 de julio de 1981 del Código
Civil español 15
2. Principios fundamentales de la reforma 16
3. El régimen económico primario 18
4. Régimen jurídico de los bienes en la
sociedad de gananciales: administración
y disposición 21
5. Régimen jurídico de la vivienda familiar 33
6. Conclusiones 45
7. Agradecimientos 46

LOS SISTEMAS ECONOMICO-MATRIMONIALES EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS CANADIENSES

Ernest Caparros 47

- Introducción 47
- I. La desarticulación constitucional del derecho
de familia en los ordenamientos jurídicos
canadienses 48
- II. El régimen de bienes en el matrimonio
en los ordenamientos jurídicos canadienses:
interfecundaciones y bastardías 55
- III. Promesas electorales de ayer, errores
jurídicos de mañana 65
- Conclusiones 83

REGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO EN EL
ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO:
DE LA UNIDAD A LA IGUALDAD,

Jorge Adolfo Mazzinghi 87

1. Observaciones generales 87
2. El criterio de la unidad y la administración
del marido 88
3. Las primeras reformas 89
4. La modificación de 1968: la primacía de
la igualdad 91
5. Características fundamentales del régimen
vigente 94
6. La institución del "bien de familia" 97
7. Posibles tendencias legislativas hacia
el futuro 98

LOS BIENES FAMILIARES EN LA LEGISLACION CHILENA.
PROBLEMAS Y ATISBOS DE SOLUCIONES,

Ana María Hübner Guzmán..... 101

1. Introducción de los bienes familiares
en Chile 101
2. Precedentes en nuestra Legislación 102
3. Historia de la Ley 19.335 103
4. Fundamentos de los bienes familiares 105
5. Características de la constitución 107
6. Qué se entiende por bienes familiares 107
7. Constitución de los bienes en familiares 114
8. Tramitación 119
9. Efectos de la declaración de familiar
de un bien 122
10. Subsistencia del bien como familiar
después de la disolución del matrimonio:
derechos de goce 133
11. Desafectación de los bienes familiares 136

12. Muerte del cónyuge propietario del bien afectado, y derechos de goce	138
13. Derecho Comparado	138
14. Algunas conclusiones	142
15. Propuesta de reforma legislativa	144

SOCIEDAD CONYUGAL, PATRIMONIO RESERVADO Y SEPARACION CONVENCIONAL. UNA VISION JURISPRUDENCIAL Alvaro Pizarro Borgoño	147
---	-----

I. Introducción	147
II. Régimen de sociedad conyugal sustituido por el de separación de bienes	148
III. Patrimonio reservado de la mujer casada.	155
IV. Conclusiones	156

EL CREDITO DE PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES EN EL SISTEMA ECONOMICO MATRIMONIAL CHILENO Hernán Corral Talciani	159
--	-----

I. Naturaleza jurídica y regulación	159
II. Estructura y caracteres	163
III. Protección del cónyuge acreedor	165
IV. Derechos del cónyuge deudor	174
V. Protección de los derechos de terceros	180
VI. Extinción del crédito	183
VII. Consideraciones sobre la conveniencia del régimen de participación	186

LA INCIDENCIA TRIBUTARIA Y SU INFLUENCIA EN LA OPCION DE LOS CONYUGES POR UN REGIMEN DE BIENES Juan Edgardo Goldenberg Peñañiel	189
---	-----

I. Generalidades	189
II. Breve descripción de los regímenes y tributación aplicable	190

III. Análisis de la incidencia tributaria y su influencia en la opción de los cónyuges	197
IV. Reflexiones y soluciones. Algunas conclusiones	201

REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

CONTRAIDO EN EL EXTRANJERO

Pedro Zelaya Etchegaray y

Hernán Corral Talciani 205

I. El régimen económico del matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno	205
II. Efectos patrimoniales del matrimonio contraído en el extranjero. Criterios de Derecho internacional privado	213
III. El artículo 135 del Código Civil chileno y el régimen del matrimonio extranjero	218
IV. El nuevo texto del artículo 135 del Código Civil, después de las reformas de 1989 y 1994	231
V. Notas sobre la situación legal actual y perspectivas para el futuro	251

El diseño jurídico del estatuto que regula los efectos patrimoniales del matrimonio es una de las materias que más ha preocupado a los legisladores y juristas en la última mitad del siglo XX, y no sólo en nuestro país, sino también en la mayoría de las naciones occidentales. Cómo conjugar, en los nuevos contextos económicos, sociales, laborales y culturales, los principios de autonomía personal de los cónyuges, unidad e integridad de la familia y protección del tráfico y de los derechos e intereses de los terceros, es una interrogante que parece reabrirse incesantemente, sin que las respuestas normativas ofrecidas hasta ahora puedan considerarse definitivas.

En Chile se han introducido reformas legales de envergadura en esta materia por las leyes Nº 10.251 de 1952; Nº 18.802 de 1989 y últimamente por la Ley Nº 19.335, de 1994, todos textos legislativos que, más allá de sus méritos o defectos técnicos, han configurado un esquema normativo cuya coherencia y funcionalidad resultan cuestionables. De hecho, se discute actualmente en la Cámara de Diputados un nuevo proyecto de ley que pretende modificar una vez más el régimen legal matrimonial, sustituyendo el modelo de comunidad actual de bienes, que conocemos como sociedad conyugal, por un sistema de participación en los gananciales con comunidad diferida.

Los cambios legislativos, sin embargo, no siempre han sido precedidos, como sería de desear, de un proceso previo caracterizado por la indagación sociológica y la reflexión jurídica que, desde un punto de vista

científico y académico, puedan contribuir a que las innovaciones que se propician condigan con los requerimientos sociales, se inserten en forma armónica en el ordenamiento jurídico nacional y posean la suficiente calidad técnica que asegure una aplicación judicial sin trastornos o externalidades negativas.

En un intento por aportar a ese proceso, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes durante el segundo semestre de 1997, con el patrocinio del Colegio de Abogados de Santiago y con el auspicio de Entel S.A., organizó el Seminario Internacional "Regímenes matrimoniales: problemas actuales y perspectivas de cambio". El Seminario tuvo lugar en el Aula Magna del edificio de Humanidades del Campus universitario, los días 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre de 1997, y en él participaron juristas especializados en Derecho Civil, de Familia y Tributario, tanto nacionales como foráneos.

Los profesores extranjeros aportaron la experiencia legislativa y jurisprudencial de tres ordenamientos que nos son cercanos: el profesor Ernest Caparros expuso sobre la realidad jurídica del matrimonio en Québec y Canadá; el profesor Eduardo Serrano Alonso ofreció una descripción y análisis sintético del estado actual de la regulación española y, finalmente, el profesor Jorge Adolfo Mazzinghi se refirió a la evolución de la legislación argentina en la materia.

Las ponencias sobre la legislación chilena estuvieron a cargo de los profesores de nuestra Universidad, Ana María Hübner Guzmán, Alvaro Pizarro Borgoño y Juan Edgardo Goldenberg Peñafiel, además de quien suscribe estas líneas. Estas presentaciones abordaron puntos como el funcionamiento práctico de la nueva institución de los bienes familiares, los aspectos más conflictivos de la sociedad conyugal a la luz de los pronunciamientos judiciales recientes, la influen-

cia del sistema tributario en la elección y mantenimiento del régimen económico y la configuración del mecanismo de participación en el nuevo sistema patrimonial del matrimonio mediante un crédito de participación en los gananciales.

Atendido el interés de los asistentes al Seminario y queriendo perseverar en la idea de contribuir a la discusión académica de estos temas, la Facultad de Derecho ha editado los trabajos presentados en su Colección de Cuadernos de Extensión. Pensamos que de este modo las reflexiones expuestas verbalmente en esa oportunidad y de un modo necesariamente resumido, podrán ser ahora revisadas y utilizadas en toda su extensión y con el detenimiento que sólo posibilita el texto escrito.

Como se podrá apreciar, algunos autores han preferido mantener el estilo coloquial de las conferencias. Otros han reelaborado la exposición verbal incorporando al trabajo escrito un cuerpo de notas y citas que prestan apoyo y fundamento bibliográfico al texto principal. En ambos casos, sin embargo, se mantiene un espíritu a la vez crítico y positivo, que son característicos del buen oficio universitario.

A las conferencias del Seminario se ha reunido un trabajo conjunto de Pedro Zelaya Etchegaray, profesor de Derecho Civil de nuestra Facultad, y del suscrito, y que versa sobre el art. 135 inc. 2º del Código Civil, que regula la determinación del régimen económico matrimonial del matrimonio contraído en el extranjero. Por la coincidencia tanto en la temática como en los enfoques, ha parecido conveniente y oportuno incluirlo en este volumen dedicado a los regímenes matrimoniales.

Ofreciendo a la comunidad jurídica nacional y, en general, a todos los lectores interesados, este número 2 de los Cuadernos de Extensión, la Facultad de Dere-

cho de la Universidad de los Andes aspira a materializar una contribución a aquella reflexión académica que parece tan urgente y necesaria, sobre el actual panorama legislativo chileno en lo concerniente a la regulación de los efectos patrimoniales del consorcio matrimonial.

Esperamos que los estudios aquí contenidos, junto a muchos otros que podrán generarse en otras instancias, nos permitan evaluar objetiva y serenamente los aspectos benéficos de la actual normativa, identificar sus principales carencias y analizar las perspectivas de cambio que se presentan en el futuro más inmediato, sea por la vía de introducir correcciones legislativas puntuales, o bien de ir hacia una reformulación global de toda la materia, siempre tratando de conjugar en forma coherente y armónica los principios de igualdad de los cónyuges, unidad y estabilidad de la familia y protección de los derechos de los hijos y de los terceros.

HERNAN CORRAL TALCIANI

Santiago, 6 de enero de 1998

UNA EVALUACION DE LA REFORMA DEL REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO DE 1981 Y LA PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ESPAÑA

EDUARDO SERRANO ALONSO
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Oviedo, España

1. PRESUPUESTOS DE LAS REFORMAS DE 13 DE MAYO Y DE 7 DE JULIO DE 1981 DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

Los profundos cambios sociales y culturales producidos en la sociedad española desde mediados de siglo determinaron el nacimiento de una nueva forma de entender la vida tanto en su configuración individual como de grupo. El cambio de mentalidad se hizo especialmente significativo en la esfera familiar: el matrimonio, la filiación y en general todas las relaciones familiares van a ser vividas bajo principios y comportamientos tan diversos a los hasta entonces dominantes, que muy pronto se hizo patente la necesidad de intentar adecuar la normativa jurídica reguladora de aquellas relaciones a la nueva configuración.

El primer intento de adaptación de la vieja normativa del Código Civil español de 1889 a la nueva sociedad, lo constituye la ley de 24 abril de 1958, norma que modifica más de 60 artículos del Derecho de Familia y que, aunque hoy nos parece tímida y poco progresiva, supuso un significativo avance especialmente en relación con la posición de la mujer dentro de las relaciones matrimoniales, ya que si bien no trata de establecer una equiparación absoluta con la del marido, determina una sensible mejoría respecto a la posición de subordinación y dependencia que el Código Civil había establecido.

Un segundo impulso decisivo lo constituye la ley de 2 de mayo de 1975 sobre la situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges. Con ella se modificaron diversos artículos del Código Civil y del de Comercio para equiparar los deberes y derechos del varón y de la mujer.

El paso decisivo se alcanza con el cambio político ocurrido en España al extinguirse la dictadura y surgir la Monarquía democrática y la aprobación de la Constitución de 27 de diciembre de 1978. Tres preceptos de la misma van a determinar —en lo que a la materia que nos ocupa interesa— la ineludible necesidad de sustitución de gran parte de la normativa vigente en materia de Derecho de Familia.

El artículo 14 de la CE establece que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; el artículo 32 dispone: 1. el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos; y el artículo 39.2. reconoce la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

Estos preceptos, en que se resumen los nuevos principios ordenadores de la persona y de la familia, implican una total alteración de la regulación tradicional e imponen la ineludible exigencia de una nueva legislación que esté en consonancia con el nuevo orden político.

La adecuación a esta situación se logra con la reforma del Código Civil operada con las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981. Esta última, conocida con la denominación de *ley del divorcio*, modifica todo el Título IV del Libro I, dando un nuevo sentido al *matrimonio*, al reinstaurar la posibilidad de su disolución por el *divorcio*. Su estudio queda fuera del objeto de esta exposición, que se centra de modo particular en las nuevas orientaciones del *Régimen Económico del Matrimonio* que introduce la ley de 13 de mayo de 1981.

2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA

El Código Civil español, siguiendo su modelo —el Código de Napoleón—, regula el Régimen económico del matrimonio en su

Libro IV dentro de las Obligaciones y Contratos, con ocasión del contrato de bienes para el matrimonio o Capitulaciones matrimoniales; criterio sistemático que, en lo que limitado de mis conocimientos, fue seguido antes por el Código Civil de Chile.

La ley de 13 de mayo de 1981 realiza un cambio esencial de todo el Título III del Libro IV, que obedece a los siguientes criterios:

1º.- Se establecen una serie de disposiciones de carácter general —artículos 1.315 a 1.324— aplicables a todo régimen económico matrimonial con la finalidad de establecer lo que la doctrina francesa denomina *régimen matrimonial primario*.

2º.- Se da nuevo contenido al régimen de gananciales, aunque se mantiene como régimen legal supletorio en defecto de pacto en contrario y a pesar de la presión de cierto sector doctrinal partidario de establecer como régimen legal el de separación de bienes.

3º.- Inspirándose en las reformas del derecho francés de los años '70, se introduce como régimen económico matrimonial opcional el de *participación en las ganancias*. Aunque debe resaltarse la nula aceptación práctica del mismo.

4º.- Se reconoce la libertad de estipulación de régimen económico y su sustitución en cualquier momento por otro distinto.

5º.- Desaparece la figura de la *dote* y de los *bienes parafernales*, que eran los bienes privativos de la mujer no incluidos en la dote.

6º.- Supresión de la prohibición de contratación entre los cónyuges, permitiéndose la celebración de cualquier tipo de contratos entre marido y mujer y el otorgamiento de donaciones entre los esposos.

7º.- Se establece el deber de cada cónyuge de contribuir con sus aportaciones al sostenimiento de la familia.

8º.- Proclamación de la preferencia del interés de la familia sobre el particular de sus integrantes.

3. EL REGIMEN ECONOMICO PRIMARIO

La doctrina española más cualificada (Lacruz Berdejo, Albada-lejo) había acogido sin reservas la construcción doctrinal del derecho francés que proponía el establecimiento de un conjunto de reglas comunes y generales aplicables a cualquiera de las formas de economía del matrimonio que se adoptase; normativa básica y nuclear que se designa con la expresión *régimen económico matrimonial primario*.

El legislador de 1981 consideró que la idea era buena y sobre todo útil y aunque se resistió a consagrar legalmente aquella denominación, su esencia aparece recogida bajo la denominación de *Disposiciones Generales*, con las que se inicia el Capítulo I del Título III del Libro IV dedicado al *Régimen económico matrimonial*.

Los pilares que conforman este *régimen económico primario* se pueden sintetizar en los siguientes términos:

1º.- *Contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio*. El artículo 1.318 ordena que *los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Cuando uno de los cónyuges incumpliera su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, el juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras*.

El precepto es satisfactorio en cuanto a su finalidad: la responsabilidad de ambos cónyuges frente a las cargas del matrimonio, pero es insuficiente porque ni define qué son cargas del matrimonio ni fija los criterios por lo que ha de regirse la aportación de cada esposo.

En mi opinión, el alcance de la expresión *cargas del matrimonio* debe entenderse referida a los gastos necesarios para el sostenimiento de la familia y se extienden tanto a los estrictamente necesarios para el sustento, alimento o vestido como a los complementarios en atención al nivel de vida y circunstancias familiares de cada matrimonio.

Los criterios de aportación, esto es, lo que cada uno de los cónyuges debe aportar para hacer frente a las cargas del matrimonio, vendrán determinados en primer lugar por lo que se haya convenido en capitulaciones matrimoniales; en defecto de

pacto expreso, por las reglas propias del tipo de régimen económico al que el matrimonio se haya sometido y en su defecto por lo que el juez —atendiendo siempre a la capacidad económica real, no la meramente potencial y al interés familiar— establezca.

2º.- *Derecho a las "litis expensas"*. Por *litis expensas* se entiende los gastos judiciales de todo tipo que cualquier proceso judicial origina; la ley trata de evitar que la insuficiencia de medios económicos de uno de los cónyuges le impida litigar contra el otro o contra terceros en interés de la familia; por ello el artículo 1.318. 3º establece que *cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra terceros si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando este, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de este impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita.*

El derecho a las *litis expensas* se reconoce a cualquiera de los cónyuges para litigar tanto como demandante como demandado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a.- que el cónyuge litigante carezca de bienes propios suficientes para poder afrontar los gastos necesarios del proceso de que se trata (que puede ser civil, penal, laboral, canónico o administrativo), gastos que normalmente serán los derivados de los honorarios de abogado, procurador y peritos.

b.- que, en razón a los ingresos de la unidad familiar, dicho cónyuge no reúna las condiciones para obtener el beneficio de justicia gratuita; la referencia que se hace a la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de entenderse referida a la Ley 1/96 de 10 de enero que regula la Asistencia Jurídica Gratuita, que subordina su concesión a que los ingresos de la unidad familiar por todos los conceptos, en cómputo anual, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de realizar la solicitud.

c.- que no se actúe con mala fe o temeridad y que lo actuado en alguna medida pueda redundar en provecho de la familia.

3º.- *Potestades domésticas*. Efecto del principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio es el reconocimiento a cada uno de ellos de las facultades necesarias para atender las necesidades familiares básicas como pueden ser el alimento, vestido,

educación y la vinculación del patrimonio familiar a las responsabilidades civiles que puedan surgir de esa actuación ordinaria; el alcance de esta potestad doméstica se delimita en el artículo 1.319, que señala que *cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. El que hubiera aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial.*

4º.- *Derechos sobre el ajuar familiar.* La ley reconoce a los cónyuges una doble facultad sobre el conjunto de bienes que constituyen el denominado *ajuar familiar* (que abarca los muebles de uso ordinario: cama, mesa, sábanas, vajilla, electrodomésticos, etc.); la primera, impidiendo disponer de ellos sin la autorización del otro cónyuge, y una segunda facultad que opera sólo a la muerte del otro cónyuge y que recoge el artículo 1.321: *fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.*

5º.- *La vivienda familiar.* El Código Civil dedica especial atención a la vivienda familiar; las notas más relevantes de esta regulación serán objeto de exposición detallada más adelante en el epígrafe 5º de esta *conferencia*, ahora basta con señalar la regla general que establece el artículo 1.320: *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, la autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.*

6º.- *Libertad de contratación entre los cónyuges.* Una de las grandes innovaciones de la Reforma de 1981 es haber superado el recelo a la contratación entre los esposos; la anterior prohibición se justificaba en el temor a perjuicios de terceros ante actos

simulados de marido y mujer, y tratar de proteger a la mujer ante posibles abusos de su marido, explicación que implicaba un desprecio a la capacidad intelectual de la mujer casada; no es preciso dar mayores razones para explicar la supresión de esa prohibición, que consagra el artículo 1.323 cuando dispone: *el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.*

7º.- *Determinación del carácter privativo de los bienes.* La plena equiparación de marido y mujer ha llevado al legislador a conceder valor probatorio sobre la naturaleza privativa o común de un bien a la simple confesión del cónyuge no titular del bien, dice el artículo 1.324 que *para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.*

8º.- *El trabajo en el hogar como aportación al sostenimiento de las cargas del matrimonio.* Es sorprendente que el legislador de 1981 se haya olvidado de recoger dentro de las Disposiciones Generales que constituyen el Régimen económico primario, el trabajo en el hogar de uno o de los dos cónyuges como una forma de aportación al sostenimiento de los cargas del matrimonio. La sorpresa es mayor cuando se comprueba que sí se computa en el Régimen de Separación de Bienes; no hay razón alguna (y así lo sostengo en un trabajo específico sobre el tema) para no extender la regla específica a todo régimen matrimonial y por tanto considerar como integrante del Régimen primario al artículo 1.438 cuando dispone: *los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen.*

4. REGIMEN JURIDICO DE LOS BIENES EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: ADMINISTRACION Y DISPOSICION

Aunque la regla general es la de libertad de estipulación de régimen económico matrimonial mediante su determinación en *ca-*

pitulaciones matrimoniales, en la práctica son escasos los matrimonios que otorgan tal contrato, por lo que la gran mayoría quedan sometidos al régimen legal supletorio que es conocido como *sociedad de gananciales* (equivalente a la sociedad conyugal chilena).

Ya indiqué al principio que cuando se plantea la reforma del Código Civil de 1981 había dos posturas doctrinales, una que defendía la conveniencia de aprovechar esta oportunidad para realizar un cambio esencial en la regulación de la economía del matrimonio basado en sustituir el régimen legal tradicional de la sociedad de gananciales por el régimen de separación de bienes que se estima más acorde con los nuevos hábitos sociales en los que el papel de la mujer que trabaja fuera del hogar familiar es una de sus principales características. La otra tesis mantenía la regulación tradicional pero realizando las innovaciones que los nuevos tiempos exigían.

La solución adoptada por el legislador trata, de forma incomprensible, de conciliar ambas posturas y si bien mantiene como régimen legal el de la *sociedad de gananciales*, pero modificando extensamente sus normas, regula el de *separación de bienes* que puede operar o como régimen convencional cuando se pacte expresamente en capitulaciones o como régimen legal supletorio cuando otorgadas capitulaciones en ellas expresamente se excluya la aplicación de la *sociedad de gananciales* y no se haga indicación expresa sobre el régimen al que se somete el matrimonio. Este supuesto parece bastante irreal, pues no parece lógico otorgar capitulaciones matrimoniales solamente para señalar la exclusión de los gananciales, sin indicar la aplicación de otro régimen. También opera como régimen legal cuando se extingue el de *participación* y el matrimonio subsiste.

El legislador para intentar reforzar la apariencia de novedad completa, reforma el sistema introduciendo el llamado *régimen de participación en las ganancias*, que funciona también como régimen convencional fijado en capitulaciones o como sustitutivo del de gananciales en los supuestos previstos en el artículo 1.395. Los deseos de innovación no han sido acogidos por la sociedad española que no hace uso de este régimen.

La nueva regulación de la *sociedad de gananciales* se levanta sobre siete principios o criterios:

1º.- Principio de persistencia del carácter de los bienes del matrimonio; estos conservan siempre, mientras dura el régimen,

el mismo carácter con el que son aportados al matrimonio, de modo que si son aportados como privativos tendrán siempre esa naturaleza y lo mismo si lo son como comunes.

2º.- Reconocimiento del derecho de reembolso cuando por el juego de las mejoras o plusvalías realizadas en un bien privativo con dinero común, el bien se transforme en común. Al cónyuge titular del bien privativo se le reconoce una acción de compensación que puede consistir o en el abono del valor del bien o en el reintegro de las cantidades satisfechas a costa del caudal común.

3º.- Principio de subrogación real; determina que el cambio o sustitución de un bien por otro hace que el nuevo bien adquiera la misma naturaleza del bien sustituido.

4º.- Principio de unidad e igualdad de gestión, administración y disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges; constituye una de las novedades más significativas de la nueva regulación y se expone por separado más adelante.

5º.- Principio de presunción de ganancialidad, lo regula el artículo 1.355: *podrán los cónyuges de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga*; norma de contenido peligroso ya que se presta a acuerdos entre los cónyuges que pueden implicar disminución de las garantías de los acreedores de la sociedad matrimonial.

6º.- Imputación de la responsabilidad patrimonial por deudas en atención a la naturaleza de la deuda; la regla general —que tiene excepciones— es que de las deudas comunes o gananciales responden los bienes gananciales y de las deudas privativas los bienes propios del cónyuge deudor.

7º.- Deber de información periódica y recíproca de los cónyuges con la finalidad de conocer la gestión de la sociedad, lo establece el artículo 1.383: *deben los cónyuges informarse recíprocamente y periódicamente sobre la situación y rendimiento de cualquier actividad económica suya*; para hacer efectivo este deber, se establece como una de las causas de disolución de la

sociedad de gananciales, *incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas* (art. 1.393 Nº 4).

Acostumbro a definir a la sociedad de gananciales como *el sistema matrimonial que implica una comunidad de adquisiciones onerosas y que se origina por la voluntad de los particulares manifestada en capitulaciones matrimoniales o por la ley, en defecto de aquellas, y que determina que a su disolución se hagan comunes y divisibles por la mitad las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio*. Se trata por tanto de una modalidad del régimen de comunidad limitado a las ganancias y adquisiciones onerosas obtenidas durante la vigencia del régimen y que opera bajo la presunción del carácter ganancial de los bienes del matrimonio al establecer el artículo 1.361 que *se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer*.

La reforma de 1981, como ya se indicó, modifica profundamente la redacción originaria del Código Civil; no es posible aquí hacer una mínima referencia a todas las innovaciones producidas; bastará con indicar que se da un nuevo contenido a la determinación de los bienes privativos y a los comunes y a la fijación de las deudas de la sociedad, para pasar a ocuparnos con cierto detalle de los dos aspectos que implican un cambio absoluto respecto a la normativa precedente como son la administración y la disposición de los bienes gananciales.

A. ACTOS DE ADMINISTRACION

Bajo la rúbrica de *la administración de la sociedad de gananciales* recoge el Código Civil las normas reguladoras de la gestión o administración y de la disposición de los bienes comunes, tratamiento conjunto que es técnicamente incorrecto, pues es claro que administrar es un acto jurídico de diversa entidad y transcendencia al de disponer, por ello nos parece más adecuado exponer tales materias por separado.

En materia de administración el principio general es el de gestión o administración conjunta de marido y mujer; *en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges* (art. 1.375). La cogestión de marido y mujer no aparece en el derecho español hasta

la reforma del Código Civil de la ley de 2 de mayo de 1975, hasta entonces la gestión era única a cargo de cualquiera de los cónyuges, aunque en la práctica era el marido quien realizaba tal actividad. Ahora se parte de la idea —encomiable en el mundo del deber ser pero poco real y efectiva en la práctica diaria— de actuación acorde o conjunta de ambos esposos. La actuación conjunta requiere el mutuo acuerdo de los esposos y en la realidad es una exigencia que entorpece el tráfico jurídico en lugar de aligerarlo; consciente de esa dificultad el legislador ha tenido buen cuidado en establecer un sistema que supla la falta de acuerdo o la posibilidad de obtenerlo. Este sistema sustitutivo o complementario admite dos posibilidades:

a) Que se pacten en capitulaciones reglas de administración y de gestión atribuyendo a uno de los cónyuges (a cualquiera de ellos, no necesariamente al marido) tal facultad. Surgen razonables dudas acerca de los límites de validez de tal pacto, y así es discutible la eficacia de un acuerdo por el cual se atribuya con carácter general e indefinido a uno de los esposos la administración de los bienes comunes, renunciando el otro cónyuge en los mismos términos a tener que prestar su consentimiento que se entiende concedido para todos los actos futuros, o el acuerdo por el cual uno de los cónyuges se limita a renunciar a ser administrador. Tales pactos implican, de hecho, una alteración de uno de los principios básicos de la reforma de 1981 —la igualdad de ambos cónyuges dentro del matrimonio, del que la cogestión es una simple manifestación— y entran en conflicto con lo dispuesto en el artículo 1.328 que declara nulas las capitulaciones matrimoniales y los pactos en ellas recogidos si son *contrarios a las leyes, a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos de cada cónyuge*. Tomar postura sobre el problema no resulta fácil ya que existen argumentos para mantener tanto la validez del pacto de renuncia (en base al principio general de renunciabilidad de los derechos, siempre que la renuncia no perjudique a terceros, que es la solución que a mí me parece mejor, aunque sea discutible), cuanto inclinarse por la nulidad del pacto de gestión generalizada unilateral por uno sólo de los cónyuges por implicar una vulneración del mandato del citado artículo 1.375.

b) Cuando no es posible un acuerdo entre los cónyuges para los actos de administración que en cada momento de la vida del

matrimonio sea preciso realizar, falta de acuerdo que puede deberse a estimar el acto contrario a los intereses de uno de los cónyuges o a la imposibilidad de prestar consentimiento para el acuerdo (lo que a su vez puede obedecer a múltiples razones: ausencia física, incapacidad mental o física), la ley prevé la sustitución del consentimiento del otro cónyuge por la autorización judicial: *cuando en la realización de actos de administración fuera necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno de ellos se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el juez suplirlo si encontrara fundada la petición* (art. 1.376).

No parece oportuno descender a detallar los variados problemas de índole procesal que esta autorización judicial plantea en la práctica, muchos de ellos debidos a la falta de previsión del legislador que no procedió a una correlativa reforma de las leyes procesales. Basta con poner de relieve que el expediente judicial se inicia a petición del cónyuge que desea realizar el acto de administración, mediante escrito en el que razonará la conveniencia y oportunidad de tal acto, así como la negativa del otro cónyuge a prestar su consentimiento. Cuando sea posible se oírà al cónyuge que niega el consentimiento y decidirá el juez conceder o no la solicitud según la encuentre fundada. No hay acuerdo en la doctrina sobre si la autorización judicial ha de ser solicitada para cada acto de administración o si es posible, cuando la negativa del otro cónyuge o la imposibilidad de prestar consentimiento sea constante o indefinida, una autorización judicial general; no veo obstáculos insalvables a tal posibilidad siempre con las cauciones necesarias para evitar posibles perjuicios al cónyuge no autorizante.

Puede suceder que uno de los cónyuges realice actos de administración sin el consentimiento del otro y sin haber solicitado la autorización judicial supletoria; el artículo 1.322 señala que *cuando la ley requiera para un acto de administración o de disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o sus herederos. No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.*

~~El legislador diferencia las consecuencias entre los actos de administración a título oneroso en los que falta el consentimiento~~

to conyugal o la autorización judicial supletoria; en ellos tal ausencia no impide la eficacia del acto realizado por uno de los cónyuges en tanto no es impugnado por el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido; por tanto el acto es calificado por la ley como meramente anulable y en consecuencia la acción para su impugnación dura sólo cuatro años, transcurridos los cuales, sin hacerla efectiva, el acto deviene inatacable. En cambio, los actos gratuitos realizados sin consentimiento de uno de los cónyuges o sin la autorización judicial, son automáticamente ineficaces al ser calificados como nulos, no siendo necesario que se proceda a su impugnación por el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido.

La razón del distinto trato según la naturaleza onerosa o gratuita del acto reside en que el perjuicio que puede sufrir el cónyuge que no consiente en el acto oneroso es compensado con la contraprestación que se recibe en el patrimonio ganancial, compensación que no se produce en el acto gratuito, por lo que no hay posibilidad de reparar el posible perjuicio.

Hasta este momento nos hemos referido a los *actos de administración o de gestión*, sin proceder a matizar su contenido, ya que como regla general actos de mera administración son aquellos destinados a obtener la rentabilidad de los bienes matrimoniales sin que su esencia y existencia quede alterada; es cierto que existen actos jurídicos de difícil calificación como pueden ser los actos de arrendamientos de bienes de carácter indefinido o de larga duración o los actos de préstamo, en estos actos los efectos patrimoniales pueden ser equivalentes a los actos de enajenación o disposición; será el examen de las circunstancias de cada supuesto lo que determinará la normativa aplicable.

El principio básico de actuación conjunta en los actos de administración no tiene carácter absoluto; existen ciertos actos en los que por su propia naturaleza o necesidades de urgencia en el tráfico jurídico se impone la actuación aislada o individual de cada cónyuge, de manera que cualquiera puede hacer válidamente actos de administración sin necesidad del consentimiento del otro o autorización judicial supletoria.

Entre estos actos pueden citarse los siguientes:

1.- Realización de actos en defensa de bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción (art. 1.385 - 2º párrafo).

2.- La realización de gastos domésticos ordinarios y los que sean urgentes y necesarios aunque sean de carácter extraordinario (arts. 1.319 y 1.386).

3.- Realizar con los bienes gananciales lo que el Código Civil denomina *liberalidades de uso*, es decir, regalos con motivo de fiestas familiares, cumpleaños, aniversarios, etc. (art. 1.378).

4.- Disponer como administrador de los frutos de sus bienes privativos (art. 1.381).

5.- Tomar anticipos a cuenta del caudal común, pues el artículo señala que *cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes* (art. 1.382).

6.- Realizar actos de administración sobre bienes que, aunque realmente sean de la sociedad, figuren a nombre de uno sólo de los cónyuges (art. 1.384).

7.- Cobrar derechos de crédito que siendo gananciales figuren a nombre de uno de ellos (art. 1.385).

8.- Cuando uno de los cónyuges tenga atribuida por ley la representación del otro; dice el artículo 1.387 que *la administración de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte*, norma que se completa con lo dispuesto en el artículo 1.388: *los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho*.

Cuando la administración de los bienes gananciales recae en uno sólo de los cónyuges (cualquiera que sea su causa: pacto en capitulaciones, disposición de la ley o decisión judicial), su responsabilidad por los actos que realiza se ve agravada, pues no sólo responde como respondería cualquier administrador y además en los casos de beneficio exclusivo propio y en perjuicio o

fraude del otro cónyuge: *si como consecuencia de un acto de administración llevado a cabo por uno sólo de los cónyuges hubiere este obtenido un beneficio o lucro excesivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto* (art. 1.390), regla que también opera cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte, y, además, *si el adquirente hubiera procedido de mala fe, el acto será rescindible* (art. 1.391). Esta especial agravación de la responsabilidad del cónyuge administrador es consecuencia del deber general de cada cónyuge de actuar siempre en interés del grupo familiar, subordinando su interés particular al general de la familia.

Cuando uno de los cónyuges se dedica al comercio, la incidencia de su actividad mercantil sobre los bienes comunes determina una alteración de la normativa aplicable ya que las reglas del Código Civil ceden en favor de las que establece el Código de Comercio. Las diferencias más llamativas entre ambas regulaciones radica en el sistema de presunciones de consentimiento del otro cónyuge que establece el Código de Comercio y que tienden a facilitar la rapidez del tráfico mercantil evitando acudir continuamente a la autorización judicial supletoria.

La regla general es que para el cónyuge comerciante obligue con su gestión a los bienes comunes, *será necesario el consentimiento de ambos cónyuges* (art. 6 del C. de Comercio); pero tal consentimiento se presumirá otorgado *cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, y cuando al contraer matrimonio se ballare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro* (arts. 7 y 8 del C. de C.); *sin embargo el consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante habrá de ser expreso en cada caso* (art. 9 del C. de C.).

B. ACTOS DE DISPOSICION

Como he indicado en el apartado anterior, el Código Civil español tras la reforma de 1981 establece en los mismos artículos las reglas aplicables a los actos de administración y a los de disposición sobre los bienes comunes o gananciales. Por lo tanto cuanto se acaba de exponer en relación a los actos de administración es aplicable a los actos de disposición; bastará con susti-

tuir la palabra "administración" por la de "disposición" para tener una referencia de la problemática de los actos de disposición evitando incurrir en innecesarias repeticiones. Sin embargo, voy a ocuparme de algunas cuestiones no aludidas con ocasión de los actos de administración.

Por *acto de disposición* entendemos todo acto jurídico tendente a producir un desplazamiento de los bienes gananciales o a originar una limitación sustancial de su contenido; el concepto se extiende a la *enajenación de bienes* o acto de disposición en sentido estricto, que implica el cambio de titularidad del bien o derecho que se enajena que pasa a otro sujeto, ya sea por un acto oneroso o gratuito. También se extiende el concepto a los *actos de gravamen* (hipoteca, prenda, usufructo) sobre bienes gananciales.

La regla general en materia de actos de disposición de bienes gananciales es la misma que se expuso anteriormente en relación a los actos de administración y que recoge el artículo 1.375: la necesidad de consentimiento conjunto de ambos esposos para realizar cualquiera de los actos de disposición; regla general que es matizada por el propio Código en atención a la naturaleza del acto, por lo que hay que distinguir:

a.- Actos de disposición de carácter oneroso. Conforme al artículo 1.377, *para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el juez, previa información sumaria autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.* La norma, aunque imperfecta, resulta más completa que la que establece el artículo 1.376 para los actos de administración; establece la necesidad de consentimiento conjunto y ante la negativa a prestarlo por parte de uno de los esposos o la imposibilidad de hacerlo se establece la autorización judicial supletoria. Las mismas objeciones puestas de relieve con anterioridad se reiteran en este momento, pero debe destacarse la modificación que ahora se introduce al imponer al juez que haga *una previa información sumaria* que, en relación a los actos de administración, no es exigida formalmente, aunque ~~la propia lógica de los hechos la hacía necesaria como~~ presupuesto para la decisión judicial. La información sumaria

deberá ir dirigida a acreditar la oportunidad y conveniencia para el interés familiar del acto de disposición e implica conocer las razones que expone el cónyuge contrario al mismo.

La autorización se concede por el juez cuando considera que el acto de disposición es beneficioso *para el interés familiar*. Conviene resaltar que esta finalidad no es aludida en materia de autorización judicial para los actos de administración, para los que sólo se exige que la petición del cónyuge solicitante fuese *fundada*. La resolución judicial que concede la autorización para disponer tiene que indicar el acto o actos concretos que se permiten. No cabe una autorización general, en blanco o genérica, y frente al silencio en materia de actos de administración, puede el juez supeditar la concesión de la autorización a medidas cautelares de cualquier tipo que deberá prestar el cónyuge solicitante.

Si uno de los cónyuges dispone de bienes comunes sin el consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria, el acto dispositivo es válido pero será susceptible de ser anulado por el otro cónyuge en los mismos términos y dentro del mismo plazo que se analizó para los actos de administración. Es discutible la posibilidad de una autorización judicial *a posteriori* del acto de disposición, que permita sanar el acto de disposición viciado. Como lo que desea la ley es que se cuente con una autorización previa, no parece que pueda admitirse esa posibilidad. Por el contrario, tratándose de un acto meramente anulable nada impide la aplicación de las reglas generales de la *confirmación de los negocios jurídicos* y que el acto de disposición realizado sin el consentimiento de ambos cónyuges quede sanado en virtud de un acto de confirmación o sanación expreso o tácito por parte del cónyuge cuyo consentimiento fue omitido.

b.- Actos de disposición sobre bienes gananciales de carácter gratuito. El artículo 1.378 establece la nulidad del acto si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, a diferencia de la sanción de mera anulabilidad que produce el acto de disposición oneroso.

Pero la diferencia más importante radica en que, para los actos de disposición a título gratuito, la ley no ha previsto la posibilidad de autorización judicial supletoria; la consecuencia es que ~~sin la autorización conjunta~~ uno de los cónyuges sólo puede realizar actos de disposición que sean susceptibles de

incluirse dentro del concepto de *las liberalidades de uso*, examinadas anteriormente o que se trate de situaciones en las que no es posible obtener el consentimiento del otro cónyuge (bien por imposibilidad física o por estar ausente), por lo que serán válidos los actos de disposición unilaterales siguientes:

- 1.- Los que se califiquen como constitutivos de *liberalidades de uso*, como regalos con ocasión de fiestas o acontecimientos familiares.
- 2.- Los que sean *urgentes e inaplazables*, cuando la demora en su realización determinen un perjuicio grave para la familia.
- 3.- Los que recaigan sobre dinero o títulos valores que están a nombre del cónyuge que dispone, aunque su naturaleza sea ganancial.
- 4.- Los realizados por el cónyuge que sea tutor o representante legal del que no puede prestar consentimiento.
- 5.- Los que recaigan sobre bienes gananciales estando el otro cónyuge separado de hecho o hubiese abandonado la familia.

En todos estos supuestos debe tenerse en cuenta que si los bienes sobre los que se dispone son *inmuebles, establecimiento mercantil, u objetos preciosos*, es precisa la autorización judicial. Y al igual que se señaló para los actos de administración de carácter unilateral el cónyuge disponente tiene una responsabilidad patrimonial agravada siempre que:

- a.- el acto de disposición produzca un lucro exclusivo para el disponente y no para la familia.
- b.- o que el acto dispositivo hubiese originado un daño a la sociedad ganancial y dicho daño haya sido originado dolosamente por el cónyuge disponente.

En ambos casos la responsabilidad se extiende al importe del daño causado sin que la misma desaparezca ante la falta de impugnación por parte del cónyuge perjudicado.

- c.- o que el acto de disposición implique un fraude de los derechos del otro cónyuge; la responsabilidad se extiende también al importe del daño causado, pero si el fraude se hizo con mala fe, además el acto será rescindible.

Las limitaciones a la facultad de disponer sobre bienes gananciales están referidas a los actos *inter vivos*. Cuando el acto de disposición es *mortis causa*, el artículo 1.379 establece que *cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales*, regla cuya efectividad queda aplazada a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, que es el momento en que podrá determinarse si realmente hubo gananciales y si lo dispuesto en el testamento entra dentro de la mitad de gananciales que corresponde al cónyuge testador. Por eso el artículo 1.380 matiza: *la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento*.

Tanto para la realización de actos de administración como de disposición debe tenerse presente:

1º.- que es causa de disolución de la sociedad de gananciales, *venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad* (art. 1.393 Nº 2).

2º.- que *deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de cualquier actividad económica suya* (art. 1.383), siendo también causa de disolución de la sociedad de gananciales, *incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas* (art. 1.393 Nº 4).

3º.- que todo acto que afecte a bienes inmuebles debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad (art. 1.333).

5. REGIMEN JURIDICO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

5.1. PRESUPUESTOS GENERALES

La vida en común constituye una de las exigencias básicas del matrimonio, para hacerla efectiva es necesario poder disponer de una dependencia, de un local o de una superficie geográfica en que aquella pueda desarrollarse. La acusada vocación urbana que se manifiesta en los últimos sesenta años de los grupos

sociales determina la escasez de lugares adecuados que sirvan para poder convivir de forma adecuada. No parece que sea necesario aportar argumentos que corroboren el hecho evidente de ser la vivienda uno de los mayores problemas que deben afrontar los gobiernos de todo tipo de país, tanto en los desarrollados como los que viven en la frontera del desarrollo, basta con extender una mirada por los arrabales de cualquier ciudad para comprobar hasta qué extremos lamentables se ha llegado y en qué condiciones se vive la vida en común en numerosas familias.

Pero la tarea que debo afrontar escapa de esas connotaciones para centrarse en el tratamiento jurídico que la *vivienda familiar* tiene en las reformas del año 1981 en el derecho civil español. Puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico español no hubo referencia expresa a la vivienda familiar, salvo en la ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, hoy derogada. Es preciso llegar a la ley de 24 de abril de 1958 —que constituye el primer intento de modernización de la normativa originaria del Código Civil en materia de derecho de familia— para encontrar la primera referencia expresa a la vivienda familiar. En el artículo 68 al referirse a las diversas medidas que el juez podía adoptar durante la sustanciación de los procesos de nulidad o de separación personal (el divorcio seguía sin admitirse) se hace referencia a la determinación de *cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que ha de salir de aquella*; nótese que se habla de *vivienda común* y no de *vivienda familiar*.

Es preciso llegar a las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981 para encontrar una concreta regulación de la *vivienda familiar*. La primera de estas leyes introduce dentro de las disposiciones generales del Régimen económico matrimonial el artículo 1.320, cuyo contenido hemos transcrito al exponer el régimen económico primario matrimonial, y que, aunque emplea la expresión *vivienda habitual*, debe entenderse referida a la *vivienda familiar*. También se contempla la vivienda con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando es debida al fallecimiento de uno de los cónyuges, concediendo al cónyuge sobreviviente ~~derecho a que se incluya dentro de la mitad de gananciales que le corresponde~~ *la vivienda donde tuviese la*

residencia habitual, pudiendo pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación (arts. 1.406 N^o 4 y 1.407).

La ley de 7 de julio de 1981 —que modifica el Título IV del Libro I del Código Civil y reestablece el divorcio vincular como una de las causas de disolución del matrimonio civil— se ocupa de la *vivienda familiar* con motivo de las medidas a adoptar en los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio; el alcance de sus normas se examina en el apartado siguiente. De una apreciación de conjunto de las normas positivas que se ocupan de la *vivienda familiar*, es posible extraer las siguientes conclusiones:

1^a.— El legislador utiliza tres expresiones —vivienda familiar, vivienda habitual y vivienda donde se tiene la residencia habitual— para expresar la misma idea: *el lugar que constituye el hogar familiar*.

2^a.— La vivienda familiar es contemplada partiendo casi siempre de situaciones anómalas del matrimonio como consecuencia de situaciones de crisis o en la liquidación del régimen económico.

3^a.— La ley distingue dos tipos de titularidades sobre la vivienda: una que contempla el dominio o titularidad plena sobre la misma y otra la titularidad de uso que puede corresponder al cónyuge que no sea dueño de la vivienda, dando lugar a graves problemas de coexistencia de ambas titularidades.

4^a.— Las situaciones que la ley contempla se incluyen en las relaciones jurídicas *inter vivos* (con exclusión del derecho preferente de adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales). Sólo en relación de la vivienda en el arrendamiento urbano se contempla su destino para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges.

La norma básica que contempla las situaciones de normalidad matrimonial es el artículo 1.320, citado ya en dos ocasiones y sobre el que es oportuno volver para poner de relieve algunas de las cuestiones que plantea.

La vivienda familiar puede encontrarse en alguna de estas situaciones: a.- pertenecer privativamente a uno de los esposos; b.-

corresponder en comunidad ordinaria a ambos esposos, con o sin participación de otros terceros; c.- haber sido adquirida conjuntamente por marido y mujer durante el matrimonio y tener la cualidad de bien ganancial; d.- tratarse de vivienda arrendada antes del matrimonio por uno de los cónyuges; e.- estar arrendada por uno de los cónyuges durante el matrimonio; f.- haber sido arrendada por ambos cónyuges; g.- que la vivienda se disfrute en virtud de un derecho real de goce o disfrute concedido a uno o ambos cónyuges, por ejemplo por usufructo; y h.- que la vivienda familiar sea consecuencia de un acto de tolerancia de su propietario, lo que daría lugar a un *precario*. Esta diversidad de títulos que justifican el uso de la vivienda familiar condicionan el ámbito de aplicación del artículo 1.320. La regla general conforme a la cual *para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, aunque tal derecho pertenezca a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial*, aunque parece pensada para aquellos supuestos en los que la vivienda sea *propiedad* de cualquiera de los cónyuges o de uno de ellos, creo que debe extenderse a cualquier supuesto en que el derecho al uso de la vivienda sea susceptible de tráfico jurídico. Por tanto la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges o en su defecto la autorización judicial supletoria es exigible siempre que tal derecho sea transmisible, por ejemplo, un derecho de usufructo o de arrendamiento. No operará, por el contrario, cuando el uso de la vivienda sea debido a un derecho no transmisible, como puede ser un derecho de uso, que es personalísimo de su titular y por lo tanto no transmisible.

Las previsiones de consentimiento conjunto exigidas por el artículo 1.320 se limitan a los *actos de disposición*, es decir, a la enajenación —en sus diversas modalidades que abarcan la compraventa, permuta, donación— y a los actos de gravamen, pero no se aplica a los *actos de administración sobre la vivienda*. Estos actos no se mencionan en la norma, por lo que su régimen jurídico vendrá determinado por el tipo de régimen económico matrimonial al que el matrimonio se haya sometido. No puede olvidarse que el artículo 1.320 constituye uno de los principios que conforman el *régimen económico primario*, y por lo tanto su previsión es aplicable a cualquier sistema económico matrimonial. La norma sólo opera en relación a los actos de disposición *inter vivos*; ~~el destino de la vivienda familiar para el caso de fallecimiento de su titular se rige por las normas del Derecho de~~

Sucesiones con la preferencia de elección que hemos visto se recoge para la liquidación de la sociedad de gananciales.

La exigencia del consentimiento conjunto para los *actos de disposición sobre la vivienda familiar* opera tanto en los actos onerosos como en los gratuitos y con independencia de la titularidad del bien, por lo que aunque la vivienda tenga el carácter de bien privativo de uno de los cónyuges, necesitará este el consentimiento del otro o en su defecto la autorización judicial supletoria. Es discutible si el consentimiento conjunto es exigible cuando el acto de disposición no afecta al uso de la vivienda familiar, como puede ocurrir cuando se enajena la vivienda pero se continúa en el disfrute de la misma como arrendatario. Me inclino, por razones de seguridad del interés familiar, por exigirlo en todo acto de disposición porque es difícil imaginar que existan actos que no lleguen a afectar al interés familiar.

El artículo 1.320 es un precepto incompleto, no contiene previsión alguna acerca de la forma de manifestarse y de dejar constancia del consentimiento conjunto y sobre todo omite precisar el alcance y el procedimiento de la autorización judicial supletoria, deficiencias que en gran medida se reiteran con ocasión de los actos de disposición de los bienes gananciales, materia examinada en el epígrafe anterior. Las carencias legislativas deben suplirse con los mismos criterios ya propuestos y entender que la autorización judicial debe producirse a instancia del cónyuge titular del derecho de disposición sobre la vivienda familiar que deberá acreditar la conveniencia del acto dispositivo. Y el juez, previa audiencia del otro cónyuge, atendiendo al interés familiar más digno de protección, concederá o desestimará la autorización, que siempre será para actos determinados.

Existe, en mi opinión, una clara incongruencia por parte del legislador a la hora de sancionar los actos dispositivos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. En efecto, la consecuencia lógica de tal infracción debería ser la nulidad del acto, sin embargo tal sanción sólo se produce para los actos de disposición sobre la vivienda familiar de carácter gratuito. Para los actos de carácter oneroso el artículo 1.322 dispone que *cuando la ley requiera para un acto de disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o sus herederos.*

5.2. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS DEL MATRIMONIO

Mientras la convivencia matrimonial se realiza sin conflictos o discrepancias, el régimen jurídico de la vivienda familiar se somete a las previsiones generales, que acabamos de exponer, del artículo 1.320. Cuando surgen las situaciones que genéricamente se denominan de *crisis matrimonial*, la primera manifestación grave se traduce en la dificultad de convivencia de los esposos bajo un mismo techo y la consiguiente necesidad de proceder a adjudicar el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges; decisión muy compleja no sólo por los antagonismos personales que en tales momentos se originan entre los cónyuges, sino también por la dificultad de compaginar las titularidades de derechos con los intereses familiares más dignos de protección. Piénsese en la situación —nada anormal— de ser el titular de la vivienda el cónyuge al que se le priva de su uso en beneficio del cónyuge no titular; es comprensible que aquel no acepte con agrado la privación del uso y disfrute de un bien del que es titular.

La reforma del Código Civil debida a la ley de 7 de julio de 1981 (artículos 90 y 103) trata de dar solución a este problema; el criterio básico que informa esta materia es el de dejar a ambos cónyuges la decisión sobre cuál de ellos va a continuar en el uso y disfrute de la vivienda familiar; acuerdo que debe quedar recogido en el llamado *convenio regulador*, cuya eficacia queda supeditada a que el juez apruebe lo acordado por los cónyuges. El mutuo acuerdo de los cónyuges se convierte en el título jurídico legitimador del uso y disfrute de la vivienda familiar por parte del cónyuge adjudicatario que no sea titular, pero no implica un cambio en la titularidad dominical del bien, este sigue perteneciendo al cónyuge al que la vivienda pertenece, pero privado del derecho de uso y disfrute de la misma. La aprobación judicial del mutuo acuerdo actúa como ratificación de lo convenido y se producirá siempre que el juez estime que lo acordado no es perjudicial para el interés familiar. Si considera que no protege suficientemente dicho interés, rechazará la aprobación e instará a los cónyuges a que realicen un nuevo acuerdo que salve las deficiencias que haya observado y que hayan sido la causa de la denegación de la aprobación. Lo que jamás puede hacer el juez es sustituir lo que se haya pactado de mutuo acuerdo, por lo que él estime más conveniente.

Lo acordado por los cónyuges tiene especial transcendencia cuando la vivienda familiar se tiene en arrendamiento, ya que lo que conviene afecta a un tercero —al arrendador— que no es parte de la situación de crisis matrimonial. Las peculiaridades de esta situación se detallan más adelante en 5.4.

Cuando el acuerdo sobre la adjudicación de la vivienda familiar no es posible, la ley ha previsto supletoriamente un sistema de atribución judicial mediante una resolución judicial. La decisión del juez puede tener un carácter transitorio, mientras se tramita el proceso matrimonial o durante las negociaciones de los cónyuges que buscan un acuerdo, o ser definitiva una vez concluido el proceso matrimonial por sentencia; sentencia que sin embargo no produce el efecto de cosa juzgada ya que en cualquier momento pueden surgir nuevas circunstancias que aconsejen alterar la adjudicación inicial de la vivienda.

Se ha discutido en la doctrina española la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda que uno de los cónyuges recibe en virtud de la decisión judicial. Para algún autor, lo que se recibe es lo mismo que el cónyuge titular de la vivienda no adjudicatario tiene. La resolución judicial viene a ser una especie de privación temporal del derecho de uso y disfrute que tiene el cónyuge titular. Para la tesis que puede considerarse predominante, lo que el cónyuge adjudicatario tiene es un título judicial de uso y disfrute que es preferente a la facultad de uso y disfrute del cónyuge propietario; es la ley, por intermedio de la resolución judicial la que legitima frente a terceros el uso de la vivienda por el cónyuge adjudicatario, derecho de carácter temporal en tanto el interés familiar no determine una modificación en la adjudicación.

5.3. LA ADJUDICACION DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LIQUIDACION DEL REGIMEN ECONOMICO

Carece el Código Civil de una regulación ordenada y sistemática de la liquidación del régimen económico; sigue el criterio de dictar normas de liquidación específicas de cada tipo de régimen económico y lo hace además con muy diversa extensión, hasta el punto que puede afirmarse que sólo para la liquidación del régimen de gananciales hay normas concretas; para los restantes regímenes económicos las reglas aplicables en su liquidación son escasas y deben completarse con la aplicación analógica de

las dictadas para la sociedad de gananciales. Es posible que hubiese sido oportuno haber aprovechado las dos reformas del año 1981 para establecer un sistema liquidatorio común a todo tipo de régimen económico con lo que se hubiesen evitado las lagunas legales que ahora se padecen.

Para no alejarme del tema que ahora nos ocupa, voy a referirme a la situación de la vivienda familiar en la liquidación del régimen económico, atendiendo exclusivamente a los tres tipos de régimen económico que el Código regula.

A. La vivienda familiar en la liquidación de la sociedad de gananciales

Si se tiene presente que este tipo de régimen matrimonial es el predominante en la sociedad española y si además tenemos en cuenta que en gran número de matrimonios la masa ganancial que debe repartirse entre los cónyuges, viene constituida casi exclusivamente por la vivienda familiar, adquirida normalmente durante la vigencia del matrimonio, se comprende que la mayor parte de los litigios que se plantean tienen por objeto cuestionar la forma de liquidación de esa masa ganancial.

Cuando la liquidación de la sociedad de gananciales es debida a la muerte de uno de los cónyuges, la ley, como se ha señalado, concede al cónyuge sobreviviente el derecho a que se incluya en la mitad de los gananciales que le corresponden, la vivienda familiar, compensando la diferencia a los herederos del otro cónyuge si el valor de la misma es superior a la mitad de dichos gananciales; derecho de preferencia que establecen los artículos 1.406 Nº 4 y 1.407 y que no opera en los demás supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales.

Si la liquidación del régimen de gananciales obedece a otras causas: pactarse un nuevo régimen en capitulaciones, nulidad del matrimonio, separación o divorcio, la adjudicación de la vivienda en vía de liquidación de la masa ganancial se complica.

Un supuesto particular que permite a uno de los cónyuges exigir para sí la vivienda familiar se produce cuando uno de ellos resulta ser acreedor personal del otro, en este caso el artículo 1.405 dispone que *si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente*. El cónyuge

acreedor puede exigir que en pago de su crédito se le entregue la vivienda ganancial, siempre que el otro cónyuge no abone voluntariamente el importe del crédito.

En los restantes supuestos —normalmente en la liquidación subsiguiente a una situación de crisis matrimonial— la adjudicación de la vivienda familiar se determina en primer lugar por lo que de mutuo acuerdo convengan marido y mujer y en defecto de convenio por lo que el juez resuelva en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial.

Son estas las situaciones prácticas más abundantes y en las que resulta más difícil lograr una solución que satisfaga los intereses contrapuestos de los esposos, en las que no resulta extraño que la vivienda deba ser enajenada, al ser el único bien de la sociedad ganancial, y al mismo tiempo haya sido adjudicada en uso a uno de los cónyuges; en este extremo resulta sumamente ilustrativo hacer una breve referencia a varias sentencias del Tribunal Supremo que analizan estas cuestiones.

En la sentencia de 20 de mayo de 1993 se analizan los distintos títulos jurídicos del uso de la vivienda familiar que había sido adjudicada al esposo y su reflejo en la calificación de bien privativo o ganancial, con la particularidad de que dicho inmueble había sido adjudicado en subasta pública a un tercero, mientras que el uso seguía conferido al esposo. Señala la jurisprudencia que *a) es evidente que no se puede confundir un derecho de uso y habitación, derecho real de disfrute limitado en cuanto a su contenido y duración, con el derecho real pleno de dominio sobre el mismo inmueble que es de carácter perpetuo e ilimitado, salvo lo dispuesto en el artículo 348 del CC; b) la sentencia recurrida, confundiendo uno y otro derecho, atribuye al derecho de uso una virtualidad sólo asimilable a la propiedad y no prevé que ambos puedan coexistir sobre la misma cosa, como lo pone de relieve, en el ámbito económico matrimonial, el artículo 1.407 del que se deduce que ambos derechos son inconfundibles, y c) la atribución del uso de la vivienda puede hacerse de manera no provisional, ni tampoco de manera indefinida sino con la duración del derecho que regulan los artículos 523 y siguientes.* Se inclina la jurisprudencia por equiparar el derecho de uso de la vivienda al derecho real de uso, y su duración, salvo que por sentencia se dijere otra, será la de la vida del titular del derecho.

Otro supuesto muy frecuente en la práctica es el que se analiza en la sentencia de 3 de enero de 1990: la vivienda

familiar que tenía el carácter de ganancial se adjudicó; en la sentencia de instancia, al esposo, a pesar de la existencia de un convenio entre los esposos en el que se pactó la adjudicación de la vivienda a la esposa a cuyo cuidado habían quedado los dos hijos del matrimonio. La vivienda familiar constituía el bien más importante de la sociedad de gananciales, el Tribunal Supremo revoca la decisión de la instancia al considerar *que incurre en la inconsecuencia de atribuir al esposo, en pago de su haber, la vivienda propiedad de la sociedad conyugal cuyo uso en el convenio regulador, aprobado a instancia de ambas partes, fue asignado, en atención a la familia, a la esposa e hijos que con ella quedaron, hasta que se proceda a las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales. De manera que aquella atribución ahora al marido supone, tanto desde la inicial voluntad de los interesados expresiva de lo que el cónyuge a cuyo cuidado fueron puestos los hijos, quedase en el uso de la vivienda, mobiliario y enseres allí existentes, como desde el evidente deseo del legislador —bien patente en la normativa de los artículos 96 y 1.320 entre otros del CC— de atender la necesidad de alojamiento familiar; el quebrantamiento de tales previsiones, dejando incumplida, o a lo sumo a merced del esposo, la provisión en tan importante necesidad una vez que a él, que sólo estaba obligado a respetar la presencia de la familia en la casa común hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, por decisión que frente al interés familiar, sin duda el más necesitado de protección, toma en cuenta el mayor conocimiento del marido de la situación económica y su mejor disponibilidad para hacer frente a las cantidades pendientes de pago*". La sentencia no es un modelo de claridad literaria, pero pone de relieve el criterio que debe prevalecer para proceder a la adjudicación de la vivienda; debe hacerse a favor del cónyuge más necesitado de protección, necesidad que se estima implícita cuando tiene a su cargo el cuidado de los hijos del matrimonio.

B. La vivienda familiar en la liquidación del régimen de participación de bienes

Como se indicó al principio de este estudio una de las novedades de la reforma de 13 de mayo de 1981 consistió en introducir la regulación de un nuevo régimen económico matrimonial, desconocido en el derecho español, que se denomina

régimen de participación en las ganancias; este nuevo sistema matrimonial se inspira directamente en las reformas del derecho matrimonial francés ocurridas a partir de 1971.

Se trata de un régimen mixto ya que durante la vigencia del régimen (que es siempre convencional y por tanto hay que pactarlo en capitulaciones matrimoniales) funciona como si fuese un régimen de separación de bienes, cada cónyuge tiene la libre disposición y administración de sus bienes; pero en el momento de su extinción opera como un régimen de comunidad ya que el cónyuge que mayores ganancias o incrementos patrimoniales haya experimentado a lo largo de la duración del régimen ha de repartir esas ganancias con el cónyuge que ninguna o menos ganancias haya tenido en su patrimonio.

Para determinar la existencia de ganancias o incrementos patrimoniales en el haber de cada cónyuge es imprescindible conocer cuál era el importe del patrimonio de cada uno de ellos en el momento inicial del régimen, importe que luego deberá compararse con el que tiene cada patrimonio en el momento de extinción del régimen; si el patrimonio final es superior al inicial existirán ganancias que el cónyuge que las tenga de mayor cuantía deberá repartir, en la forma convenida o en la que la ley señala, con el cónyuge cuyo patrimonio final sea menor al inicial (y por tanto no tuvo ganancias) o cuyas ganancias son inferiores a las que obtuvo el otro cónyuge. Es un régimen complicado que no ha tenido aceptación alguna, pues no se alcanza fácilmente a ver las ventajas que puede tener sobre el régimen puro de separación de bienes o sobre el de comunidad de ganancias.

A la hora de regular la liquidación del *régimen de participación*, el Código Civil remite a las normas de la liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1.415). Si se tiene presente que el reparto de ganancias debe hacerse en dinero, la existencia de vivienda familiar (que será privativa de uno de los cónyuges o en copropiedad ordinaria) deberá computarse en dinero para incluir su valor en el patrimonio inicial o final (según el momento en que haya sido adquirida) del cónyuge titular de la misma.

Si el uso de la vivienda, como consecuencia de un proceso matrimonial, no fue adjudicada al cónyuge titular de la misma, la problemática que puede plantearse es la misma que se ha analizado respecto al régimen de gananciales.

C. La vivienda familiar en la liquidación del régimen de separación de bienes

No hay en la regulación del régimen de separación de bienes ninguna norma que se ocupe de las reglas aplicables en el momento de su liquidación. Parece que el legislador considera que no pueden existir problemas de liquidación ya que los únicos bienes que pueden repartirse son los que se tengan en comunidad o copropiedad ordinaria, a cuya división y adjudicación se aplicarán las normas ordinarias de la comunidad de bienes.

Por tanto la vivienda familiar será privativa de uno de los esposos o será común de ambos, siendo su derecho en este caso en proporción a la cuota que cada uno tenga en la comunidad. Si, por decisión judicial dictada en proceso matrimonial, el uso de la vivienda familiar que pertenece como bien privativo a uno de los cónyuges es adjudicado al cónyuge no titular del bien, adquirirá un derecho de uso sobre el mismo en idénticas condiciones a las analizadas respecto a la sociedad de gananciales.

5.4. LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL ARRENDAMIENTO URBANO

Uno de los mayores problemas que plantea la adjudicación del uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales se origina cuando dicha vivienda no corresponde en propiedad a los esposos por estar en situación de arrendamiento urbano; normalmente ese arrendamiento se celebra entre el esposo y tercero (arrendador). Al decidir el juez la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges, puede ocurrir que el cónyuge adjudicatario no sea el que figura como arrendatario, de manera que el tercero arrendador se encuentra con un arrendatario, distinto de la persona con la que él celebró el contrato.

Era una necesidad, puesta de relieve con insistencia por la doctrina que nos ocupamos del tema, inaplazable que se estableciese la cobertura legal que amparase esa anómala situación; sorprendentemente ninguna de las dos leyes de 1981 afrontó la cuestión, a pesar de la conveniencia de su resolución. Ha habido que esperar hasta la ley de *Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, para que esa situación encuentre su justificación en una norma que la legitima.

El artículo 15 de la ley establece: *Separación, divorcio, o nulidad del matrimonio. 1. En los casos de nulidad del matrimonio, separa-*

ción judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil. 2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda. El precepto es sólo en parte satisfactorio ya que pudiendo el legislador optar por la solución que hubiese sido más lógica, decide atribuir al cónyuge adjudicatario no arrendatario una condición de continuador de la persona del otro cónyuge, arrendatario originario. Hubiese sido más sencillo considerar (en el supuesto de arrendamiento, realizado por arrendatario casado) arrendatarios a ambos esposos, mediante la exigencia de actuación conjunta en el otorgamiento del contrato.

Con la solución que se adopta, el cónyuge adjudicatario viene a ser una especie de arrendatario legal, sin que tal condición implique la pérdida de la condición de arrendatario por el cónyuge contratante; la ley omite toda referencia a su situación. Yo he defendido, con razones expuestas por extenso en otro lugar (en *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*, dirigidos por el Dr. X.O. Callaghan, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1995, p. 155 y ss), que no pierde tal condición, simplemente está en suspenso su cualidad de arrendatario que puede recuperar —por ejemplo, cuando el cónyuge adjudicatario abandone la vivienda— mientras dura la vigencia del contrato.

6. CONCLUSIONES

Hasta aquí las notas más relevantes del nuevo Derecho de Familia español que se inicia en el año 1981; como habrán ido comprobando a lo largo de mi exposición, la nueva normativa parece ser un claro precedente de la nueva legislación chilena que introduce la Ley Nº 19.335 de 23 septiembre de 1994, que el Prof. Corral Talciani tuvo la gentileza de facilitarme. Debo decir que, sin tener tiempo para afrontar un estudio profundo del nuevo Derecho de Familia chileno que esa ley implanta, me parece una normativa que mejora la española, aunque en las ideas esenciales coincidan. Así me parece muy aceptable la regulación de los *bienes familiares* (art. 141 y ss) en particular en

lo referente a la vivienda familiar; y muy especialmente el nuevo *Título XXII - A*, que introduce el Régimen de participación en los gananciales, que con los 27 artículos Nº 1.792, constituye una regulación mucho más completa y extensa que la española, pues aunque esta dedica 24 artículos al mismo régimen su contenido es mucho más conciso e imperfecto; me gustaría conocer el grado de aceptación de este Régimen en la sociedad chilena.

Trataré en breves líneas de resumir cuanto he expuesto en las páginas precedentes, teniendo también en cuenta lo mucho que he debido callar por exigencias del tiempo.

Creo que las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 han supuesto una modernización del Derecho de Familia español y que en su conjunto son mayores los aciertos que los errores; con el material que el legislador entrega al aplicador del derecho, al juez, al profesor y al abogado, hay suficientes mimbres para obtener un buen cesto dentro del que quepan las necesidades actuales de nuestros matrimonios. Habrá quien se encuentre insatisfecho y que considere que también debieron regularse materias que ya en ese momento se reclamaban por una parte, mínima creo yo, de la sociedad, como es la que concierne a las parejas de hecho y las uniones de homosexuales, pero aquí y ahora no es el momento oportuno de opinar sobre ello, espero y deseo que vuelva a darse otra ocasión para poder hacerlo.

7. AGRADECIMIENTOS

He abusado excesivamente de vuestra paciencia y amabilidad, pero no puedo terminar sin haceros llegar mis agradecimientos más sinceros por vuestra cariñosa acogida que hace me sienta como en mi propio país y que pueda hacer míos los versos del gran Pablo Neruda:

Patria, puso la tierra en tus manos delgadas su más duro estandarte, la cordillera andina, hierro nevado, soledades puras, piedra y escalofrío, y en tu costado como flor infinita el mar te ofrece su derramada espuma. Oh mar, oh nieve, oh cielo de mi pequeña patria, al hombre, al compatriota, al camarada darás, darás un día el pan de tu grandeza....

(Oda a la cordillera andina)

LOS SISTEMAS ECONOMICO-MATRIMONIALES EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS CANADIENSES

ERNEST CAPARROS

*Profesor de Derecho Civil
Universidad de Ottawa, Canadá*

INTRODUCCION

Permítaseme, en primer lugar, agradecer la invitación recibida de mi colega, y buen amigo, el Profesor Doctor Hernán Corral que con tanta competencia y destreza dirige la investigación en esta Facultad de Derecho de la magnífica Universidad de los Andes. Participar en este Seminario Internacional sobre *Regímenes matrimoniales: problemas actuales y perspectivas de cambio*, me honra sobremanera. No tuve dudas a la hora de aceptar la invitación, pues por la amplitud del tema y por la forma de organizar el Seminario me di cuenta enseguida de lo mucho que podría aprender; además, la posibilidad de volver a ver a tantos buenos amigos, me incitó a aceptar sin reservas.

El campo que se me ha asignado para esta conferencia es vastísimo. Evidentemente, en el tiempo de que disponemos es imposible hablarles con detalle de las numerosas reformas introducidas en el Código Civil en materia de regímenes matrimoniales. Ha sido una enorme operación jurídico-política que se ha desarrollado durante más de sesenta años. Tampoco es posible trazar un cuadro razonablemente completo de los regímenes matrimoniales en Canadá. Como, además, una operación de esa envergadura podría ser laboriosa y probablemente también penosa, y algo chata, he optado por hablarles de *"Los sistemas económico-matrimoniales en los ordenamientos jurídicos canadienses"*.

He preparado pues una especie de sainete en tres actos en el que, a grandes pinceladas y realzando los elementos de derecho comparado que existen dentro de los ordenamientos canadienses, les mostraré en primer lugar el contexto jurídico-constitucional, que podríamos llamar "I.- La desarticulación constitucional del derecho de familia en los ordenamientos jurídicos canadienses". En segundo lugar, la evolución que se ha producido en el campo de los regímenes matrimoniales en Canadá, bajo el título "II.- El régimen de bienes en el matrimonio en los ordenamientos jurídicos canadienses: interfecundaciones y bastardías". En fin, evaluaremos las reformas introducidas en el Derecho de Québec hasta el último Código, que comenzó a aplicarse en enero de 1994, y que podría titularse "III.- Promesas electorales de ayer, errores jurídicos de mañana".

El profesor Corral ha tenido la gentileza de enviarme hace ya algún tiempo su monografía *Bienes familiares y participación en los gananciales*¹, así como el Código Civil chileno. Eso me ha permitido tomar también como punto de comparación, según mi comprensión a distancia, la situación jurídica de Chile. Espero que esos puntos de comparación puedan ser comprensibles y útiles. Sin más preámbulos, comencemos con el primer acto del sainete.

I. LA DESARTICULACION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FAMILIA EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS CANADIENSES

Parece apropiado comenzar situando el contexto constitucional y sociológico del Canadá. Ya verán las razones por las que es tan importante situarse convenientemente en la escena. La Constitución canadiense es, fundamentalmente, un acuerdo entre los representantes de las cuatro provincias² que llegaron a aceptar los compromisos necesarios para que el Parlamento Bri-

¹ H. Corral Talciani, *Bienes familiares y participación en los gananciales, La reforma de la Ley N° 19.335 de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

² Las dos del Canadá: *Haut-Canada* (que se llamará Ontario, más adelante) y *Bas-Canada* (Québec), más *New Brunswick* y *Nova Scotia*, que han conservado esos nombres, para formar el Dominio de Canadá, al que se irían añadiendo las otras provincias, hasta llegar a ser diez, y dos territorios: *Manitoba*, 1870; *Territorios del Noroeste*, 1870; *British Columbia*, 1871; *Prince Edward Island*, 1873; *Adjacent Territories* (ahora Yukon), 1880; *Alberta*, 1905; *Saskatchewan*, 1905 y *Terranova*, 1949.

tánico, con una ley de 1867, *The British North America Act*.³, estableciera una confederación canadiense. En ella, tras arduas negociaciones y bastantes concesiones, se distribuyen las competencias legislativas entre el gobierno central y las provincias y territorios. Empleamos el plural, ordenamientos jurídicos, pues debido a la distribución de las competencias jurisdiccionales que se llevó a cabo en 1867, al establecer la Confederación, disfrutamos en Canadá de varios ordenamientos jurídicos, necesariamente vinculados: el ordenamiento del derecho federal y los ordenamientos de las diez provincias y de los dos territorios. Jurídicamente, el país no es sólo bilingüe, sino también bijurídico, puesto que, en el campo del derecho privado, conviven el derecho codificado (en Québec) y la *common law*, impropriamente llamado derecho consuetudinario (en el resto del país).

Los diálogos de los llamados "Padres de la Confederación", al fijar esos campos exclusivos de competencia, con todas las negociaciones que conllevaron, merecería una breve novela⁴. Especialmente cuando entraban en juego temas que tocaban la religión⁵ o la lengua, puesto que en esas cuatro provincias fundadoras las mayorías y las minorías se alternaban. Es decir que Québec (el *Bas-Canada*) tenía una mayoría católica y francófona, con minoría protestante y anglófona, mientras que Ontario (el *Haut-Canada*) tenía mayoría anglófona y protestante, con minoría católica y francófona. En las otras dos provincias, el juego de mayorías y minorías era semejante.

Limitándonos al derecho de familia, ejemplo paradigmático de esa distribución de competencias, los Padres de la Confederación, para evitar los conflictos de Derecho internacional privado de la distribución de competencias americana, desean atribuir al gobierno federal la competencia exclusiva en relación con *el matrimonio y el divorcio*, al contrario de la Constitución estadounidense que la había otorgado a los Estados. De esa forma, la competencia legislativa sobre *el matrimonio y el divorcio* se convierte en una excepción a la competencia más general, atribuida

³ *British North America Act*, 1867, 30-31 Vict., c. 3 (U.K.), que tras las modificaciones constitucionales de 1981 pasa a llamarse *Constitution Act, 1867/Loi constitutionnelle de 1867*, cf. *Canada Act, 1982/ Loi de 1982 sur le Canada, Schedule I/Annexe*, 1982, c. 11 (R.U./U.K) en R.S.C.(1985) App. II Nº 44.

⁴ Un resumen en P. Garant, *Drôit scolaire*, Cowansville, Ed. Y. Blais, 1992, pp. 40-45.

⁵ Cf. G.-A. Beaudoin, *La Constitution du Canada*, Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, pp. 357-366.

a las provincias, en los campos *de propiedad y derechos civiles*. Los representantes de Québec, católicos, a la vez que dan su aprobación plena y entera para que el divorcio quede entre las manos del gobierno federal ("mientras más lejos mejor", afirman en el debate), temen que los protestantes desean suprimir el matrimonio religioso de los católicos, y se oponen a ello. A esas protestas responden los constituyentes otorgando a las provincias la competencia también exclusiva para legislar en *materia de celebración del matrimonio*. Así pues, esas negociaciones comienzan por extraer de una competencia general de las provincias, *la propiedad y los derechos civiles*, una primera excepción, *matrimonio y divorcio*, atribuida al poder federal, y de esta excepción, una segunda, *celebración del matrimonio*, que vuelve a la competencia provincial⁶. Se comprende, sin gran esfuerzo, que en este campo no sea fácil trazar la línea que separa la competencia federal de las provinciales y que si se llegara a trazar esa línea con claridad, no se alcance a ver cómo se puede legislar, por ejemplo, sobre el divorcio sin tocar de forma incidental aspectos patrimoniales que corresponderían más bien a la categoría "propiedad y derechos civiles".

Con este telón de fondo, trataremos de descubrir los derechos de la familia garantizados constitucionalmente y aquellos que están protegidos por los ordenamientos provinciales, teniendo en cuenta que es imposible hacer el inventario de los trece sistemas que conviven en el Canadá. Centrándonos a las provincias de Québec y Ontario, escogemos los ordenamientos jurídicos más representativos. Por una parte, en estas provincias vive la mitad de la población canadiense; por otra, juntas representan tanto el bilingüismo como el bijuridismo del país.

El conjunto de derechos menos reconocido en los ordenamientos nacionales es precisamente el que constituye el fundamento mismo de la familia: es decir, que el matrimonio indisoluble sea el acta de constitución y la piedra de ángulo de la familia. Los ataques llegan por dos flancos: el de las intervenciones relacionadas con el divorcio, que en Canadá rompe los lazos civiles del matrimonio, y el de las que tienen por objeto los amancebamientos.

⁶ Cf. *Constitutional Act*, 1987, art. 91, 26 (matrimonio y divorcio); art. 92, 12 (celebración del matrimonio), 13 (propiedad y derechos civiles).

A. EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO

En numerosos países el divorcio es hoy moneda corriente, tan corriente que se ha convertido en calderilla. Ante esa trivialización del divorcio, causada en gran parte por los propios legisladores y por los tribunales que aplican las leyes, bastantes políticos continúan con un discurso hipócrita (*langue de bois*⁷, dicen en francés con elegancia), en el que pretenden que el matrimonio es importante, a la vez que promulgan leyes en las que el divorcio se alcanza casi por consentimiento mutuo⁸.

Se llega así a una situación social llena de irracionalidad y entretejida de contradicciones. Se sigue reglamentando cuidadosamente el matrimonio y su celebración, pero, al abandonar la indisolubilidad, se reglamenta aún más cuidadosamente el divorcio y los aspectos patrimoniales de la disolución, a la vez que los hijos se convierten en bastantes casos en parte del botín que hay que repartir entre los esposos⁹. Por otra parte, aunque los tribunales siguen interviniendo en materia de divorcio, no es para decidir si hay o no causas para decretarlo, puesto que es ya automático tras un año de separación¹⁰, sino para resolver las cuestiones patrimoniales y los problemas de la custodia de los hijos¹¹. De esa forma se debilita el matrimonio hasta dejarlo raquítico; un matrimonio que es más difícil de celebrar que de disolver.

Este contexto socio-jurídico ha tenido un impacto muy considerable en los movimientos de reforma relacionados con el régimen económico del matrimonio, puesto que regímenes que podrían ser muy eficaces en un contexto de indisolubilidad del

⁷ Cf. E. Caparros, "Évolutions et involutions en droit privé", en *Mémoires de la Société royale du Canada*, 1987/5e série/ tom. II, University of Toronto Press 1988, pp. 97-108.

⁸ La primera ley canadiense es la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, c. 24, la actual, *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1985, c. 3, (2d supplement) ha sido modificada en varias ocasiones: 1985, 1990, 1992, 1993; para el texto ver: *Payne's Divorce and Family Law Digest*, Toronto, DeBoo, 1992, C-3; para un comentario ver: J. D. Payne, "Divorce Reform in Canada: New Perspectives; An Analytical Review of Bill C-10 Canada, 1984", (1984) 15 *R.G.D.* 359-383.

⁹ Cf. M. Pratte, "La garde conjointe des enfants des familles désunies", (1988) 19 *R.G.D.* 525-573.

¹⁰ Se habla entonces de *breakdown of marriage* o de *échec du mariage*, que para la ley existe, además de en caso de adulterio o de crueldad física o mental, cuando los esposos han vivido separados durante un año antes de la introducción de la instancia y continúan viviendo separados entonces: cf. *Loi sur le divorce*, 1985, art. 8 (2).

¹¹ Cf. J. D. Payne, "The Dichotomy between Family Law and Family Crisis on Marriage Breakdown", (1989) 20 *R.G.D.* 109-128; *id.*, "Further Reflexions on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson", (1989) 20 *R.G.D.* 477-498.

matrimonio, se transformaban en injustos cara al divorcio, como lo veremos en el segundo acto del sainete. Hay otro aspecto, una situación de hecho, que conviene también mencionar.

B. LOS AMANCEBAMIENTOS

Junto a esta situación divorcista, el legislador reconoce con bastante facilidad, en leyes de naturaleza social, que el amancebamiento pueda ser tratado como si el hombre y la mujer estuvieran casados, si han vivido juntos un cierto número de años (varía de tres a siete), o si han vivido juntos algún tiempo y han tenido descendencia¹². Se puede comprender que el legislador, ante una pensión que se paga al cónyuge supérstite, opte por pagarla al que ha vivido en concubinato con el difunto, si se trataba de un amancebamiento extramatrimonial; es decir, entre personas que estaban libres y podían contraer matrimonio entre sí. Lo que es más sorprendente —como ocurre en algunas leyes de Québec— es que se prefiera al concubinario (si ha convivido tres años) al cónyuge viudo cuando este vivía judicialmente separado del difunto¹³. Se plantea así en toda su crudeza la injusticia de los “apaños” legislativos que no tienen en cuenta los concubinatos contra-matrimonio, es decir aquellos amancebamientos en los que uno o los dos tienen obligaciones de justicia con un cónyuge. Ante estos apaños legislativos sin fundamento jurídico, en los que se puede pensar que el legislador aplica la noción de usucapión a algunos beneficios del matrimonio, se puede hasta comprender que esos legisladores no sepan qué decir a las personas homosexuales que viven juntas¹⁴.

¹² Cf. M. D.-Castelli, “La notion de famille et son impact en droit social”, (1981) 22 C. de D. 5-54; M. Giroux et A. Laurent, “Portrait critique de l'union de fait en droit québécois”, (1989) 20 R.G.D. 129-153, Nos 4-10, pp. 132-134.

¹³ Cf. M. Giroux et A. Laurent, *id.*, Nos 22-25, pp. 140-142. Las modificaciones posteriores no han cambiado esta situación, cf. *Loi sur les régimes de rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9, art. 91 y 91.1 (mod. introducidas por la L.Q. 1993, c.15, art. 16).

¹⁴ Cf. *Pour les familles québécoises*, Livre vert, Document de consultation sur la politique familiale, Québec, Gouvernement du Québec, 1984. En Ontario, un intento legislativo de reconocimiento de este tipo de relación fue rechazado por la Asamblea, cf. Bill 167, An Act to amend Ontario Statutes to provide for the equal treatment of persons in spousal relationships, 1994, presentado el 19-V-94 y que no superó la segunda lectura el 9-VI-94. Sin embargo, en British Columbia han llegado a equiparar legislativamente, en ciertos casos, todo tipo de parejas modificando la definición del término “spouses”, para incluir a “persons of the same gender”, una *contradictio in terminis*; ver: *Family Relations Amendment Act*, 1977, Bill 31, art. 1 (c) y *Family Maintenance Enforcement Amendment Act*, 1977, Bill 32, art. 1(1) d), ambas sancionadas el mismo día 21-VII-97.

Los jueces, cara a los comportamientos paramatrimoniales, terminan también cayendo en la trampa de afirmar que hay discriminación en esos mismos casos¹⁵. Así, los tribunales, so capa de respetar el principio de igualdad entre los ciudadanos, pretenden a veces que hay discriminación si los amancebados no tienen los mismos derechos que los esposos o si no se trata de la misma forma a los ajuntamientos de personas del mismo sexo¹⁶. Curiosamente, ese tipo de razonamiento no se ha aplicado aún a las normas que reglamentan la propiedad y no se considera que el Código discrimina al reconocer al propietario derechos que no tiene ni el usurpador ni el poseedor de mala fe.

De todas formas, la legislación social se limita a situaciones especiales de necesidad sin proceder a una equiparación total de los amancebamientos con el matrimonio, puesto que la "definición" de la ley, en la que se incluye bajo el término "esposos" a los amancebados, se aplica sólo para los efectos previstos en cada una de esas leyes. Sin embargo, en las provincias de *common law* se ha dado un paso más hacia la confusión. Se ha incluido en la legislación específica sobre la familia¹⁷, que reglamenta sobre todo los aspectos patrimoniales, el mismo tipo de razonamiento, análogo al de la prescripción adquisitiva, y el mismo tipo de "definición" englobante en algunas partes de la ley. Así en la reglamentación de los alimentos (*support obligations*) entre esposos, se incluye a los amancebados, que han vivido tres años en concubinato o que tras una relación de cierta permanencia ("*in a relationship of some permanence*") han tenido descendencia o han adoptado un niño, tratándolos a todos por igual¹⁸. Esa misma ley establece el cuadro jurídico para la formalización de *cohabitation contracts*, semejantes en bastantes aspectos a los *marriage contracts*, a los que se puede poner un término con un *separation agreement*¹⁹.

¹⁵ Ver por ejemplo, *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

¹⁶ Cf. *Schaap c. Forces armées canadiennes*, [1989] 3 C.F. 172 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, que reflejan opiniones diversas sobre estas cuestiones.

¹⁷ Cf. *Family Law Act*, 1986, S.O. 1986, c. 4, ahora en R.S.O. 1990, c. F. 3. Para un comentario ver J. D. Payne, *Spousal Property Rights under the Ontario Family Law Act*, Toronto, Butterworths, 1987. La situación es más grave en British Columbia, como hemos señalado en la nota 14, puesto que se incluyen también en esa definición a personas del "same gender".

¹⁸ Cf. *Family Law Act*, 1986, art. 29-30.

¹⁹ Cf. *id.*, art. 51-60.

El legislador de Québec, por su parte, se limitó a abrogar en 1980 el artículo del Código Civil que consideraba la donación entre concubinos como contraria al orden público²⁰. A partir de esa total libertad contractual entre concubinos, la *Chambre des notaires* ha sugerido a sus miembros²¹ varios modelos de contratos, todos ellos inspirándose en las capitulaciones matrimoniales. No es pues el legislador el que provoca la confusión en este campo, sino la falta de imaginación de los que proponen soluciones matrimoniales (por mimetismo con las capitulaciones matrimoniales) a las uniones extramatrimoniales cuyos problemas, al ser ciertamente distintos, exigen soluciones también diferentes, aunque en algunos casos las apariencias engañen.

Basten estas indicaciones para medir el elevado nivel de contaminación que tiene que respirar en el Canadá (y la situación no es muy diferente en los Estados Unidos, ni en bastantes países de Europa) la familia basada en el matrimonio indisoluble, *la familia soberana*²². Por otra parte, la distribución de competencias legislativas entre el gobierno federal y las provincias se difumina: al legislar sobre el divorcio, el federal interfiere necesariamente en aspectos patrimoniales de los esposos y en las cuestiones concernientes a los alimentos y la custodia de los menores; de forma incidental, aspectos de la propiedad y de los derechos civiles pasan insensiblemente de la competencia provincial a la federal y, en el caso de Québec, abandonan el "terreno codificado" para pasar a nociones y aspectos de *common law*. En el sentido contrario, cuando las provincias, tomando ocasión de medidas patrimoniales, tratan de equiparar amanecamientos y matrimonios, se infiltran en el campo de la definición del matrimonio y se inmiscuyen en campos de jurisdicción federal. Tanto en un caso como en el otro estamos ante un Derecho de Familia legislativamente desarticulado, puesto que ni el legislador federal, ni los provinciales, pueden intervenir sobre el conjunto de la disciplina.

²⁰ Cf. art. 768 del antiguo *Code civil du Bas-Canada*, abrogado por la *Loi instituant un nouveau Code civil*, L.Q. 1980, c. 39, art. 35.

²¹ Cf. Chambre des Notaires, "Le concubinage", *Les Cahiers de la direction de la recherche et de l'information*, vol. 18, no 1A, mars 1985, p. 132. Cf. M. Guy, "Les accords entre concubins et entre époux après la Loi 89", [1984] *C.P.* no 163-178.

²² Cf. Juan Pablo II, *Carta a las familias*, 2-II-1994, Nº 17, y para un comentario ver P. J. Viladrich, "La famiglia 'sovrana'", *Ius Ecclesiae* VII (1995) 539-550.

Ciertamente, la situación canadiense es ideal para llevar a cabo una amplia tarea de interfecundación entre el derecho codificado y la *common law*, que podríamos llamar derecho comparado interno, enriqueciendo los ordenamientos jurídicos en presencia; salvo que, para que la tarea de interfecundación no termine en bastardía de baja ralea, haría falta que, como con los cruces de ganado, las razas sean puras y estén bien cruzadas; así las ideas que han de emplearse para enriquecer los ordenamientos jurídicos han de ser cada vez más puras y los conceptos cada vez más precisos.

II. EL REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS CANADIENSES: INTERFECUNDACIONES Y BASTARDIAS

Vale la pena ejemplificar esos cruces y esas interfecundaciones en el aspecto del derecho patrimonial de la familia que se centra en el régimen de bienes en el matrimonio. Salimos así, en sentido estricto, del derecho federal, pues esos aspectos son de la competencia de las asambleas legislativas provinciales, es decir, se trata propiamente de derecho provincial. Pero, además, nos referimos de forma específica a las relaciones patrimoniales entre cónyuges, que es el campo donde se encuentran las manifestaciones principales de la igualdad entre los cónyuges, una vez resuelta a nivel provincial la cuestión de la capacidad jurídica de la mujer casada²³.

Se entrecruzan en Canadá los caminos de los regímenes de bienes romano-germánicos y anglosajones, dando lugar, en las últimas décadas, a unos regímenes de bienes en los que se alcanza una especie de denominador común. No deja de ser curioso que, para alcanzarlo, el camino haya sido largo y tortuoso. Por un lado se parte de una comunidad, como en el derecho codificado de Québec, o incluso de una unión de bienes, como ocurría en el derecho anglosajón hasta finales del siglo XIX, para llegar primero a una cierta separación de patrimonios, convencional en Québec y legal en el derecho anglosajón. Mientras que

²³ En Québec se pueden mencionar las leyes siguientes: *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile relativement aux droits civils de la femme*, S.Q. 1930-31, c. 101; *Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1954-55, c. 48; *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66; *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77; *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39; *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives a fin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

abandonando las separaciones de bienes, tanto legales (las de las *Married Woman Property Acts*) como convencionales, para llegar a un régimen de participación en los beneficios o en los gananciales.

A. DE LAS COMUNIDADES DE BIENES A LA SEPARACION DE PATRIMONIOS

Veamos a grandes trazos la situación jurídica existente tanto en Québec como en las provincias de *comon law* en relación con los regímenes económico-patrimoniales en la fase predivorcista, es decir cuando no se había minado la indisolubilidad del matrimonio y, por consiguiente, la reglamentación del derecho de sucesiones podía compensar, o incluso mejorar, la situación económica derivada de los regímenes matrimoniales.

1. El Québec predivorcista

Como es sabido, la tradición mayoritaria en los derechos codificados propone como finalidad del régimen matrimonial legal una cierta partición de bienes a la disolución. Se trata de manifestaciones diversas de las comunidades de bienes originarias de los ordenamientos germánicos, cuyo tronco común es recibido en la gran mayoría de los ordenamientos de derecho codificado con base en las costumbres. Aparecen así en los distintos códigos regímenes de distribución de bienes y de participación en los beneficios con gran diversidad en sus modalidades y en su tipología de aspectos técnicos. Las dificultades históricas de confiar los derechos-función a ambos cónyuges, dificultades provocadas en gran parte por la rigidez del Derecho Romano en ese campo, tienen un serio impacto en la "incapacidad" jurídica de la mujer casada en el contexto de esos regímenes matrimoniales, que son, por otra parte, económicamente ventajosos para ella cuando su principal ocupación profesional se desarrolla en el hogar, sin remuneración. No son en sí los regímenes de comunidad o de participación los que exigen que se confíen las funciones de administrador al marido (las numerosas reformas introducidas a partir de los años cincuenta lo demuestran ampliamente²⁴),

²⁴ Cf. para un estudio de la evolución y de los diversos tipos principales de administración de los bienes (común, separada, concurrente) E. Caparros y M. Damé-

sino más bien la política legislativa derivada del matrimonio *cum manu* del Derecho romano.

Québec no es excepción a esa norma mayoritaria: desde 1866, el *Code civil du Bas-Canada* establece como régimen matrimonial legal la comunidad de muebles y gananciales²⁵, siguiendo el modelo francés. Se contemplan también regímenes convencionales, entre otros la separación de bienes²⁶. El matrimonio se disuelve sólo por la muerte²⁷ hasta 1969, otorgando pleno efecto a las disposiciones testamentarias²⁸ incluidas en los regímenes convencionales de separación de bienes, que tenían como objeto, en muchos casos, la constitución del cónyuge supérstite en heredero universal. Ese mismo Código reconocía la plena capacidad jurídica de la mujer, pero pretendía, hasta 1954²⁹, que la mujer casada formaba parte de los incapaces de ejercer sus derechos. Ya en 1931 se habían corregido algunos inconvenientes (estableciendo entre otras cosas los bienes reservados y exigiendo el consentimiento de la mujer para los actos de disposición de bienes comunes a título gratuito³⁰) y en 1964 se da un paso más en la dirección de la igualdad entre los esposos, aunque todavía incompleto, pues al no modificar a fondo los regímenes económico-matrimoniales, esa capacidad beneficiará solamente a la mujer separada de bienes³¹. Probablemente habrán ido evocando las reformas similares introducidas en el Código chileno³², y sin lugar a dudas, se podrían hacer fructuosas comparaciones en este campo entre el Código de Québec y el chileno, pero será preferible llevarlas a cabo en otra ocasión. Por el momento, sigamos en Canadá, cambiando, sin embargo, de ordenamiento jurídico.

Castelli, "Les rapports patrimoniaux dans la famille en droit interne comparé", en Uinl, *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, M. Verwilghem (dir.), Neuchâtel, Éd. La Baconnière, 1979, N°s 58-69, pp. 92-97.

²⁵ Art.1257-1383 C.c.B.-C.

²⁶ Art. 1422-1425 C.c.B.-C.

²⁷ Art. 185 C.c.B.-C.

²⁸ Conviene señalar que en Québec, desde la conquista del país por los británicos, predomina la libertad absoluta de testamento. Cf. G. Brière, *Le nouveau droit des successions*, Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1994, N°s 7-8, pp. 6-7.

²⁹ Cf. *Loi modifiant le Code civil*, L.Q.1954-55, c. 48.

³⁰ Cf. *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile relativement aux droits civils de la femme*, L.Q. 1930-31, c. 101.

³¹ Cf. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L.Q. 1964, c. 66; para un estudio sucinto de esas reformas ver E. Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3ª ed., 2ª imp. cor., Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1988, N°s 132-136, pp. 107-110.

³² Cf. H. Corral, *op.cit.*, pp. 13-14.

2. La *common law* predivorcista

Es también sabido que, desde la segunda mitad del siglo XII, la frase del Génesis II: 24 "*erunt duo in carne una*" fue interpretada en la Islas Británicas de forma de llegar a establecer la unidad de personalidades del derecho anglosajón: dos en una carne, es decir, la del marido³³, suspendiendo la personalidad de la mujer casada, como lo hacía ya el matrimonio romano *cum manu*. Es también conocido que hay que esperar a finales del siglo XIX para que se alcance la "conquista liberadora" de la separación de bienes generalizada, permitiendo a la mujer casada el ejercicio de sus derechos sobre los bienes que le pertenecían. Esa "conquista liberadora" fue introducida en las Islas y en los países de la Commonwealth por las leyes del tipo de la *Married Woman Property Acts* británicas de 1870-1893, leyes que completaban la ingente labor iniciada por la Court of Chancery en el siglo XIV, para ir reconociendo por vía de *trust* y a la pieza, la noción de "*property expressly given or settled upon a wife for her separate use*"³⁴.

B. DE LAS SEPARACIONES DE BIENES A LOS REGIMENES DE PARTICIPACION

En Canadá, la aparición del divorcio por vía judicial en 1968, y su generalización y trivialización desde entonces, provoca cambios fundamentales en los ordenamientos jurídicos y naturalmente impacta los regímenes de bienes en el matrimonio. En Québec, en los casos de regímenes convencionales de separación, en los que las disposiciones sucesorias servían de red de seguridad, ese impacto es más cruel. Los legisladores, ante tales situaciones, que han provocado ellos mismos al no prever las consecuencias nefastas de la introducción del divorcio, intervienen por distintos procedimientos, con objeto de eliminar las separaciones de bienes, que habían sido las "conquistas" en el área de la capacidad de la mujer casada. Tratan a la vez de imponer cada vez más regímenes

³³ Cf. G. L. Williams; "The Legal Unity of Husband and Wife", (1946) 10 *Mod. L. Rev.* 16-31; y para una presentación sucinta, cf. E. Caparros, *Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droits comparés et québécois*, Montréal, P.U.M., 1975, N^{os} 15-22, pp.19-25.

³⁴ Cf. *Id.*, N^{os} 18-20, pp. 20-23

de participación, en busca de la eliminación de la desigualdad patrimonial. Se producen así ciertas interfecundaciones benéficas y se termina también dando origen a bastardías.

Es bien sabido que el divorcio provoca normalmente desajustes, también económicos, entre los cónyuges y en los regímenes matrimoniales que no prevén partición ni reparto de bienes a la disolución, se pueden alcanzar injusticias notables. Esas injusticias, sin embargo, podían desaparecer totalmente, por la vía sucesoria, cuando el matrimonio se disolvía por la muerte, ya sea porque el testamento, o la cláusula testamentaria de las capitulaciones matrimoniales, designaba como heredero al cónyuge supérstite, ya sea por la vía de la sucesión intestada en la que el mismo cónyuge supérstite recibía desde 1915³⁵, en presencia de descendientes, un tercio de la masa sucesoria.

Desde el punto de vista del sistema jurídico las situaciones eran distintas en *common law* y en el derecho de Québec. En *common law*, las injusticias económicas eran fruto del régimen general establecido por las *Married Woman Property Acts*, mientras que en Québec ese mismo tipo de injusticia resultaba de las capitulaciones matrimoniales de los cónyuges que buscaban más la "capacidad" de la mujer casada que la separación de bienes. Así pues, hubiera parecido normal que las intervenciones para corregir las injusticias hubieran sido de tipos distintos, pero en ambos casos los legisladores han considerado necesario intervenir y se han producido interfecundaciones que parecen haber enriquecido sistémicamente la *common law*, mientras que han empobrecido, también sistémicamente, el derecho codificado de Québec.

1. Enriquecimientos sistémicos de la *common law*

El régimen legal de la separación de bienes de la provincia de Alberta, al que estaban sometidos el ranchero Murdoch y su mujer, produjo injusticias evidentes, pues el Tribunal Supremo decidió, en 1975, no lanzarse a interpretaciones creadoras de derecho³⁶. Sumariamente se trata de un caso en el que todos los

³⁵ Cf. *Lot amendant le Code civil relativement aux successions*, S.Q. 1915, c. 74 et G. Brière, *op.cit.*, nota 28, N° 10, pp. 8-9.

³⁶ Cf. *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; E. Caparros, "Le travail de la femme d'un 'rancher', une décision renversante de la Cour Suprême", (1974) 15 *C.de D.* 189-201.

bienes estaban a nombre del marido, aunque la mujer era la que se ocupaba de todos los trabajos del rancho, en el que el marido casi ni siquiera vivía, pues era guarda forestal en unos bosques. Parece así que el amplio movimiento de la jurisprudencia británica para alcanzar por vía de *trust* la noción de *family assets*³⁷ (que podría traducirse por "bienes familiares", aunque esta noción tenga un sentido distinto del chileno), y la partición de estos bienes entre los cónyuges, no se introduciría en la *common law* canadiense por vía jurisprudencial.

Pero esta decisión del tribunal supremo pone en marcha una vasta operación de estudios y de reformas legislativas³⁸ en las provincias de *common law* dando lugar a diferentes leyes en las que, recibiendo la interfecundación de las ideas de comunidad de bienes y participación en los gananciales o en los beneficios del derecho codificado, y aplicándolas según el gusto del ordenamiento de *common law*, llegan a sancionar leyes a partir de 1978, en las que se establecen las nociones de *family assets*³⁹.

Además, en Ontario en 1986, inspirándose en el régimen matrimonial en vigor en Québec desde 1970, la *société d'acquêts*, se abandona la ley de 1978, que había establecido con un éxito limitado la noción de *family assets* y se establece un régimen matrimonial legal de tipo civilista, pero presentado según las particularidades de la *common law*⁴⁰. Un auténtico ejemplo de interfecundación benéfica, sirviendo el derecho civil a la *mode de common law*.

2. Empobrecimientos sistémicos del derecho codificado de Québec

No se puede encomiar de igual forma al legislador de Québec, cuando ha tratado en la década de los 80 de corregir las

³⁷ Cf. E. Caparros, *op.cit.* nota 31, Nº 95, pp. 92-95.

³⁸ Los estudios habían comenzado durante los años sesenta, cf. *Ontario Law Reform Commission, Study Prepared by the Family Law Project: Property Subjects*, 4 vol. Toronto, policopiado, 1967; I.F.G. Baxter, "A Proposed New Matrimonial Regime for a Common Law Jurisdiction", *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, T. II, Pamplona, Eunsá, 1969, pp. 29-57; *Law Reform Commission of Canada, Studies on Family Property Law*, Ottawa, Information Canada, 1975.

³⁹ Se puede considerar como prototipo la ley de Ontario: *Family Law Reform Act*, 1978, S.O. 1978, c. 2, S.R.O. 1980, c. 152.

⁴⁰ Cf. *Family Law Act*, 1986, S.O. 1986, c. 4, ahora en R.S.O. 1990, c. F-3. Ver J.D. Payne, *Spousal Property Rights Under the Ontario Family Act*, Toronto & Vancouver, Butterworths, 1987.

consecuencias nefandas de las separaciones de bienes al introducirse el divorcio vincular. La situación era bastante distinta, puesto que las injusticias, al no ser provocadas por una ley general, impactaban en una proporción menor de la población. No se puede excluir tampoco la consideración de que, precisamente desde la implantación del divorcio, la separación de bienes hubiera podido ser el régimen escogido con pleno conocimiento de causa por algunos cónyuges, principalmente en el caso de segundas nupcias, tras un divorcio.

El contexto estadístico era el siguiente. Al reformar los regímenes matrimoniales en 1970 y remplazar la antigua comunidad por la *société d'acquêts* como régimen legal⁴¹, el legislador había mantenido la noción de participación en los beneficios de la unión conyugal, deshaciéndose de la antigua "incapacidad" de la mujer casada, pues ambos esposos tenían los mismos derechos-función en la gestión, administración e incluso disposición, a título oneroso, de sus bienes. Sé que esta reforma, que se llevó a cabo con gran competencia jurídica, les interesa especialmente, y por eso, para poderle acordar mejor atención, la reservo para el tercer acto del sainete. Baste señalar ahora que ese nuevo régimen obtuvo el voto popular, puesto que del 46% que recogía ya en 1971 (no se puede olvidar que el régimen legal anterior de comunidad llegaba apenas a un 25% de los esposos), había alcanzado el 75% en 1989; mientras que la separación convencional caía del 53% en 1971 (hasta 1970 casi el 75% de los esposos se casaba estipulando este régimen) al 24% en 1989⁴². Se ve pues que hay un abandono progresivo de la separación de bienes, que se buscaba más para evitar limitaciones al ejercicio de los derechos de la mujer que para mantener efectivamente los patrimonios separados. En efecto, era muy corriente, como se ha mencionado ya, que en las capitulaciones matrimoniales estipulando el régimen de separación de bienes se incluyera una cláusula testamentaria en la que el de *cuius* hacía donación de sus bienes al cónyuge supérstite.

Las injusticias de las separaciones de bienes contractuales empezaron a aparecer cuando se abandona la indisolubilidad del matrimonio para introducir el divorcio vincular por vía judicial. Se

⁴¹ Cf. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77.

⁴² Cf. A. Cossette, "Statistiques en matière de mariage", (1990-91) 93 *R.du N.* 536-542.

trata de un cambio de las reglas del juego a medio tiempo, que causó numerosas injusticias, pues los tribunales, con más razón en Québec⁴³ que en las jurisdicciones de *common law*, no aceptaron intervenir para hacer derecho. El cambio se produce cuando la legislación⁴⁴ deja sin efecto la cláusula testamentaria de las capitulaciones matrimoniales anteriores, estipulada contemplando la indisolubilidad del matrimonio, y otorgando el patrimonio del de *cuius* al cónyuge supérstite. Ante las injusticias provocadas por tal situación, se movilizan los legisladores.

a) La prestación compensatoria

El legislador de Québec tras la reforma substancial de los regímenes matrimoniales cuya vigencia comienza en julio de 1970⁴⁵, preparaba, al final de la década de los años 70, la reforma del derecho de familia con la que deseaba comenzar el nuevo *Code civil du Québec*, aunque para ello tuviera que comenzar su nuevo Código por el Libro II. La multiplicación de los divorcios durante los años setenta pusieron en evidencia las injusticias que acarreaba consigo el cambio de reglas del juego patrimonial entre esposos. Las separaciones de bienes convenidas para que la mujer alcanzara el pleno ejercicio de sus derechos se volvían contra las que, sin haber conseguido acumular bienes por su trabajo en el hogar familiar, se veían privadas al mismo tiempo, de la compensación que les hubiera llegado por la vía de la cláusula sucesoria. El legislador sintió entonces la necesidad de intervenir por razones más políticas que jurídicas, puesto que probablemente esas situaciones injustas correspondían más bien a los divorcios anteriores a la intervención legislativa, y no entonaban ya con el perfil demográfico de la población, mayoritariamente casada bajo el régimen legal de *société d'acquêts*. La solución que se adopta es el establecimiento de una prestación compensatoria⁴⁶, enraizada en el enriquecimiento

⁴³ Cf. *Lévesque c. Faguy*, [1978] C.A. 376; *Lebrun c. Rodier*, [1978] C.A. 380.

⁴⁴ Cf. *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1969, c. 74, art. 12, y para un estudio de estas cuestiones ver E. Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 2ª ed., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée-Sorej Inc., 1981, N°s 352-358, pp. 212-217.

⁴⁵ Cf. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77.

⁴⁶ Cf. art. 439; 459; 533 et 559 C.c.Q./80 y 735.1 C.c.B.-C. Ver E. Caparros, *op. cit.*, nota 31, N°s 67-107, pp. 55-86; el fondo no ha sido modificado pero hay variaciones en la nueva reglamentación agrupando las normas en los art. 427-430 del nuevo C.C.Q.

injusto⁴⁷, que se alcanza por vía judicial, cuando las contribuciones de uno de los esposos hayan enriquecido el patrimonio del otro. Aunque esa solución se puede considerar como civilista, no cabe la menor duda que, al menos al comienzo de su aplicación en 1982 se buscó inspiración para su interpretación en las soluciones jurisprudenciales de *common law*. Quizás porque esta prestación compensatoria se asemejaba demasiado de las nociones de *equity* y de *trust* que se habían abierto paso en los ordenamientos de *common law* canadienses. Quizás también porque ante la necesidad del pleito en un campo en el que no había experiencia, los abogados iban a buscar referencias jurídicamente inaplicables, pero que de hecho tuvieron cierto impacto. No es este, sin embargo, el peor de los cruces que se haya hecho, empobreciendo el derecho codificado. El legislador nos reservaba una sorpresa en una época en la que la fiebre de la nueva codificación hubiera hecho esperar mejores augurios.

b) El patrimonio familiar

Un especial contexto sociopolítico, al final de un mandato electoral, creó el clima propicio para una nueva intervención legislativa so capa de establecer el equilibrio económico entre los esposos⁴⁸. Ciertos grupos de presión y algunos sectores del Colegio de Abogados, sirvieron de apoyo a los Ministros de la Condición femenina y de Justicia para proponer una ley malamente inspirada en aquella de Ontario de 1978, que había sido ya abandonada en esa provincia. Se volvían a plantear los antiguos problemas y las injusticias de las separaciones de bienes que se habían tratado de resolver anteriormente con la prestación compensatoria, problemas e injusticias que no podían ya tener la envergadura que se les quería atribuir, a causa de la

⁴⁷ Cf. *M.E.M. c. P.L.*, [1992] 1 R.C.S. 183; *S.P. c. M.R.*, [1996] 2 R.C.S. 842.

⁴⁸ Cf. P. Ciotola, "Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux", (1989) 2 *C.P.du N.* 1-133; J. A. Talpis, "Quelques réflexions sur le champ d'application international de la loi favorisant l'égalité économique des époux", *id.* 135-189; M. Boudreault, "Le patrimoine familial: principes et commentaires", (1990) 21 *R.G.D.* 415-472.1; D. Burman y J. Pineau, *Le patrimoine familial*, Montréal, Ed. Thémis, 1991; E. Caparros, "Le patrimoine familial québécois: une qualification difficile", en *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 51-69 y en (1994) 25 *R.G.D.* 251-267; "Le patrimoine familial québécois: comme un œuf de coucou dans le nid du Code civil du Québec", en *Points de droit familial*, J. Beaulne et M. Verwilghem (dir.), Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1997, pp. 147-168.

drástica disminución de los supuestos⁴⁹. En ese contexto, el legislador concluye que la libertad de capitulaciones matrimoniales se convierte en el enemigo del equilibrio económico entre los cónyuges y decide imponer, con ciertos visos de totalitarismo, un régimen matrimonial legal reducido, pero imperativo. Cara a esa decisión, adopta un comportamiento científico chapucero y, en vez de buscar en el arsenal del derecho codificado las normas para un tal régimen (que no hubiera sido muy difícil), importando mala casta (pues se importan ideas mutiladas y soluciones desechadas por el legislador de Ontario), injerta una bastardía empobreciendo así el sistema codificado.

No tiene nada que ver este patrimonio familiar con los bienes familiares chilenos que, si comprendo bien, se asemejan a las medidas de protección de la institución familiar (como la residencia familiar y su contenido) que se han ido generalizando en numerosos países y que estudiaremos en un epígrafe del tercer acto.

Lo que en Québec se impone en 1989 —y ante la sorpresa de algunos, se mantiene en el nuevo Código Civil— es un régimen legal imperativo cuya finalidad es el establecimiento, al término del matrimonio, de un crédito para equilibrar económicamente una parte de los patrimonios de los cónyuges. Se trata pues de un régimen, de los llamados secundarios, con objetivo de participación o de partición de bienes, aunque en este caso se lleve a cabo por vía de un crédito no garantizado, objetivo que se actualiza a la disolución del matrimonio y que no tiene prácticamente ningún impacto durante el matrimonio. Eso sí, los patrimonios de los esposos que se tratan de equilibrar están constituidos solamente por algunos bienes, determinados por el legislador y que se utilizan para establecer el crédito en favor de uno de los cónyuges. El hecho de que los bienes que cuentan en el patrimonio familiar para calcular el crédito sean en parte —residencias, muebles en ellas— los mismos que se protegen por la vía del régimen primario durante el matrimonio, puede dar lugar a confusión. Sin embargo, repitémoslo, en el contexto del patrimonio familiar⁵⁰ esos bienes sirven, al final del matrimonio, para establecer un crédito en favor del esposo

⁴⁹ Cf. D. Burman, "Politique législative québécoise dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux: d'une justice bien pensée à un semblant de justice, un juste sujet de s'alarmer", (1988) 22 R. J. T. 149-181.

⁵⁰ Cf. ahora art. 414-426 C.c.Q.

cuyos bienes tengan menos valor. Mientras que bajo el concepto de protección de la residencia familiar⁵¹ se trata simplemente de limitar los derechos de disposición del titular para asegurar a la familia un lugar adecuado de residencia, normalmente, durante la vida común.

Conviene ahora centrarse en el acto III, para ver cómo en las reformas del derecho de familia, y más específicamente del derecho patrimonial de la familia, las promesas electorales de ayer terminan siendo con frecuencia los errores de mañana.

III. PROMESAS ELECTORALES DE AYER, ERRORES JURIDICOS DE MAÑANA

En Québec hay casi siempre en las campañas electorales de todos los partidos políticos de los últimos lustros promesas que tocan de una forma o de otra al Derecho de Familia. Esas promesas caen con frecuencia en el olvido hasta que se acerca una nueva campaña electoral, y entonces se agudiza en los legisladores el sentido político y la necesidad de la reelección y se apresuran a introducir esas reformas legislativas, con frecuencia mal concebidas y peor redactadas. De ahí que se pueda afirmar, casi sin caricaturizar, que las promesas electorales de ayer se transforman en los errores jurídicos de mañana.

De todas formas, trazar las grandes líneas de la reforma del derecho de familia hasta el nuevo Código Civil de Québec (1994) exige en primer lugar situar ese Código en su contexto (A); esa presentación permitirá señalar las principales pistas de la reforma del Derecho de Familia (B), que en gran parte se había ya llevado a cabo entre 1964 y 1989, y de las que ya algo hemos dicho bajo otras perspectivas.

A. EL CONTEXTO DEL NUEVO CODIGO CIVIL DE QUEBEC

Situar el Código en su contexto requiere que se mencione la vasta operación de consulta y redacción llevada a cabo por *l'Office de révision du Code Civil* (1. *Los anteproyectos*). Hay que mencionar también las fluctuaciones del legislador con sus proyectos de ley (2. *Los proyectos de ley*) y situar, en fin, el nuevo

⁵¹ Cf. ahora art. 401-413 C.c.Q.

Código sancionado en 1991 (con una amplia *vacatio legis*, puesto que no entró en vigencia hasta el 1 de enero de 1994), en relación con su antiguo antepasado el *Code Civil du Bas-Canada* y su pariente más cercano el *Code Civil du Québec* de 1980 (3. *Los Códigos*).

1. Los anteproyectos

El *Office de révision du Code Civil* se crea por una ley de 1955 y comienza a funcionar de forma sistemática en 1962. Bajo la competente dirección del Profesor Paul-André Crépeau unos ciento cincuenta juristas trabajan durante unos quince años preparando anteproyectos y estudios, ampliamente debatidos, comentados y criticados⁵². En algunos casos que parecían más urgentes, los anteproyectos del *l'Office* se presentan como proyectos de ley y, al ser adoptados y puestos en vigencia, quedan integrados en el *Code civil du Bas-Canada*. Así ocurre, en el campo que nos interesa, con los regímenes matrimoniales, cuyo estudio ampliamente debatido antes de llegar a la Asamblea Nacional y luego ya en la Asamblea, siempre perfectamente pilotado por el Profesor Crépeau (que ante propuestas de modificación de su proyecto en Comisión de legislación solicitaba la suspensión del debate para poder estudiarlas con calma), termina en ley⁵³ y entra en vigencia el 1º de julio de 1970. Se adopta así un nuevo régimen matrimonial legal, la *société d'acquêts*, y la antigua comunidad de muebles y gananciales retocada queda como régimen convencional junto con la separación de bienes.

Sin embargo, el objetivo de la vasta operación de reforma no eran las reformas urgentes que se llevaron a cabo y se introdujeron en el viejo Código⁵⁴; el objetivo era llegar a un anteproyecto

⁵² Cf. E. Caparros, "Overview of an Uncompleted Journey: from the Civil Code of Lower Canada to the Civil Code of Québec", en R. Landry y E. Caparros (ed.), *Essays on the Civil Codes of Québec and St. Lucia*, University of Ottawa Press, 1984, pp. 15-32.

⁵³ Cf. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77; P.-A. Crépeau, "Les principes fondamentaux de la réforme des régimes matrimoniaux" en *Lois Nouvelles II*, Montréal, P.U.M. 1970, pp. 9-21; G. Brière, "Les dispositions essentielles du Bill 10 sur les régimes matrimoniaux" en *Lois Nouvelles II*, Montréal, P.U.M. 1970, pp. 23-39; E. Caparros, "Loi concernant les régimes matrimoniaux", (1970) 11 *C. de D.* 303-320; "Les régimes matrimoniaux québécois: la réforme de 1970", (1977) *Rev. de droit international et de droit comparé* 121-176.

⁵⁴ También se introdujeron en el C.C.B.-C otras reformas importantes: el establecimiento del matrimonio civil alternativo (Cf. *Loi concernant le mariage civil*, L.Q. 1968, c. 82; P.-G. Jobin, "Loi concernant le mariage civil", [1969] 10 *C. de D.* 211-219); la copropiedad por declaración o propiedad por pisos (Cf. *Loi concernant la copropriété des*

final de un nuevo código en su totalidad. El Profesor Crépeau presentó ese proyecto final al Gobierno en 1978⁵⁵. En principio, ese proyecto hubiera debido ponerse en discusión en la Asamblea Nacional de inmediato, según las normas legales que regían la Constitución y el funcionamiento de *l'Office*⁵⁶, pero el Gobierno decidió actuar de otra forma.

2. Los proyectos de ley

La prioridad que el Gobierno deseaba atribuir a la reforma del Derecho de Familia, por mor de una promesa electoral, le condujo a convocar una Comisión parlamentaria para obtener el parecer de los grupos y ciudadanos sobre los aspectos del Libro II del Proyecto de Código presentado por *l'Office*. Se aceleraron así las cosas y se presentó, discutió y adoptó una ley que instituía el nuevo Código Civil de Québec y reformaba el Derecho de Familia⁵⁷. Comenzaba de esa forma su sigladura el nuevo *Code Civil du Québec* que en principio debía reemplazar al antiguo. De hecho, no contenía más que el libro II, y estuvo sólo en vigencia parcial⁵⁸ entre el 2 de abril de 1981 y el 1 de enero de 1994. *Sic transit gloria mundi!*

A ese *Code Civil du Québec* de 1980 se integraron, previa revisión de fondo e introducción de mejoras técnicas, las reformas de los regímenes matrimoniales ya introducidas en 1970, incorporándose, a la vez, un régimen primario completo y, aunque la antigua comunidad seguía vigente para quien le afectara, no se introdujeron las modificaciones requeridas por el nuevo contexto de igualdad entre esposos⁵⁹. También en ese Código se introdujo

immeubles, L.Q. 1969, c. 76; R. Comtois, "La loi concernant la copropriété des immeubles", en *Lois Nouvelles II*, Montréal, P.U.M. 1970, pp. 65-81; P. Beaudoin y B. Morin, "La copropriété des immeubles au Québec", 1970: 30 *R. du B.* 4-41; una revisión total de las normas del arrendamiento (Cf. *Loi concernant le louage des choses*, L.Q. 1973, c. 74), y de los seguros (Cf. *Loi concernant les assurances*, L.Q. 1974, c. 70).

⁵⁵ Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, 3 vol., Québec, Éditeur Officiel, 1977 [1978].

⁵⁶ Cf. E. Caparros, "Overview..." cit., nota 52, pp. 27-30.

⁵⁷ *Loi instituant un nouveau Code Civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

⁵⁸ La competencia federal sobre matrimonio y divorcio no permitía que las normas sobre estas materias fueran modificadas y puestas en vigencia por los órganos legislativos de Québec.

⁵⁹ Para un estudio de esta problemática, cf. E. Caparros, *op. cit.*, nota 31, N^{os} 258-268, pp. 191-197.

en 1989⁶⁰ el patrimonio familiar y al mismo tiempo, quizás como el burro flautista, el legislador llevó a cabo algunas modificaciones poco felices y transformó la naturaleza jurídica de la *société d'acquêts*. Desaparecen así las indivisiones en las que se constituían los gananciales de cada esposo en el momento de la disolución del régimen, y de simples comuneros que eran en relación con esos bienes y en el patrimonio familiar, se transforman en simples acreedores de un crédito sin ningún tipo de garantía. Conviene subrayar que tanto el comienzo del Código Civil por el libro II en 1980, para resolver algunas cuestiones de derecho de familia, como la reforma, nefasta, de 1989, son fruto de promesas electorales. Y mientras que en 1980, a pesar de la metodología defectuosa de empezar la casa por el segundo piso, la normativa que contenía ese libro II estaba generalmente bien pensada y mantenía sus características civilistas, la de 1989 es un auténtico desastre bajo todos los aspectos, salvo para los abogados. Así pues, las promesas electorales de ayer se han transformado en los errores de mañana y quizás de siempre, pues no es fácil en este campo, en el que el sofisma tiene más fuerza que la verdad, convencer al electorado de la conveniencia de cambiar de dirección.

Una vez que el anteproyecto instaurando el nuevo Código Civil de Québec, aunque comience en el segundo piso, entra parcialmente en vigencia en abril de 1981 y diciembre de 1982, los Gobiernos sucesivos comienzan a publicar proyectos de ley de reforma del Código Civil, sobre el derecho de las personas, de las sucesiones, de los bienes... aunque a veces se tarde bastante tiempo en comenzar las discusiones parlamentarias. Este bloque, que corresponde a los libros I, III y IV, termina consolidándose en un solo proyecto y llega a sancionarse el 15-04-1987⁶¹, aunque nunca ha tenido vigencia como tal. Entre 1987 y 1990 se suceden anteproyectos y proyectos sobre cada uno de los libros del Código, que el Gobierno publica y que son discutidos y estudiados en distintos foros, dando lugar a críticas y comentarios, y a una cierta incertidumbre sobre la metodología que se seguiría en la reforma. Había partidarios de una reforma del Código por etapas, basándose en parte en lo que se había hecho ya con el libro II del Código

⁶⁰ Cf. *Loi modifiant le Code Civil du Québec et d'autres dispositions législatives a fin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55 y nota 48.

⁶¹ *Loi portant réforme au Code Civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18.

de 1980, sin darse cuenta de las dificultades que comporta, también para la *forma mentis* civilista, el no tener como punto de referencia un ordenamiento coherente.

3. Los códigos

Al final, el 18-12-1990 se presenta el Proyecto de ley 125 *Code Civil du Québec*, sancionado exactamente un año más tarde⁶². Siguen todavía aplicándose de forma general el *Code Civil du Bas-Canada*, y en el Derecho de Familia, las partes en vigencia del *Code Civil du Québec* de 1980. Los juristas de Québec han pasado casi tres lustros con el poco envidiable privilegio de tener dos códigos, o mejor de estar sentados *entre deux chaise*, como dice el proverbio francés. Pero con la sanción del nuevo Código comienza una amplia operación de estudio del nuevo derecho y del transitorio que se concreta en una ley sobre la aplicación de la reforma⁶³. La *vacatio legis* se establece con generosidad, puesto que la reforma —que incluye también elementos del Código Procesal Civil⁶⁴— entra en vigencia el 1 de enero de 1994⁶⁵. Durante ese tiempo, todo el mundo vuelve a clases: hay sesiones de cursos especiales para los jueces, los abogados y los notarios y en las Facultades hay una especial efervescencia tratando de asimilar lo que ha cambiado y de identificar lo que sigue siendo lo mismo. La transformación del Código Civil de Québec ha sido una operación de gran envergadura, que se inicia en 1955 y que concluye con la entrada en vigor del nuevo Código en 1994: ¡39 años! ¡Uno menos de lo que necesitó el pueblo de Israel para atravesar el desierto! No pensemos, de todas formas, que desde que se aplica el nuevo Código todo funciona sobre ruedas.

B. LAS REFORMAS DE LOS ASPECTOS ECONOMICO-PATRIMONIALES DEL DERECHO DE FAMILIA

Terminemos por una síntesis de los aspectos económico-patrimoniales de las reformas introducidas en el Derecho de Familia,

⁶² *Code Civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

⁶³ *Loi sur l'application de la réforme du Code Civil*, L.Q. 1992, c. 57.

⁶⁴ Cf. id, tit. II, art. 156-396; el tit. III introduce modificaciones de concordancia en numerosas leyes.

⁶⁵ Cf. *Décret* 712-93, (1993) 125 G.O.II, 3589.

que se han llevado a cabo en las últimas décadas y de la forma en que se encuentran ahora en el nuevo Código. Agruparemos estas reformas bajo tres conceptos: 1. *La capacidad jurídica de la mujer casada*, epígrafe que nos permitirá también tocar los aspectos de la gestión de los bienes de los esposos en los regímenes económico patrimoniales; 2. *Las medidas de protección de la institución familiar*, donde nos detendremos en lo que se ha venido en llamar régimen primario y que pienso se asemeja a la reglamentación de los bienes familiares chilenos; y en fin, 3. *Las medidas de equilibrio económico*, centrándonos en los regímenes secundarios, especialmente en la *société d'acquêts*.

1. La capacidad jurídica de la mujer casada

Como ya se ha indicado, en el *Code Civil du Bas-Canada* la mujer, como el varón, adquiriría plena capacidad jurídica desde su mayoría de edad, sin embargo su capacidad de ejercicio se suspendía durante el matrimonio, hasta el punto de que la mujer, al casarse, se encontraba en la enumeración de las personas con incapacidad de contratar del artículo 986, hasta que en 1954, tras sacarla de esa enumeración, se añade un artículo 986a para establecer que la capacidad de la mujer casada para contratar y actuar ante los tribunales se determina por la ley⁶⁶.

Esta situación se refleja igualmente en la forma en que el Código otorga los derechos-función a los cónyuges en la reglamentación de los regímenes económico-patrimoniales. Es decir, que los derechos-función se confían al marido que es así *seigneur et maître* de los bienes comunes, administra los bienes propios de la mujer casada en comunidad, aunque no pueda enajenarlos sin el consentimiento de esta, e igualmente controla los bienes de la esposa en separación de bienes, puesto que esta no puede alienarlos sin su consentimiento, salvo si la separación es judicial⁶⁷. Esta situación cambia algo en 1931⁶⁸; se reducen entonces muy ligeramente los derechos-función del marido en la comunidad legal (no podrá disponer solo, a título

⁶⁶ Cf. *Loi modifiant le Code Civil*, L.Q. 1954-55, c. 48, art. 2-3.

⁶⁷ Para el estudio detallado de la evolución de las reformas, cf. E. Caparros, *op. cit.*, nota 33, N^{os} 193-223, pp. 199-236.

⁶⁸ Cf. *Loi modifiant le Code civil et le Code de Procédure Civile relativement aux droits civils de la femme*, L.Q. 1930-31, c. 101.

gratuito, ni de los inmuebles ni de una universalidad de muebles comunes), y se limita considerablemente su intervención y control en la separación de bienes. Esta misma ley crea los bienes reservados⁶⁹.

Es en 1964, con la ley sobre la capacidad jurídica de la mujer casada⁷⁰ (inspirada en las leyes francesas de 1938-1942), cuando se proclama el principio de la capacidad. Sin embargo, al no modificar suficientemente los regímenes matrimoniales, el molde de "incapacidad" en el que los regímenes se habían fraguado, sigue atenazando las normas legislativas. Solamente en separación de bienes la mujer casada conseguirá ejercer plenamente sus derechos. Curiosamente, en la comunidad legal en el juego de las disminuciones y los aumentos de los derechos-función entre el marido y la mujer, comienza una especie de carrera de Aquiles y la tortuga: se disminuyen un poco los del marido y se confían algunos a la mujer, pero al reajustarlos de nuevo en la reforma siguiente, van ganando terreno los derechos-función de la mujer, hasta llegar al final del proceso a encontrarse en una posición mejor que la del marido. Así, en 1964, se modifican, de nuevo, los derechos-función en comunidad de bienes y se introducen más normas de coordinación tanto en la gestión como en los actos de disposición de los bienes comunes. El consentimiento de la mujer se hace así necesario para que el marido pueda gravar o disponer a título oneroso de los inmuebles comunes, de fondos de comercio, y de muebles afectados al hogar familiar, así como para las disposiciones a título gratuito. Los bienes reservados, paliativo de la incapacidad, se restringen a la comunidad de bienes, puesto que en separación no son ya necesarios. El desequilibrio señalado más arriba se manifiesta principalmente en los bienes reservados: en ellos la mujer casada en comunidad goza, tras esta reforma, de más libertad de gestión y alienación que el marido sobre los otros bienes comunes, puesto que ella necesita del consentimiento del marido solamente para disponer de ellos a título gratuito.

⁶⁹ Cf. L. Tremblay, *Les biens réservés de la femme mariée*, Montréal, Wison & Lafleur, 1946.

⁷⁰ Cf. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L.Q. 1964, c. 66; J. L. Baudoin, "Examen critique de la réforme sur la capacité de la femme mariée québécoise", (1965) 43 *R. du B. Can.* 393-413; G. Brière, "Le nouveau statut juridique de la femme mariée", *Lois Nouvelles*, Montréal, P.U.M., 1965, pp. 7-29.

En 1969 la ley sobre los regímenes matrimoniales⁷¹, al llevar a cabo una modificación fundamental, adoptando como régimen legal la *société d'acquêts* —un régimen de participación en los gananciales—, se consigue un equilibrio perfecto entre los cónyuges, tanto en el régimen legal como en la separación de bienes, puesto que ambos cónyuges ejercen los mismos derechos-función, con plena libertad de gestión y de disposición de sus bienes (salvo para las disposiciones de gananciales, a título gratuito y entre vivos, que necesitan el consentimiento del cónyuge en el régimen legal, por el derecho que tiene el otro cónyuge de obtener una parte de esos bienes a la disolución). Sin embargo, en las modificaciones introducidas de forma incompleta en la antigua comunidad legal, que pasa a ser uno de los regímenes convencionales, se perpetúa el desequilibrio entre los derechos-función de los esposos; ahora son idénticos los del marido en los bienes comunes y los de la mujer en los bienes reservados (que son comunes por naturaleza), pero al confiar a la mujer la gestión y la libre disposición de los frutos e ingresos de sus bienes propios (frutos e ingresos que son también bienes comunes por naturaleza), se crea un desequilibrio en favor de la mujer. Como esa comunidad luego se deja, abrogada pero en vigencia y sin ningún retoque legislativo, esa es la situación actual del régimen convencional de comunidad en Québec, aunque no deje de crear dificultades mayores de interpretación, principalmente en relación con el principio de igualdad entre los esposos, como ya hemos señalado.

El último jalón en la evolución de la capacidad jurídica de la mujer casada, o si se prefiere, en el establecimiento de la igualdad jurídica y el equilibrio de los derechos-función entre los cónyuges, se establece en 1980⁷². Ese *Code Civil du Québec* establecía en su artículo 441: "Los esposos tienen, en el matrimonio, los mismos derechos y obligaciones", norma que se encuentra ahora en el artículo 392 del Código actual, y que desde 1975 se encontraba en el artículo 47 de la *Charte des droits et libertés de la personne de Québec*. Lo sorprendente en este caso

⁷¹ Cf. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77 (en vigencia el 1-07-1970).

⁷² Cf. *Loi instituant un nouveau Code Civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39 (en vigencia en parte el 2-04-81, en parte el 1-12-82, además de las partes que por reglamentar el matrimonio y el divorcio nunca tuvieron vigencia).

es que al dejar la comunidad de muebles y gananciales (la antigua comunidad legal) sin retoque alguno, fuera del Código del 80, y más aún, del actual, existe una contradicción entre los derechos-función de los esposos en esa comunidad y el principio de igualdad⁷³.

En resumen, en relación con la igualdad de los cónyuges y la gestión de los bienes comunes, se ha pasado, en el antiguo régimen legal, de una gestión única, y casi exclusiva, del marido en el Código de 1866, a una progresiva intervención de la mujer en la gestión, hasta convertirse casi en una cogestión de los bienes comunes más importantes. Es decir, que se llega a una gestión separada de los bienes comunes aportados por cada uno de los cónyuges, y a una gestión mancomunada de los bienes comunes más importantes, ya sea desde el punto de vista económico (los inmuebles, el fondo de comercio) o afectivo (los muebles en el hogar familiar), aunque en el juego de reajustes la mancomunidad no se aplique a los bienes comunes adquiridos con frutos o ingresos de los propios de la mujer.

En el régimen legal actual se establece desde el principio una gestión totalmente separada de los bienes tanto propios como gananciales. Así estaba la *société d'acquêts* desde su entrada en vigencia en 1970, y en ese aspecto nada ha cambiado. A la vez que se mantiene el único aspecto de cogestión: el necesario consentimiento de ambos cónyuges para que uno de ellos pueda disponer entre vivos, a título gratuito, de bienes gananciales. En el patrimonio familiar, la gestión es totalmente separada.

Evidentemente, un mínimo de cogestión puede ser conveniente para proteger los bienes más importantes para la familia. Este elemento de cogestión se alcanza con frecuencia en las medidas de protección de la institución familiar, en lo que en Chile se llaman bienes familiares, que pasamos a exponer ahora sumariamente.

2. Las medidas de protección de la institución familiar

Esas medidas de protección de la institución familiar se han ido concretando en aspectos patrimoniales desde hace bastante

⁷³ Para un estudio de esta problemática, cf. E. Caparros, *op. cit.*, nota 31, N^{os} 258-268, pp. 191-197.

tiempo⁷⁴. Desde la mitad de los años sesenta se va consolidando en la doctrina, tras la reforma francesa de 1965⁷⁵, la noción de régimen primario o estatuto fundamental de la familia⁷⁶, para designar el conjunto de normas, generalmente imperativas, que se aplican a los esposos por el mero hecho de la celebración del matrimonio, y que rigen el funcionamiento cotidiano de la familia en sus aspectos patrimoniales. Además de la organización de la contribución mutua a las necesidades económicas de la familia, suelen también regir, con mejor o peor fortuna, la protección de la residencia familiar y de su contenido mobiliario. Por otra parte, el principio de igualdad ha llevado a la casi totalidad de los legisladores a establecer un recurso ante los tribunales para resolver los litigios en caso de *impasse*.

Es también en 1980⁷⁷ cuando Québec se dota de un régimen primario, en el que se reglamentan en detalle, en el *Code Civil du Québec*, la contribución a las necesidades de la familia y se trata de proteger la residencia familiar, aunque en este último aspecto se empleen técnicas que no permiten una verdadera protección de la residencia. Esas normas se transfieren con algunos retoques, no siempre felices, al *Code Civil du Québec* actual⁷⁸.

Limitémonos, pues me parece que corresponde a los bienes familiares chilenos, a la pretendida protección de la residencia familiar y de su contenido mobiliario, que es objeto de una prolija reglamentación en los artículos 401 a 413 del Código de Québec. Se distingue entre inquilinos y propietarios, y entre los propietarios los que lo son de predios con más o menos de cinco departamentos, para proteger los derechos de ocupación de la residencia familiar. Pero toda la protección se supedita, para los predios de los que uno de los esposos es propietario, al registro de una declaración de residencia familiar. Sin ese regis-

⁷⁴ Hemos estudiado en detalle la evolución histórica de estas tendencias en E. Caparros, *op. cit.*, N^{os} 81-184, pp. 77-188 (Derecho Comparado) y N^{os} 262-343, pp. 269-328 (Québec).

⁷⁵ Para una presentación de esta reforma ver A. Ponsard, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 1966.

⁷⁶ Para un estudio de esta noción cf. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V, "Primaire (régime)", Paris, P.U.F., 1987, p. 611; E. Caparros, "Le patrimoine familial québécois: une qualification difficile", *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, N^o 23, pp. 63-64.

⁷⁷ Para un estudio del establecimiento y de las dificultades de aplicación de ese régimen primario, cf. E. Caparros, *op. cit.*, nota 31, N^o 20-66, pp. 15-53.

⁷⁸ Cf. art. 392-413 C.c. Q.

tro, que permitiría declarar nulo el acto de disposición del derecho a la residencia, no es posible conseguir la protección. El legislador, ante esas críticas, ha sancionado el artículo 408, en el que, en el fondo, se pretende que por tratarse de una obligación legal (la de obtener el consentimiento del cónyuge para poder disponer de la residencia familiar), el cónyuge que ejecuta un acto de disposición sin ese consentimiento incurre en una responsabilidad civil que se puede perseguir ante los tribunales para obtener daños y perjuicios, salvo que entre tanto (y en Québec podemos estar a 30° bajo cero) y mientras se resuelve el litigio (que puede durar unos tres años) no se ha protegido la residencia familiar. Puesto que el objetivo es proteger la institución familiar por medio de la residencia, es evidente que someter la protección a un registro de una declaración es dificultarla, pues obviamente, el titular del derecho no llevará a cabo el registro, y su cónyuge tampoco lo hará para no levantar suspicacias o manifestar falta de confianza. Es significativo que en un país tan bien organizado como Québec, sea imposible obtener estadísticas del número de residencias familiares que se han inscrito en el registro. Los múltiples esfuerzos fallidos en ese campo me hace pensar que el porcentaje es tan ridículo⁷⁹ que se ha impuesto el silencio para que los políticos puedan seguir diciendo que protegen a la familia, aunque de hecho esta medida no haya aportado gran protección, a pesar de incluir ahora todas las residencias y no sólo la residencia principal, como empezó en 1980.

En Francia, el artículo 215 del Código Civil establece que la protección existe por el mero hecho de que la residencia sea familiar. Algunos, en las discusiones en Québec, se preguntaban: ¿Cómo saber si se trata de una residencia familiar? La respuesta me parece bastante fácil, pues el hecho de la ocupación familiar es normalmente bastante evidente. Incluso cabe la posibilidad de hacer intervenir a los Notarios para asegurarse que el cónyuge del titular del derecho da su consentimiento. Es raro que, principalmente en las ventas de inmuebles, no sea necesario proceder por escritura pública. En esas circunstancias el vendedor debe manifestar su estado civil. Si es casado, el notario exigirá la presencia del cónyuge y se informará si se trata de la

⁷⁹ Cf. E. Caparros, *op. cit.*, nota 31, N° 58, pp. 42-44, especialmente la nota 107.

residencia familiar. En el caso de respuesta negativa, tomará acta de la declaración, pero si la respuesta es afirmativa, solicitará el consentimiento.

Otro aspecto, que se precisa en la legislación de Ontario y que también contempla al artículo 145 del Código chileno, es la posible desafectación por los cónyuges, de común acuerdo, de la residencia al uso de la familia. También en Québec, según el artículo 3062 del Código, los cónyuges, de común acuerdo, pueden solicitar la cancelación de la anotación registral de la declaración de residencia familiar, para los casos —en mi opinión escasos— en que se haya procedido a registrar la declaración. En Ontario se prevé también la posibilidad de designar una residencia como *matrimonial home*, con el efecto de que al designar una se desafectan las otras residencias a ese uso⁸⁰.

Importa ahora llegar al final del tercer acto para poder centrarnos en las medidas de equilibrio económico-patrimonial, y concretamente en los progresos y retrocesos en ese campo.

3. Las medidas de equilibrio económico

Las medidas de equilibrio económico entre los cónyuges comienzan en 1970 con el establecimiento del régimen legal de *société d'acquêts*, es decir un tipo de sociedad de gananciales. Se continúan al entrar en vigencia el 2-IV-1981 una parte del primer *Code Civil du Québec* de 1980. Ese régimen legal, que lleva ya diez años aplicándose y ha recibido una buena aceptación, se reforma aprovechando la experiencia, para mejorarlo considerablemente y corregir disequilibrios. Cuando el 1-XII-1982 comienza a aplicarse otra parte de ese mismo Código, la correspondiente a la prestación compensatoria, se añade una especie de corolario a los regímenes matrimoniales. Se trata de normas redactadas de forma poco civilista, aunque su fundamento lo sea, y abriendo necesariamente un gran campo a los litigios. La introducción en ese mismo Código del patrimonio familiar constituye, en fin, cronológicamente la última etapa de esa búsqueda del equilibrio patrimonial entre los esposos, aunque ese patrimonio familiar pueda parecer más bien una quimera, en todos los sentidos de esta palabra.

⁸⁰ Cf. *Family Law Act*, 1986, *supra* nota 40, art. 20.

Ya hemos mencionado cada una de estas instituciones, bajo otros ángulos. Conviene ahora centrarse un poco más en ellas mismas, siguiendo el orden cronológico de aparición en escena: la *société d'acquêts* (régimen legal de gananciales) (a); la prestación compensatoria (b), y finalmente el patrimonio familiar (c).

a) El régimen legal de gananciales (société d'acquêts)

La elaboración de ese régimen legal es fruto de largos y bien documentados estudios del *Office* encargado de la revisión del Código Civil durante los años 1960. En 1966 publican un primer informe que se somete a amplia discusión, invitando a juristas como David, Carbonnier y Grossen a dar su opinión sobre el anteproyecto. El segundo informe revisado se publica en 1967 y en 1968 se presenta al gobierno el proyecto final⁸¹, el que da lugar a la ley que, sancionada en 1969, entra en vigor el 1º de julio de 1970⁸².

El régimen que se establece tiene como finalidad la partición de los gananciales de cada cónyuge a la disolución del régimen matrimonial. La masa de gananciales está compuesta de todos los bienes adquiridos a título oneroso, y de todos los ingresos profesionales, así como de los frutos de los bienes propios, que aumentan el patrimonio de cada cónyuge durante el régimen. Son propios todos los bienes que los esposos poseían antes del comienzo del régimen y los que reciben a título gratuito durante él. La reglamentación determina la calificación de los bienes adquiridos con propios y gananciales y prevé un sistema de recompensas, que en su primera fase es algo defectuoso. En el momento de la disolución, tras el pago de las recompensas, que sirven para mantener un equilibrio estático entre los patrimonios, se constituyen dos indivisiones —los gananciales de cada cónyuge— en las que ambos son comuneros, y que dará lugar a una partición —equilibrio dinámico— aunque esta partición pueda hacerse, como en la indivisión sucesoria, ya sea en bienes, haciendo los lotes apropiados, ya sea en

⁸¹ En otro lugar hemos estudiado la evolución de estos informes y proyectos, cf. E. Caparros, "L'état actuel de la réforme des régimes matrimoniaux québécois: le régime légal proposé", en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. IV, Pamplona, EUNSA, 1969, pp. 145-201.

⁸² Cf. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77.

dinero y entonces utilizando eventualmente el mecanismo de la compensación⁸³.

En 1980 se modifica obviamente la numeración de los artículos, pues en el nuevo Código se ubican en un libro sobre la familia, pero las modificaciones no son numerosas. Eso sí, se corrigen algunas imperfecciones del régimen legal, especialmente en lo referente a las adquisiciones sucesivas de bienes en copropiedad con propios y gananciales y en relación con las recompensas que se establecen de forma proporcional, a la vez que se añaden en la lista de bienes propios, aunque con eventual obligación de recompensa, los instrumentos de trabajo. Esencialmente el régimen no cambia y las modificaciones pueden considerarse mejoras técnicas. Los esposos siguen siendo comuneros de las dos masas de gananciales a la disolución del régimen y cada uno goza así de un derecho real sobre los gananciales del otro, aunque el propietario pueda pagar la deuda, en vez de desprenderse de sus bienes⁸⁴.

En este régimen, en el que se ha alcanzado el equilibrio entre los derechos-función de los cónyuges por medio de la gestión separada de los bienes respectivos, junto con la necesidad de acción mancomunada para las liberalidades entre vivos de gananciales, se alcanza también un equilibrio patrimonial bastante completo; en efecto, los bienes propios están constituidos por una lista limitada, mientras que la definición de gananciales es amplia y comporta también una noción residual, es decir que los bienes no incluidos en la enumeración de propios son gananciales. Los criterios de proporcionalidad aplicables a las recompensas permiten evitar que un patrimonio se enriquezca en detrimento del otro (equilibrio estático), a la vez que las normas de la partición conducen a tener en cuenta las contribuciones de cada cónyuge (aunque no sean económicas en el sentido estricto de la palabra) al aumento del patrimonio, puesto que todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el régimen, así como los frutos de los bienes propios, de ambos cónyuges se incluirán en las masas de gananciales en las que, como comuneros, cada cónyuge tiene derecho a la mitad (equilibrio dinámico).

⁸³ Para el estudio del régimen en 1970 cf. E. Caparros, *op. cit.*, nota 44, N^{os} 87-184, pp. 77-145.

⁸⁴ Para un estudio ver E. Caparros, *op. cit.*, nota 31, N^{os} 140-256, pp. 115-187.

La reforma de 1989, mantenida en el Código actual⁸⁵, ha transformado varios aspectos del régimen legal supletorio. Probablemente la modificación más radical sea el haber transformado el derecho de los cónyuges sobre los gananciales del otro a la disolución. De comuneros que eran pasan a no disponer más que de un crédito sin ninguna garantía⁸⁶. Pienso que no es esta una forma de mejorar la situación económica de los cónyuges, especialmente del menos favorecido. Otras modificaciones han debilitado también algunos aspectos de la reglamentación, por ejemplo las sanciones en caso de comportamientos nocivos o fraudulentos⁸⁷.

Es imposible hacer un estudio completo, pero espero que estas ideas sean suficientes para animar un debate sobre este régimen.

Unas palabras ahora sobre lo que algunos llaman una rueda de socorro en el sistema económico-patrimonial: la prestación compensatoria.

b) La prestación compensatoria

Imaginada por el legislador que sanciona el Código Civil de Québec en 1980, las normas, repartidas en varias secciones de ese libro II del Código, reglamentando la prestación compensatoria, entran en vigencia el 1-XII-1982.

No se trata de un régimen matrimonial, ni nada que se le parezca, y aunque las normas principales se encuentran ubicadas en el capítulo sobre los efectos del matrimonio, pues se desea que los cónyuges no puedan eliminarlas contractualmente, tampoco se trata de un régimen matrimonial primario. Se la puede considerar como un corolario, un satélite o quizás esa rueda de repuesto que se lleva en los automóviles en caso de pinchazo.

El Código prevé un recurso posible para reclamar una cantidad correspondiente al enriquecimiento que un cónyuge, con sus bienes o sus servicios, haya provocado en el patrimonio del otro, en base a la noción de enriquecimiento injusto. No se trata

⁸⁵ Cf. art. 448-484 C.c.Q.

⁸⁶ Cf. art. 481. C.c.Q.

⁸⁷ Cf. art. 471. C.c.Q.

de la acción de *in rem verso*, puesto que el recurso está previsto, pero por lo demás estamos jurídicamente en el mismo terreno.

Evidentemente, tan pronto como la ley comenzó a aplicarse se multiplicaron los recursos ante los tribunales, principalmente en casos de divorcios de cónyuges casados en separación de bienes, aunque la reglamentación no excluye la aplicación posible a los otros regímenes. Se va así formando un derecho pretoriano que va determinando lo que es aceptable y lo que no lo es en este campo. En los aspectos principales hay ya una jurisprudencia constante del tribunal supremo; esos criterios jurídicos deberán servir en el futuro⁸⁸, pero sigue abierta la discusión sobre las situaciones fácticas de las ayudas en bienes o servicios que puedan conducir al establecimiento de ese crédito en favor del cónyuge que haya contribuido.

En 1989 se lleva a cabo una agrupación de los artículos en una única sección⁸⁹ del capítulo sobre derechos y deberes de los cónyuges, elemento positivo en una codificación. Se introduce, sin embargo, un elemento de confusión al permitir que uno de los cónyuges pueda entregar al otro una cantidad en concepto de eventual prestación compensatoria⁹⁰, imaginado probablemente para disminuir los litigios. No deja de ser sorprendente, puesto que si, al final, no existieran las circunstancias dando lugar a la prestación compensatoria nos encontraríamos con una donación, y no con el pago de una deuda, siendo distinta la naturaleza de estos pagos, los recursos de los acreedores también podrían serlo. En efecto, si no hay razones para otorgar una prestación compensatoria, se trataría de una donación, procediendo por ejemplo, la acción pauliana.

La prestación compensatoria se pensó en 1980 con el fin de corregir los inconvenientes económicos provocados por los divorcios, principalmente en los casos de las separaciones de bienes, pero parece ser que algunos grupos feministas y el Colegio de Abogados, o algunos sectores de él, no estaban satisfechos de su utilización por los tribunales que habían aplicado la ley, sujetándose a la noción del enriquecimiento injusto o sin causa, y habían rechazado la función de crear derecho *ad libitum*. En algunos sectores esa actitud jurídica de los tribunales es criticada

⁸⁸ Cf. nota 47.

⁸⁹ Cf. art. 427-430 C.c.Q.

⁹⁰ Cf. ahora art. 430 C.c.Q.

y se va buscando una solución a casos que parecen ser cada vez más raros⁹¹. Se llega así a ese seudopatrimonio familiar que ha exasperado a tantos juristas, dando tanto trabajo a numerosos abogados y provocando tantos embotellamientos terribles en los tribunales, sin traducirse necesariamente en una mejor situación del cónyuge económicamente menos favorecido.

c) *El patrimonio familiar*

Probablemente es una de las medidas introducidas con la mejor voluntad y la peor de las técnicas. Esa reforma de 1989 ha transformado considerablemente los regímenes matrimoniales al introducir la noción de patrimonio familiar, cuya calificación es harto difícil⁹², y al modificar fundamentalmente la naturaleza del régimen legal de gananciales. Se buscaba el restablecimiento de un equilibrio económico entre los esposos, pero la normativa está tan alejada de su contexto civilista que se puede desarrollar en su aplicación una mentalidad semejante a las de la interpretación de *common law*, que tanto se aplica en las leyes fiscales. Por supuesto, también en este campo el litigio está a la orden del día, puesto que se trata de una reclamación que ha de hacerse ante los tribunales. En fin, la imperatividad de las normas y, por consiguiente, la imposibilidad de adaptarlas a las necesidades de los esposos, tan contrario al principio de la autonomía de la voluntad, principio fuertemente enraizado en la reglamentación de los aspectos económico-patrimoniales del matrimonio, está provocando, según algunos, una cierta desafección al matrimonio.

Trataremos de describir sumariamente este especie de intruso, que me he permitido comparar al huevo del cuco en el nido del Código Civil, pues sus efectos pueden ser tan demoledores como la acción del pollito del cuco⁹³. Expliquémonos. A pesar de la dificultad de clasificación de este conjunto de normas⁹⁴, ubicado en el capítulo de los derechos y obligaciones de los

⁹¹ Cf. D. Burman, *loc. cit.*, nota 49.

⁹² Cf. E. Caparros, "Le patrimoine familial québécois: une qualification difficile", *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, Nos 20-30, pp. 63-69.

⁹³ Cf. E. Caparros, "Le patrimoine familial québécois: comme un œuf de coucou dans le nid du Code Civil du Québec", *Points de droit familial*, J. Beaulne et M. Verwilghem (dir.), Col. bleue, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1997, pp. 160-167.

⁹⁴ Cf. art. 414-426 C.c.Q.

cónyuges, del código, es decir en territorio de régimen primario, no considero que se trate de un régimen primario, o del estatuto fundamental de los esposos, por el mero hecho de ser obligatorio y de considerarse como un efecto del matrimonio. Dado el diverso objeto de uno y otro régimen, me parece evidente que la ubicación en un mismo capítulo no puede cambiar la naturaleza de cada uno.

El *régimen primario*, que es también normalmente imperativo, afecta solamente lo cotidiano de las familias, el alojamiento, las necesidades alimentarias, etc., y no tiene ningún efecto al final del régimen, ni interviene en una participación a los beneficios de la unión conyugal; en ese contexto me parece que se sitúan los bienes familiares chilenos. Sin embargo, los *regímenes secundarios* tienen precisamente esa finalidad: resolver al final del régimen, o de la unión, las cuestiones patrimoniales entre los cónyuges y determinar en su caso la forma de concretar la participación recíproca en los beneficios económicos de la unión conyugal. Esa es concretamente la finalidad del llamado patrimonio familiar, que dicho sea de paso, ni es patrimonio ni es familiar. Estamos pues ante un conjunto de normas que reúnen las características de un régimen matrimonial secundario, aunque el hecho de su imperatividad pueda confundir, puesto que sólo en países donde el uso de la libertad está controlado, o bien a título de sanción, se establecían regímenes matrimoniales secundarios obligatorios. En mi opinión, teniendo en cuenta la diversidad de su objeto, ese patrimonio familiar de Québec es un régimen secundario, que es legal y dentro de los regímenes legales, es también *imperativo*. Junto a él, pero en la categoría que era la normal de los regímenes legales, se encuentra la sociedad de gananciales, como régimen legal *supletorio*.

En el fondo, ese patrimonio familiar es una sociedad de gananciales embrionaria por los bienes a los que se reduce y por las técnicas jurídicas defectuosas. Así pues, los bienes que se tomarán en consideración solamente al final del matrimonio, son algunos gananciales que se determinan principalmente por el uso familiar, concretamente: las residencias familiares y los derechos que permiten usarlas, los bienes que las amueblan y adornan y los automóviles utilizados por la familia; aunque también se añadan los derechos acumulados en fondos de pensión (art. 415). Se puede comprobar que estamos ante una noción de gananciales tan reducida que se puede calificar de embrionaria.

Más embrionaria aún es la técnica jurídica, pues en vez de servirse de las nociones bien rodadas de propios y gananciales, y de hacer intervenir las recompensas, se procede por vía de exclusiones sucesivas, primero de ciertas deudas que puedan gravar esos bienes, y luego del valor de la porción de los bienes que los esposos poseían antes del matrimonio, y de la plusvalía que hayan podido adquirir (arts. 417-418). Se excluyen así lo que en términos civilistas se llaman los bienes propios. Se calcula de esa forma harto compleja el valor de los bienes que posee cada uno de los esposos, y cuando esos patrimonios no son iguales, la porción de superávit de uno de los patrimonios se divide entre ambos. Esa mitad del superávit de una masa en relación con la otra constituirá la cantidad que el esposo más rico deberá al otro.

Las consecuencias de este régimen legal imperativo es que la separación de bienes, que con cierta frecuencia escogían las personas en segundas nupcias, desaparece, pues en relación con los bienes enumerados hay que proceder al establecimiento del crédito que uno de los esposos tendrá contra el otro. Las consecuencias son peores si los esposos estaban casados según el régimen legal de gananciales, pues la superposición de ambos crea una complejidad que era totalmente innecesaria, amén de haber transformado a esos esposos en simples acreedores sin garantía alguna cuando antes eran comuneros en las masas de gananciales. La problemática es más compleja con los que quedan todavía casados según el antiguo régimen de comunidad de muebles y gananciales, pues hay que resolver primero las cuestiones del crédito del patrimonio familiar antes de proceder a la partición de la indivisión mancomunada de los bienes comunes. No se ha encontrado aún una forma satisfactoria de resolver esta última problemática.

CONCLUSIONES

Al término de este periplo, les desvelo mi objetivo: mostrar las riquezas que tenemos en los ordenamientos canadienses y los posibles enriquecimientos mutuos. Mostrar también, por supuesto, que esas mismas posibilidades de enriquecimiento pueden convertirse en penosas ocasiones de empobrecimiento si, por seguir con el símil, no se cruzan las buenas razas o no se

cruzan de la mejor forma. Les señalaré ahora algunos de los inconvenientes que encontramos en nuestro ordenamiento para que, escarmentando en cabeza ajena, si les es posible, los eviten.

En los ordenamientos canadienses es evidente que el abandono de la indisolubilidad del matrimonio ha conducido a un profundo deterioro del tejido social y a numerosas consecuencias negativas, tanto entre los esposos y ex esposos, como en el aspecto patrimonial (el divorcio ha provocado amplias bolsas de pobreza femenina), para no mencionar los traumas que afectan a los hijos de esos matrimonios rotos, recompuestos, vueltos a romper y a recomponer, jurídicamente o de hecho, respetando o no la heterosexualidad de los padres y de sus nuevos "compañeros".

De forma general, en todos los países en los que se ha introducido el divorcio en las últimas décadas las propuestas de ley originarias se presentaban en una perspectiva de clarificación jurídica de situaciones de hecho contradictorias y dañinas; se limitaban los supuestos de divorcio a algunos casos restringidos; se invocaban las "multitudes" de situaciones irregulares que se arreglarían y las numerosas ventajas que comportarían para esas situaciones que se iban a clarificar, aunque al mismo tiempo se aportaban críticas y se presentaban otras soluciones que parecían mejores⁹⁵. Normalmente los legisladores seguían siempre un *patern* semejante, abriendo la puerta al divorcio hasta hacerlo progresivamente casi más fácil que el matrimonio, y estando confrontados a problemas sociales casi insolubles⁹⁶. Parece ser que en algunos estados los legisladores comienzan a poner barreras a los divorcios desenfrenados. Así en Luisiana una ley que entró en vigor el 15-VIII-97 permitirá a los esposos comprometerse convencionalmente para que su matrimonio sea casi indisoluble⁹⁷. En el momento en que concluyo estas líneas

⁹⁵ Cf. E. Caparros, loc. cit., nota 7; para unas críticas en relación con la ley canadiense de 1968 ver *op. cit.*, "Loi sur le divorce: note introductive", (1969) 10 *C. de D.* 37-41; C. L'Heureux-Dubé, "Le droit de ne pas divorcer", (1969) 10 *C. de D.* 121-166; para la situación en Irlanda ver W. Binchy, *Is Divorce the Answer?*, Dublin, Irish Academic Press, 1984.

⁹⁶ Para la situación en los Estados Unidos ver D.W. Kmiec, *Cease-Fire on the Family*, Notre Dame, Crisis Books.

⁹⁷ No he podido consultar esa ley, pero la información es de fuente fiable: cf. R. Navarro-Valls, "Experimento en Luisiana: Matrimonios blindados", *Acepreña*, Madrid (1997) Nº 122/97.

ignoro la situación concreta en Chile. Espero que tengan la sabiduría de utilizar la experiencia de tantos países como inspiración para encontrar las soluciones necesarias a sus problemas, sin incurrir en los sofismas tramposos y peligrosos que han servido a establecer tantas leyes de divorcio, y que puedan así evitar las consecuencias nefastas del divorcio que se están viviendo en otros lugares.

En parte, casi todos los otros aspectos de mi ponencia se referían a medidas legislativas que trataban de "parchar" una sociedad "pinchada" por el divorcio, salvo en un aspecto: la capacidad de la mujer casada, cuya problemática es distinta. Aquí sólo deseo mencionar que en Canadá se ha alcanzado, pienso, un equilibrio razonable en la gestión de los bienes de los esposos. Las tres avenidas principales son la gestión mancomunada, la separada y la concurrente, que pueden combinarse total o parcialmente. Considero que una gestión mancomunada de todos los bienes de los esposos constituye un técnica prácticamente irrealizable, pues estarían como dos presos sujetos por la misma cadena. La gestión independiente puede hacer pensar a los esposos que se casan pero que sus bienes se quedan solterones; que tampoco es lo ideal. Sin embargo, una combinación de ambas, la separada y la mancomunada, según criterios determinables en cada país, puede ser una solución razonable. Puede ocurrir que baste mantener la gestión mancomunada para los bienes familiares, en el sentido chileno, pues de esa forma se consigue proteger a la familia. En algunas reformas, una búsqueda alocada de igualdad les ha llevado a introducir la gestión concurrente: ambos esposos gozando de los derechos-función de gestión e incluso de disposición de los bienes que serán objeto de la partición final. Pienso que es una solución irracional, pues conduce a la creación de numerosos problemas, de cuya picaresca no estará excluida, entre otros, la puesta a la orden del día de la venta del bien a un tercero, cuando ambos esposos disponen del mismo bien en favor de personas distintas, a unas horas de intervalo.

En fin, pienso haber ilustrado suficientemente esas carreras de los legisladores tras la igualdad patrimonial de los esposos que conducen a algunos desastres jurídicos. El hecho de hacer promesas electorales, más o menos bajo presión, a partir de datos incompletos o mal estudiados, lleva a reformas también incompletas y mal estudiadas, mal engendradas y peor pensa-

das, que terminan complicando, más que mejorando, la situación económico-patrimonial de los esposos. Quizás el prototipo de la reforma bien pensada, bien concebida y bien organizada (aunque no haya perfección en este mundo) sea la que introdujo en el antiguo Código, en 1970, el régimen legal de sociedad de gananciales; la de 1980, abriendo la puerta al nuevo Código Civil de Québec, a pesar de mejorar técnicamente el régimen legal, incurre en varios fallos serios. La de 1989 es simplemente ¡un desastre! Les deseo pues, legisladores, que tengan la sabiduría de controlar sus jugueteos políticos y de contar con juristas competentes que les ayuden a evitar desastres.

REGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO: DE LA UNIDAD A LA IGUALDAD

JORGE ADOLFO MAZZINGHI
Profesor de Derecho Civil
U. Católica Argentina

1. OBSERVACIONES GENERALES

Ante todo quisiera agradecer esta invitación que obedece a la temeridad y a la obstinación del Profesor Hernán Corral, con quien hablé en el mes de agosto y traté de convencerlo de que mi aporte a este Seminario iba a ser de una modestia inconmensurable. Pero fue inútil y la verdad es que me alegro que haya sido inútil, porque cada vez que tengo ocasión de venir a Chile y de encontrarme con mis colegas del otro lado de la cordillera, tengo una profunda satisfacción, de modo que aunque ustedes no se sientan compensados por mi presencia yo me siento muy satisfecho por estar esta noche entre ustedes.

Vamos a intentar una reflexión sobre el régimen de bienes del matrimonio, a la que le hemos dado este título, que en definitiva no es descriptivo de ningún régimen en particular, sino de una evolución que es común a todos ellos: de la unidad a la igualdad.

El matrimonio nace con un régimen de bienes que le es anexo, y el régimen tiende a reflejar lo que el matrimonio es en esencia, es decir, una unión —la más entrañable que puede establecerse— entre dos personas, un acto singularísimo en el cual ~~hay una verdadera enajenación~~ de uno hacia el otro; el único acto, decía Savatier, en el cual la persona humana es al mismo tiempo sujeto y objeto del negocio jurídico.

Las Constituciones del mundo prohíben los contratos que tengan por objeto personas humanas. El matrimonio es, según el recordado Savatier, una excepción a esta regla. Y en esta unión que es de suyo tan abarcadora, es natural que no se circunscriban los efectos solamente a los aspectos personales, sino que trasciendan al campo patrimonial, porque el hombre vive en una circunstancia económica y, necesariamente, proyecta su actividad laboral, a obtener algunos frutos, y estos frutos se canalizan en beneficio de la familia: el régimen de bienes del matrimonio nace así como una respuesta necesaria a una realidad vital.

2. EL CRITERIO DE LA UNIDAD Y LA ADMINISTRACION DEL MARIDO

Los regímenes se configuran, en etapas históricas anteriores, sobre un principio de unidad, que obedece al papel protagónico del varón en la gestión económica. Hoy día este enfoque ha sido cuestionado, porque se lo suele confrontar con la moda vigente de establecer las relaciones entre los sexos como si se tratara de una competencia, de una suerte de confrontación gremial. La preeminencia reconocida al varón, no obedece a un afán despótico, sino que está complementada por un largo desinterés de la mujer por participar en la gestión de los bienes del matrimonio.

Y al decir esto, no estoy refiriéndome a épocas demasiado pretéritas, por lo menos para mí, aunque para algunos de ustedes puedan serlo, pero quiero decir que yo he nacido en una familia y he vivido 50 años de matrimonio en la mía, tratando de superar el absoluto desinterés de mi mujer por interiorizarse de la marcha de algunos aspectos patrimoniales, quizás porque no son demasiado alucinantes, pero creo que si lo fueran tampoco se interesaría.

Lo cierto es eso, y esto no es más que la repetición de la historia de mi madre y mi padre. Mi madre era una mujer capaz de escribir alguna carta bien redactada a una amiga, pero era incapaz de hacer un cheque, porque no le interesaba. Esto no significa ignorar que la historia evoluciona, las circunstancias cambian, y se dan algunos hechos que desde luego modifican las bases esenciales del entendimiento entre marido y mujer en orden al matrimonio.

La Primera Guerra Mundial fue uno de esos acontecimientos: la mujer, convocada por la necesidad de cubrir una serie de necesi-

dades sociales que los hombres movilizados abandonaban, cobró conciencia de que podía hacer cosas que hasta entonces no hacía. Adquirió así un progresivo sentido de su autonomía y esto desemboca rápidamente en una reforma legislativa que en el caso de Chile y la Argentina observan un paralelismo muy grande, porque entiendo que es del año 1925 la ley chilena que autoriza la constitución de una suerte de peculio reservado a la administración de la mujer, y constituido por sus bienes obtenidos en una gestión patrimonial cualquiera, ley que autoriza también el régimen de separación de bienes en el matrimonio; y es de 1926, o sea del año siguiente, la ley argentina que pasa a la historia con el nombre de Ley de los Derechos Civiles de la Mujer (Ley 11.357), y que realmente modifica mucho el panorama porque Vélez Sarsfield, el autor del Código Civil argentino, había concebido la relación matrimonial en el aspecto referido a los bienes, de manera unitaria y había establecido la incapacidad relativa de la mujer casada, cuyo representante legal era el marido.

Tal incapacidad no se refería ni tenía su base en una discriminación respecto de las aptitudes intelectuales de la mujer, porque la soltera mayor de edad era tan capaz como el hombre, sino que era un tributo que el codificador creía razonable imponerle a la mujer, en homenaje a la unidad de conducción de la gestión económica del matrimonio.

3. LAS PRIMERAS REFORMAS

En el año 26 esto se modifica y se establece un régimen frente al cual los comentadores, los juristas, los jueces, manifestaron alguna perplejidad, porque se encontraban como frente a aquella situación de la botella llena hasta la mitad y que para unos está medio llena y para otros medio vacía.

La mujer, según el régimen de 1926, o era una persona capaz con algunas excepciones a su capacidad, que eran muy pocas, —sólo la aceptación de la herencia y la realización de actos de disposición gratuitos sobre bienes inmuebles— y en todo el resto era capaz, o según otros era, seguía siendo, una incapaz relativa de hecho con una enorme serie de excepciones a esa incapacidad.

En todo caso, la discusión es bizantina, el régimen era el que era con estos lineamientos que les digo, o sea que la mujer tenía

capacidad para todo, salvo para estas dos cosas que no podía hacer sin asentimiento del marido.

También la Ley 11.357 estableció la posibilidad de gestión independiente de ambos cónyuges, es decir, autorizó a la mujer para administrar sus bienes propios y los gananciales que adquiriera con el ejercicio de cualquier profesión, arte u oficio. Este cambio en el régimen de administración de los bienes del matrimonio se produjo sin embargo, de manera algo paulatina, más suavemente de lo que supone esto que acabo de decirles. En efecto: el Código Civil argentino, en su viejo art. 1276, establecía que el marido es el administrador de los bienes propios y gananciales de la mujer. Es decir, establecía una administración marital con base legal. La Ley 11.357 con un sentido de prudencia que a mí me parece que vale la pena destacar, cambió este principio, es decir, eliminó la base legal de la administración del marido y creó un régimen que funcionó, debo decir que muy satisfactoriamente, entre 1926 y 1968, durante cuarenta y dos años.

¿Cuál fue este régimen? Fue el régimen del llamado mandato presunto, llamado así porque el legislador estableció una presunción de que la mujer casada constituía al marido en administrador de sus bienes propios y gananciales. Pero como el mandato es un acto jurídico por esencia revocable, la mujer tenía respecto de este mandato presumido por la ley, semejante facultad, o sea que si no quería que el marido fuera quien administrase sus bienes propios y gananciales, le bastaba con revocar el mandato presunto y reasumir ella esa administración.

Y digo que este régimen funcionó bien, porque no dio lugar a dificultades que haya recogido la jurisprudencia, no hubo conflictos matrimoniales originados en la existencia de este mandato. Cabe decir también que las ventajas o problemas del tema de la administración en los regímenes matrimoniales tiene relación directa con la magnitud del patrimonio que debe ser administrado; y en la Argentina —como seguramente ocurrirá también en Chile— los matrimonios no suelen tener patrimonios cuya administración ofrezca problemas demasiados complejos. Diría que el matrimonio de clase media típico tiene, con buen viento, la casa donde vive, un auto, y en algunos casos alguna casa de fin de semana o algo por el estilo, patrimonio cuya administración no ofrece grandes dificultades. Con lo cual, el grueso de las mujeres argentinas dejó subsistente el mandato presunto, y con-

sintió en que corriera por cuenta del marido el pago de la contribución territorial, de los servicios de agua corriente, o las reparaciones de la casa, de la cual ella gozaba pacíficamente en compañía de sus hijos.

O sea que la reforma del año veintiséis no tuvo una trascendencia notable en los hechos. La tuvo, sí, en cuanto cambió la base del régimen: pasó de la administración conferida legalmente al marido, a una administración convencional. Al mismo tiempo, la Ley 11.357 estableció un sistema de división de las deudas, sentando el principio de que cada cónyuge responde con sus bienes propios y gananciales por las deudas que asuma, con una sola excepción, que es la responsabilidad conjunta, que es, en verdad, una responsabilidad *in solidum*, respecto de aquellas obligaciones constituidas para atender las necesidades del hogar, la educación de los hijos y la conservación de los bienes comunes. Respecto de estas últimas deudas, el cónyuge que no las contrajo responde sólo con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de sus bienes gananciales, pero no con los bienes gananciales en sí mismos, solución que ha sido criticada, pero que en definitiva es la que rige hasta el día de hoy.

4. LA MODIFICACION DE 1968: LA PRIMACIA DE LA IGUALDAD

Así las cosas, llegamos hasta el año 1968. Ocurrió la Segunda Guerra Mundial, que de alguna manera conmovió los cimientos de la familia y desencadenó una carrera que hoy día creo que está llegando a sus fases decisivas, entre la situación jurídica del varón y de la mujer.

Los organismos internacionales se asoman a estos problemas, hay una convención internacional que proscribe cualquier clase de discriminación basada en el sexo, y se erige —con cierto espíritu de justicia, seguramente, pero combinado con algo de frivolidad— la discriminación en una suerte de pecado mortal en el mundo del derecho. Y en esto creo que se exagera de una manera notoria. No hablo ahora de discriminación entre varón y mujer, sino cualquier clase de discriminación, porque hay, como en tantos otros casos, discriminaciones buenas y discriminaciones malas.

La discriminación en sí no es ni buena ni mala, y yo sostengo que el derecho es una permanente discriminación. Si yo tuviera

talento político y me sintiera alentado a competir por la presidencia de la República de Chile, no podría tener éxito, bueno, no lo tendría por muchas otras razones que preceden a esta última, pero soy ciudadano argentino y la Constitución chilena entiendo que exige que el Presidente de la República sea un chileno. No se me ocurriría volverme hacia las Naciones Unidas reclamando por la discriminación de que soy objeto. Se discrimina al gerente de una sociedad anónima que no tiene las mismas facultades que el presidente. Se discrimina a un menor de edad que no puede disponer de sus bienes por disposición de última voluntad, porque no puede hacer testamento válido. Se discrimina al inhabilitado por drogadicción o por prodigalidad, que no puede otorgar actos de disposición sin la asistencia de un curador. Se discrimina a infinita cantidad de personas con discriminaciones que tienen un fundamento razonable.

Hoy día estamos asistiendo a una suerte de aniquilamiento de la discriminación en general, que amenaza con ser también una herida grave al funcionamiento de las instituciones jurídicas.

Pero volviendo, y pido perdón por esta digresión, pero ocurre que en estas disertaciones uno saca afuera lo que tiene en su pensamiento, a veces oportunamente y otras veces a lo mejor no tanto. Les pido disculpas si me he apartado del hilo de esta descripción del régimen argentino.

En 1968 esta idea estaba todavía en agraz, apenas insinuada, pero el autor de la reforma del Código Civil, que fue entre nosotros el profesor Guillermo Borda, que fue Ministro del Interior, que fue juez de la Suprema Corte y un jurista de relevantes méritos, propició la modificación del régimen de bienes del matrimonio de una manera incruenta y creo que, a la postre, feliz, a pesar de que confieso que en los primeros tramos de la implantación de esta reforma fui crítico severo de su contenido esencial.

Borda, proponiéndoselo o no, echó abajo lo que quedaba en pie de la sociedad conyugal, entendida como Vélez pensó que debía ser: una sociedad que constituiría una especie dentro del género de las sociedades civiles. En verdad ni aun en la época de Vélez, la sociedad conyugal tuvo ese dato esencial para la existencia de una sociedad cualquiera, que es una personalidad jurídica propia.

~~La sociedad conyugal nunca estuvo interpuesta entre el marido y la mujer, como aquel supuesto personaje de una comedia~~

de Jardiel Poncela, que se llamaba Adán, Eva y otro señor. No hubo el tal otro "señor sociedad conyugal" entre marido y mujer, porque no hubo nunca una entidad con existencia jurídica propia como para desempeñar ese papel. Pero aun así, de la construcción de Vélez se mantenía, con diferencias de matiz, la unidad de administración, la unidad de responsabilidad y la unidad de masa, vale decir, que los bienes gananciales constituían una masa sujeta a la administración del marido y que respondía por las que entonces se llamaban cargas de la sociedad conyugal.

La Ley 11.357, de la que hablé hace un momento, estableció un régimen de división de deudas, vale decir, una personalización de las deudas del marido y la mujer, que ya no se adjudican a la sociedad conyugal sino que le corresponde enfrentarlas a aquel que en su momento las contrajo.

Tampoco hay unidad de masa, porque la propia independencia de la administración permite distinguir perfectamente el patrimonio del marido y el de la mujer, integrado por algunos bienes propios —vale decir los habidos antes del matrimonio o durante el matrimonio a título gratuito por herencia, legado o donación— y por los bienes gananciales que cada uno adquiere ya sea por una actividad profesional, ya sea porque son los frutos originados por los bienes propios, que en el régimen argentino tienen carácter ganancial. Por otra parte, el sistema de administración impuesto por la Ley 17.711, que en 1968 modificó el Código Civil Argentino, terminó con el régimen, de que les hablé recién, del mandato presunto: ya no hay mandato presunto, o sea cada cónyuge administra los bienes propios y gananciales que adquiere. Y en esto se establece una igualdad entre el varón y la mujer que es absoluta, salvo en un punto que ya voy a decir, pero que en los hechos funciona perfectamente, y que por lo tanto ha permitido que el camino que da el título a esta disertación —"de la unidad a la igualdad"—, se haya realizado incruentamente. Hoy día marido y mujer tienen idénticas atribuciones para administrar los bienes propios y los gananciales que adquiere. Hay una sola diferencia, en favor del marido, que es la que se establece al atribuirle la administración de aquellos bienes cuyo origen no se pueda demostrar, o sea no se pueda saber si los adquirió el marido o la mujer.

— Pero basta enunciar la excepción para advertir que tiene que tratarse de bienes de una significación muy menor, ya que se

descartan los bienes inmuebles y todos los bienes y derechos que necesitan un registro legal. Quedan, pues, como posibles objetos de la excepción, los bienes muebles no registrables, o sea que es un tema que se plantea en relación a la heladera o a algún mueble de la casa o algo por el estilo, porque de lo contrario es muy difícil que no se pueda determinar quién fue el adquirente del bien.

Si se tratara de una obra de arte, por ejemplo, bueno, uno no compra un cuadro de Renoir mientras camina distraídamente por la calle y lo lleva a su casa y lo cuelga. Se sabe dónde lo compró, hay una galería, hay un remate, hay infinidad de datos que permiten individualizar la pieza. Puede ser que no se sepa quién compró el refrigerador o quién compró algún otro artículo del hogar.

Esta excepción, que desnivela la perfecta igualdad y que a lo mejor desvela a los maniáticos de la simetría legal, no tiene consistencia ninguna. O sea que se puede afirmar, sin exageración, que las facultades de administración del marido y de la mujer son, en el régimen argentino, absolutamente iguales, son exactas.

Existe la posibilidad del mandato dado por un cónyuge al otro, que se puede conferir de manera expresa, como el mandato entre personas ajenas, o también de manera tácita, pero esto no altera de ninguna manera la libertad de administración de cada cónyuge respecto de los gananciales que ha llegado a adquirir.

5. CARACTERISTICAS FUNDAMENTALES DEL REGIMEN VIGENTE

Con todo lo anterior diría que del esquema de la sociedad conyugal no queda prácticamente nada y que la Argentina ha llegado, a través de un régimen imperativo, en el cual las convenciones matrimoniales tienen un margen mínimo, a un sistema de completa igualdad en la gestión económica del marido y la mujer. En cuanto a las convenciones, las que aún permanecen en pie, no tienen carácter de tales, ya que no son instrumento apto para regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

El régimen argentino permite dos convenciones: una es el inventario de los bienes propios que se llevan al matrimonio, que de convención no tiene nada, es una constatación de hechos. Y la otra ~~se refiere a las donaciones matrimoniales que el~~ marido le hiciera a la mujer, que tampoco es una convención,

sino un acto jurídico a través del cual hay una donación sujeta a la celebración del matrimonio que la mujer acepta. No hay, pues, convenciones matrimoniales, sino que es un régimen rígido, imperativo, orientado hacia la separación de bienes. Yo diría, en efecto, que de adscribir el régimen argentino a algunos de los modelos existentes, es más próximo a la separación que a una auténtica comunidad de bienes.

Por lo menos lo es durante el funcionamiento del sistema. Deja de serlo en el momento en que el régimen cesa, ya sea porque sobreviene la muerte de alguno de los cónyuges, el divorcio, la nulidad del matrimonio, alguna de las causas que originan lo que en la terminología argentina corriente se llama la disolución de la sociedad conyugal.

Allí sí, nace una comunidad, una comunidad que nace para morir, nace para ser dividida entre quienes concurren a esa división. Pero desde que el matrimonio se celebra hasta que ocurre alguno de estos acontecimientos, siempre negativos, sobre todo el divorcio —la muerte no estoy convencido que lo sea—, hasta que ocurre alguno de estos acontecimientos, digo, el régimen funciona de manera semejante a la separación.

¿Cuáles son las pautas que apartan al régimen argentino de la separación? Yo diría que son dos, o para ser más preciso, dos y media.

a) La primera es la exigencia del asentimiento conyugal para otorgar actos de disposición relativos a bienes gananciales inmuebles o bienes muebles o derechos sujetos a un registro impuesto por las leyes. Esta es una novedad que la ley de 1968 introdujo en el régimen argentino, pero que no es, desde luego, una creación demasiado original: el régimen regía en la otra margen del Río de la Plata, en el Uruguay desde muchos años antes.

A pesar de esto, la introducción de esta modificación nos conmovió bastante a muchos. Conmovió a quien fue mi maestro y amigo entrañable, el profesor Jorge Llambías, yo no sé si su obra en Chile es conocida o no, pero que en todo caso es una obra de un gran vigor, compuesta por un tratado de parte general del derecho civil y un tratado de las obligaciones, excelente desde mi punto de vista.

Llambías fue crítico de esta innovación de Borda, en la cual veía una desnaturalización de la organización económica de la

familia, y yo publiqué el segundo tomo de mi Derecho de Familia; en el año 71 o 70, muy poco después de la reforma y critiqué muy severamente esta iniciativa de la Ley 17.711, pensando que iba a ser —aparte de otras razones atinentes a la economía de la familia— para nada práctica, que iba a obligar a los cónyuges a estar unidos, no en el sentido que la unión matrimonial hace deseable y fecundo, sino unidos para realizar trámites conjuntos, para que la mujer diera su consentimiento a la transferencia de una prenda sobre un automóvil, que es un derecho registrable, o a la venta de acciones nominativas, que también están sujetas a un registro. Pensé que iba a ser una fuente de conflictos tremenda.

Tanto lo pensé, que llegué a proponer en unas Jornadas de Derecho Civil, del año 71, en Rosario, un proyecto de derogación del artículo 1277 sustituido por una variante del bien de familia del cual voy a decir algunas palabras dentro de un momento. Y creía, realmente, estar prestando un servicio a la sociedad argentina al propiciar la derogación del artículo 1277.

Han pasado treinta años casi, desde que esa ley fue sancionada y debo decir que no tenía ninguna razón. El sistema funcionó bien; no hay hoy día ninguna dificultad difícil de superar por esta necesidad del asentimiento y, por el contrario, es muchas veces un medio preventivo de evitar esa tentación que acecha a los maridos, y que los acecha más cuanto más ricos son, obviamente, que es la de defraudar a su mujer en el manejo de los bienes patrimoniales. No se puede disponer de los bienes sin el asentimiento del otro cónyuge, y si así se hiciere, el acto al cual le falte este requisito del asentimiento, es un acto que en mi comprensión —es una opinión personal no universalmente compartida— sería anulable de nulidad relativa.

Algunos dicen que es nulo, yo creo que no, porque el juez al poder resolver la falta de asentimiento valorando que no hay motivos suficientes para la negativa del cónyuge, me parece que estamos frente a una nulidad dependiente de juzgamiento, y por lo tanto frente a un acto anulable y no nulo.

b) La otra excepción al régimen de separación durante la vigencia de la sociedad conyugal es la que les mencioné de la responsabilidad conjunta, la responsabilidad *in solidum* por las ~~deudas contraídas para las necesidades del hogar, la educación de los hijos y la conservación de los bienes comunes.~~

6. LA INSTITUCION DEL "BIEN DE FAMILIA"

Luego hay otra, dije que eran dos y media las diferencias, porque la última es una diferencia optativa, que es la constitución del bien de familia, en virtud de una disposición incorporada a la legislación argentina, paradójicamente por la Ley 14.394, que fue una ley dictada en el mes de diciembre del año 1954, cuando el país estaba gobernado por Perón y se había desatado una auténtica persecución contra la Iglesia Católica. En el plan de operaciones concebido por el gobierno figuró la implantación del divorcio vincular. A través de esa ley, con una desprolijidad absoluta, entre gallos y media noche, el Parlamento incorporó el divorcio vincular. Pero no se limitó a eso sino que agregó el régimen del bien de familia, o sea que por un lado se abría un agujero bajo la línea de flotación en la barca de la familia y, por otro, se le regalaba un sistema que podía resultar útil para preservar los intereses económicos del grupo familiar.

Y en esto consiste el bien de familia: cualquiera de los cónyuges —el régimen está hasta ahora limitado a las personas casadas—, tengan o no hijos, e incluye a los hijos legítimos y también a los hijos extramatrimoniales si alguno de ellos los tuviera, y a los hijos adoptivos. Hoy día hay iniciativas parlamentarias para extender el bien de familia a los concubinos, con este afán, también movido por evitar la discriminación, de no tratar a los que no son casados de manera distinta a los que lo son.

El régimen consiste en que un bien apto para la vivienda o para el sostenimiento de la familia, mediante escritura pública e inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad Inmueble, se incorpora a un régimen especial.

Este régimen especial determina que el bien de familia no sea enajenable, sino es con asentimiento de los dos cónyuges, norma que de alguna manera viene a superponerse con la que les mencionaba, que exige el asentimiento del otro cónyuge para disponer de cualquier bien inmueble.

Pero también el bien de familia está libre de ser ejecutado o de ser embargado por los terceros acreedores del cónyuge titular, y esto es lo que constituye realmente una buena defensa del patrimonio familiar, que, como decíamos hace un momento, suele estar representado por esa casa donde la familia vive, o por ese establecimiento comercial o industrial, ese pequeño taller del cual provienen los recursos de la familia.

Desde luego, el bien de familia tiene una limitación del valor: la ley dice que no puede exceder de la importancia de un bien que baste para atender las necesidades de la familia o su vivienda. Es decir, si un señor tiene 10.000 hectáreas en medio de la Provincia de Buenos Aires, cuyo casco tenga veinticinco dormitorios, no puede pretender que ese inmueble se constituya en bien de familia porque excede notoriamente las necesidades de habitación y de sustento de la familia.

Es un recurso para las economías medias, para las economías de clase media, que son, diría, la gran mayoría.

El régimen es bueno, es práctico, es sencillo de aplicación, pero no ha tenido demasiado eco en la Argentina porque la gente, a veces por desidia, a veces por ignorancia de que puede prevalerse de ese sistema, se abstiene de constituir los bienes en bien de familia y los deja entonces librados a las peripecias económicas del cónyuge que administra.

Sé que en Chile hay una figura semejante. Me llamó la atención que no preservaba el bien de familia de la ejecución por créditos de terceros y también que estableciera un régimen de administración conjunto, aproximándose un poco a la idea de patrimonio familiar.

Entre nosotros el bien de familia tiene una titularidad de dominio determinada, es del marido o de la mujer, o de los dos si se trata de un condominio propio o ganancial, que la ley argentina permite perfectamente, y el régimen de administración es el régimen de administración común de los bienes propios o gananciales de cualquiera de los cónyuges. La única excepción que hay a este respecto es que, si no hay acuerdo entre los cónyuges para enajenar y uno quiere y el otro no, la diferencia tiene que ser resuelta por decisión judicial.

7. POSIBLES TENDENCIAS LEGISLATIVAS HACIA EL FUTURO

Este es, en una apretada síntesis, el panorama del régimen de bienes del matrimonio en la Argentina. Un régimen de bienes que, en cuanto es un aspecto del estatuto del matrimonio, está en una revisión más o menos permanente, pero que, debo decir que en nuestro caso, no me parece que exija una revisión inmediata.

Es probable que en la medida en que la implantación del divorcio vincular ha hecho del matrimonio un vínculo extremada-

mente precario en la Argentina, con causales sumamente amplias para que pueda ser disuelto, a veces por decisión unilateral de uno de los cónyuges, ha perdido sentido, o ha perdido congruencia el mantenimiento de un régimen de bienes que estuvo originariamente concebido para cuando el matrimonio estaba regulado conforme a los caracteres que su sustancia, su propia naturaleza, reclaman. Es probable, entonces, que nos encaminemos hacia un sistema que admita, junto al régimen vigente, la opción de la separación de bienes, o sea de que los cónyuges, además de estar en situación de ignorarse en otros aspectos, puedan también ignorarse en el aspecto patrimonial.

Esto ha sido proyectado, ha sido comentado en la Argentina, incorporado a algún proyecto que tiene media sanción, pero no ha sido aprobado hasta ahora.

Junto a esto está también el régimen de la participación en los gananciales, que en Chile acaba de ser incorporado, y que a los especialistas argentinos con quienes he hablado les suscita algunas reservas, pero, como todas las cosas, es una materia francamente opinable porque se trata solamente de la practicidad o no de un sistema que sirve para realizar un objetivo, que debe estar al servicio de otro: es decir, lo importante es el matrimonio, el régimen de bienes es un sistema accesorio para permitir el mejor funcionamiento del matrimonio y no es un fin en sí mismo.

LOS BIENES FAMILIARES
EN LA LEGISLACION CHILENA.
PROBLEMAS Y ATISBOS DE SOLUCIONES

ANA MARIA HÜBNER GUZMAN
Profesora de Derecho Civil
Universidad de los Andes

1. INTRODUCCION DE LOS BIENES FAMILIARES EN CHILE

La reforma de los bienes familiares fue incorporada por el Art. 28, N° 9, de la Ley 19.335, publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 1994, que agregó a continuación del párrafo I, del Título VI, del Libro I del Código Civil, el párrafo denominado "DE LOS BIENES FAMILIARES", y que comprende los artículos 141 a 149, institución que ya existía en el derecho comparado, y que hoy en día se orienta a la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para enajenar derechos que cualquiera de ellos posea sobre bienes que conforman la vivienda familiar y el mobiliario que le sirve de ajuar.

Dentro de las normas existentes en la legislación comparada podemos citar la legislación francesa, Ley 65.570 de 13 de julio de 1965, que establece en el artículo 215 del Código Civil que los esposos no pueden por sí solos disponer de los derechos por los cuales se asegura la vivienda familiar y su mobiliario. Agrega el precepto que aquel esposo de cuyo consentimiento se prescindió, podrá pedir la anulación del acto, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento del acto.

La protección de la vivienda familiar en el Código Civil francés se fundamenta en la comunidad de vida a que obliga la vida matrimonial, y en las cargas matrimoniales, a las cuales deben contribuir ambos cónyuges en proporción a sus facultades.

También encontramos la vivienda familiar en España, en el artículo 1320 del Código Civil, norma que consagra el derecho al hogar de la familia.

En el Código peruano de 1984, donde se le llama patrimonio familiar.

El Código boliviano también habla del patrimonio familiar.

Uruguay lo llama bien de familia: D.L.15.597 de 1984.

En Argentina, la Ley 14.394 se refiere a esta institución con el nombre de bien de familia, y existe desde el año 1954.

En Chile, en el Título VI, del Libro I del Código Civil, se reglamentan las obligaciones y derechos entre los cónyuges, lo que implica desde ya la generalidad de las normas introducidas, y por lo tanto cualquiera que sea el régimen de bienes adoptado se aplica esta institución.

2. PRECEDENTES EN NUESTRA LEGISLACION

La protección del patrimonio familiar en Chile no había estado del todo ausente, y así encontramos su presencia en diversos cuerpos legales.

En efecto, las Constituciones de 1925 y de 1980 se refieren a la propiedad familiar, y así podemos citar el artículo 10 N° 14, inciso 2°, de la Constitución Política del Estado, de 1925, que establecía: "El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar".

En la Constitución de 1980, en su artículo 1° se habla genéricamente de "dar protección a la familia".

También encontramos su presencia en la Ley 1.838 referida a las habitaciones para obreros; en la Ley 5.950 que creó la Caja de Habitación Popular, la Ley 7.600; en la Ley 15.020 en cuya virtud se dicta el DFL N° R.R.A.5, del Ministerio de Hacienda, de 1963, que facultaba al Presidente de la República, a solicitud del propietario, para declarar propiedad familiar agrícola un predio rústico calificado previamente de unidad económica.

La Ley 16.640 facultó al Presidente de la República, en su artículo 193, para que refundiera las normas sobre propiedad familiar agrícola bajo la denominación única de "pequeña propiedad rústica", etc.

3. HISTORIA DE LA LEY 19.335

El proyecto fue presentado ante la Cámara de Diputados con un mensaje del Presidente de la República, don Patricio Aylwin Azócar, en el cual destacó que estas modificaciones legales permitirían hacer una realidad el principio de la igualdad ante la ley, referido a la mujer, como así también proteger la estabilidad de la familia.

Lo anterior constatado por diferentes estudios que determinaron que, no obstante tener la mujer iguales responsabilidades que el hombre, ello no se traducía en normas concretas que así lo representaran, sino que muy por el contrario. Es así como el Servicio Nacional de la Mujer encomienda a una comisión de profesores, abogados y especialistas en el tema, que prepararan un proyecto de ley sobre la materia, sirviendo de base para ello un trabajo elaborado por el profesor Enrique Barros, el que a su vez había tomado un trabajo realizado por la Universidad Gabriela Mistral referido básicamente al régimen de participación en los gananciales.

Con el objeto de paliar los inconvenientes que presenta el régimen de participación en los gananciales, en lo que se refiere a que durante su vigencia no existe un patrimonio común familiar, se idea el complementarlo con la institución de los "bienes familiares", institución que se independiza del mismo, para pasar a ser común a todos los regímenes matrimoniales.

En el referido proyecto primeramente se consideró introducir los bienes familiares en el actual Título XXII, del Libro IV, en los artículos 1719 y siguientes. Sin embargo, presentado el proyecto a la Cámara de Diputados, con el fin de no modificar substancialmente nuestro Código Civil, y aprovechar disposiciones derogadas, se decidió incluirlos dentro de un párrafo especial denominado "De los Bienes Familiares", artículos 141 a 149, ubicado en el Libro I.

También fue objeto de discusión en la Cámara la posibilidad de afectar parcialmente un bien, por ejemplo, tratándose de una propiedad agrícola, sólo la vivienda, y no el resto del predio en general, prefiriéndose en definitiva dejarlo ello sometido a las reglas generales, y no legislar especialmente, lo que, obviamente en la práctica puede traer aparejado más de un conflicto.

Una vez en el Senado se discutieron básicamente tres aspectos:

a) *Lo innecesario de la institución*: Se señaló que la sociedad conyugal bastaba, puesto que para disponer de un bien raíz, se requería la voluntad de ambos cónyuges. Sin embargo ello no regiría respecto de los bienes muebles porque resultan excluidos por el 1749, los bienes pertenecientes al patrimonio reservado de la mujer, y los bienes propios de cada cónyuge. Y si se habían casado en separación de bienes, la institución vulneraría la voluntad de los cónyuges, quienes verían trabadas su facultad de disposición, no obstante haber acordado la diferenciación de sus patrimonios, y además ellos nunca tendrían participación en los bienes del otro, cuestión muy diferente a la que se derivaría del nuevo régimen propuesto, esto es, participación en los gananciales.

Sí se justificaría en la participación en los gananciales con el fin de que existiera un elemento en comunidad, y siempre que, una vez concluido el régimen, hubiesen surgido los créditos respectivos.

Lo anterior se discutió muchísimo, sopesando el sentido de la institución, que no es otro que solventar las cargas de familia, el llamado régimen matrimonial primario, al cual deben subordinarse los bienes y patrimonio de los cónyuges, fundamentándose también en la circunstancia de que no se estaba agregando ninguna obligación conyugal diferente de las conocidas¹.

b) *Problema de constitucionalidad*: Se discutió el hecho de que se afectara el derecho de propiedad contemplado en el Art. 19, N° 24, y que a través de la declaración unilateral de uno de los cónyuges (como lo contemplaba el proyecto) pudiera limitarse al otro en su facultad de disposición.

Se dijo que ello no era inconstitucional porque no se privaba al dominio de sus facultades esenciales, y que la misma Constitución permite a la propiedad cumplir una función social, dentro de la cual está la obligación del Estado de velar por la familia, según lo dispone el Art. 1° de la Constitución Política del Estado.

Además, el proyecto contemplaba la posibilidad del cónyuge propietario de reclamar ante el juez de esta declaración, y en

¹ Peña González, Carlos, "La protección de la vivienda familiar y el ordenamiento jurídico chileno", en *Estudios de Derecho Civil, Cuaderno de Análisis Jurídico*, U. Diego Portales, Santiago, 1994, pág. 195.

este caso el juez resolvería, siendo la afectación resultado de una decisión judicial, la que tendría que estar basada en una circunstancia de hecho, cual es la realidad de ser una vivienda destinada a residencia principal de la familia. En consecuencia, lo que torna familiar un bien no es la voluntad unilateral del cónyuge declarante, sino la situación fáctica del bien, situación que el cónyuge no hace más que poner de manifiesto ante los terceros².

Por último, se agregó que en el Código Civil existen numerosas disposiciones que afectan la libre disponibilidad para su dueño de los bienes de alguno de los cónyuges, con el fin de solventar las cargas familiares, como por ejemplo el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, o la posibilidad contemplada en la Ley 14.908 de imponer un usufructo al bien del cónyuge condenado a pagar alimentos, etc.

c) *Afectación del derecho de prenda general*: El beneficio de excusión estaría consagrado en la ley, y no en un acto contractual, como lo es la fianza, lo que iría en desmedro de los acreedores.

Se rebatió indicando que a los acreedores anteriores no los afectaría de manera alguna, y que los posteriores tendrían conocimiento de la situación por la inscripción (sin embargo, no podemos olvidar que la ley, tal como quedó, expresa que la sola presentación de la demanda transformará provisoriamente al bien en familiar), y que lo más conveniente era dejar la decisión de la calidad del bien al órgano jurisprudencial, y no a la voluntad de una sola de las partes, lo que en definitiva prevaleció.

4. FUNDAMENTOS DE LOS BIENES FAMILIARES

Su fundamento se encuentra en el denominado "régimen matrimonial primario", esto es, el conjunto de normas imperativas, de carácter patrimonial, que buscan la protección de la familia y por lo tanto se imponen heterónomamente a los cónyuges.

El que exista un régimen matrimonial primario y que se imponga a los cónyuges ha existido desde la dictación de nuestro

² Peña González, Carlos, ob. cit., págs. 198 y siguientes.

Código Civil y tiene su fundamento en “el levantamiento de las cargas del matrimonio”, cuales son el mantenimiento de la familia, alimentación y educación de los hijos, atenciones de provisión de acuerdo a los usos y costumbres de la familia. Hay diferentes disposiciones que se refieren a estas cargas en el Código Civil, como los artículos 134, 243 y las normas que regulan la sociedad conyugal³.

A estas cargas de familia se subordina el patrimonio de los cónyuges, quienes pueden verse privados del dominio o limitados por decisión judicial en su ejercicio con el fin de satisfacer las obligaciones que les impone la ley.

Se ha señalado que los bienes familiares no agregan al estatus matrimonial primario ninguna carga distinta de las ya existentes, pero lo que sí hacen es prever una nueva forma de asegurar o garantizar su cumplimiento⁴.

Es así como podemos señalar que las cargas existentes son:

a) Derecho de alimentos, que pueden perseguirse judicialmente obteniendo incluso usufructo, uso o habitación (artículo 11 Ley 14.908);

b) Usufructo legal del marido y del padre de familia (artículos 810, 243 y 1753 del Código Civil);

c) La administración por parte del marido de los bienes propios de la mujer, única razón que hoy existe; atendida la capacidad de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, es el bienestar de la familia;

d) Institución de las asignaciones forzosas;

e) Donaciones entre vivos que requieren insinuación. El tribunal las autorizará o no considerando las cargas de familia.

Al estar establecidas estas normas en beneficio de la familia son de orden público, y se sustraen al principio de la autonomía de la voluntad, siendo irrenunciables. De allí que el art. 149 disponga para los bienes familiares: “Es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo”.

En último término, su fundamento es garantizar una vivienda estable para el grupo familiar.

³ Peña G., Carlos, ob. cit. pág. 194.

⁴ Peña G., Carlos, ob. cit. pags. 204 y siguientes.

5. CARACTERISTICAS DE LA CONSTITUCION

a) Sus normas son de orden público: protegen a la familia y por ende los cónyuges no pueden disponer de ellas, por ello su renuncia está impedida en el artículo 149, y su contravención será sancionada con la nulidad absoluta.

b) Es una institución híbrida, puesto que no se incorporó cabalmente el llamado patrimonio familiar, ya que los bienes no son inembargables. Tampoco produce indivisión forzada, y no se prohíbe la enajenación. Sólo existe una restricción: no se incorporaron la subrogación real ni la destinación de los frutos a la mantención de la familia. Todo ello contribuye a que en Chile no exista el patrimonio de afectación especial que constituye la institución en otras legislaciones. No se crea un nuevo patrimonio, el que sigue perteneciendo a su propietario⁵.

c) Restringen el principio de la libre circulación de los bienes y disminuyen la posibilidad de crédito.

d) Conllevan una intervención del cónyuge no propietario en ciertos actos.

e) Permiten la constitución de derechos reales de goce en favor del no propietario.

f) Implican una ejecución subsidiaria en caso de oponerse "el beneficio de excusión".

6. QUE SE ENTIENDE POR BIENES FAMILIARES

6.1. CUESTIONES GENERALES

Es bien familiar el inmueble que, siendo de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, sirva de residencia principal de la familia, incluyéndose en el concepto los muebles que guarnecen el hogar.

El artículo 141 dispone: "El inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos que sirva de residencia principal de la familia y los muebles que guarnecen el hogar, podrán ser declarados bienes familiares, y se registrarán, entonces, por las normas de este párrafo, cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio."

⁵ Rosso Elorriaga, Gian Franco, *"Los bienes familiares en Chile"*, Memoria de Prueba: 1996, págs. 32 y siguientes.

El juez deberá determinar si concurren los requisitos para esta declaración.

El inciso 2° fue modificado en la práctica por el D.F.L. N° 2, de 26 de diciembre de 1996, en el sentido de que la declaración debe ser solicitada por alguno de los cónyuges. El precepto quedó redactado de la siguiente manera: "Esta declaración se hará por el juez en procedimiento breve y sumario, con conocimiento de causa, a petición de cualquiera de los cónyuges y con citación del otro".

6.2. REQUISITOS PARA QUE UN INMUEBLE SEA FAMILIAR

A) Que sea de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos independientemente de su valor

La norma plantea la inquietud de saber qué ocurre en los estados de comunidad de bienes entre el cónyuge propietario y terceros, lo que será de regular ocurrencia ante la sucesión por causa de muerte, en que uno de los comuneros permanece en la propiedad raíz que perteneció al causante y su familia vivirá allí con él. En la historia de la ley se dejó establecido que ello era posible, y que el comunero estaba imposibilitado de pedir la partición a menos de contar con el consentimiento del otro cónyuge. Pero esto no lo dice la ley en parte alguna.

Es independiente el régimen de bienes: podrá haber sociedad conyugal, separación de bienes o participación en los gananciales.

Las normas sobre bienes familiares se aplican también a derechos accionarios que tengan los cónyuges en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia (artículo 146 inc. 1°). El que pertenezca a una sociedad obviamente que se está refiriendo a los estratos más altos, porque los sectores más pobres han adquirido con subsidio y además de hipoteca tendrán prohibición de gravar y enajenar, y por ello estarán impedidos de transferir el bien raíz.

En el proyecto, la proposición del profesor Enrique Barros B. fue que se estableciera la protección de "la propiedad indirecta de alguno de los cónyuges, como cuando pertenece a una sociedad cuyo interés mayoritario corresponde a dicho cónyuge"⁶.

⁶ Barros Bourie, Enrique, "Proyecto para introducir en Chile la Participación en los Gananciales como Régimen de Bienes", en *Familia y Personas*, Ed. Jurídica de Chile, año 1991, pág. 133.

En la redacción actual no importa la cuantía del interés, y está referido a las acciones y derechos que los cónyuges tengan en la sociedad, o sea, a las cuotas que les corresponden en esta, protegiéndose un bien incorporal.

Es indispensable que se trate de un bien que pertenezca a uno de los cónyuges, o a ambos, o que se tenga a través de una sociedad, porque, como los señalábamos anteriormente, los bienes familiares tienen por objeto satisfacer las llamadas cargas de familia, obligación que sólo le corresponde a los cónyuges.

B) Sólo un inmueble podrá ser declarado como tal

En consecuencia, no podrán haber dos residencias principales de la familia. Ya se ha presentado el caso ante nuestros Tribunales, de marido y mujer que se separan y cada uno de ellos se va a vivir con parte de la familia, dividiéndose entre ellos los hijos y los bienes. ¿Cuál de los inmuebles será familiar?

Surge también la duda de qué ocurre en aquellas viviendas que en parte son destinadas a habitación y en parte a oficina, taller, comercio, etc.

El diputado Victor Pérez planteó la disyuntiva que el inmueble estuviese inserto en un predio o propiedad mayor, y durante la tramitación del proyecto se agregaron dos incisos que permitían la afectación parcial. Sin embargo, posteriormente se eliminaron, dejándose establecido que se debía resolver de acuerdo a las reglas generales.

Hoy la jurisprudencia entiende que solamente puede tener tal característica aquel espacio físico destinado a vivienda.

Por otra parte, no se establecieron valores máximos para ser declarados bienes familiares, como existe en otras legislaciones, pues se trata de asegurar lo mínimo para la vida, lo que tiene mucha importancia en el derecho extranjero cuando se consagra la inembargabilidad.

La norma también excluyó la posibilidad de que se declare familiar un bien que no pertenece a los cónyuges, por ejemplo si es del abuelo. En el derecho comparado esta posibilidad existe.

C) Interrogantes que plantea este primer requisito

Son varias las interrogantes que surgen:

- a) ¿Qué ocurre con la familia dividida en dos viviendas?
- b) ¿Qué ocurre en caso de comunidad?

c) ¿Por qué no puede afectarse como en otras legislaciones la vivienda del abuelo, en los casos que la familia vive con él en una vivienda que le pertenece a este ascendiente?

d) ¿Por qué no se planteó en la sociedad un interés mayor, puesto que se podría afectar aun cuando se tuviera un 1% de la sociedad?

e) La institución tiene por objeto proteger económicamente a la familia, ¿por qué entonces no se puso un límite en los valores de los bienes raíces y también de los bienes muebles?

f) ¿Qué ocurre con las viviendas insertas en predios de mayor cabida, o en qué parte está destinada a casa habitación y en qué parte a oficinas?

D) Que sirva de residencia principal de la familia

Debe tratarse del lugar público donde está establecida, pues su finalidad es justamente proteger la familia, pudiendo ser urbano o rural. No se admite la pluralidad de inmuebles que sirvan de residencia principal.

Según el profesor Hernán Corral, no puede tratarse de formas de vivienda como casas rodantes, vehículos abandonados, carpas, pues estos no serían bienes corporales inmuebles. De este modo quedaría fuera de la institución la población gitana⁷.

Además se plantea la siguiente duda: ¿Qué ocurre si uno de los cónyuges abandona la propiedad, pero transitoriamente, pues su deseo es volver a ella una vez declarada vivienda familiar? Por ejemplo, la mujer que deja al marido y se va con los hijos sin tener otro lugar propio donde vivir. ¿Podría solicitar la declaración de bien familiar si ella y los hijos no están transitoriamente viviendo en ese hogar?

A juicio de la suscrita, debe dársele al texto la interpretación que más cuadre con la naturaleza de la institución, permitiendo su declaración como bien familiar.

Por otra parte, ¿qué ocurre cuando los hijos viven en una vivienda y los cónyuges en otra? ¿Cuál es la residencia principal? Debió precisar más la ley. Nuestra jurisprudencia se inclina a sostener que los hijos determinan la residencia principal, y así se

⁷ Corral Talciani, Hernán, *Bienes Familiares y Participación en los Gananciales*, Ed. Jurídica de Chile, 1996, pág. 49.

dejó también establecido en la historia de la ley, pero ellos también pueden estar divididos.

La familia se encuentra definida en el Diccionario de la Real Academia como "el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas".

Por su parte, el Código Civil en el artículo 815 expresa que "la familia comprende el cónyuge y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado ni haya reconocido hijo alguno a la época de la constitución.

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende además las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de estos, y las personas a quienes estos deben alimentos".

En esta parte habría sido aconsejable que la misma ley dijera qué se entiende por familia, como ocurre con la legislación comparada, por ejemplo en Argentina, la Ley 19.394 dispone en el artículo 36: "Para los fines de esta ley se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente".

En Uruguay no se define familia, pero se indica a quiénes aprovechará (Ley 15.597, artículo 6°), norma en la cual además de los cónyuges y su descendencia legítima, se incluye la natural.

El Código peruano también indica a quienes beneficia, en su artículo 495, que detallamos más adelante.

6.3. REQUISITOS PARA QUE LOS BIENES MUEBLES SEAN DECLARADOS BIEN FAMILIAR

A) Requisitos

En el origen del concepto "muebles que guarnecen el hogar" se ve claramente la influencia nacional, en el proyecto de Velasco, que Barros tuvo a la vista, y la extranjera, del artículo 215 del C.C. francés⁸.

⁸ Rosso Elorriaga, Gian, ob. cit., pág. 76.

Guarnecer significa revestir, adornar, dotar, equipar, proveer, etc. Se piensa que la ley se refiere exclusivamente a aquellos bienes de uso habitual, de servicio de la familia.

Se ha indicado que, como los muebles referidos son los que guarnecen el hogar, serán aquellos a que se refieren los artículos 574 y 1121 del Código Civil, o sea los que componen el ajuar de una casa. El artículo 574 prescribe: "Cuando por la ley o el hombre se usa la expresión bienes muebles sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el artículo 567 del Código Civil.- *En los muebles de una casa* no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa".

Por su parte, el artículo 1121 C.C. dispone: "Si se lega una cosa con sus muebles o con todo lo que se encuentre en ella, no se entenderán comprendidas en el legado las cosas enumeradas en el inc. 2º del artículo 574, sino sólo las que forman el ajuar de la casa y se encuentran en ella; y si se lega de la misma manera una hacienda de campo, no se entenderá que el legado comprende otras cosas, que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y se encuentran en ella. En uno y otro caso no se deberán de los demás objetos contenidos en la casa o hacienda, sino los que el testador expresamente designare".

Pareciera que la terminología debemos entenderla en su sentido vulgar como sinónimo de amoblado de una casa, en conformidad a la situación socioeconómica de la familia⁹.

Desgraciadamente no se planteó un límite y así se presentan problemas relativos por ejemplo a los equipos de video de gran valor, instrumentos electrónicos de alta tecnología, etc.

Pudiera pensarse que el Código Civil excluyó aquellos bienes de alto valor, puesto que en el artículo 574 inc. 2º se excluyen las joyas, sin embargo, dicha exclusión tiene su justificación en el uso personal que de ellas se hace, no son bienes en beneficio de la familia, sino que en beneficio propio del usuario.

⁹ Rosso Elorriaga, Gian, ob. cit., pág. 77.

¿Qué ocurre con las bicicletas, automóviles? Habría que excluirlos porque el artículo 574 excluye los carruajes o caballerías o sus arreos, es decir, los medios de transporte de la época no se incluyen en esta categoría y, por ende, quedarían fuera, además llegaríamos a la misma conclusión porque no guarnecen el hogar¹⁰.

En el Derecho comparado se incluye en esta noción los vehículos que se encuentren al servicio de la familia.

En la práctica se han presentado peticiones en que se detallan "cuadros de Pedro Lira", "cuchillerías de lujo" y otros artículos de gran valor, y en general estas peticiones han sido desechadas.

La ley no exigió que se presentara un inventario de los bienes muebles, y hasta la fecha casi no existen declaraciones judiciales respecto de los muebles por la incerteza de su realidad y especificación.

También es importante determinar si estos muebles son accesorios de la residencia principal, o si puede pedirse su afectación independientemente del inmueble, presentándose en la práctica cuestiones que resolver. Por ejemplo, si se enajena el inmueble porque los cónyuges se cambian de vivienda, se podrá pedir la desafectación del inmueble, pero ¿qué ocurre con los muebles?, pues estos se pueden trasladar de una vivienda a otra, y en consecuencia seguirían estando afectados, o ¿se puede pedir la afectación y desafectación de los muebles independientemente de la situación del inmueble?

En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en su 2º informe, al darse cuenta de una indicación presentada por el senador Cantuarias en orden a modificar el artículo 145 agregando: "que la desafectación del inmueble declarado familiar implica la de los bienes muebles que lo guarnecen", la Comisión lo rechazó diciendo que al afectarse el inmueble sólo se afectan por vía consecuencial los muebles, o sea la interpretación correcta es que la expresión "y" conlleva que sólo puede pedirse la afectación de lo accesorio en la medida que esté afectado el inmueble.

Cuestión muy criticable porque es más frecuente encontrar arrendatarios que propietarios.

¹⁰ Corral T., Hernán, ob. cit., pág. 52.

B) Interrogantes que plantea la afectación de los bienes muebles

En este tema surgen dudas muy variadas, a saber:

- a) ¿Está permitida la afectación de sólo los muebles?
- b) ¿Qué ocurre con los muebles afectados cuando se desafecta lo principal?, ¿podrán llevarse a la nueva vivienda los bienes sin alterar su calidad de bien familiar?
- c) ¿No hay límite en el valor?
- d) ¿Qué ocurre con los vehículos?
- e) ¿Cómo proteger a terceros si no hay un sistema registral de cosas muebles?

7. CONSTITUCION DE LOS BIENES EN FAMILIARES

En el proyecto primero se pensó en una simple declaración por escritura pública de cualquiera de los cónyuges anotada al margen de la inscripción de dominio, cuestión que se cambió pensando que la declaración del órgano jurisdiccional legitimaba la limitación al dominio que podía implicar. Así lo pensaron los senadores Díez y Fernández. Sin embargo, si existiera inconstitucionalidad, la declaración del juez no la priva de la sanción.

Tratándose de bienes inmuebles en que cualquiera de los cónyuges sea propietario, la constitución como tal está reglamentada en el artículo 141 que dispone: "mediante una declaración formulada por el juez en procedimiento breve y sumario, con conocimiento de causa, a petición de cualquiera de los cónyuges y con citación del otro".

"Con todo, la sola presentación de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate. En su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia. El Conservador practicará la subinscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal.

Para los efectos previstos en este artículo, los cónyuges gozarán de privilegio de pobreza."

De aquí se deriva que sólo los cónyuges pueden solicitarlo, o sea, ¿defiende a la familia o a los cónyuges?, ¿qué ocurre por ejemplo si un bien es mal administrado?, ¿no podría uno de los hijos pedir la declaración? Pensemos en el caso de maltrato psicológico a la madre, obviamente ella estará incapacitada para solicitarlo, pero tal vez un hijo sí podría tomar la iniciativa.

Los cónyuges no siempre velarán por el interés de los hijos. Además, obviamente que al cónyuge propietario no le interesará pedirlo, pues se traba su disposición, a menos que pretenda dificultar las acciones de terceros sobre estos bienes, y si la demanda la presenta el no propietario, de no mediar acuerdo, romperá de inmediato la armonía familiar. Ello ha quedado demostrado en la práctica, pues la mayor parte de demandas solicitando la declaración del bien como familiar se presenta en casos de familias disgregadas.

Si uno de los cónyuges muriera a lo largo del proceso, en opinión del profesor Hernán Corral ya no procedería la declaración y la petición caducaría. Distinto es cuando ya declarado uno de ellos fallece, pues la declaración subsiste¹¹.

La ley no indicó qué juez sería el competente, por lo tanto, debemos aplicar las reglas generales y será el juez de letras del domicilio del "demandado", (artículo 134 C.O.T.).

Además la ley incurre en el error de señalar que el juez debe proceder con conocimiento de causa y citación del cónyuge, diligencias que sólo se aplican a los actos judiciales no contenciosos. En el procedimiento sumario lo que procede es la citación del demandado a la audiencia a que se refiere el art. 683 del C.P.C.

De esta manera se pueden distinguir tres etapas distintas en la constitución de un bien como familiar:

- a) La mera presentación de la solicitud: su ingreso material al tribunal competente;
- b) La declaración del juez;
- c) Su inscripción en el registro correspondiente.

No obstante lo perentorio de los términos en el sentido de que la sola presentación de la demanda transformará provisoriamente el bien en familiar, pensamos que sólo podrá tener tal característica respecto de terceros, desde que se subinscriba al margen de la inscripción de dominio tal condición, la que constituye una formalidad de publicidad, de carácter sustancial, de modo que su omisión produce inoponibilidad frente a terceros.

Los requisitos generales de cualquier acto regido por el sistema registral es que sean oponibles siempre y cuando se haya efectuado la anotación, subinscripción, cancelación o anotación

¹¹ Corral T., Hernán, ob. cit., pág. 56.

que se practique. En este fundamento descansa el artículo 1491 del C.C, que discurre sobre la base de que la condición conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

De tal manera que la inscripción tiene por objeto poner a cubierto de terceros la posible nulidad relativa existente, y que podrá reclamar el cónyuge que no autorizó la disposición (enajenación o gravamen, o promesa de enajenación o gravamen, la celebración de contratos que concedan derechos personales de uso o de goce a su respecto o la promesa de celebrarlos) que el otro hubiese hecho de un bien familiar.

Así, mientras no se practique la inscripción podrán celebrarse todos los actos que la ley permite sin autorización del otro cónyuge, lo que, tratándose de bienes raíces de la sociedad conyugal no tendrá mayor importancia porque igualmente la mujer deberá concurrir con su autorización, pero será de suma importancia si se trata de bienes del patrimonio reservado, o de bienes propios, o existe separación de bienes o participación en los gananciales.

Existe un argumento histórico que apoya esta tesis de la inscripción, cual es la disposición del Art. 143 que dispone: "El cónyuge no propietario, cuya voluntad no se haya expresado en conformidad con lo previsto en el artículo anterior, podrá pedir la rescisión del acto".

"Los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine".

En el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley sobre bienes familiares, en segundo trámite constitucional, se planteó lo siguiente: "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 probatorias del derecho común acerca de la buena fe, o sea, artículos 1490 y 1491 del C.C.

"Respecto del inciso segundo, el H. Senador Díez objetó la presunción de mala fe, la cual, a su juicio, implica haber tenido un grado de conocimiento que configura en el tercero una conducta ilegítima destinada a obtener un beneficio."

"Se repuso que la *presunción operará cuando consta la declaración de bien familiar al margen de la inscripción del inmueble*", y que la buena o mala fe alude, como se desprende

de los artículos 706 y 1490 del C.C. a un estado de conocimiento presunto.

"Dividida la votación respecto del artículo, el inciso segundo se acogió con los votos a favor de los H. Senadores Sra. Soto y señores Fernández y Pacheco y el voto en contra del Senador Sr. Díez¹².

En el segundo informe de la referida Comisión se volvió a estudiar la redacción del precepto, y se analizaron las distintas indicaciones planteadas por la Sala relativas al mencionado Art. 143 y se expresó lo siguiente:

"La indicación N° 42, también del H. Senador Cantuarias, reemplaza el inciso segundo del nuevo artículo 143 del C.C., con el objeto de puntualizar que, para que los terceros adquirentes de un inmueble declarado familiar estén de mala fe, se requiere que se haya practicado la anotación a que alude el Art. 141.

"La Comisión estimó preferible que apliquen las reglas generales, por lo que no acogió la indicación". Votaron unánimemente por el rechazo los HH. Senadores Sra. Feliú y señores Letelier y Pacheco¹³.

Advertimos que la situación regulada en los artículos 141, inciso 3°, y 143 inc. 2° es similar, ya que en ambos se plantea la oponibilidad respecto a terceros del carácter de familiar de un bien.

En el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se expuso que la presunción de mala fe operará cuando la declaración de un bien familiar conste al margen de la inscripción del inmueble, y en el segundo informe, que se aplicarán las reglas generales.

La aplicación de esas reglas generales conduce a la necesaria conclusión de que el bien raíz, no obstante su declaración provisoria de familiar por resolución judicial, no afecta a terceros, mientras la referida sentencia no sea subinscrita al margen de la correspondiente inscripción de dominio, ya que existiría de parte de estos buena fe, puesto que no se podrían haber enterado de tal calidad al no figurar la inscripción en el libro respectivo del Conservador de Bienes Raíces.

Dentro de las reglas generales, a las cuales se refirieron los senadores y diputados, podemos citar los artículos 297 y 453 del C.P.C. y 389 del C.P.P., que disponen, el primero, que cuando la

¹² Boletín 432-07, págs. 83 y 84.

¹³ Boletín 432-7, pág. 30.

prohibición de celebrar actos y contratos recaiga sobre bienes raíces debe inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces respectivo y sin este requisito no producirá efectos contra terceros; el segundo, que cuando el embargo recae sobre bienes raíces, no producirá efecto legal alguno respecto de terceros sino desde la fecha en que se inscriba en el respectivo registro conservatorio, y el último, que el embargo sobre inmuebles debe inscribirse en el Registro Conservatorio respectivo.

Por otra parte, si se llegara a conclusiones diferentes, se alteraría todo el sistema registral de la propiedad raíz.

Sin perjuicio de lo anterior, las entidades bancarias han aconsejado que, independientemente del régimen matrimonial que exista entre los cónyuges comparezca el otro expresando su voluntad de conformidad al artículo 142.

En el Derecho comparado, por ejemplo, en Argentina, se establece en el artículo 35 de la Ley 14.394: "La constitución de los bienes familiares produce efectos a partir de su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente", y el artículo 34 que lo precede señala: "Toda persona puede constituir en bien de familia un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente".

El D.L. 15.597 en Uruguay señala en su artículo 8º: "La falta de publicación e inscripción determinará la no oponibilidad respecto de terceros".

En Perú la inscripción en el registro es un requisito de validez.

En Bolivia no sólo se exige para su constitución la inscripción, sino también la publicación.

Desechada la demanda debemos entender que esa afectación provisoria estaba sujeta a una condición resolutoria y por ende se producen efectos retroactivos validándose los actos celebrados en tiempo intermedio, aun cuando no se hubiesen realizado con las autorizaciones correspondientes.

Se echa de menos un tiempo prudencial para la mantención de esta declaración provisoria, la que puede prolongarse en el tiempo frente a la pasividad del demandante, pues el Tribunal no está autorizado para proceder de oficio, y de esta manera puede alargarse una situación de hecho y no concluir en la ~~sentencia definitiva que resuelva acerca de la petición planteada.~~

8. TRAMITACION

8.1. QUIEN PUEDE SOLICITAR LA AFECTACION

Sólo los cónyuges, sean o no propietarios, así lo dice el texto actual del artículo 141, y para estos efectos gozan de privilegio de pobreza.

Esto último ha sido criticado por la profesora Claudia Schmidt¹⁴ porque el privilegio de pobreza fue concebido para aquellos casos en que se requiere de una asistencia judicial gratuita, por falta de medios económicos. Sin embargo, aquí nos encontramos con la existencia de bienes que no justificarían tal medida, teniendo quizás su fundamento en no obstaculizar la declaración de bien familiar y proteger efectivamente a la familia, sobre todo que muchas veces la petición será formulada por la mujer que no trabaja y que no cuenta con medios propios para hacer gastos.

8.2. APLICACION DEL JUICIO SUMARIO

De conformidad a la disposición ya referida, esto es, al artículo 141, la solicitud se tramita en juicio breve y sumario en que debe ser citado el cónyuge respectivo. Se aplican las normas de los artículos 680 y siguientes del C.P.C. y el libelo deberá cumplir los requisitos del art. 254 del mismo cuerpo legal. No obstante, se ha interpretado que el procedimiento sumario no necesariamente ha de ser este, sino aquel en que debe procederse rápidamente, porque la ley ordena "citación", y se podría ordenar el comparendo al tercero día.

Hemos tenido a la vista un caso en que, en la misma demanda, esta fue contestada, se pidió en esa misma presentación que se prescindiera de la recepción de la causa a prueba y que se citara a las partes a oír sentencia, habiéndose dictado esta a la brevedad.

No es esta la forma aceptada en la legislación comparada, pues en la mayor parte de ellas se ha simplificado el proceso, estableciendo un trámite administrativo o judicial en que concurren ambas partes.

En Chile tenemos un proceso contencioso, no teniendo cabida un procedimiento voluntario, aun cuando las partes estén de

¹⁴ Schmidt Hott, Claudia, *Nuevo Régimen Matrimonial*, Ed. ConoSur, Stgo. 1995, pág. 54

acuerdo, pues se trata de evitar su colusión en perjuicio de terceros y, aunque por esta misma causa, tampoco cabría la transacción, en la práctica ella sí se produce en algunos casos.

Por otra parte, en principio se refiere al procedimiento sumario, pero se agregó a la expresión "breve y sumario", "con conocimiento de causa y citación". Al parecer lo que se quiso decir fue que se estudiaran los antecedentes, lo que lógicamente se haya o no dicho se produciría siempre, reafirmandose que se decidiera una vez escuchado el otro cónyuge y por ello se agregó con citación, por lo que debemos entender que esas expresiones no fueron utilizadas en sentido técnico jurídico.

Así por ejemplo, aun cuando comparezca el otro cónyuge, el juez exigirá la prueba correspondiente, no bastándole la confesión, o también podemos entender que al emplear la expresión citación se quiso decir que la audiencia se realice al tercero día y no al quinto como prescriben las normas del procedimiento sumario, y abrirse un término probatorio de conformidad al artículo 686 del C.P.C., o sea, como el de los incidentes.

Como se aplica el procedimiento sumario, la sentencia es susceptible de apelación.

8.3 ACCIONES Y DERECHOS EN SOCIEDADES PROPIETARIAS

Si se trata de derechos o acciones que tengan los cónyuges en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia, su afectación es extrajudicial, de conformidad al artículo 146 del C.C. Se hace mediante una declaración de cualquiera de los cónyuges 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 (art. 146 inc. final).

Si se trata de una sociedad colectiva civil, se ha aconsejado por las instituciones bancarias que la escritura pública de afectación se anote al margen de la matriz de la escritura pública de constitución de la misma, si esta se hubiere formado con esta solemnidad.

8.4. DEFENSAS DEL CONYUGE AFECTADO

Aquí se presenta el problema de determinar qué acciones tiene el cónyuge que se ve afectado por una declaración unilate-

ral del otro, pues no existe procedimiento judicial alguno en que se lo haya citado para que exponga lo que estime conveniente a sus derechos ni se han consagrado mecanismos de impugnación, por lo que procederá aplicar las reglas generales.

8.5. EN QUE MOMENTO EL BIEN PASA A ESTAR AFECTADO

Se ha indicado por algunos que son dos requisitos copulativos:

- 1.- La declaración, y
- 2.- La inscripción.

En cambio, otros han dicho que la inscripción sólo es requisito de publicidad, y lo que la ley pretende es proteger a la familia, y no a terceros.

En todo caso aquí no habrá oficio del tribunal al Conservador, por lo que el declarante deberá preocuparse de esto.

Se advierte que esta forma de afectación sólo fue producto de una descoordinación, pues no se justifica que existan dos mecanismos diferentes, por un lado declaración unilateral y por otro judicial.

Habría sido recomendable exigir además la anotación en el sistema registral de propiedad.

8.6. SANCION PARA PRESENTACIONES O DECLARACIONES FRAUDULENTAS

El artículo 141 en su inc. final sanciona al cónyuge que fraudulentamente hiciere la declaración a que se refiere este artículo, en los siguientes términos: "El cónyuge que hiciere fraudulentamente la declaración a que se refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados".

Esta disposición se critica por la profesora Claudia Schmidt porque, tal como quedó redactada la ley, la declaración la hace el tribunal en un proceso contencioso, el cónyuge sólo es petionario, y el otro debe ser citado, pasando a ser demandado; ¿cómo entonces se podría cometer fraude entre ellos? Distinta es la situación cuando los cónyuges actúan de común acuerdo, y simulan un juicio contradictorio, o afectan un bien que no tiene las características indicadas en la ley¹⁵.

¹⁵ Schmidt, Claudia, ob. cit., pág. 55.

Sin embargo, debemos entender que se trata del que solicita-
re fraudulentamente.

Se presentaría el absurdo de que, aun cuando estén de acuer-
do, el proceso previsto por la ley es un proceso contencioso en
que uno de ellos es demandante y el otro demandado.

Además, el artículo 141 se refiere a la afectación judicial. ¿Y
qué ocurre en la afectación de bienes inmuebles sociales?

De todas maneras habría responsabilidad extracontractual, ar-
tículos 2314 y siguientes del Código Civil.

Por otro lado, la ubicación de la norma es desafortunada
porque no se aplicaría a la declaración unilateral tratándose de
sociedades, no obstante que en la práctica debe hacerse extensi-
va a esta situación también.

De todos modos, a igual solución se habría llegado con las
normas generales de los artículos 2314 y siguientes.

8.7. JUEZ COMPETENTE

Si la acción se califica como de inmueble, de conformidad al
artículo 580 del C.C., es juez competente el del lugar donde
esté. Si sólo se refiere a los muebles, el del domicilio del cóny-
uge demandado. (arts. 135, 137 o 138 C.O.T.).

Pero como el Código Civil dice "los derechos y acciones se
reputan muebles o inmuebles" y aquí no existe derecho personal ni
real, la norma a aplicar será el art. 134 del C.O.T., o sea, domicilio
del cónyuge demandado, lo que resulta absurdo si pensamos que
la declaración debe inscribirse al margen de la inscripción de domi-
nio, la que existirá en el lugar en que esté situado el bien.

9. EFECTOS DE LA DECLARACION DE FAMILIAR DE UN BIEN

Los efectos deberían producirse desde que la sentencia está
ejecutoriada, pero no podemos olvidar el efecto provisorio de la
demanda, sin perjuicio de la discusión respecto a su inscripción,
y la situación especial de bienes que pertenecen a una sociedad.

Planteándose además el problema de que la afectación provi-
soria no tiene un límite en el tiempo, con lo que podría bastar en
muchos casos con presentar la demanda y no preocuparse más.

En todo caso la sentencia que niega lugar a la solicitud debe
ordenar que se cancele la inscripción de bien familiar, y la que
accede, oficiar para que de transitoria pase a definitiva.

Además, la expresión “podrá el juez declarar” se ha entendido que le da amplitud a este para declararlos o no, o sea, no obstante cumplirse los requisitos, el juez si estima que no se cumple la finalidad de la institución podría negar lugar a la solicitud, que es lo que en el hecho está ocurriendo. El Senador Otero indicó que el juez aplicaría un criterio prudencial, una facultad que puede usar o no.

Lo anterior lleva a concluir, a diferencia de lo que ha sostenido el profesor Peña, según se lo citara anteriormente, que la situación fáctica no constituye al bien en familiar, sino que es la declaración judicial la que lo establece en la medida que se den los requisitos legales, siendo constitutiva¹⁶.

Esta declaración, en general podemos decir que no afecta el dominio, ni el derecho de goce, y los frutos de los bienes seguirán accediendo a sus dueños, restringiéndose la facultad para realizar actos de disposición en que la gestión tendrá que ser compartida.

9.1. EFECTOS ENTRE LOS CONYUGES

Pueden señalarse los siguientes:

A) Derecho a asentir o disentir en actos de administración:

No se podrá gravar o enajenar voluntariamente ni prometer gravar o enajenar el citado bien sin el consentimiento de ambos cónyuges. Lo mismo será para establecer un derecho personal de uso o de goce sobre determinado bien (artículo 142).

Esto último no se explica bien, porque si se establece un derecho de uso o goce podría estar hablando de arrendamiento, con lo que ya dejaría el bien de ser residencia principal de la familia, a menos que se refiera a arriendos por piezas o secciones del inmueble. Lo mismo ocurre si se trata de un comodato, con lo que obviamente hay un contrasentido, ya que es bien familiar el que sirve de residencia principal a la familia, y no el que está arrendado, a menos que se trate de proteger a aquel que se queda con la familia común viviendo en el inmueble familiar ante un caso de separación, y se impide al otro arrendar.

¹⁶ Peña, Carlos, ob. cit., pág. 198.

El gravar y enajenar comprende la transferencia del dominio y la constitución de algún derecho real, y la promesa envuelve los actos preparatorios para su enajenación o gravamen.

Así por ejemplo, la mujer casada en sociedad conyugal y que ha adquirido un bien raíz con su patrimonio reservado, de conformidad al artículo 150 del C.C. y que sirva de residencia familiar, podrá ver entrabada su disposición si el marido solicita se declare bien familiar. Lo mismo respecto del marido que administra la sociedad conyugal respecto al bien raíz que adquirió de soltero, y que lo ha destinado a vivienda familiar.

Igual cosa acontecerá con los bienes que formen parte del patrimonio de cada cónyuge en el régimen de separación de bienes y en el régimen de participación en los gananciales. Se limita a asentir o disentir, pero no es que concurra con su voluntad a formar el consentimiento para la enajenación, y por ello no podrá ser demandado como parte del contrato.

Por ello, no se puede hablar de administración conjunta, y en la discusión en el Senado varias veces se habló de que la institución tenía por objeto establecer una administración conjunta, lo que en realidad no es efectivo. Es el propietario el que administra, situación similar a la que acontece en la sociedad conyugal en que no puede sostenerse que la mujer tenga una administración conjunta de los bienes sociales.

De esta manera se puede sostener que los bienes familiares producen un desmedro en el derecho de dominio del cónyuge propietario, en la medida que ve entrabada su libre facultad de decisión.

El cónyuge no propietario adquiere el derecho a intervenir, ejerciendo las facultades del artículo 142, asintiendo o disintiendo en los actos a que se refiere la disposición, los que son todos de naturaleza voluntaria.

Si se trata de enajenaciones forzadas, esto es, las que se hacen a petición de un acreedor, por ministerio de la justicia, no se les aplica la norma.

Este asenso se requiere no sólo para la tradición misma sino para el acto que lo antecede, el contrato que le sirve de título translaticio de dominio, del modo amplio que la doctrina entiende la enajenación al igual que la de los artículos 1749 y 1754 del Código Civil.

~~El cónyuge no propietario no adquiere un derecho real sino~~ que sólo la facultad de asentir o disentir en la forma expresada

en el artículo 142. Tiene un derecho personal, de base legal, fundamentado en el interés de la familia.

Si se ha afectado un inmueble que pertenece a una sociedad en que alguno de los cónyuges sea socio o tenga derechos, se requerirá la voluntad de ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar (146 inc. 2°). Ello sucederá siempre que estos actos recaigan sobre el inmueble de propiedad de la sociedad que constituya la residencia principal de la familia.

En la historia de la ley se dejó constancia de que en el caso de comunidades, si era declarado familiar un inmueble que pertenece a varios comuneros, esta situación queda entregada a las reglas generales, en que cualquier comunero puede pedir la partición, excepto el cónyuge comunero que necesita la voluntad de su consorte¹⁷.

Tratándose de sociedades, para los derechos y acciones sociales, el titular no puede realizar por sí mismo "cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva que tenga relación con el bien familiar" (art. 146 inc. 2°).

¿Y qué ocurre si no actúa como socio, sino que como administrador designado? Al parecer no requeriría autorización, en cambio sí la necesitaría quien en una sociedad anónima concurre con su voto a la autorización de enajenación del bien¹⁸.

B) Cómo se presta la autorización

El texto original decía: "Interviniendo expresa y directamente en el acto". A diferencia de su fuente (Inc. 7° del art. 1749), el texto primitivo no contenía la expresión "de cualquier modo", por lo que había que entender, a juicio de algunos, que su comparecencia será con el preciso objeto de asentir, cualquiera otra forma, como testigo, o con su firma no implicaría cumplimiento al texto legal.

Ello fue zanjado por la corrección del articulado efectuada por el D.F.L. N° 2 de 21 de diciembre de 1996.

La autorización del cónyuge que no intervenga en el acto

¹⁷ Boletín 432-07-1° Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pág. 86.

¹⁸ Corral T., Hernán, ob. cit., pág. 65.

debe ser específica (modificación introducida por el D.F.L. N° 2 de 21-12-96) y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto requiere esa solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo; (esto último también modificado por el D.F.L. citado). Podrá prestarse en todo caso por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso.

Esta autorización por imposibilidad del cónyuge no propietario o negativa que no se funde en el interés de la familia puede ser suplida por el juez con conocimiento de causa y citación del cónyuge cuando se ha negado (art. 144).

La facultad de asentir o disentir no es absoluta o arbitraria, porque puede ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia (art. 144).

Si la negativa se funda en el interés de la familia no puede ser suplida por la justicia ordinaria.

Es decir, para negarse el cónyuge se debe fundar en el interés de la familia, pero para acceder nadie ha pedido fundamentación de ningún tipo, lo que resulta un contrasentido con el fin de la ley, cual es, la protección de la familia. En otros países se ha zanjado este problema con autorización judicial.

Y la imposibilidad se basará en las situaciones a que hace referencia el artículo 1749 del C.C., o sea, demencia, menor edad, ausencia real o aparente, u otros que impidan expresar la voluntad.

La autorización posterior del juez no corresponde, puesto que el acto ya habría sido celebrado con nulidad relativa y sólo lo podría ratificar el respectivo cónyuge.

C) Interés de la familia

Es una noción nueva en nuestro derecho, conocida en el derecho comparado (Francia, España, Paraguay, etc.). Habrá que resolver en cada caso en particular, y a veces cuando no hay hijos, dicho interés en realidad será el de uno de los cónyuges, o habiendo hijos, el interés de estos.

Por otra parte, ¿qué naturaleza debe tener el interés de la familia?, ¿económico, moral, afectivo? En realidad lo único que busca la institución es la existencia de un techo y de los bienes muebles necesarios en todo hogar, y por ello la negativa se funda en el interés de la familia sólo cuando va encami-

nada a no privar a la familia de su vivienda y muebles que la guarnece¹⁹.

D) Naturaleza jurídica de la autorización

Es una formalidad habilitante, dándole a esta el sentido de forma que faculta para, al igual que lo que acontece en las autorizaciones que la mujer da en la sociedad conyugal, lo que queda confirmado por su sanción, cual es la nulidad relativa.

E) Sanción por falta de la autorización

La sanción es la nulidad relativa. Los adquirentes se mirarán como de mala fe, si la anotación constaba en el registro pertinente tratándose de bienes raíces, y si conocía o pudo conocer la afectación tratándose de bienes muebles.

El inciso primero del artículo 143 autoriza expresamente al cónyuge no propietario para interponer la acción de nulidad relativa.

La ley no dice nada del plazo, pero aplicando las reglas generales, a juicio de la profesora Claudia Schmidt, será de cuatro años contados desde la celebración del acto o contrato, la que aplica el art. 1691 del C.C. que se refiere al dolo y error, y se aplicarán en su integridad las normas del título XX, del Libro IV, del C.C.²⁰.

Por el contrario, el profesor Francisco Merino sostiene que frente al silencio del legislador debe aplicarse por analogía la norma del artículo 4 de la Ley 19.335, en cuya virtud tal plazo se inicia en el momento que el cónyuge que alegue la nulidad tuvo conocimiento del acto, no pudiendo en caso alguno perseguirse la rescisión pasados diez años desde su celebración²¹.

El proyecto contemplaba acciones revocatorias respecto de los terceros que estuvieran de mala fe, en los actos onerosos, y si el acto era gratuito, no se distinguía entre buena o mala fe y procedía la revocación siempre.

¹⁹ Rosso E., Gian Franco, ob. cit., pág. 137.

²⁰ Schmidt, Claudia, ob. cit., pág. 60.

²¹ Merino Schelling, Francisco, "Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales en el derecho civil chileno", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Ed. Jurídica ConoSur, año 1996, pág. 198.

Primó la sanción más propia de la falta de una formalidad, cual es la rescisión, lo que además se aviene más con la nulidad contemplada en el artículo 149, y aplicándose en consecuencia las normas de las prestaciones mutuas de los artículos 904 y siguientes del Código Civil.

Esta presunción de mala fe es simplemente legal, y a su respecto se aplicarán los artículos 1712 y 47 del Código Civil.

9.2. EFECTOS RESPECTO A LOS ACREEDORES

A) Beneficio de excusión

Los acreedores que existan antes de la declaración no ven afectados sus derechos de manera alguna (inc. final del art. 147). A pesar de que la disposición no es clara porque está regulando la situación de otros derechos constituidos sobre bienes familiares, se ha extendido su aplicación.

Esta institución no afecta el derecho de prenda general de los acreedores.

Si el crédito nació antes de la declaración del bien como familiar, no les empece de manera alguna. Si es posterior, la realización del bien deberá notificarse personalmente al cónyuge no propietario, quien podrá oponer el beneficio de excusión, solicitando que primero se persigan otros bienes del deudor, aplicándose las normas contenidas en la fianza.

Cada vez que una demanda ejecutiva disponga el embargo sobre un bien familiar de propiedad del cónyuge deudor, el juez ordenará que se notifique personalmente al no propietario con el fin de que pueda oponer la excusión.

¿Significa esto que para que opere el beneficio de excusión deben señalarse otros bienes del deudor en qué hacer efectivo el pago, como ocurre en la fianza? ¿Y qué ocurre si no hay más bienes, como será la mayoría de los casos, cuál es la protección a la vivienda familiar? ¿Acaso entonces no se protege solamente a aquellas familias que tienen bienes, y se desprotege a la inmensa mayoría que con gran esfuerzo ha comprado exclusivamente el bien raíz que habita?

El artículo 148 concede el *beneficio de excusión* y se aplican las disposiciones del título XXXVI, del libro IV, del C.C., que tratan de la fianza, en todo aquello que sean aplicables. Sin embargo, se advierte desde ya una gran diferencia, y es que el

fiador goza del llamado beneficio de excusión para pedir que se realicen primeramente los bienes del deudor principal, porque él es un deudor subsidiario, y en consecuencia es una excusión personal. En cambio la establecida en la Ley 19.335 es real, porque sólo pretende excluir los bienes familiares y además la puede oponer quien no es deudor, por ello algunos han indicado que su nombre no es apropiado, debiendo llamarse más bien beneficio de exclusión²².

Se aplican las reglas de la fianza en cuanto correspondiere, lo que se traduce en:

a) Para oponer el beneficio deben señalarse los bienes en que el acreedor puede hacer efectivo su crédito, no pudiendo ser señalados los del artículo 2359 del Código Civil.

b) El acreedor debe aceptar la excusión, aunque los bienes señalados sólo basten para un pago parcial de la deuda, según el artículo 2364 del Código Civil.

c) El acreedor tendrá derecho a la anticipación de los costos de la excusión, artículo 2361.

d) El beneficio sólo puede hacerse valer una vez.

No procede la facultad de renunciar en forma anticipada por lo dispuesto en el artículo 149, pero si no se interpone en su oportunidad hay una renuncia tácita.

En consecuencia, cualquiera de los cónyuges podrá exigir que antes de procederse contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor. Las disposiciones del Título XXXVI, Libro IV, del C.C., sobre la fianza, se aplicarán al ejercicio de la excusión a que se refiere este artículo, en cuanto corresponda.

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" (art. 148).

Este artículo fue arduamente debatido, porque se pensó que si se exigía la notificación al cónyuge no propietario, desde ese momento le empecerían los resultados del juicio, y por ello era preferible agregar el reconocimiento a sus derechos procesales,

²² Rosso E, Gian F, ob. cit., pág. 218.

lo que se tradujo en la expresión: "Esta notificación no afectará los derechos y acciones del cónyuge no propietario sobre dichos bienes", y con ello podrá optar entre actuar como tercero coadyuvante o usar el beneficio de excusión.

Por otra parte, se pensó que era mejor la notificación para alertar de inmediato a aquel cónyuge que quisiera defender el bien, puesto que, de lo contrario, se podría encontrar con la situación ya consolidada a través de la venta en remate a un tercero, a quien no se lo podría privar de su adjudicación.

Ahora bien, el precepto se refiere a la acción ejecutiva, no tendría cabida la notificación tratándose de una medida prejudicial precautoria, ni tampoco en un juicio ordinario, a menos que se trate de aquel en que se persiga el cumplimiento ejecutivo de la sentencia recaída en este²³.

El beneficio resulta por lo demás tremendamente débil frente a las garantías reales que conllevan a la ejecución, puesto que si se constituyeron antes no afectan a los acreedores, y si se constituyeron con posterioridad se va a exigir el consentimiento de ambos cónyuges de conformidad al art. 142 del C.C.

B) Interrogantes procesales que plantea el artículo 148

Procesalmente, el artículo 148 plantea diversas interrogantes, cuales son:

- b.1) Los efectos que acarrea la omisión de la notificación del mandamiento al cónyuge no propietario;
- b.2) La forma de hacer valer el beneficio de excusión;
- b.3) Qué ocurre con el beneficio en los procedimientos especiales.

b.1) Omisión de notificación

Estimamos que la falta de notificación al cónyuge no propietario acarrea la nulidad de todo lo obrado, porque la ley en forma imperativa ha previsto este trámite esencial con el fin de que se constituya adecuadamente la relación procesal.

²³ Corral T., Hernán, ob. cit., pág. 80.

*b.2) Forma de hacer valer el beneficio
ante la acción ejecutiva*

i) Beneficio de excusión alegado por el cónyuge propietario:

En cuanto al beneficio de excusión si lo alega el cónyuge propietario, se puede sostener que lo tendrá que hacer valer como un incidente del juicio y no como excepción, porque la excepción del N° 5 del artículo 463 del Código de Procedimiento Civil está regulando la situación del ejecutado reconvenido como fiador, y el propietario del bien familiar, que a la vez es el deudor directo, no tiene la condición de deudor subsidiario.

A través de la fianza se responde de una obligación ajena (2335 C.C.). Por ello no podemos afirmar que sea una excepción de aquellas contempladas en el 463 del Código de Procedimiento Civil.

Al interponerse el incidente se producirá la suspensión del procedimiento de apremio sobre el bien familiar de que se trate, y sólo si los bienes excutidos son insuficientes para el pago de lo adeudado, se podrá reanudar la ejecución sobre el bien familiar.

ii) Beneficio de excusión alegado por el cónyuge no propietario:

Si el beneficio de excusión lo alega el cónyuge no propietario, debería promoverlo como una tercería dentro del juicio ejecutivo, ya que no es parte directa en el proceso, pero tiene un interés actual en sus resultados, dándose a su respecto los presupuestos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. De esta manera, podría admitirse que el artículo 148 modificó tácitamente el artículo 518 del Código de Procedimiento Civil, admitiendo una tercería en el juicio ejecutivo.

Sin embargo, también pudiéramos entender que directamente puede oponer la excepción, como si fuera un fiador demandado, porque la misma ley lo hace participar del proceso a través de la exigencia de su notificación.

b.3) Juicios especiales

En lo que respecta a estos juicios el tema ha sido especialmente estudiado por Jaime Melillán Martínez, quien llega a las siguientes conclusiones:

i) *Requerimiento hipotecario de la Ley de Bancos*, artículos 98 a 104 de la Ley General de Bancos (D.F.L. 252 de 1960), procedimiento especialísimo creado para la ejecución de mutuos otorgados mediante la emisión de letras de crédito hipotecario.

Estos juicios tienen por objeto realizar la hipoteca, por lo que no es posible trabar embargo sobre otros bienes del deudor, ni tampoco solicitar ampliación de embargo si el producto del remate no alcanza a cubrir la deuda.

Además, sólo se pueden oponer tres excepciones taxativamente señaladas: pago, prescripción y no empecer el título.

No sería posible oponer el beneficio de excusión por parte del reconvenido ni tampoco por el cónyuge no propietario, porque en lo que a este último punto se refiere la ley, contempla sólo dos clases de terceros: otros acreedores hipotecarios y el Fisco y las Municipalidades en cuanto a acreedores de primera clase, y los terceristas de dominio.

ii) *Ejecución de prendas especiales:*

Prenda industrial: artículos 43 y 44 de la Ley 5.687, "no se admitirán tercerías de ninguna clase en los juicios ejecutivos que tengan por objeto la enajenación de los bienes afectos al contrato de prenda industrial".

El artículo 44 reglamenta las excepciones, y a semejanza del juicio especial hipotecario son sólo tres: Pago, remisión y prescripción.

Prenda Agraria: la Ley 4.097, artículos 22 y 23 repiten lo anterior.

Compraventa de cosas muebles a plazo: Artículo 30 Ley 4.702, señala que son inadmisibles toda clase de tercerías en estos juicios. El inc. 2º del Art. 29 agrega que no podrá embargarse ninguno de los objetos de propiedad del deudor con que este haya amoblado o provisto el dormitorio, comedor y cocina de su casa habitación, salvo aquellos que estuviesen gravados con prenda en favor del ejecutante.

Existe la clara intención de facilitar la realización de la prenda, y justamente está referida a bienes muebles susceptibles de declararse bienes familiares. Ahora, dados en prenda, serían embargables, por lo que sería ilógico pretender que sobre ellos cupiera el beneficio de excusión.

~~*Prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos:*~~ Sólo entrarían en colisión si se dieran en garantía acciones de una

sociedad propietaria de un inmueble que sea residencia principal de la familia, acciones que además fueran declaradas bienes familiares.

El art. 6 de la Ley 4.287 dispone: "Vencida alguna de las obligaciones garantizada con prenda... podrá la empresa bancaria, después de una simple notificación judicial al deudor y transcurridos siete días desde la fecha de dicha notificación, proceder a la enajenación de la prenda sin más intervención de la justicia ordinaria que la expresada y sin sujeción a los trámites establecidos por el C.P.C y por el D.L. 776, ni a las reglas del artículo 2397 del Código Civil.

O sea no procede el beneficio de excusión.

Prenda sin desplazamiento: El artículo 23 de la Ley 18.112 dispone que: "notificado el deudor, el acreedor de una obligación caucionada con prenda sin desplazamiento podrá pedir que esta sea realizada de inmediato, aunque se hubieran opuesto excepciones".

O sea, resulta incompatible con la facultad del beneficio de excusión²⁴.

C) Renuncia anticipada del beneficio

No puede existir renuncia por no darse los requisitos del artículo 12 del Código Civil. En efecto, la renuncia, al no mirar al interés individual del renunciante, sino al de la familia, no tendría valor y estaría sancionada con la nulidad del artículo 149.

10. SUBSISTENCIA DEL BIEN COMO FAMILIAR DESPUES DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO: DERECHOS DE GOCE

10.1. NOCIONES GENERALES

El artículo 147 dispone que *durante* el matrimonio o *disuelto este* (muerte natural, muerte presunta, declaración de nulidad por sentencia judicial), el juez podrá constituir prudencialmente, a favor del cónyuge (en realidad ya no es cónyuge) no propieta-

²⁴ Melillán Martínez, Jaime, "Bienes Familiares y beneficio de excusión. La reforma de la Ley Nº 19.335 ante los juicios ejecutivos especiales", en *Revista Chilena de Derecho*, 1994, Vol. 21, págs. 381 a 386.

rio derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. En la constitución de esos 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. El tribunal podrá, en estos casos, fijar otras obligaciones y modalidades si así pareciere equitativo.

La declaración judicial a que se refiere el inciso anterior servirá como título para todos los efectos legales (para inscribir en el registro pertinente del Conservador de Bienes Raíces).

La constitución de los mencionados derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento.

En el proyecto original se contemplaba la posibilidad de que el juez, durante o después del matrimonio, tuviera la facultad de atribuir al cónyuge no propietario el usufructo, uso habitación sobre los bienes familiares, y fijare una renta si pareciera equitativo, ello sin perjudicar a los acreedores que tenía el cónyuge a la fecha de constitución, ni aprovechar a los del cónyuge no propietario. Se discutió mucho esta disposición porque se pensó que era una repetición del artículo 11 de la Ley 14.908 sobre pago de pensiones alimenticias, pero en realidad su fundamento es distinto, pues en la norma del artículo 11 se busca asegurar el pago de la pensión cuando esta es reclamada, en cambio aquí puede que no exista discusión alguna acerca de las necesidades económicas del cónyuge, y más aun, estos derechos se pueden constituir ante la nulidad del matrimonio, o sea, cuando no existe obligación alimenticia alguna, cosa que no acontece con la pensión de alimentos.

La Cámara reparó en que era inconveniente hablar de durante o después, porque la institución está referida al matrimonio, pero reconocieron que, declarado el bien como familiar, puede extenderse su protección aun cuando ya no exista matrimonio, para así proteger a la familia sobreviviente. Sin embargo, tal como quedó la norma se puede apreciar que estos derechos sólo pueden constituirse en favor del cónyuge no propietario. ¿Entonces, qué ocurre con los hijos? No obstante ser ellos a veces los únicos interesados, no podrán ser los titulares de estos derechos.

Es en este punto donde se le ha entregado al juez mayor discrecionalidad, porque se le deja a su prudencia el establecer

limitaciones, incluso más, puede imponer obligaciones o modalidades, dentro de las cuales deberemos considerar la condición, el plazo y el modo, como las más tradicionales.

Y así por ejemplo, podría establecer como condición resolutoria que el gravamen termine en caso de que se contraiga un nuevo matrimonio.

Por otra parte, la decisión judicial deberá tomar en cuenta particularmente a los hijos, si es que los hay, y las fuerzas del patrimonio. De aquí se han afirmado muchas defensas de personas que no tienen hijos, y persiguen que se declare un bien como familiar, como la norma expresa "el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya".

Además la ley expresa que es titular de la acción el cónyuge no propietario, pero ocurre que a la muerte del propietario, normalmente este va a tener algún derecho sobre el inmueble, ya sea a título de porción conyugal, o por algún legado dejado por el causante. ¿Quiere decir esto que lo inhabilita para pedir el derecho? Estudiando la historia de la ley queda de manifiesto que la institución pretendió proteger a la mujer ante la muerte de su cónyuge, y no obstante pasar ella a tener derechos junto con otros comuneros, igualmente podrá impetrar los derechos.

10.2. PARTICION

¿Qué ocurre con estos derechos frente a la posibilidad de solicitar la partición? Esta, de conformidad al artículo 1317 del Código Civil, puede siempre pedirse, por lo que hay que distinguir varias situaciones:

a) *Partición realizada por los comuneros de común acuerdo.* (Artículo 1325 del C.C.): La ley no establece en favor de la familia la indivisión, y por ende lo más probable es que, al haber acuerdo, el mismo cónyuge solicitará que se deje sin efecto el derecho.

b) *Partición realizada por el juez partidor:* Si el bien afectado se adjudica al viudo o viuda, con o sin alcances, no habrá problema, pero si no se adjudica a este, los comuneros no tendrán interés en el bien, puesto que habría un derecho real de por medio, y tampoco los terceros interesados, a menos que el juez hubiese puesto un plazo corto para su duración.

De allí que se haya sostenido que, en el hecho, estos derechos provocan un estado de indivisión.

c) *Partición realizada por el difunto*: Si adjudica estos bienes a otros comuneros, estos tendrán que soportar el gravamen, siempre y cuando estos se hubiesen solicitado antes de la desafectación.

10.3. CARACTERES DE ESTOS DERECHOS

Pueden mencionarse los siguientes:

1.- Son derechos que dependen de la calidad de familiar del respectivo bien, y sólo podrán subsistir en la medida que sigan siendo considerados como tales, aunque la ley no lo diga.

Sólo pueden ser decretados si previamente el bien ha sido declarado familiar, y por ende sólo afectarán a los terceros si la declaración de familiar constaba al margen de la respectiva inscripción de dominio al momento de adquirirse el bien.

2.- Son limitados temporalmente. El artículo 147 inc. 1° exige que el juez, al constituir estos derechos, les fije un plazo de vigencia.

3.- Pueden sujetarse a modalidades.

4.- En general no generan contraprestación, pero pueden ser remunerados si el juez así lo establece: "el Tribunal podrá, en estos casos, fijar otras modalidades si así pareciera equitativo".

5.- Requieren la confección de inventario y el otorgamiento de caución, según las reglas generales.

6.- Son derechos intransmisibles²⁵.

11. DESAFECTACION DE LOS BIENES FAMILIARES:

Los bienes familiares conservan ese carácter mientras no sean desafectados, incluso cuando termina el matrimonio, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 145:

²⁵ Corral T., Hernán, ob. cit., pág. 76.

a) acuerdo de ambos cónyuges, si se trata de bienes muebles, o de los derechos en sociedades. La ley no ha exigido formalidad alguna ni siquiera escritura.

Si la declaración se refiere a un inmueble, debe constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva.

Parece absurdo permitir que los cónyuges de común acuerdo lo desafecten, y no se permita que de común acuerdo lo afecten, alterando así el viejo adagio "las cosas se deshacen del mismo modo que se hacen".

b) Si los cónyuges no están de acuerdo, el cónyuge propietario puede pedir al juez la desafectación de un bien familiar, fundado en que no está actualmente destinado a los fines indicados en el Art. 141, lo que deberá probar.

El juez obrará en procedimiento breve y sumario, con conocimiento de causa y citación del cónyuge.

O sea, si el matrimonio está vigente, sólo la podrá pedir el cónyuge propietario.

c) Si el matrimonio ha sido disuelto: La regla anterior se aplica también si el matrimonio se ha declarado nulo o ha terminado por muerte de alguno de los cónyuges, cualquiera de ellos, y en caso de fallecimiento, los causahabientes del fallecido deberán formular la petición correspondiente.

En este último caso la ley supone que el fallecido es el propietario y que sus herederos estarán interesados en la desafectación, pero bien puede ocurrir que el fallecido sea el no propietario, caso en el cual podrá solicitar la desafectación el propietario.

Aquí se plantea el problema de qué ocurre cuando fallece uno de los cónyuges, y el otro queda con la patria potestad y tuición de sus hijos menores, ¿estarán estos protegidos por la institución? o por el contrario, al ser representados judicialmente por su madre o padre, ¿no quedan acaso afectados a una decisión unilateral de este?

¿Cómo se expresa el mutuo acuerdo en estos casos?, ¿habrá que nombrar un tutor o curador especial?

Pareciera que la respuesta es afirmativa si aplicamos las reglas generales, pero la ley debió prever esta circunstancia. Es más, hay quienes piensan que en éstos casos el cónyuge actúa por su sola voluntad.

Cabe preguntarse si ¿es taxativo el artículo respecto a quienes pueden pedir la desafectación o si un tercero también puede intentar la acción? Se piensa que lo lógico sería que si un tercero se ve afectado, en circunstancias que ya el bien no reúne las características de bien familiar, pueda pedir la desafectación.

La ley nada dice acerca de la resolución que declara la desafectación en orden a su anotación el margen de la inscripción de dominio, pero ella obviamente debe subinscribirse y la sentencia deberá ordenarlo.

Por otra parte habrá que entender que se produce la desafectación legal cuando el bien raíz es vendido o enajenado cumpliéndose los requisitos legales.

12. MUERTE DEL CONYUGE PROPIETARIO Y DERECHOS DE GOCE

El artículo 147 dispone que el derecho a solicitarlos sólo le asiste al cónyuge sobreviviente, no propietario, y no a los herederos del cónyuge no propietario.

Desde otra perspectiva, el bien ingresaría en el haber partible, y se aplicaría el artículo 1317 del C.C., o sea, la partición puede siempre pedirse.

A pesar de la adjudicación del bien a uno de los comuneros, la afectación del mismo permanecería y ello produciría en el hecho una verdadera indivisión, según se dijera anteriormente.

13. DERECHO COMPARADO

13.1. DERECHO CIVIL ESPAÑOL

El art. 1320 del C.C. español contempla la institución (reformado el año 1981): "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

Las principales diferencias de esta disposición con la legislación nacional son:

a) La ley española dice residencia habitual de la familia, no especificando quién es el titular del derecho de propiedad. Podría ser el bien de un tercero y tener uno de los cónyuges derecho de uso y goce, y sería necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de ese derecho, y en caso de que sea necesario notificar el término del arriendo, deberá notificarse a los dos cónyuges.

En esta parte, la legislación española es mucho más amplia que la chilena.

b) Al referirse a los bienes muebles habla de "uso ordinario de la familia", o sea los que sirven para el desarrollo normal de la familia. En esta parte es mucho más amplio el término utilizado por la legislación nacional.

c) La ley española habla genéricamente de disponer, la nuestra es más casuística.

d) Los bienes familiares nacen por el solo hecho de existir matrimonio, no requieren una declaración judicial como en Chile.

e) No se anota el carácter de bien familiar en ningún registro, pues por el solo hecho del matrimonio ya existen los bienes familiares.

f) También existe la posibilidad de que el juez supla la autorización del cónyuge que no quiere darla.

g) En España, si no se otorga el consentimiento, el acto es anulable, y si el acto es gratuito de todas maneras es nulo, de pleno derecho, sin declaración judicial.

h) El derecho puede hacerse extensivo a más de una vivienda, no así en Chile, que es la residencia principal.

13.2. DERECHO CIVIL PERUANO

En el derecho peruano la institución de los bienes familiares tiene características especiales, muy diferentes a las de nuestro derecho, tratadas en el Código Civil, Libro II, titulado "*Del Derecho de Familia*", arts. 488 a 501.

El art. 488 comienza diciendo "el patrimonio familiar es inembargable", por lo que es interesante estudiar qué bienes componen este patrimonio familiar. El artículo 489 dispone que puede ser objeto de patrimonio familiar:

a) la casa habitación de la familia;

b) un predio destinado a la agricultura, a artesanía, la industria o el comercio;

Se agrega que el patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiados. Aunque la ley no lo dice, se entienden también incluidos los bienes muebles, siempre que no excedan de lo necesario para el sustento de la familia.

El artículo 493 nos dice quién puede constituir patrimonio familiar:

1. Cualquiera de los cónyuges, sobre bienes de su propiedad;
2. Los cónyuges de común acuerdo, sobre bienes de la sociedad;
3. El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios;
4. El padre o madre solteros, sobre bienes de su propiedad;
5. Cualquier persona, dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.

En todos los casos mencionados por el Código peruano se trata de bienes sobre los cuales se tenga la propiedad, el cónyuge no propietario no puede constituir un bien como familiar.

Materialmente se formula una declaración unilateral de voluntad que cumpla los requisitos del art. 496:

1. Que el constituyente formalice su solicitud ante el juez, en la que debe precisar su nombre y apellidos, edad, estado civil y domicilio, individualizar el predio que propone afectar, aportar la prueba instrumental de no encontrarse el predio sujeto a hipoteca, anticresis o embargo registrado, y señalar a los beneficiarios con precisión del vínculo familiar que lo une a ellos;
2. Que se acompañe a la solicitud la minuta de constitución del patrimonio cuya autorización pide;
3. Que se publique un extracto de la solicitud por dos días en el periódico donde lo hubiere, o por aviso en el local del juzgado, donde no lo hubiere;
4. Que en el caso de no deducirse oposición, o resulta por los trámites del juicio de menor cuantía la que se hubiese formulado, sea aprobado por el juez;

5. Que la minuta sea elevada a escritura pública;
6. Que sea inscrita en el registro respectivo.

Agrega el artículo que en los casos de constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar, el juez oirá la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución.

Se trata de un sistema en que interviene la voluntad unilateral, pero ella debe ser aprobada por el juez, en caso de que no exista oposición, y debe ser resuelta por el juez, si existe oposición.

A todo lo anterior se agrega que el artículo 494 exige como requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución, y ello porque lo convierte en un bien inembargable, inalienable y transmisible por herencia.

Los efectos de la institución son:

1) Los beneficiarios quedan obligados a habitar la vivienda o a trabajar en el predio agrícola, artesanal, industrial o de comercio durante un año continuo, salvo los casos en que el juez lo permita temporalmente por justo motivo.

El artículo 499 N° 2 contempla la sanción para el caso de que no se diere cumplimiento a lo anterior, cual es la extinción del patrimonio familiar.

2) Como lo decíamos anteriormente, el bien pasa a ser inembargable, inalienable y transmisible por herencia. (artículo 488). O sea, se limita la facultad de disposición de su propio dueño e impide la realización del bien por parte de los acreedores. El art. 492 extiende la inembargabilidad hasta las 2/3 partes de los frutos sólo para los efectos de asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias.

Sólo pueden arrendarse, en caso de que el juez lo autorice, en situaciones de urgente necesidad y transitoriamente. (artículo 491).

Los beneficiarios están indicados en el artículo 495: "Sólo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente".

Para la extinción del patrimonio familiar se requiere la declaración del juez y la inscripción en el registro público (art. 500), y tiene lugar:

1. cuando todos los beneficiarios dejan de serlo conforme al artículo 498;

a. los cónyuges cuando dejan de serlo o mueren.

b. los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces, cuando mueren o llegan a la mayoría de edad o desaparece la incapacidad.

c. los padres y otros ascendientes cuando mueren o desaparece el estado de necesidad.

2. Cuando, sin autorización del juez, los beneficiarios dejan de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo;

3. Cuando habiendo necesidad o mediado causa grave, el juez, a pedido de los beneficiarios, lo declara extinguido.

4. Cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado. En este caso, el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio familiar. Durante un año, el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses, que se constituya el nuevo patrimonio. Si al término del año mencionado no se hubiere constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario de los bienes expropiados.

Las mismas reglas son de aplicación en los casos de destrucción del inmueble cuando ella genera una indemnización.

14. ALGUNAS CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1) La institución de los bienes familiares se aplica cualquiera que sea el régimen patrimonial pactado por los cónyuges, sociedad conyugal, separación de bienes, y desde el 24 de diciembre de 1994, participación en los gananciales.

Es más, incluso se aplica cuando ha dejado de existir matrimonio, pero nunca cuando hay situaciones de hecho, como por ejemplo concubinato;

2) Se aplica a los bienes corporales e incorporales (derechos en la sociedad propietaria);

3) Las normas que lo reglamentan son de orden público, por ello, no pueden ser alteradas por la voluntad de las partes. El artículo 149 sanciona expresamente con la nulidad la contravención de estas disposiciones;

4) Para la enajenación o gravamen voluntario de bienes familiares, para la celebración de contratos de promesa de gravarlos o enajenarlos, para la celebración de contratos que concedan derechos personales sobre tales bienes y para la celebración de contratos de promesa de estos últimos, es conveniente que concurren al acto ambos cónyuges, expresando su voluntad el cónyuge no propietario de alguna de las formas previstas en el Art. 142;

5) La afectación de derechos y acciones en una sociedad colectiva civil debe anotarse al margen de la matriz de la escritura pública de constitución, si aquella se hubiese formado por escritura pública;

6) Si en el juicio ejecutivo, el cónyuge propietario pretende prevalerse del beneficio de excusión, debe alegarlo como incidente y no como excepción. Si lo invoca el cónyuge no propietario debe hacerlo como tercera a pesar de que también pudiera entenderse que la ley lo ha facultado para actuar como parte;

7) El beneficio de excusión no puede renunciarse anticipadamente;

8) La protección sólo será efectiva para aquellos que tengan otros bienes, y en consecuencia resulta absurdo el beneficio de pobreza;

9) No es clara la situación del viudo o viuda con hijos a los cuales representa;

10) La desafectación la pueden hacer ambos cónyuges por acuerdo, o por declaración judicial cuando se acredite que los bienes ya no cumplen la finalidad que originó la declaración;

11) El beneficio de excusión es transmisible a los herederos de acuerdo a las reglas generales;

12) La afectación no impediría la partición y adjudicación, y allí se justificaría que el juez a petición de parte acogiera la solicitud de gravarlos con derechos de goce.

15. PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA

Pensamos que una futura reforma legislativa en la materia debería contemplar:

1. Que se defina el vocablo familia para los efectos de esta ley.
2. Que se legisle acerca de la comunidad, estableciendo sus características.
3. Que se dicten normas acerca de la posibilidad de afectar una parte de un predio de mayor extensión, sus requisitos y condiciones.
4. Necesidad urgente de exigir la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces de la calidad de familiar de un bien raíz.
5. Creación de un registro público de bienes muebles para estos efectos, monto de los bienes a afectar, cómo desafectar.
6. Sistema uniforme de afectación para las sociedades y bienes propios.
7. Autorización judicial para enajenar, si lo que se busca es la protección de la familia.
8. Fijar un plazo para la provisionalidad de la afectación mientras no haya sentencia judicial.
9. Posibilitar a terceros el demandar la desafectación.
10. Que los derechos de goce también se puedan constituir en favor de los hijos y no sólo de los cónyuges.

11. Legislar acerca del nombramiento de un curador especial para desafectar cuando el cónyuge sobreviviente queda con hijos menores.

12. Contemplar la desafectación legal cuando el bien se enajena.

13. Reglamentar en qué caso se podrá dar el uno y goce sin afectar el que siga siendo un bien familiar.

14. Reglamentar la situación de las garantías reales, pues si existe la posibilidad de señalar otro bien en que hacer efectivo el embargo, a través del beneficio de excusión, estos derechos se desnaturalizarían.

**SOCIEDAD CONYUGAL,
PATRIMONIO RESERVADO
Y SEPARACION CONVENCIONAL.
UNA VISION JURISPRUDENCIAL**

ALVARO PIZARRO BORGÑO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCION

Los regímenes patrimoniales del matrimonio, en nuestro derecho, actualmente se reducen a los de *sociedad conyugal*, *separación de bienes* y *participación en los gananciales*, además del denominado régimen primario de *bienes familiares*, que convive con todos los anteriores.

En la sociedad conyugal destaca su régimen anexo, constituido por el patrimonio reservado de la mujer casada.

La normativa que regula estas materias se presta, con cierta frecuencia, para eludir la responsabilidad de los cónyuges frente a sus acreedores y para defraudarse recíprocamente.

Diversos autores estiman imperioso simplificarla, tanto para hacerla asequible a la mayoría de la población, como para evitar dichos fraudes. Parece ilógico y constituye un contrasentido que, no obstante reglar una materia de tanta aplicación práctica, dicha regulación sea de gran complejidad, al extremo que ni siquiera resulta de fácil comprensión para los abogados.

Algunos, incluso, propugnan la conveniencia de crear un sistema o régimen de bienes del matrimonio único y de general aplicación.

Me corresponde abordar algunos de los aspectos problemáticos de la normativa que regula el aspecto patrimonial de la sociedad conyugal, su régimen anexo denominado el patrimo-

nio reservado de la mujer casada y la separación convencional de bienes.

Las mutaciones de un régimen patrimonial a otro, los efectos y vigencia de dichos cambios, y su prueba, originan las principales y más frecuentes controversias que han debido ser resueltas, caso a caso, por los tribunales de justicia.

Por lo anterior, lo que se dirá constituye una construcción jurisprudencial, según una selección de sentencias publicadas durante los últimos cuatro años.

Los fallos de mayor relevancia, que se citan a continuación, se tratan en forma simplificada para facilitar su exposición y comprensión.

II. REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL SUSTITUIDO POR EL DE SEPARACION DE BIENES

1. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE 13.7.95.

Esta sentencia recayó en un recurso de queja, que hizo suyo el voto de minoría del fiscal de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Raúl Héctor Rocha, confirmada por la Corte Suprema el 30.1.96, al desestimar un recurso de reposición.

Los hechos fueron los siguientes:

- El marido había adquirido un inmueble, a título oneroso, estando casado en régimen de sociedad conyugal.
- El marido, autorizado por su cónyuge, vendió y transfirió dicho inmueble que, consecuentemente, previa tradición, pasó a integrar el patrimonio del comprador y adquirente.
- Posteriormente, los cónyuges substituyeron el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes, sin liquidar dicha sociedad conyugal, formándose entre ambos una comunidad, que se mantuvo indivisa.
- Siendo ahora comuneros, el marido, actuando solo, demandó a su comprador la nulidad de la citada compraventa, por lesión enorme y, notificada la demanda, cedió y transfirió a un tercero todas sus acciones y derechos derivados de su calidad de parte vendedora y demandante (compraventa de derechos litigiosos).
- El cesionario del marido (demandante) y el comprador del inmueble (demandado) terminaron el juicio por transacción,

obteniendo el cesionario-demandante la restitución de un porcentaje de derechos sobre el inmueble vendido, practicándose las correspondientes inscripciones conservatorias a su nombre.

- Así las cosas, la cónyuge del vendedor demandó al comprador la reivindicación de sus derechos en el inmueble.

Entre los aspectos jurídicos que debieron resolver los sentenciadores, cabe destacar los siguientes:

Si la cónyuge demandante es dueña o poseedora de los derechos que demanda (acción reivindicatoria); si el marido pudo demandar, él solo, la nulidad de la compraventa del inmueble (el total) o si debió concurrir su cónyuge, como comunera; si la notificación de la demanda interrumpió o no la prescripción extintiva de las acciones de la cónyuge (comunera) y la adquisitiva en favor del comprador; si la cesión de derechos efectuada por el marido comprende sólo sus derechos o incluye la totalidad de los derechos de la parte vendedora, y si afecta o no a la cónyuge; si la transacción celebrada entre el demandante (cesionario del marido) y el demandado (comprador) afecta a la cónyuge; y si cabe declarar la prescripción adquisitiva alegada por el comprador y demandado.

Tanto en primera como en segunda instancia, los sentenciadores desestimaron la demanda de reivindicación interpuesta por la cónyuge, fundados en que la actora no tiene ni tuvo la calidad de dueña o poseedora de los derechos que demandó, porque durante la vigencia de la sociedad conyugal el marido era el dueño de ese inmueble y con anterioridad a su disolución dicho bien había sido vendido y enajenado (por el marido con autorización de su cónyuge). Agregan que, en la transacción celebrada por los causahabientes del marido, no participó la cónyuge demandante, por lo que dicha transacción no le afecta y, además, señalan que ella no demandó la nulidad de esa transacción; finalmente, expresan que, en todo caso, no operó la interrupción de la prescripción. La sentencia de la Corte de Apelaciones se dictó con el voto disidente del fiscal señor Rocha.

La Corte Suprema, acogiendo el citado voto de minoría, enfoca la situación desde otro ángulo:

- Sostiene que con motivo del pacto de separación total de bienes surgió entre los cónyuges una comunidad.

- Afirma que a dicha comunidad ingresaron todos los bienes, derechos y "acciones que pertenecían a la disuelta sociedad conyugal...", entre ellos, precisamente la acción de nulidad por lesión enorme derivada del contrato de compraventa celebrado por el marido, autorizado por su mujer, durante la vigencia de la sociedad conyugal. Agrega que la acción rescisoria por lesión enorme emana de una compraventa celebrada vigente la sociedad conyugal, por lo que dicha acción se presume pertenecer a dicha sociedad conyugal (artículo 1739 del Código Civil), no obstante haberse deducido encontrándose disuelta la sociedad conyugal e indivisa la comunidad subsecuente.
- Expresa que esta acción rescisoria aprovecha a ambos cónyuges, por mandato del artículo 1739 del Código Civil y, además, de conformidad con el principio jurídico y de equidad natural consagrado en los artículos 1736 y 1772 de igual código, según el cual todo lo que se recupera y restituye a cualquiera de los cónyuges por el ejercicio de acciones emanadas de contratos (compraventa) celebrados sobre bienes sociales durante la sociedad conyugal, entabladas antes o después de su disolución, pertenecen a la sociedad conyugal o, en su caso, a la comunidad subsecuente a ella.
- En lo atinente a la acción de rescisión por lesión enorme, ejercida sólo por el marido, la Corte sostiene que dicha acción tuvo por objeto anular la respectiva compraventa y, consecuentemente, retrotraer las cosas al estado anterior, es decir, recuperar el inmueble vendido, por lo que tal acción también aprovecha a la cónyuge del marido demandante.
- Postula la Corte que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2305 en relación con el 2081, ambos del Código Civil, el derecho de los comuneros en la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social, por lo que entre ellos existe "un mandato tácito y recíproco" que habilita a cualquier comunero para administrar, y agrega que es de la naturaleza del mandato interrumpir prescripciones, notificando y siguiendo adelante la demanda (artículos 2132 y 2503 del Código Civil), por lo que la acción ejercida por el marido, interrumpió la prescripción extintiva respecto de ambos comuneros.
- En cuanto a la cesión de derechos efectuada por el marido una vez disuelta la sociedad conyugal, señala la Corte que lo cedido fue la totalidad de los derechos "como parte vendedora", y no sólo la cuota que a él le correspondía en el inmueble, en su

calidad de comunero. En otros términos, en dicha cesión se incluyeron los derechos de su cónyuge. Por lo anterior, la Corte expresa que en la mitad correspondiente a su cónyuge, el marido vendió y transfirió cosa ajena, venta y tradición que son válidas, sin perjuicio de los derechos del dueño, en este caso, de la cónyuge. Consecuencialmente, concluye que es inoponible a la cónyuge la cesión de derechos en la parte que a su cuota se refiere (compraventa litigiosa-cesión de derechos), quien sigue siendo dueña de sus derechos en el inmueble, ascendentes al cincuenta por ciento del mismo.

- Respecto a la transacción celebrada entre el comprador del inmueble (demandado) y el cesionario del marido (demandante), la Corte sostiene que si bien es válida, porque se celebró con el poseedor aparente de un derecho, sin embargo, dicha transacción no puede alegarse contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho (artículo 2456 inciso final del Código Civil), sin perjuicio de que la cónyuge demandante pueda hacerla valer en su favor, conforme con las normas generales de la inoponibilidad por falta de concurrencia.
- Por último, en lo relativo a la prescripción adquisitiva alegada por el comprador demandado, la Corte expresa que no se hizo valer como acción, como correspondía, sino como excepción, y señala que, además, se rige por las normas de la prescripción adquisitiva extraordinaria, tanto porque la posesión del comprador se funda en títulos injustos, toda vez que el marido es sólo poseedor aparente del inmueble (artículo 704 Nº 4 del Código Civil), como porque se inició de mala fe, ya que el pacto de separación de bienes estaba debidamente subinscrito (artículo 706 del Código Civil).

Esta sentencia ahorra comentar otras tantas que, aisladamente, se refieren a algunos de los aspectos abordados y resueltos en ella.

2. SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO DE 22.8.96.

En este caso los hechos son los siguientes:

- El marido había adquirido un inmueble, a título oneroso, estando casado en régimen de sociedad conyugal.
- Posteriormente, los cónyuges substituyeron el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes, sin

liquidar dicha sociedad conyugal, formándose entre ambos una comunidad, que se mantuvo indivisa.

- Siendo ahora comuneros, el marido, "autorizado" por su cónyuge, hipotecó el citado inmueble.
- Posteriormente, los cónyuges liquidaron la comunidad, adjudicándose la mujer el inmueble hipotecado.
- El acreedor hipotecario demandó al marido hipotecante el pago de la deuda garantizada con la hipoteca y, posteriormente, accionó contra la mujer en calidad de tercera poseedora del inmueble hipotecado y adjudicado a ella.
- A su turno, la mujer demandó la "caducidad de la hipoteca" prevista en el artículo 2417 del Código Civil, fundada en su calidad de comunera del marido. En su demanda expresa que lo único que pudo hipotecar su marido fue su cuota en el inmueble y, consecuentemente, la "autorización" que le dio sólo pudo referirse a dicha hipoteca de cuota, porque ella al autorizar no "consintió" en que se hipotecara el inmueble íntegro o la cuota que a ella pertenecía en dicha finca. La actora destaca la diferencia que existe entre la "autorización" que se da a otro para que realice un acto y el "consentimiento".

Expuesto los hechos, veamos ahora su calificación jurídica:

La Corte, en su razonamiento, deja establecido que la separación de bienes y la subsecuente comunidad, a la época de otorgarse la hipoteca, era un hecho conocido de los cónyuges.

Agrega que la concurrencia de la mujer a la escritura de hipoteca debe haber producido algún efecto, de conformidad con las normas de hermenéutica contractual previstas en los artículos 1562 y 1563 del Código Civil.

Concluye, aplicando el principio general de buena fe, que la autorización de la mujer, dada para gravar el inmueble, debe entenderse como su manifestación de voluntad para hipotecar dicho inmueble en su totalidad, y no sólo la cuota del marido en él, y agrega que el consentimiento no requiere de términos sacramentales. Todo lo anterior porque, para hipotecar su cuota en el inmueble, en su calidad de comunero, el cónyuge no requería autorización alguna.

Así, la Corte rechaza la demanda de caducidad y, además, declara que con motivo de la adjudicación del inmueble hipotecado la mujer es tercera poseedora del mismo, por lo que la acción interpuesta en su contra es plenamente procedente.

Esta sentencia hace recordar un artículo del jurista don Sergio Baeza, hoy fallecido, publicado en el diario *El Mercurio* de Santiago, en el que señalaba que enfrentado al antiguo adagio: "la ley que aunque dura es ley", prefiere ese otro que expresa "hágase justicia aunque perezca el mundo". Sin duda que ambas posiciones pueden constituir extremos que encierran peligros: en un caso, no cumplir una de las finalidades del derecho, que se traduce en hacer justicia en cada caso; en el otro, la tiranía judicial.

La relevancia de esta sentencia radica en que en diversos fallos anteriores a 1988, en casos similares, se había entendido que la mujer al autorizar no consentía, dando preeminencia al tenor literal del artículo 2417 del Código Civil, según el cual, verificada la división de la cosa común hipotecada por "uno de los comuneros", la hipoteca caduca si dicho inmueble se adjudica a otro, salvo en los casos de excepción que prevé la misma norma.

En esta sentencia, en cambio, no obstante que la mujer se limitó a "autorizar" a su cónyuge, la Corte entiende que dicha "autorización" importa que ella consintió en la hipoteca del bien raíz.

3. SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO DE 29.11.96.

Los hechos de este caso son los siguientes:

- El marido vendió un bien raíz social, con autorización del juez, por ausencia de la mujer.
- La mujer demandó la nulidad de esa compraventa porque la autorización judicial no se otorgó "con conocimiento de causa y citación de la mujer".

Los sentenciadores acogieron la demanda de nulidad, fundados tanto en que no existió el conocimiento de causa (utilidad de la enajenación), como en que resultaba necesario haber citado a la mujer ausente, por avisos, para que pudiera afectarle la autorización judicial para enajenar (artículo 1749 del Código Civil).

Relevante resulta el segundo fundamento de la sentencia, que recogiendo la opinión de diversos autores, exige que a la mujer, aunque ausente, se le cite al juicio, notificándole de alguna forma la solicitud de autorización judicial para enajenar, concretamente, recurriendo a la notificación por avisos, notificación no prevista expresamente por el citado artículo 1749 del Código Civil.

Preocupa lo resuelto porque esta sentencia deja en evidencia que al efectuar un estudio de títulos, por ejemplo, no basta con limitarse a la constatación de la resolución que otorgó la autorización judicial para enajenar, como se hace habitualmente, sino deben examinarse los autos en que tal resolución fue dictada para determinar si en esa tramitación se cumplieron o no las exigencias legales.

4. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE 12.5.95.

Veamos, en primer lugar, los hechos del caso:

- Los cónyuges, casados en régimen de sociedad conyugal, adquirieron a título oneroso un bien raíz y, posteriormente, pactaron el régimen de separación total de bienes.
- Como comuneros, ambos hipotecaron dicho inmueble en garantía de un mutuo otorgado al marido, de lo que se dejó constancia en la escritura de hipoteca.
- El acreedor del marido lo demandó (sólo a él) y le embargó el inmueble.
- En este estado, la cónyuge del marido interpuso tercería de dominio.

¿Cómo se aplicó en este caso el Derecho?:

En 1ª y 2ª instancia se desestimó la demanda de tercería de dominio de la mujer, fundándose en que la comunera no es titular de un derecho de dominio sobre el 50% del inmueble hipotecado y en que, mientras no se liquide la comunidad, la comunera no puede reclamar una cuota sobre un bien singular integrante de la comunidad.

La Corte Suprema acogió la tercería de dominio interpuesta por la mujer, expresando que mientras no se liquida la comunidad, la cónyuge posee una alícuota sobre el inmueble embargado (artículos 1725, 1767 y 1774 del Código Civil). Afirma que el razonamiento de la Corte de Apelaciones es errado porque, con igual predicamento, tampoco el ejecutado podría tener derecho de dominio sobre el bien hipotecado, en tanto no se liquide la comunidad, ya que se trata de un bien singular integrante de una comunidad.

Agrega que la acción intentada por el acreedor para el cobro de su crédito, necesariamente debió dirigirse también contra la cónyuge, en su calidad de comunera del inmueble hipotecado en garantía de la deuda.

III. PATRIMONIO RESERVADO DE LA MUJER CASADA.

Comentaremos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 21.4.97.

Los hechos de este caso judicial son los siguientes:

- Una mujer casada en régimen de sociedad conyugal, comerciante, celebró un contrato de arrendamiento de un local comercial, en calidad de arrendataria.
- Obtuvo la correspondiente patente municipal a su nombre para la explotación de dicho local comercial.
- Toda la documentación tributaria relativa a la explotación del local comercial aparece extendida a su nombre.
- Posteriormente, de común acuerdo con el arrendador, su cónyuge modificó substantivamente el contrato de arrendamiento, quedando él como arrendatario en substitución de su mujer, perjudicándola en sus derechos.
- La mujer demandó al arrendador para que se declarara la "indebida" modificación del contrato de arrendamiento y la consecuencial indemnización de perjuicios por los daños que dicha modificación le causó.

Veamos ahora la aplicación del Derecho:

La Corte de Apelaciones de Santiago expresa que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código Civil, para que se configure el patrimonio reservado se deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) tratarse de una mujer casada en régimen de sociedad conyugal;
- b) que dicha mujer ejerza un empleo, oficio, profesión o industria;
- c) que tal actividad sea remunerada, y
- d) que el ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria lo ejerza la mujer separada de su marido.

Refiriéndose a esta última exigencia, la Corte sostiene que el sentido de la expresión "*separados*" de su marido, empleada por el legislador, importa que la mujer, de un modo material, real y efectivo ejerza la actividad separada de su marido, por lo que no debe existir, "en el hecho", colaboración entre ambos, o que el trabajo de uno constituya una contribución a la actividad del otro.

Agrega que en el juicio se demostró que el marido, por razones técnicas, "de hecho" trabajaba con su mujer en el local comercial, contribuyendo a la actividad de esta.

La Corte concluyó que al modificar el contrato, el marido de la demandante se encontraba legalmente habilitado para hacerlo, en ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 1749 del Código Civil, porque la mujer no había obrado dentro de su patrimonio reservado, por lo que el arrendador demandado no incumplió el contrato de arrendamiento sino que lo modificó válidamente.

Por estas razones, la Corte desestimó la demanda de la mujer.

IV. CONCLUSIONES

La normativa que regula los regímenes patrimoniales del matrimonio, de acuerdo con la breve reseña de los fallos precedentes, abre un amplio campo de incertidumbre jurídica.

No obstante, conviene tener presente que el legislador ampara a los terceros de buena fe. Entre dichas protecciones o resguardos cabe consignar los siguientes:

- *Artículos 304 y siguientes del Código Civil.* Estas disposiciones establecen las formas de acreditar el estado civil, entre ellas, la calidad de casado, viudo o soltero.
- *Artículo 27 de la Ley sobre Registro Civil,* que expresa: "El que en escritura pública suministrare maliciosamente datos falsos sobre su estado civil, sufrirá las penas que el Código Penal aplica al que faltare a la verdad en la narración de hechos substanciales en documentos públicos".
- *Artículo 45 bis de la Ley General de Bancos.* Esta norma sanciona a quien obtiene créditos de instituciones financieras suministrando datos falsos, ocasionando con ello perjuicios a la institución, con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo.
- *Artículo 150 inc. 3º del Código Civil (patrimonio reservado de la mujer casada).* Este artículo dispone que quedan a salvo los que contratan con la mujer cuando ella haya acreditado que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria "separados" de los de su marido, mediante instrumentos públicos o privados, a los que se hará referencia en la escritura.

- *Artículo 1723 del Código Civil.* Este precepto previene que el pacto en que conste la separación total de bienes no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o la mujer.
- *Artículo 1766 del Código Civil.* En relación con la disolución de la sociedad conyugal, esta norma obliga a confeccionar un inventario y tasación de todos los bienes, agregando que dicho inventario y tasación, "hechos sin solemnidad judicial", no tienen valor en juicio sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que lo hubieren debidamente aprobado y firmado.

La jurisprudencia existente sobre las disposiciones legales recién citadas, particularmente las tres últimas, evidencia la posibilidad cierta que tienen los tribunales de amparar a los contratantes de buena fe y, de esta forma, hacer justicia.



EL CREDITO DE PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES EN EL SISTEMA ECONOMICO MATRIMONIAL CHILENO

HERNAN CORRAL TALCIANI
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. NATURALEZA JURIDICA Y REGULACION

1. LA FINALIDAD DEL CREDITO DE PARTICIPACION

Como sabemos, la Ley Nº 19.335 de 23 de septiembre de 1994, en vigor desde el 24 de diciembre del mismo año, incorporó en nuestro sistema económico matrimonial el régimen de participación en los gananciales en el carácter de régimen alternativo convencional. Siguiendo el ejemplo de legislaciones foráneas como la alemana, la francesa y la española, nuestro legislador, entre las dos modalidades que ese régimen suele presentar, esto es, comunidad diferida entre cónyuges o compensación crediticia, prefirió esta última.

De esta manera, el crédito de participación en los gananciales surge como un elemento estructurante del referido régimen matrimonial, con la finalidad de asegurar una repartición equitativa entre los cónyuges de las ganancias efectuadas durante el período en que ha estado en vigencia el régimen de participación. Se trata de un crédito que, por un lado, intenta corregir la desigualdad que podría presentarse cuando uno de los cónyuges ha reunido más bienes materiales que el otro, y que además refleja, aunque en su momento extintivo, el consorcio de vida y de intereses patrimoniales que durante la vigencia del régimen de participación ha sido postergado por la consideración prevalente de la independencia patrimonial de los cónyuges.

Estamos ante una figura con una doble vertiente: por una parte es un claro elemento de justicia incluido como base esencial de un régimen económico matrimonial, y por lo tanto toda su regulación estará influida y condicionada por la naturaleza de orden público de las normas del Derecho de Familia. Pero, por otro lado, el instrumento que se utiliza es un crédito propiamente tal, y por lo mismo en su estructura, funcionamiento y extinción quedará regido por el Derecho de obligaciones.

2. SU REGULACION

El crédito de participación en los gananciales tiene, de acuerdo con lo anterior, una regulación específica y una supletoria común a los demás derechos personales.

La regulación específica estaba contemplada originalmente en los arts. 20 a 26 de la Ley Nº 19.335, de 1994. Hoy esos preceptos se han convertido en los arts. 1792-20 a 1792-26 del Código Civil, por obra del Decreto con Fuerza de Ley Nº 2-95, del Ministerio de Justicia (D. Of. de 26 de diciembre de 1996), que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 38 de la Ley Nº 19.335, fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código de Bello¹.

3. ETAPAS EN LA FORMACION DEL CREDITO

El crédito de participación es una figura de comprensión simple, pero de calificación jurídica compleja. Esta complejidad proviene de que su surgimiento y ejecución se despliega en varias etapas sucesivas, algunas ellas eventuales, esto es, que pueden darse o no.

Podemos observar las siguientes fases: a) Período que va desde que se pacta el régimen de participación en capitulación prematrimonial hasta que se contrae el matrimonio; b) Período que va desde que se contrae el matrimonio bajo el régimen de

¹ Debe anotarse que esta incorporación es, a nuestro juicio, innecesaria y al mismo tiempo extemporánea. En efecto, el Decreto con Fuerza de Ley aparece publicado con más de un año de atraso, ya que su fecha formal de dictación es el 21 de septiembre de 1995. Esta situación resulta francamente inexplicable y —a primera vista— irregular, ya que bien puede sostenerse que el decreto fue realmente dictado fuera del plazo que el legislador había impuesto al Presidente de la República para dictar estos textos refundidos, y que expiró en diciembre de 1995.

participación hasta que se produce la disolución del mismo; c) Período que va desde que se disuelve el régimen hasta que se liquida y determina el crédito, y c) Período que va desde la determinación del crédito hasta su pago o extinción.

La ley parece un tanto ambigua para señalarnos desde cuándo existe el crédito. En efecto, por una parte el art. 1792-20 CC dispone que "El crédito de participación en los gananciales se originará al término del régimen de bienes". Sin embargo, la misma disposición habla de un crédito eventual en el período anterior. Además, está claro que preceptos como el del art. 1792-15, que dispone la colación en valor de enajenaciones hechas en fraude o en perjuicio de uno de los cónyuges, son normas de protección a intereses anteriores a la disolución del régimen.

Pareciera que la solución pasa por considerar que existe aquí un caso de derecho sujeto a condición suspensiva que se actualiza cuando se produce la situación de desigualdad patrimonial que, según la ley, hace exigible el crédito. Esta es la posición que expresamente adopta Pablo Rodríguez².

Opinamos que se hace necesario distinguir: en el período que va desde las capitulaciones prematrimoniales por las que se ha pactado el régimen hasta el momento en que se contrae el matrimonio, no puede haber ni siquiera derecho condicional, ya que no se ha dado el presupuesto esencial para que el crédito pueda nacer: que exista matrimonio y régimen matrimonial. Una vez contraído el matrimonio, y funcionando ya el régimen de participación, podría hablarse de situación de expectativa o de situación jurídica condicionada, pero no técnica-

² RODRIGUEZ, PABLO, *Regímenes patrimoniales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 240, sostiene que se trata de un derecho condicional: "Creemos nosotros que la presencia de un derecho condicional no puede ser discutida, si se atiende al hecho de que ambos cónyuges, durante la época en la que impera este sistema, tienen derechos recíprocos sobre sus respectivos patrimonios. En virtud de ello pueden impetrar la nulidad de ciertos actos ejecutados por el otro cónyuge e, incluso, la separación judicial de bienes, y demandar por responsabilidad extracontractual (delitos y cuasidelitos civiles). Estas facultades suponen, por cierto, la existencia de derechos comprometidos y no meras expectativas, todos los cuales atendidas las razones expuestas, no pueden ser sino de carácter condicional". Las razones esgrimidas no nos parecen suficientes, ya que tales efectos los atribuye la ley con independencia de que en definitiva el cónyuge sea reconocido como acreedor del crédito de participación. La nulidad de las cauciones personales, el derecho a pedir separación de bienes y la responsabilidad extracontractual entre cónyuges son situaciones que no dependen de que llegue a verificarse efectivamente el surgimiento del crédito de participación en favor del demandante.

mente de derecho sujeto a condición suspensiva. Esto por cuanto: 1º) la ley no reconoce la posibilidad de que el cónyuge pueda ejercer en cualquier tiempo las medidas conservativas que el Código Civil acuerda a los acreedores condicionales (arts. 761, 1078 y 1492 CC), sino una vez finalizado el régimen (art. 1792-16 *in fine*); 2º) porque la condición no tiene el carácter de voluntaria sino que es determinada por la ley, y 3º) finalmente porque no se aplica el cumplimiento retroactivo que se reconoce en general a las condiciones.

Una vez disuelto el régimen matrimonial, sea por disolución del matrimonio o por un hecho autónomo (separación de bienes o divorcio), el crédito surge como tal. Pero se trata de un derecho personal no determinado en su cuantía, esto es, de un crédito ilíquido. Esa iliquidez determinará una inexigibilidad temporal, aunque el crédito nazca como puro y simple.

Después del proceso de determinación o liquidación el crédito tiene las características de todo crédito determinado en su monto. Normalmente será actualmente exigible, pero puede excepcionalmente quedar sujeto a plazo por determinación de las partes o del juez.

4. DETERMINACION DEL CREDITO

La determinación del crédito de participación puede producirse por vía convencional o judicial.

La determinación convencional por mutuo acuerdo de los cónyuges o de alguno de ellos con los herederos del fallecido no está sujeta a solemnidad alguna (pero debiera constar por escrito si se trata de gananciales de más de dos unidades tributarias, conforme con el art. 1709 CC). Solamente si esta liquidación la hacen los cónyuges al mismo momento en que ponen fin al régimen de participación pactando separación total, la determinación deberá constar en la escritura pública que debe otorgarse al efecto. Esta determinación, al igual que el pacto de separación, solamente tiene efectos si la escritura se subinscribe al margen de la inscripción matrimonial en el plazo fatal de treinta días desde la fecha de su otorgamiento (art. 1723 CC).

La determinación judicial es de competencia del juez de letras con jurisdicción civil. El procedimiento a aplicar es el juicio sumario, ya que así lo dispone el art. 1792-26 CC al aludir al procedimiento "breve y sumario" (art. 680 N° 1 CPC).

Nada impide que los cónyuges puedan someter la liquidación a un juez árbitro, pudiendo tener este la calidad de árbitro arbitrador, mixto o de derecho. Pareciera no obstante que el compromiso no puede pactarse válidamente antes de la disolución del régimen (por ejemplo, en capitulaciones prematrimoniales), ya que según el art. 1792-20 CC, toda convención anterior relativa al eventual crédito está prohibida por la ley³.

En la determinación el juez debe sujetarse a las normas imperativas que contiene el art. 1792-19 CC, sin que pueda efectuar correcciones prudenciales ante un supuesto resultado poco equitativo⁴.

II. ESTRUCTURA Y CARACTERES

1. SUJETOS

Los sujetos activo y pasivo del crédito de participación son, en principio, los cónyuges. Marido y mujer pueden convertirse en deudor o acreedor, dependiendo de la evolución de sus patrimonios durante la vigencia del régimen. La ley aquí no hace distinción alguna en consideración al sexo.

No obstante, siendo el crédito transferible por acto entre vivos y transmisible *mortis causa*, pueden asumir la calidad de deudor o de acreedor del crédito de participación los sucesores universales o singulares, sea a título gratuito o a título oneroso.

Un crédito que está llamado a tener sujetos únicos, puede convertirse en una obligación de sujeto múltiple o plural, pasiva o activamente. En tal caso, la obligación será considerada simple-

³ En contra sostiene RODRIGUEZ, P., ob. cit., p. 272, que los esposos o cónyuges pueden someter a arbitraje toda cuestión que se promueva durante la vigencia del régimen o a su terminación.

⁴ En cambio, otras legislaciones contemplan estas facultades. Así el Código Civil francés (reformado en 1965) dispone que si la aplicación estricta de las reglas de evaluación conduce a un resultado manifiestamente contrario a la equidad, el juez, a solicitud de parte, puede prescindir de ellas (art. 1579). Esta posibilidad se consideró en la historia legislativa de la Ley N° 19.335; un criterio similar contenía el Proyecto de ley presentado por el Ejecutivo: "Si por aplicación de las normas contempladas en los artículos 1747 y 1751 se siguiera un resultado manifiestamente inequitativo, el juez, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, podrá efectuar correcciones razonables, de acuerdo a la equidad.- En tal caso, deberá justificar especialmente su decisión" (art. 1753 del Proyecto de 1991, y art. 19 de la indicación sustitutiva de 1992). La norma fue suprimida por el Senado. En la Comisión de Constitución se temió que la regla se convirtiera en una fuente de conflictos que llevara a la destrucción el sistema reglamentado por la ley (Informe de 5 de octubre de 1993, pp. 52-53).

mente conjunta, salvo que se haya pactado un pago en especie, puesto que en ese evento la obligación será indivisible en cuanto a la entrega del cuerpo cierto que se debe (art. 1526, 2º CC).

2. OBJETO

El crédito de participación es un crédito de dinero. Así lo dejó expresamente establecido el art. 1792-21 CC. Sólo el cónyuge acreedor puede consentir en un cumplimiento en especie. Si este consentimiento no se otorga, el crédito no puede satisfacerse con atribuciones de bienes que no sean dinero.

Que la deuda sea pagable en numerario no convierte a este crédito en una operación de crédito de dinero de las que regula la Ley Nº 18.010, de 1981. Pero sí en una obligación de dinero que queda sometida a las reglas que sobre ellas establece el Código Civil. Así, por ejemplo, la indemnización de la mora del deudor producirá las consecuencias que establece el art. 1559 CC, esto es, se comienzan a devengar intereses legales (es decir, corrientes), no se deben justificar perjuicios bastando el hecho del retardo, y los intereses atrasados no producen interés.

3. CUANTIA DEL CREDITO

Según el art. 1792-19 CC el crédito de participación en los gananciales corresponderá a la mitad de los gananciales o del excedente de estos que hubiere obtenido el cónyuge deudor.

Surge la cuestión de si es posible alterar la división por mitades por mutuo acuerdo entre los esposos o los cónyuges al momento de pactar el régimen de participación (sea en capitulaciones prenupciales o en un pacto regido por el art. 1723 CC).

Ante el silencio de la ley, pensamos que debe optarse por la respuesta negativa. Probablemente una cláusula que estableciera una parificación diferente (por ejemplo, 80% para la mujer y 20% para el marido) necesariamente sería considerada como "en detrimento de los derechos de las obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro" (art. 1717 CC) o al menos como una renuncia anticipada del eventual crédito prohibida expresamente por la ley (art. 1792-20 CC)⁵.

⁵ En este sentido nuestra obra *Bienes familiares y participación en los gananciales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 147, y RODRIGUEZ, P., ob. cit., p. 243.

Cabe destacar, sin embargo, que el Código Civil francés (art. 1581) acepta la estipulación de una participación no igualitaria. El Código civil español la admite también pero a condición de que rija por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y a favor de ambos cónyuges, y siempre que no haya descendientes comunes. Por ejemplo, podría pactarse que el cónyuge cuyo patrimonio experimente el mayor crecimiento comunique al otro el porcentaje de ganancias que se establezca (cfr. arts. 1429 y 1430)⁶. Nos parece que se trata de una previsión razonable, pero que no podría aplicarse en nuestro sistema a falta de norma expresa que la consagre.

4. NOTAS PRINCIPALES

El crédito de participación en los gananciales tiene las siguientes características principales:

- a) Es una obligación legal, ya que reconoce como fuente la ley;
- b) Es un crédito por regla general no susceptible de modalidades;
- c) Es un crédito originalmente indeterminado e ilíquido: necesita determinarse su procedencia y liquidarse su cuantía;
- d) Es un derecho de carácter patrimonial: de allí su renunciabilidad, transigibilidad y disponibilidad entre vivos y *mortis causa*; y
- e) Es un crédito que debe ser pagado en dinero, salvo acuerdo entre las partes.

III. PROTECCION DEL CONYUGE ACREEDOR

Las medidas que articula la ley para proteger los intereses del cónyuge que ha resultado ser titular del derecho de crédito generado por el régimen de participación son numerosas. Ellas van desde la configuración del crédito como pagadero en dinero y actualmente exigible, hasta la posibilidad de aumentar su monto mediante la técnica de acumulaciones imaginarias o en valor al patrimonio final del deudor, el ejercicio de una acción revocatoria especial frente a enajenaciones que le perjudican, la invocación de una preferencia concursal, derechos especiales en

⁶ MORALES MORENO, ANTONIO, en AA. VV., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1429, t. II, p. 1428.

caso de fallecimiento del deudor, y la libre disposición del crédito por acto entre vivos o *mortis causa*. Nos detendremos a continuación en cada una de ellas.

1. PAGO EN DINERO

El Código establece que el pago debe hacerse en dinero (art. 1792-20 CC), en principio para facilitar la ejecución al cónyuge acreedor. Pero olvidó el legislador que el cónyuge acreedor podría estar interesado en conseguir el dominio de ciertos bienes del otro cónyuge, por querer seguir utilizándolos después de la disolución del régimen. En tal evento, no tiene facultades para obligar al deudor a entregar dichos bienes en pago del crédito, ni siquiera recurriendo al juez.

2. EXIGIBILIDAD DEL PAGO

Dispone el art. 1792-21 CC que el crédito de participación es "puro y simple". En consecuencia, en principio, no es susceptible de modalidades. Pero esto no debe hacernos olvidar dos puntos:

1º) Que si la liquidación es convencional los cónyuges podrían someter el crédito a las modalidades que estimen convenientes, por ejemplo, un plazo para pagarlo en cuotas;

2º) Que el hecho de que el crédito sea puro y simple no lo convierte en plenamente exigible, ya que se trata de un crédito que necesita que se declare y determine en su monto.

La actualidad del crédito contempla una excepción, contenida en la norma del art. 1792-21 CC, que permite un pago diferido al que nos referiremos más adelante.

3. ACUMULACION IMAGINARIA

Como el monto del crédito de gananciales que pueda corresponder a uno de los cónyuges, está en directa relación con el valor de los bienes que conforman su patrimonio al momento de finalizar el régimen, la ley tuvo que hacerse cargo del problema que representa la posibilidad de que el probable cónyuge deudor proceda a efectuar enajenaciones patrimoniales fraudulentas o en directo perjuicio del posible crédito de participación del cónyuge acreedor.

El art. 1792-15 CC, con técnica bastante poco afortunada, determina que estas disminuciones patrimoniales, que se han producido efectivamente, deben sin embargo ser contabilizadas en el patrimonio final del cónyuge enajenante, a los efectos de establecer el monto de sus gananciales y fijar así la cuantía del crédito que corresponda. Se trata de una agregación en valor (o imaginaria, para seguir el lenguaje tradicional de los acervos sucesorios), que impide el perjuicio del cónyuge acreedor en la determinación de la existencia y monto de su crédito.

Los actos de enajenación que la ley considera a estos efectos son de cuatro especies:

1º) Donaciones entre vivos, con excepción de las que correspondan al cumplimiento de deberes morales o de usos sociales;

2º) Los actos fraudulentos en perjuicio del otro cónyuge;

3º) Los actos de dilapidación patrimonial en perjuicio del otro cónyuge, y

4º) Los pagos que persigan asegurar una renta futura del cónyuge que paga, con excepción de las rentas vitalicias previsionales del D.L. 3.500, de 1980.

La norma precisa que no se colacionarán los actos que hayan sido autorizados por el cónyuge perjudicado, pero es obvio que el cónyuge no podría autorizar conscientemente actos en fraude de sus derechos.

Discrepamos del profesor Rodríguez cuando expone que si el cónyuge ha consentido en un acto realizado por el otro en forma fraudulenta, carecerá del derecho que le asigna este artículo, y sólo podría impugnar el acto fraudulento por las acciones generales de nulidad o inoponibilidad⁷. Si un cónyuge autoriza por error un acto que después se revela como fraudulento,

⁷ RODRIGUEZ, P., *ob. cit.*, p. 247, hace extensiva esta conclusión a los actos de dilapidación, en cuanto se acredite que han causado daño doloso o culpablemente. Pero nuevamente si el cónyuge perjudicado es consciente de la naturaleza dilapidatoria del acto, no es víctima sino coautor del daño. Si no se ha sido consciente del perjuicio y otorgó el consentimiento por error, entonces debiera proceder la acumulación imaginaria del art. 1792-15 CC, porque no hay consentimiento válidamente emitido.

no puede decirse que en verdad haya consentido en un negocio fraudulento. Y si lo hizo a conciencia del perjuicio que le podía causar, en verdad no hay propiamente fraude.

4. ACCION REVOCATORIA ESPECIAL

Como todo acreedor, el cónyuge al que le corresponde un crédito de participación puede ejercer los derechos y acciones que la ley concede en general para la protección del crédito: por ejemplo, medidas conservativas (medidas prejudiciales y precautorias), acciones subrogatorias, beneficio de separación y la acción pauliana o revocatoria del art. 2468 CC.

Probablemente considerando que esta última acción sólo podría ejercerla el cónyuge acreedor respecto de los actos realizados en su perjuicio por el deudor con posterioridad a la disolución del régimen, y al nacimiento del crédito de participación, la ley ha ofrecido al cónyuge acreedor una herramienta jurídica que le permita impugnar actos otorgados o celebrados con anterioridad. Se da vida así a una acción revocatoria especial recogida en el art. 1792-24, inciso 2º CC.

El ejercicio de esta acción especial presenta los siguientes requisitos:

1º) Insolvencia del cónyuge deudor: debe acreditarse que los bienes presentes del deudor no son suficientes para satisfacer en su totalidad el crédito de participación ("a falta o insuficiencia de todos los bienes señalados", esto es, dinero, bienes muebles e inmuebles de propiedad del deudor). La insolvencia debe acreditarse al momento en que se pretende obtener la liquidación o pago del crédito.

2º) La acción se ejerce sobre bienes, tanto corporales como incorporeales, que hayan sido objeto de donaciones entre vivos o enajenados a título oneroso pero en fraude de los derechos del acreedor. Si se persiguen los bienes donados el demandante debe proceder contra los donatarios en orden inverso a sus fechas, esto es, principiando por las más recientes.

3º) Si se trata de donaciones es menester que estas no hayan sido consentidas por el cónyuge acreedor. El consentimiento puede haberse prestado por escrito, verbal o incluso tácitamente.

te. Si se trata de enajenaciones fraudulentas, el consentimiento del cónyuge perjudicado es irrelevante (en verdad fraude y consentimiento se autoexcluyen).

4º) La acción debe ser ejercida oportunamente: según la ley el plazo de prescripción de esta acción es de cuatro años y se cuenta desde la fecha del acto de donación o enajenación.

Estamos frente a una acción personal, que corresponde tanto al cónyuge deudor como a sus herederos, legatarios o cesionarios. La demanda debe dirigirse conjuntamente contra el cónyuge deudor —donante o enajenante— y contra el tercero cocontratante. Tratándose de donaciones entre vivos, no es necesario acreditar mala fe ni en el donante ni en el donatario. En cambio, respecto de las enajenaciones en fraude, es menester acreditar la intención fraudulenta en el cónyuge enajenante y, al menos, conocimiento de ese propósito por parte del tercero adquirente. Discutible es el punto de si es posible ejercer la acción contra terceros subadquirentes. Estimamos que si se trata de subadquirentes a título gratuito o de mala fe, procederá la acción. En efecto, la norma señala que el acreedor puede perseguir su crédito “en los bienes donados.... o enajenados en fraude” (art. 1792-24 CC).

La ley no ha sido clara sobre la conexión entre esta norma que persigue reintegrar bienes en el patrimonio del cónyuge deudor para hacer pago al cónyuge acreedor, y la disposición del art. 1792-15 CC que establece la agregación en valor de las disminuciones patrimoniales debidas a donaciones irrevocables y a enajenaciones dilapidatorias o fraudulentas. Hemos sostenido que una interpretación armónica de la ley exige entender que el ejercicio de la acción revocatoria presupone la previa colocación imaginaria del valor de esos bienes en el cómputo de los gananciales, que han dado origen al crédito cuyo pago se pretende⁸. El mismo criterio aparece también en la obra de Pablo Rodríguez⁹. Siendo así, los actos que pueden ser objeto de la acción revocatoria deben cumplir también las exigencias del art. 1792-15 CC, y, por ejemplo, se exceptuarán las liberalidades

⁸ CORRAL, H., ob. cit., pp. 156-157.

⁹ RODRIGUEZ, P., ob. cit., p. 246.

de uso o las donaciones que correspondan al cumplimiento de deberes morales, que no son agregadas imaginariamente¹⁰.

¿Cómo se ejerce esta acción? La ley no establece el procedimiento, por lo que bien puede sostenerse que debe someterse a las reglas del juicio ordinario (art. 3 CPC). Esto unido a la exigencia de haberse procedido previamente a la liquidación del crédito (que puede requerir un juicio sumario previo), más el plazo de prescripción que se computa desde la fecha del acto impugnado y no desde que termina el régimen, puede conducir a afirmar que la acción ha nacido privada de operatividad real¹¹.

Una interpretación que puede contribuir a paliar estas restricciones es la que proponemos a continuación: la acción de impugnación puede acumularse a la acción de liquidación del crédito de participación, en la cual se pedirá también la cuantificación de los bienes enajenados dentro de los gananciales. Se aplicaría la norma del art. 18 del Código de Procedimiento Civil que permite ejercer varias acciones cuando emanan directa e inmediatamente de los mismos hechos. Es más, podría sostenerse que el cónyuge que ve que está siendo perjudicado por los actos de su consorte podría pedir conjuntamente la separación judicial de bienes (por administración fraudulenta o riesgo inmi-

¹⁰ No obstante, ambas normas tienen ámbitos de operación diferentes, la de la acción revocatoria debe considerarse más restringida que la de la colación imaginaria. Por ello no procederá la acción especial de revocación frente a los actos de mera dilapidación pero no fraudulentos (en contra RODRIGUEZ, P., ob. cit., p. 246).

La duplicidad de normas de acumulación en valor y de revocación contra los terceros adquirentes aparece ya en el B.G.B. alemán (reformado en 1957). El § 1375.2 dispone la agregación imaginaria de los siguientes actos: disposiciones gratuitas que no se hayan otorgado para cumplir una obligación moral o de decoro social; los bienes dilapidados, y las operaciones a través de las cuales se pretende causar un detrimento al otro cónyuge. Más adelante, el § 1390 regula la acción contra terceros y dispone la posibilidad de revocar las disposiciones gratuitas y las operaciones con las que se pretende causar detrimento al cónyuge.

El Código Civil español (reformado en 1981) dispone igualmente en normas separadas la acumulación imaginaria de las disposiciones gratuitas y los actos en fraude (arts. 1423 y 1424) y la impugnación de esos mismos actos (art. 1433). La doctrina sostiene que la acción del art. 1433 está pensada para los casos de acumulación imaginaria (Cfr. MORALES, A., ob. cit., p. 848).

El Código Civil francés (reformado en 1965), en cambio, establece en forma expresa que la acción revocatoria presupone la acumulación en valor (art. 1577).

¹¹ RODRIGUEZ, P., ob. cit., p. 268. Era tal vez más funcional, aunque quizá excesivamente abierto, el criterio recogido en el Proyecto presentado por el Ejecutivo en 1991, que disponía que la acción prescribiría en cuatro años "desde la exigibilidad del crédito de gananciales" (art. 1760, inc. 2º). La indicación de 1992 mantuvo el plazo de cuatro años pero determinó su cómputo desde la fecha del acto (art. 26, inc. 3º).

nente de mal estado de sus negocios), la liquidación del crédito de participación y la revocación de los actos lesivos, todo ello en el mismo procedimiento. En este caso, el cónyuge en forma previa podría interponer medidas precautorias en conformidad con el art. 156 CC, y las reglas generales del Código de Procedimiento Civil.

La acumulación de acciones requeriría sí la uniformidad de procedimientos, pero pensamos que el actor podría renunciar al procedimiento sumario que se establece para la acción de separación judicial o de liquidación del crédito, y declarar que se atenderá a las reglas del juicio ordinario.

5. DERECHOS EN CASO DE FALLECIMIENTO DEL DEUDOR

Si la disolución del régimen de bienes se produce por la muerte del cónyuge deudor, el sobreviviente podrá ejercer todos sus derechos en la sucesión del cónyuge difunto. Aunque el crédito surge simultáneamente con la muerte del deudor, la deuda será transmitida a sus herederos.

Tratándose de una deuda del causante, ella deberá ser deducida como baja general de la herencia, de acuerdo con el art. 959, Nº 2 CC¹². De esta forma, el cónyuge sobreviviente ve satisfecho su crédito, antes de entrar a participar en la sucesión intestada, testada o forzosa del cónyuge fallecido.

Ahora bien, una vez pagado el crédito de participación, su monto debe ser deducido de la porción conyugal teórica que pueda corresponder al cónyuge sobreviviente. Es decir, el crédito es considerado un bien propio incompatible con la porción

¹² En contra sostiene SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, *Nuevo régimen matrimonial*, Conosur, Santiago, 1995, p. 45, que no siendo una obligación surgida en vida del causante no puede considerarse propiamente una deuda hereditaria, sino más bien una obligación que compete de manera personal a los herederos. Opinamos que es suficiente con que el crédito surja al momento de fallecer el causante para que sea considerado transmisible tanto pasiva como activamente. Tal vez hubiera sido conveniente que la ley lo declarara en forma expresa como hace el B.G.B. alemán (reformado en 1957): "el derecho de equiparación nace al terminar el régimen matrimonial y desde ese momento es susceptible de sucesión hereditaria y es transferible" (§ 1378.3). De hecho, el Proyecto del Ejecutivo así lo establecía: "El crédito de participación se originará al término del régimen de bienes y, desde ese momento, es cedible y transmisible" (art. 1756). Pero la Comisión de Constitución del Senado "juzgó superfluo... referirse a la cesión y transmisión del crédito de participación, por lo que prefirió dejar entregada esta materia a las reglas generales" (Informe de 5 de octubre de 1993, p. 55).

conyugal (art. 1176 CC). Por cierto queda en pie el derecho del cónyuge a abandonar el crédito para reclamar la porción conyugal íntegra (art. 1177 CC).

Para impedir que el cónyuge acreedor sufra un detrimento ante la extinción del crédito por confusión y su posterior imputación a la porción conyugal, la ley dispuso que en este caso no operaría la confusión: "no se confundirá la calidad de acreedor de gananciales con la de sucesor a título de porción conyugal en el patrimonio del difunto" (art. 1180, inc. 3º CC).

Cabe hacer presente que, en caso de insolvencia de los herederos del cónyuge deudor difunto, el cónyuge acreedor, o su cesionario, podrá invocar el beneficio de separación, regulado por los arts. 1378 y siguientes del Código Civil.

6. PREFERENCIA DEL CREDITO

El crédito de participación en los gananciales es un crédito que goza de un privilegio de la cuarta clase, según lo que dispone el art. 2481, Nº 3 CC. La fecha de la causa del crédito es la del matrimonio, afirma el art. 2482 CC, pero en verdad debería decir el momento en que el régimen de participación tuvo su inicio (que puede ser posterior a la celebración matrimonial).

No obstante, cabe comentar que esta fijación de la fecha de la causa del privilegio en el matrimonio (o inicio del régimen) no parece tener utilidad real, puesto que la misma ley ha dispuesto que todos los créditos (privilegiados o valistas) anteriores a la fecha de disolución del régimen se pagan con preferencia al crédito de participación. De esta manera, sólo en concurrencia con créditos contraídos con posterioridad a la disolución el crédito de participación podrá invocar su privilegio.

En todo caso, el crédito privilegiado no puede probarse sólo por confesión del cónyuge deudor (art. 2485 CC).

7. TRANSFERENCIA Y TRANSMISION

La ley ha considerado que el crédito de participación es transmisible a los herederos del cónyuge acreedor, incluso si su surgimiento coincide con la apertura de la sucesión (disolución del régimen matrimonial por muerte del cónyuge acreedor). Si bien la ley no lo dice en forma explícita, es lo que se deduce de la aplicación de las reglas generales (art. 951 CC).

Por tal razón, debiera reconocerse también la facultad del cónyuge de disponer por testamento o donación *mortis causa* del crédito de participación aun antes de la terminación del régimen. La asignación deberá ser considerada condicionada a la existencia y determinación del crédito de participación. Tratándose de un legado de crédito se aplicarán las normas pertinentes (cfr. art. 1127 CC).

Los herederos (o en su caso legatarios) que suceden en el crédito de participación tendrán todos los derechos que le competían al cónyuge acreedor, frente al patrimonio del deudor. Sólo el art. 1792-22 CC menciona a los herederos como titulares del derecho a convenir daciones en pago, pero debe considerarse que, en aplicación de las reglas generales, los sucesores *mortis causa* tendrán también todas las facultades que la ley concede al cónyuge acreedor, en especial la acción revocatoria del art. 1792-24 CC.

De manera indirecta, la ley reconoce también el derecho del cónyuge acreedor a disponer en favor de terceros del crédito de participación por acto entre vivos, sea a título gratuito o a título oneroso. Pero esta vez la disposición debe otorgarse con posterioridad al término del régimen de participación, pues de lo contrario el acto adolecerá de nulidad absoluta por vulnerar la prohibición del art. 1792-20 CC.

La forma de la cesión dependerá de si el crédito ha sido liquidado judicial o convencionalmente o aún no lo ha sido. Si se trata de un crédito ya liquidado, la cesión requerirá la entrega del título en que conste el crédito liquidado (arts. 699 y 1901 CC). Si el crédito aún no se ha liquidado, como no constará por escrito, la tradición debe verificarse, siguiendo la opinión común de nuestra doctrina, mediante una escritura en la que se exprese la voluntad tanto del cedente como del adquirente. En ambos casos, es menester notificar la cesión al cónyuge deudor para que le sea oponible, a menos que sea aceptada por este (art. 1902 CC).

El tercero cesionario adquiere el crédito con todas sus peculiaridades, e incluso con el privilegio de cuarta clase que le corresponde, y las cauciones que se hayan prestado para asegurar su pago diferido (art. 1906 CC). Pensamos que puede también ejercer los demás derechos que le acuerda la ley al cónyuge acreedor, como convenir daciones en pago, solicitar la liquidación del crédito y ejercer la acción revocatoria del art. 1792-24 CC.

La responsabilidad del cónyuge cedente en cuanto a la existencia del crédito y la solvencia del cónyuge deudor se registrarán por las reglas generales de la cesión de derechos personales consignadas en el art. 1907 CC.

IV. DERECHOS DEL CONYUGE DEUDOR

La ley no ha dejado tampoco de preocuparse de los intereses del cónyuge deudor, y ha dispuesto algunas medidas que tienden a su protección, principalmente la posibilidad de postergar el pago del crédito. Asimismo surgen otras facultades que provienen del Derecho general de las obligaciones.

1. PAGO DIFERIDO

El principal derecho que la ley acuerda al cónyuge deudor es el de solicitar un tiempo razonable para pagar el crédito de participación (art. 1792-21 CC).

Para invocar este derecho, debe acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1º) El término debe ser decretado por el juez, haciéndose aquí una excepción al principio de que los tribunales no pueden fijar plazos (cfr. art. 1494 CC). No establece nuevamente la ley el procedimiento, y cabría aplicar el art. 3 CPC para seguir el procedimiento ordinario. Pero parece claro que en este caso procederá aplicar el procedimiento abreviado del juicio sumario (art. 680 CPC). Lo más conveniente sería considerar que el deudor debiera solicitar el aplazamiento (de modo subsidiario si procede) al juez que conoce de la liquidación del crédito. Por último, si se ha deducido acción de cobro del crédito determinado, la alegación podría invocarse en el mismo procedimiento como excepción¹³.

¹³ Si se trata de juicio ejecutivo, podrá oponerse la excepción del art. 464, Nº 7 CPC, alegando que en virtud de este derecho que la ley le acuerda al deudor, de solicitar que el crédito sea sometido a término, mientras el juez no resuelva sobre ello el crédito carecerá de la exigibilidad requerida por el art. 437 CPC. La cuestión es dudosa, porque bien podría sostenerse que, no habiendo decreto del juez que fije el plazo, el crédito es puro y simple, según lo dispone el art. 1792-20 CC, y por tanto goza de la exigibilidad requerida por la ley.

2º) Que el pago inmediato causaría un perjuicio grave al deudor o a los hijos comunes al matrimonio. La ley agrega que ello debe probarse debidamente, pero se trata de una expresión de énfasis que nada aporta. Proceden todos los medios de prueba legalmente admisibles.

3º) Que se asegure, por caución otorgada por el deudor o un tercero, que el cónyuge acreedor quedará de todos modos indemne. La forma y cuantía de esta caución queda entregada a la discreción del tribunal.

El plazo lo fijará el juez, pero nunca puede exceder de un año. La ley no dice desde cuándo se cuenta este año, por lo que pensamos que se computará desde la resolución del juez que se pronuncia sobre la prórroga¹⁴.

El crédito sometido a plazo debe necesariamente gozar de reajustabilidad. La ley determina el medio para garantizar su consistencia valórica: se debe expresar en unidades tributarias mensuales. De esta previsión se deduce que el crédito así diferido no devengará intereses mientras esté pendiente el plazo¹⁵.

¿Puede el deudor pedir una ampliación del plazo? Los términos concluyentes de la disposición legal, que establece una excepción calificada a la regla general de la puridad del crédito de participación, inducen a contestar negativamente esta interrogante.

¹⁴ En España, frente a la disposición similar del art. 1431 del Código Civil, se sostiene que el plazo se debe contar desde la terminación del régimen, por lo que si al solicitarse la prórroga ha transcurrido parte de ese tiempo, ha de reducirse la cuantía del plazo (así MORENO, A., ob. cit., p. 845). Pero cabe consignar que el plazo de prórroga es de tres años y no tan exiguo como el contenido en la disposición de nuestro Código Civil.

Inicialmente, el Proyecto del profesor Enrique Barros, que sirviera de antecedente a la ley, contemplaba un plazo máximo de 5 años (cfr. art. 1753, del Proyecto publicado como anexo al trabajo "Proyecto para introducir en Chile la participación en los gananciales como régimen de bienes normal del matrimonio", en AA.VV., *Familia y Personas*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 119 y ss.). En el Proyecto del Ejecutivo de 1991 el plazo es reducido a tres años. Finalmente, la Comisión de Constitución del Senado lo redujo a un año, atendido que la facultad en cuestión tiene como propósito fundamental solucionar problemas de liquidez (Informe de 5 de octubre de 1993, p. 58).

¹⁵ Aunque esta exoneración anticipada y general de los intereses puede favorecer en forma injusta al cónyuge deudor, que por ejemplo podría invertir el monto del crédito en el mercado de capitales y apropiarse de todos los intereses devengados. La excepcionalidad con la que debiera proceder el pago diferido nos permite esperar que estas situaciones de lucro indebido no se presenten en la práctica.

Una vez sometido a plazo, el crédito de participación se regirá por las reglas generales de los créditos sujetos a esta modalidad; en particular a aquellas que se refieren a la caducidad del término por quiebra, insolvencia o extinción o disminución de las cauciones (art. 1496 CC).

2. CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA. DACIONES EN PAGO

Como sabemos, el pago debe hacerse en conformidad al tenor de la obligación, esto es, con la cosa debida. En este caso, con dinero. Sin embargo, el crédito de participación puede ser solucionado en especie, por equivalencia. Así lo dispone el art. 1792-22 CC: "Los cónyuges, o sus herederos, podrán convenir daciones en pago para solucionar el crédito de participación en los gananciales".

La verdad es que esta aparente excepción a la regla general no es tal, ya que el principio de la integridad del pago condiciona su aplicación al hecho de que el acreedor no consienta en un pago distinto. Todo crédito puede ser pagado con cosa distinta de la debida, si el acreedor así lo acepta (art. 1569 CC). Se trata de la figura común de la dación en pago, que constituye un modo de extinción de todas las obligaciones¹⁶.

No hay novedad, por tanto, en disponer que el crédito de participación pueda ser objeto de una dación en pago. Distinto hubiera sido si se hubiera perseverado en lo que establecía el proyecto original, que otorgaba al juez, a falta de acuerdo entre las partes, la facultad de imponer el pago en especie¹⁷. Pero la intervención judicial fue suprimida en el transcurso del trámite parlamentario¹⁸.

¹⁶ El Código Civil francés, en cambio, al autorizar la atribución de bienes en pago del crédito de participación, sea convencional o judicialmente, confiere a esta atribución el carácter de acto particional (*opération de partage*) cuando los bienes atribuidos no estaban incluidos en el patrimonio originario o cuando el cónyuge que los recibe es llamado a la sucesión del otro (art. 1576, inc. 3º).

Así se establecía en el Proyecto de Enrique Barros: "Para todos los efectos legales esta dación en pago se considerará como adjudicación en partición..." (art. 1754, ob. cit., p. 140). La norma no prosperó en el Proyecto presentado por el Ejecutivo en 1991.

¹⁷ Disponía el Proyecto presentado por el Ejecutivo en 1991 que, a falta de acuerdo, el juez podría ordenar esta forma de pago si la solución en dinero ocasionaba grave perjuicio al deudor. Además se facultaba al juez para conceder una renta a título de participación en los gananciales y ordenar la constitución de garantías reales para caucionar su pago (art. 1758).

¹⁸ Fue suprimida por la Comisión de Constitución del Senado por "considerar inconveniente abrir nuevos ámbitos de discrecionalidad judicial en esta materia" (Informe

Sí puede considerarse una innovación la declaración expresa de las consecuencias de la evicción del objeto dado en pago. La doctrina ha discutido qué debe suceder en ese caso: si corresponde considerar definitivamente extinguido el crédito y otorgar solamente al afectado las acciones de responsabilidad por evicción (tesis de la dación como novación por cambio de objeto), o si, consumada la privación de la cosa dada en pago, debe estimarse subsistente el crédito inicial incluyendo la reviviscencia de las garantías que lo aseguraban (tesis de la dación como modalidad del pago o como figura autónoma).

La ley sin incursionar en el debate doctrinal toma partido por las consecuencias de la segunda tesis. Dispone que en caso de evicción, el crédito renace con sus caracteres iniciales (esto es, puro y simple y en dinero), a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo (art. 1792-22, inc. 2º CC).

Queda por resolver qué sucede con la disposición del art. 2382 CC, que establece que si el acreedor acepta una dación en pago y después sobreviene evicción del objeto pagado, queda irrevocablemente extinguida la fianza que caucionaba la obligación. Este supuesto puede darse respecto del crédito de participación si, por ejemplo, un tercero ha afianzado al cónyuge deudor a los efectos de conseguir una prórroga del plazo. Si con posterioridad el acreedor acepta una dación en pago del cónyuge deudor, y sobreviene evicción, ¿renace el crédito con la fianza, por aplicación del art. 1792-22, inc. 2º CC o la fianza queda irrevocablemente extinguida por lo dispuesto en el art. 2382 CC? La solución estriba en determinar cuál es la norma especial y cuál es la general, pero ello no es fácil. Por el criterio de posterioridad tal vez haya que considerar que debe aplicarse con preferencia la norma dictada especialmente para el crédito de participación¹⁹.

de 5 de octubre de 1993, p. 60). No se percataron los legisladores que esa era la mayor significación de la norma. De hecho, en las legislaciones extranjeras se dispone expresamente esta atribución del juez: así el art. 1432 del Código Civil español y el art. 1576 del Código Civil francés.

¹⁹ La historia del establecimiento de la ley apoya esta conclusión. En la Comisión de Constitución del Senado se señaló lo siguiente cuando se comentó la norma que establecía los efectos de la evicción: "De esta manera, se sigue un criterio diferente del consagrado en el artículo 2382 del Código Civil..." (Informe de 5 de octubre de 1993, p. 59).

Otro problema que puede considerarse sobre esta dación en pago es si, habiéndose pagado con bienes inmuebles, podría el cónyuge acreedor pedir la rescisión del pago invocando lesión enorme, visto el valor efectivo de los bienes a la fecha de la tradición. Aunque algunos han querido asimilar este tipo de pago a una compraventa, para permitir la aplicación de las normas de la lesión, la doctrina en forma mayoritaria rechaza que estemos frente a un supuesto de contrato de compraventa. No habiendo compraventa ni tampoco partición, no cabría aplicar las reglas de la rescisión por lesión enorme que sólo procede en los casos señalados por la ley²⁰.

3. CONSIDERACION DE DERECHOS EN BIENES FAMILIARES

La disposición del art. 1792-23 CC, situado en el párrafo dedicado al crédito de participación, contiene una norma de oscuro sentido, aunque a primera vista parece simple. Otorga al juez facultades para valorar prudencialmente, a los efectos de determinar "los créditos de participación en los gananciales" (en plural en el texto de la ley), las atribuciones de derechos sobre bienes familiares efectuadas en favor de uno de los cónyuges. Obviamente, se refiere a los derechos reales de usufructo, uso o habitación que pueden concederse al cónyuge no propietario sobre bienes afectados como familiares, en conformidad con el art. 147 CC (también introducido por la Ley N° 19.335).

El precepto presenta dificultades para discernir la forma de aplicarlo en la práctica. Sostenemos que la valoración de estos derechos debe efectuarse en el proceso de determinación de los gananciales, de modo que el valor que el juez les fije incrementará el patrimonio final del cónyuge titular de los derechos, y paralelamente ese valor se descontará del patrimonio final del cónyuge propietario (en efecto, por el gravamen que presentan, los bienes familiares tendrán un valor inferior).

Se ha sostenido que esta fórmula es inequitativa, y que debiera preferirse la interpretación que excluye la valoración de estas atribuciones de derechos reales del proceso de determinación de

²⁰ Cfr. ABELIUK, RENE, *Las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, t. II, N° 704, p. 581. Pero si se hubiere acogido el criterio de Enrique Barros de asimilar la dación en pago a una adjudicación en partición, hubiera procedido la lesión por aplicación del art. 1348, inc. 2° CC.

los gananciales, de modo de reservarla para un momento posterior: cuando se trate de fijar la cuantía definitiva del crédito de participación. Una vez determinado su monto, se dice, el juez tomará en cuenta el valor de los derechos constituidos sobre los bienes familiares para imputarlo a su pago²¹. Pero nos parece que el resultado práctico (manteniendo el valor que se fije a los derechos) es exactamente el mismo²².

La única posibilidad que pudiera presentarse para que los derechos reales en bienes familiares no sean avaluados a la hora de fijar los gananciales, consistiría en que ellos se constituyan con posterioridad a la terminación del régimen (incluida la terminación por disolución del matrimonio), aunque antes de la liquidación o pago del crédito. En tales casos, el juez, por mandato del art. 1792-23 CC, a solicitud de parte, debiera imputar el valor de esos derechos disminuyendo el monto del crédito²³.

²¹ Así MERINO SCHEIHING, FRANCISCO, "Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales en el Derecho civil chileno", en AA.VV., *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Edit. Conosur, Santiago, 1996, p. 207.

²² Por ejemplo, consideremos que el valor asignado a los derechos reales en bienes familiares es 10, y que la mujer tiene un patrimonio final de 20 y el marido de 50 (siendo el patrimonio originario de ambos igual a 0). Si aplicamos el primer criterio tenemos que añadir el valor de los derechos al patrimonio final del cónyuge titular de ellos, en este caso: a la mujer, por lo que su patrimonio quedará en 30 (20+10). Por otra parte, ese valor será deducido del patrimonio final del marido, quedando este en 40 (50-10). Determinados los patrimonios finales, y considerando que no hay patrimonio originario, la diferencia de gananciales será de 10, y esta debe partirse por mitad. El crédito que corresponde a la mujer alcanzará a 5. Si posponemos la valoración de los derechos en bienes familiares para después de la determinación del crédito, tendremos que la diferencia de gananciales será ahora de 30 (20 de la mujer *versus* 50 del marido), de modo que el crédito en favor de la mujer alcanzará a 15. Pues bien, si decimos que a ese crédito determinado debiera imputarse el valor de los derechos (10), el resultado es exactamente el mismo: el crédito queda en 5 (15-10).

²³ Parece que este era el propósito inicial de la norma, según se ve en el Proyecto preparado por Enrique Barros. El art. 1755 de ese texto señalaba que "Las atribuciones de derechos sobre bienes familiares hechas a uno de los cónyuges de conformidad al artículo 1724 serán valoradas prudencialmente por el juez a efectos de determinar los créditos de gananciales", pero el art. 1724 al que se refería la norma disponía que esa atribución procedía únicamente "luego de disuelto el matrimonio" (ob. cit., pp. 134 y 141). El Proyecto del Ejecutivo de 1991 produce una distorsión de este esquema, por cuanto permite la constitución de derechos reales en los bienes familiares tanto "durante o después del matrimonio" (art. 1727), y así se aprobaría posteriormente en el art. 147 CC. Pero no se ajustó la norma que ordenaba contemplar el valor de esos derechos a los efectos de determinar el monto del crédito de participación, que se mantuvo prácticamente sin variaciones. En la Comisión de Constitución no se advirtió expresamente el problema, pero pareciera que los legisladores tenían la idea de que el valor de las atribuciones funcionaba a modo de compensación con el crédito ya determinado. Ante la impugnación del senador Fernández, el asesor del SERNAM, Prof. Carlos Peña manifestó: "puesto que ambos cónyuges están obligados a solventar las cargas de familia, de

4. EJECUCION SUBSIDIARIA

El art. 1792-26 CC dispone que el acreedor de participación en los gananciales debe proceder primero a ejecutar su crédito en el dinero del deudor; luego en los bienes muebles y, a falta de éstos, en los inmuebles.

Se pretendió aplicar el mismo principio manifestado por la norma del art. 1773 CC, para el pago de recompensas en la sociedad conyugal. Pero la norma es ligeramente diferente: según el art. 1773 CC la ejecución puede hacerse indistintamente en dinero o bienes muebles, en un primer momento, y subsidiariamente sobre los inmuebles. En cambio, el art. 1792-26 CC ha privilegiado el pago en dinero sobre los bienes muebles.

5. BENEFICIO DE COMPETENCIA

Nada dice la ley sobre si el deudor de gananciales tiene el derecho de oponer a su acreedor el beneficio de competencia, contemplado en el art. 1625 CC.

Ante la falta de una referencia explícita, debemos aplicar la normativa común del Derecho de obligaciones y considerar procedente el beneficio, aplicando así la norma del art. 1626, Nº 2, que dispone que se debe dicho beneficio al cónyuge que no se ha divorciado por su culpa.

V. PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TERCEROS

Los derechos de terceros, en este caso de otros acreedores del cónyuge deudor de crédito de participación, no pueden ser descuidados por el legislador, ya que el régimen patrimonial, junto con amparar a los cónyuges, debe contribuir a la seguridad y certeza de sus relaciones patrimoniales con terceros.

Para analizar esta protección es necesario considerar cuatro categorías de acreedores, según la fecha de la que datan sus respecti-

acuerdo a sus posibilidades, tomar en cuenta los aludidos derechos reales sería más justo para el cónyuge propietario, quien podría compensarlo en su momento castigando el crédito de participación en los gananciales devengado a favor del otro cónyuge, en la parte en que a este le habría correspondido subvenir a las cargas de familia" (Informe de 5 de octubre de 1993, p. 61).

vos créditos. Así, existirán acreedores por obligaciones que nacen una vez determinado el crédito de participación; acreedores cuyos créditos nacieron después de la extinción del régimen de participación pero antes de la determinación del crédito de participación; acreedores cuyos derechos datan del período en que estuvo vigente el régimen de participación y, finalmente, acreedores por obligaciones contraídas por alguno de los cónyuges antes de celebrarse el matrimonio o iniciarse la vigencia del régimen de participación.

Procederemos a comentar cada una de estas cuatro situaciones en las que pueden encontrarse estos terceros.

1. ACREEDORES POSTERIORES A LA DETERMINACION DEL CREDITO

Los acreedores cuyos créditos hayan nacido con posterioridad a la determinación del crédito de participación no podrán desconocer la existencia de este último y, en caso de insolvencia, concurrirán con el cónyuge acreedor en los bienes del deudor, según las normas generales de prelación de créditos.

Si se trata de acreedores valistas, el cónyuge titular de crédito de participación se pagará con preferencia, por gozar de un privilegio de la cuarta clase. Si se trata de terceros acreedores también de la cuarta clase, igualmente preferirá el crédito de participación ya que la ley lo supone causado a la época del matrimonio (art. 2482 CC). Recordemos que la confesión del cónyuge deudor no hace plena prueba del crédito en contra de los acreedores (art. 2485 CC).

Si los terceros presentan créditos de la primera, segunda o tercera clase, se pagarán con preferencia al cónyuge acreedor.

2. ACREEDORES POSTERIORES A LA DISOLUCION PERO ANTERIORES A LA DETERMINACION DEL CREDITO

Los acreedores posteriores a la disolución del régimen presentan la misma situación que hemos analizado para los posteriores a la fijación de la cuantía del crédito. Es decir, son pospuestos si se trata de créditos valistas o de la cuarta clase, y en cambio serán preferidos si son créditos de la primera, segunda o tercera clase.

Estos acreedores podrían, sin embargo, tener derecho a participar en el juicio de liquidación del crédito, como terceros coadyuvantes del deudor (art. 23 CPC).

Asimismo, frente a una liquidación convencional podrían ejercer la acción pauliana o revocatoria del art. 2468, Nº 1 CC, siempre que acrediten perjuicio de sus derechos y mala fe por parte de los cónyuges que se han coludido para simular o aumentar la cuantía del crédito.

3. ACREEDORES POSTERIORES AL INICIO DEL REGIMEN PERO ANTERIORES A SU EXTINCION

Los acreedores con créditos surgidos después de comenzado el régimen de participación pero antes de que este llegue a su fin, gozan de una preferencia absoluta respecto del crédito de participación. Así lo dispone el art. 1792-25 CC: "Los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, preferirán al crédito de participación en los gananciales".

Lo relevante es que la causa del crédito sea anterior, por lo que la falta de exigibilidad no excluye la aplicación de la norma. Si se trata de un crédito contraído durante el régimen pero que se vino a hacer exigible con posterioridad, goza igualmente de la preferencia.

Por aplicación de esta norma, aunque se trate de acreedores de la cuarta clase cuya fecha sea posterior al inicio del matrimonio, preferirán al crédito de participación (no puede aplicarse la disposición del art. 2482 CC).

No obstante, los acreedores de obligaciones surgidas de cauciones personales otorgadas por el cónyuge deudor sin autorización del otro cónyuge están sujetos al ejercicio de la acción de nulidad relativa que la ley le acuerda a este último (arts. 1792-3 y 1792-4). La acción de nulidad dura cuatro años desde el día en que el cónyuge tomó conocimiento del acto, o en el plazo máximo de diez años desde su celebración. Es discutible que la nulidad pueda ser invocada como excepción, ya que el derecho no corresponde al cónyuge deudor (que será el demandado). Pero cabe estimar que el cónyuge no autorizante puede actuar como tercero coadyuvante y en esa calidad alegar la nulidad de la obligación.

A estos acreedores les compete también el beneficio de la inoponibilidad de la liquidación convencional del crédito de participación que establece el art. 1723, inc. 2º CC, cuando ella forma parte de la escritura por la cual se pacta separación total de bienes. El art. 1723, inc. 2º CC, expresamente dispone que dicho pacto ~~"no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la~~

mujer". Pero atendida la preferencia absoluta que la ley les concede frente al crédito de participación es de presumir que la norma del art. 1723, inc. 2º CC, carecerá de relevancia en estos casos.

4. ACREEDORES ANTERIORES AL INICIO DEL REGIMEN

Las deudas que tengan los cónyuges al momento del inicio del régimen deben ser descontadas para el establecimiento del patrimonio originario del cónyuge deudor (art. 1792-7 CC). Pero se trata de una previsión que se aplica a las relaciones internas entre los cónyuges, a los efectos de determinar el monto de los gananciales, y que no afecta a los terceros acreedores.

Estos acreedores gozarán también de la preferencia absoluta frente al crédito de participación que les acuerda el art. 1792-25 CC, con la particularidad de que ellos no pueden verse afectados por la nulidad de las cauciones personales no autorizadas. En efecto, la prohibición de otorgar estas cauciones sin consentimiento del otro cónyuge supone que ellas se hayan otorgado durante la vigencia del régimen de participación.

No obstante, para hacer efectiva su preferencia estos acreedores quedan sujetos a las reglas generales. Así, por ejemplo, no tienen facultades para revocar enajenaciones que se hayan hecho en pago del crédito de participación y que vulneran sus derechos, sino haciendo valer las acciones generales de simulación o revocatoria del art. 2468 CC²⁴.

VI. EXTINCION DEL CREDITO

Se examinan a continuación las causas más comunes de extinción de las obligaciones, en su aplicabilidad al crédito de participación.

²⁴ En cambio, en el Proyecto preparado por Enrique Barros se preveía, en protección de los acreedores preferentes, que "si los bienes del cónyuge que ha pagado un crédito de participación en los gananciales fueren insuficientes para pagar esas obligaciones, los acreedores podrán dirigirse contra el otro cónyuge hasta por el monto de lo recibido". También los acreedores anteriores podían embargar y pedir directamente la ejecución de bienes dados en pago de un crédito de participación (art. 1757, ob. cit., p. 141). Estas disposiciones no se mantuvieron en el Proyecto presentado por el Ejecutivo al Congreso en 1991.

1. RESCILIACION

Dado el tenor del art. 1567 CC, en el sentido de que "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula", es posible la aplicación a obligaciones emanadas de la ley, en la medida en que no sean irrenunciables.

Como respecto del crédito de participación la renuncia es aceptada una vez terminado el régimen, no vemos inconveniente en admitir su extinción por resciliación o mutuo disenso. Se tratará en realidad de un pacto de liberación o remisión bilateral.

2. REMISION

Si procede la renuncia, es posible la extinción del crédito de participación por condonación, sea total o parcial. Si el crédito está determinado y consta por escrito, procederán los supuestos de remisión tácita del art. 1564 CC.

La remisión del crédito de participación que provenga de mera liberalidad deberá insinuarse, ya que la ley asimila la remisión a la donación entre vivos (art. 1563 CC).

3. COMPENSACION

La procedencia de la compensación como modo de extinguir el crédito de participación debe analizarse contemplando el misterioso precepto del art. 1792-19, inc. final CC, que señala lo siguiente: "El crédito de participación en los gananciales será sin perjuicio de otros créditos y obligaciones entre los cónyuges".

Nuevamente estamos frente a un texto poco feliz, sencillamente porque cuesta elucidar cuál es su finalidad. Podemos constatar que se presta para dos interpretaciones absolutamente disímiles: en nuestra opinión, la norma reitera que esos derechos y obligaciones deben ser deducidos o agregados en los patrimonios finales para computar el crédito de participación. Según el parecer de Francisco Merino, la conclusión debiera ser exactamente la contraria: la norma indica que los créditos entre cónyuges no se contabilizan, ya que de lo contrario estaría de más²⁵.

²⁵ MERINO, F., ob. cit., p. 208.

Pensamos que sería injusto calcular el crédito prescindiendo de estas deudas y derechos que, como se quiera, integran o gravan el patrimonio de los cónyuges, que es lo que debe analizarse para fijar sus gananciales²⁶. De esta manera, la norma sólo viene a clarificar (con dudosa oportunidad) que el surgimiento del crédito de participación no empece la subsistencia de otros créditos entre los cónyuges.

Y aquí se plantea la posibilidad de la compensación. No vemos dificultad en que esta se produzca conforme a las reglas generales, cuando el crédito se haya ya determinado. Si no está determinado, la compensación legal será improcedente por falta de liquidez (art. 1656, Nº 2 CC), aunque cabría la compensación voluntaria e incluso la judicial.

4. CONFUSION

El crédito de participación es extingible por confusión, con la salvedad de que ella no operará si el cónyuge acreedor concurre en la sucesión del cónyuge deudor a título de porción conyugal (art. 1180, inc. 3º CC).

5. PRESCRIPCION

En cuanto a la prescripción, debemos distinguir entre la acción para reclamar la liquidación judicial del crédito y la prescripción del crédito en cuanto tal.

La primera es una prescripción regulada expresamente por la ley: dura cinco años que se cuentan desde la terminación del régimen y no se suspende entre cónyuges, aunque sí en favor de los herederos menores de edad (art. 1792-26 CC)²⁷.

Nada ha señalado la ley sobre la prescripción del crédito en cuanto tal. De allí que estimemos que se aplica la prescripción

²⁶ El Código Civil español dispone expresamente que los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro se computan en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducen del patrimonio final del cónyuge deudor (art. 1426).

²⁷ En realidad, no parece que fuera necesario aludir a la suspensión entre cónyuges, ya que ni siquiera la prescripción extintiva de largo tiempo se suspende entre ellos, sino sólo respecto de la mujer casada en sociedad conyugal (art. 2520 CC). Respecto de los herederos menores, es menester señalar que se aplicará también el tiempo máximo señalado en el art. 2520, inc. 2º CC, por lo que la suspensión no podrá invocarse pasados diez años desde la terminación del régimen.

general de las acciones en cinco o tres años, según su naturaleza ordinaria o ejecutiva (art. 2515 CC). El plazo se contará desde que se haya liquidado el crédito o, en su caso, desde que venza el término al que fue sometido, esto es, desde que la obligación se haya hecho exigible (art. 2514, inc. 2º CC)²⁸.

Otra opinión que conduce al mismo resultado práctico es estimar que el plazo de prescripción del crédito es el general de cinco años pero contados desde la disolución, aunque el ejercicio de la acción de liquidación operará como interrupción civil²⁹.

VII. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONVENIENCIA DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACION

Nos falta perspectiva temporal para evaluar el funcionamiento real del régimen de participación en los gananciales tal como fue diseñado por la Ley Nº 19.335 CC. De hecho, las estadísticas muestran que sólo muy tímidamente va introduciéndose en las prácticas de la población. Pero es natural que ello sea así, tratándose de una materia sobre la cual deben imperar las costumbres más que las leyes.

No obstante, me parece que debe elogiarse la prudencia del Congreso Nacional en cuanto a incorporar este régimen como alternativo y convencional, manteniéndose el sistema de comunidad como régimen legal. En efecto, la sustitución lisa y llana de la sociedad conyugal por este nuevo estatuto, como pretendía el Proyecto original del Ejecutivo, habría probablemente comportado consecuencias muy perturbadoras para el buen funcionamiento del sistema familiar chileno.

No está de más insistir en que la supuesta ventaja que el régimen presenta sobre el de sociedad conyugal, en relación con la sencillez y menores dificultades de comprensión, queda desmentida palmariamente con sólo ir más allá del caso de laboratorio con el que se suele ilustrar el mecanismo de repartición

²⁸ En este sentido CORRAL, H., ob. cit., pp. 159-160 y RODRIGUEZ, P., ob. cit., p. 268. También la doctrina española distingue entre prescripción del derecho a exigir la liquidación del régimen y prescripción del crédito, aunque el Código no contiene ninguna regla sobre ello. La prescripción del crédito corre desde que pudo ejercitarse, es decir a partir de la liquidación del régimen (MORENO, A., ob. cit., p. 845).

²⁹ Cfr. MERINO, F., ob. cit., p. 208.

previsto en las normas. En la realidad, cuando los cónyuges o el juez deban vérselas con inventarios, tasaciones, contabilizaciones en valor de bienes adquiridos o enajenados con décadas de anticipación, deducción de deudas ilíquidas o pagaderas a plazo, deducción de derechos reales o gravámenes, agregación imaginaria de enajenaciones fraudulentas o dilapidatorias, habrá de convenirse que el régimen, en su funcionamiento normal, plantea dificultades tan serias o más que las presentadas por la vieja sociedad conyugal, y que en todo caso exige para su correcto y equitativo resultado el dominio de una cultura y de unas virtudes personales de orden y responsabilidad que no pueden atribuirse a la generalidad de los habitantes de nuestro país.

La crítica más fuerte, a nuestro juicio, al régimen establecido entre nosotros es la que impugna el carácter crediticio de la participación. Se hace ver, con razón, que aseguraría muchísimo más eficazmente los derechos del cónyuge el que se generara en su favor una participación en propiedad, sobre los bienes gananciales³⁰. En contra se ha argüido que el crédito o derecho personal, siendo cosa incorporal, está amparado por la garantía constitucional de la propiedad (art. 19, Nº 24 Const.) y que se han implementado los mecanismos necesarios para que su pago no sea burlado³¹.

Pero tales razones no resultan convincentes si se atiende al modo de realización práctica de las medidas de protección recogidas por la ley. Es manifiesto que un derecho real, y sobre todo la propiedad, presentan una posibilidad de protección más operativa y rápida que la que ostentan, por su misma forma constitutiva, los derechos personales.

Por lo demás, esta crítica es compartida incluso en las legislaciones comparadas que también han dado cabida a este régimen³².

³⁰ Así PARADA, CESAR, "Análisis descriptivo de la ley y juicios críticos. Ventajas y desventajas del nuevo régimen en relación con la sociedad conyugal y el de separación de bienes", en *Régimen de Participación en los gananciales y Bienes familiares*. Ley Nº 19.335, Folleto editado por el Colegio de Abogados de Chile, Santiago, s.f., p. 20. La crítica parece ser compartida por RODRIGUEZ, P., ob. cit., p. 279.

³¹ En este sentido, refiriéndose al proyecto aún en trámite, PEÑA GONZALEZ, CARLOS, "Reformas al estatuto matrimonial: el régimen de participación en los gananciales", en *Estudios de Derecho Civil, Cuadernos de Análisis Jurídico* (Universidad Diego Portales), Santiago, 1994, pp. 171 y ss.

³² Señala MORENO, A., ob. cit., p. 809: "El que la participación en ganancias se produzca a través de un crédito pecuniario puede ofrecer, también, bajo otro aspecto, inconvenientes. Porque un crédito ofrece menor poder e implica mayores

El crédito de participación es una idea novedosa y creativa y que, con las dificultades interpretativas que hemos procurado exponer en estas páginas, en teoría puede servir para asegurar la repartición equitativa de los beneficios patrimoniales logrados en la vida matrimonial. Pero el tiempo nos dirá si se trata de una fórmula que no sólo funciona en el texto de las leyes, sino en la realidad práctica.

riesgos que una comunidad (que puede ser una comunidad nacida después de la extinción del régimen) sobre los bienes ganados. Si, además, ese crédito es simplemente pecuniario y no permite obtener bienes concretos, se añaden otros inconvenientes. No ya sólo por la dificultad que para el deudor pueda extrañar [sic] el pago de una suma quizá muy elevada de dinero, con el peligro de tener que malvender bienes..., sino también por no ofrecer al cónyuge acreedor un cauce para obtener ciertos bienes que, aunque ganados por su consorte, se han conservado gracias al esfuerzo común y han constituido durante dilatados años parte de su entorno patrimonial".

LA INCIDENCIA TRIBUTARIA Y SU INFLUENCIA EN LA OPCION DE LOS CONYUGES POR UN REGIMEN DE BIENES

JUAN EDGARDO GOLDENBERG PEÑAFIEL

Profesor de Derecho Tributario

Universidad de los Andes

En primer lugar agradezco a la Universidad de los Andes y a sus autoridades la posibilidad de poder participar en este Seminario Internacional sobre los problemas actuales y perspectivas de cambio de los Regímenes Matrimoniales.

No cabe duda que las normas impositivas, especialmente aquellas referentes al impuesto a la renta, tienen una influencia preponderante en la opción que se presenta a los cónyuges al escoger el régimen matrimonial que les regirá durante su vida.

Según veremos, la materia sobre la cual me corresponde exponer no está exenta de problemas, que si bien muestran una apariencia de ser asuntos meramente técnicos, considero que tienen importancia para el matrimonio y la vida ordinaria de las personas.

A continuación me ocuparé brevemente de las siguientes materias: Recordaremos los regímenes matrimoniales y la tributación aplicable en cada caso, para luego dedicarnos a examinar los problemas existentes en esta materia y por último propondré las soluciones que estimo más adecuadas a las dificultades existentes.

I. GENERALIDADES

De los múltiples regímenes matrimoniales que reconocen las naciones extranjeras y la doctrina jurídica, en nuestro país se

admiten los siguientes, que regulan la adquisición, goce y disfrute, administración, disposición y reparto de los bienes de los cónyuges:

- (a) Sociedad conyugal
- (b) Separación de bienes, que puede ser total o parcial, y de origen legal, judicial o convencional
- (c) Dentro del régimen de comunidad puede existir un patrimonio especial formado por los bienes reservados de la mujer casada.
- (d) Régimen de participación en los gananciales, establecido en la Ley 19.335. publicada en el Diario Oficial de 23 de septiembre de 1994, que rige desde el 24 de diciembre de 1994, salvo los números 8 y 9 del art. 28.

En cada uno de estos regímenes es distinto el modo de constituirse; los bienes sobre los cuales se aplica el respectivo régimen; la persona o personas a quien corresponde la administración y disposición de esos bienes; el momento en que comienza a regir; la época y causas de su terminación; el reparto de los resultados, y, lo que para este momento es más interesante, la tributación aplicable.

II. BREVE DESCRIPCION DE LOS REGIMENES Y TRIBUTACION APLICABLE

Las exposiciones que preceden se ocupan ampliamente de la materia. Sin embargo conviene señalar, en grandes líneas, las características más vinculadas a la tributación.

1. REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

Las principales características de este régimen son las siguientes:

- (a) Nace por el hecho del matrimonio, espontáneamente (arts. 135 y 1718 del Código Civil).

No necesita de ningún acuerdo o convención especial de los cónyuges. Los otros regímenes, en cambio, deben ser estipulados expresamente por los cónyuges, en la forma que la ley determina.

Ello con la salvedad establecida por el mismo Art. 135 inciso 2º para el caso de los matrimonios celebrados en el

extranjero, a quienes la ley les impone la separación de bienes, sin perjuicio que los cónyuges declaren que optan por el régimen de comunidad de bienes o por el de participación en los gananciales.

(b) Ingresan a la sociedad conyugal los bienes que señala el art. 1725, entre los cuales cabe destacar:

- Los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio;
- Los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros que provengan sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada cónyuge, y que se devengaren durante el matrimonio;
- Los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso;
- El dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, y las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, quedando la sociedad obligada a pagar la correspondiente recompensa.

(c) El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer, sujeto a las obligaciones y limitaciones que le impone la ley (Art. 1749).

(d) En la sociedad conyugal pueden existir los siguientes patrimonios compuestos por:

- d1) Bienes de la sociedad conyugal;
- d2) Bienes del marido, que son por ejemplo los que puede haber adquirido antes del matrimonio (art. 1736); los bienes raíces que adquiriera a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal (art. 1732), etc.;
- d3) Bienes de la mujer, de los mismos orígenes que en el caso anterior.

El art. 1750 del Código Civil agrega, al respecto:

“El marido es respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio...”

Don Andrés Bello, ilustre redactor de nuestro Código Civil, en una de sus notas (Título XXII) dice:

“Las ideas dominantes de este título son las siguientes:

“1ª.- En la sociedad conyugal hay tres entidades distintas: el marido, la mujer y la sociedad; trinidad indispensable para el deslinde de las obligaciones y derechos de los cónyuges entre sí: *respecto de terceros no hay más que marido y mujer*; la sociedad y el marido se identifican...”.

La ley tributaria, basada en el principio de ser el marido dueño de los bienes sociales frente a terceros, como es el Fisco, obliga a este a declarar como único contribuyente la renta que obtenga de los bienes propios, de la sociedad conyugal y de los de su mujer, que administra, y a pagar el impuesto personal correspondiente.

De esta manera bienes de muy diversa fuente confluyen a la sociedad conyugal y aparecen exclusivamente como del marido, en circunstancias que no todos son obtenidos por este.

Ello ha llevado a que habiendo varios patrimonios de distintas personas productoras de una renta, el único contribuyente—sujeto pasivo de la obligación tributaria— que paga por el valor total de ella, es el marido. La sociedad conyugal no es una persona jurídica, su personalidad está absorbida por el marido a quien la ley declara, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales. Por ello, de acuerdo a las normas de administración del impuesto a la renta, la sociedad conyugal no está obligada a solicitar su inscripción en el Registro Unico Tributario (RUT), porque opera a través del marido.

2. PATRIMONIO RESERVADO DE LA MUJER CASADA

Debemos advertir que dentro del régimen de sociedad conyugal puede presentarse la situación prevista en el art. 150 del Código Civil, de ejercer la mujer algún empleo o ejercer una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido; en tal caso se la considerará separada de bienes para el ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga.

De acuerdo a la disposición citada, para que exista patrimonio reservado es menester que concurren, respecto de la mujer casada, las siguientes circunstancias:

1) La mujer debe estar casada bajo el régimen de sociedad conyugal.

2) La mujer debe ejercer un trabajo (profesión liberal, empleo, actividad comercial o industrial, etc.) que es fuente de sus bienes reservados.

3) El trabajo debe ser remunerado.

4) El trabajo debe ser desarrollado durante el matrimonio. Los bienes que la mujer tenga al momento de contraer matrimonio, aunque sean fruto de su empleo, profesión, oficio o industria, no forman parte de su patrimonio reservado.

5) El trabajo de la mujer debe ser separado al del marido. Es decir, que marido y mujer no trabajen en colaboración o en relación de dependencia, o como socios comuneros.

A la mujer incumbe acreditar, tanto respecto del marido como de terceros, el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a este artículo, pudiendo para este efecto servirse de todos los medios legales de prueba para ello. Disuelta la sociedad conyugal, los bienes así obtenidos por la mujer ingresan a la liquidación de esta como gananciales, a menos que la mujer o sus herederos renuncien a ellos.

Los bienes que la mujer obtiene en esta forma han sido llamados "bienes reservados", y se definen como "los que la mujer obtiene con su trabajo separado del marido y los que con ellos adquiera".¹

La preocupación del legislador por dar un marco legal a la situación de la mujer casada que trabaja independientemente, para que pudiera administrar esos bienes libremente, sin la intervención del marido, como era en el sistema anterior, se viene manifestando desde la Ley 4.059 de 27 de septiembre de 1924, sobre empleados particulares, y Ley 4.053 de 29 de ese mes y año, sobre contrato de trabajo. Mayor forma tomó el asunto con la dictación del D.L. N° 328 de 12 de marzo de 1925, que consideró a la mujer separada de bienes para la "administración de aquellos que sean el fruto de su trabajo profesional o industrial". Este Decreto Ley fue perfeccionado por la Ley 5.521 de 19 de diciembre de 1934. Actualmente rige sobre la materia el texto impuesto por la Ley 18.802 de 9 de junio de 1989, modificado

¹ ALESSANDRI, ARTURO, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1935, N° 1037, pág. 619).

en cuanto a la menor edad de la mujer por Ley 19.221 de 1º de junio de 1993.

El "patrimonio reservado" está constituido por los productos del trabajo, normalmente dinero, y los bienes adquiridos con estos productos. Comprende asimismo las deudas que contraiga la mujer con motivo de la administración del mismo patrimonio.

Cabe destacar que aun existiendo sociedad conyugal, la mujer declarará siempre independientemente las rentas que obtenga de las actividades desarrolladas separadamente de su marido, en el caso contemplado en el art. 150 del Código Civil y sólo ella pagará los impuestos personales correspondientes.

Por otra parte, en los siguientes casos corresponderá a la mujer declarar y pagar el impuesto personal denominado Global Complementario.

- Cuando la mujer administra en forma extraordinaria la sociedad conyugal (art. 1758 C.C.) (ejemplo: interdicción del marido o larga ausencia de este sin comunicación de su familia si la mujer hubiere sido nombrada curadora).
- Si a la mujer se le hubiere efectuado una donación o se dejase una herencia o legado, con la condición precisa de que en las cosas donadas heredadas o legadas, no tenga la administración el marido, y dicha donación, herencia o legado hubiere sido aceptada por esta (art. 166 C.C.).
- Si en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio, o en el mismo acto de su celebración, se estipule que la mujer administre separadamente una parte de sus bienes (art. 167 C.C.).

3. REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

Este régimen, en cuanto a la extensión de los bienes que comprende, puede ser total, cuando comprende todos los bienes de los cónyuges, o parcial, cuando se limita a algunos, quedando los demás sujetos a la sociedad conyugal y regidos por las normas que referimos en el párrafo anterior.

En cuanto a su origen puede ser convencional, legal o judicial, según provenga de un acuerdo de las partes, o de la ley (art. 135, por ejemplo respecto a los matrimonios en país extranjero) o, finalmente, decretada por el juez como en el caso de insolvencia o administración fraudulenta y otros que señala el art. 155.

La separación de bienes total o parcial puede tener su origen en las capitulaciones matrimoniales (art. 1716) que pacten los esposos o por declaración de ellos en el acto del matrimonio (art. 1721). La separación que se pacte en el matrimonio en las capitulaciones, sólo puede ser total. Además, durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán sustituir el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total (art. 1723).

Por la separación, cada cónyuge administra y dispone de sus bienes propios y no tiene parte en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge.

Hay dos patrimonios en juego, absolutamente independientes.

Cada cual obtiene y declara sus rentas según le corresponde.

En efecto, el art. 53 de la Ley sobre Impuesto a la Renta declara expresamente que en el régimen de separación de bienes cada cónyuge declara su renta independientemente.

De esta forma queda demostrado que la separación de bienes permite mayor libertad de los cónyuges para pactar entre ellos por ejemplo sociedad, lo que no pueden hacer en el régimen de comunidad de bienes.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que cuando se trate de una separación total convencional, en que los cónyuges conservan jurídicamente sus bienes en comunidad al no liquidar la sociedad conyugal, o esta liquidación no es efectiva, real y verdadera, o cualquiera de ellos tuviere poder general del otro para administrar o disponer de sus bienes, estos deberán declarar conjuntamente sus rentas, por disposición del mismo art. 53, inciso segundo.

El legislador consideró necesario agregar esa disposición, por cuanto el perfeccionamiento de la separación total de bienes requiere de dos etapas; una, en que los cónyuges por escritura pública subinscrita al margen de la inscripción matrimonial en el Registro Civil, acuerdan separarse, y la otra es la de liquidación de los bienes que fueron de la sociedad disuelta.

En el pasado muchos interesados subinscribían la escritura sustituyendo su régimen de comunidad por el de separación de bienes y la anotaban oportunamente en el Registro Civil; pero no liquidaban efectivamente los bienes entre sí, manteniéndolos en comunidad. Contra esta situación se pronuncia el inciso 2º del art. 53 de la Ley de Impuesto a la Renta, disponiendo que para gozar de la separación de bienes y poder declarar separa-

damente el impuesto a la renta, es necesario haber liquidado efectivamente la sociedad conyugal.

Asimismo, el art. 53 de la Ley de la Renta obliga a declarar conjuntamente en caso que cualquiera de ellos tuviere poder del otro para administrar o disponer de sus bienes.

Al obligar la ley a los cónyuges a declarar y pagar sus rentas conjuntamente en el caso que cualquiera de ellos tuviere poder del otro para administrar o disponer de sus bienes, se quiso evitar la posibilidad de tener jurídicamente una situación de separación de bienes, pero en el hecho una administración común sobre el conglomerado de bienes de ambos cónyuges.

Sin duda que el poder citado se refiere a un "mandato general", que comprenda todo el patrimonio, no teniendo este alcance un mandato especial restringido respecto de uno o más bienes u operaciones determinadas.

4. REGIMEN DE PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES

Este régimen fue establecido por la Ley 19.335, publicada en el Diario Oficial de 23 de septiembre de 1994 y, en lo que a nuestra materia corresponde, rige a contar del 24 de diciembre de 1994.

Tiene su origen en un pacto mediante capitulaciones matrimoniales; en la substitución del régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes por el de participación en los gananciales, de acuerdo con el art. 1723 del Código Civil; o en el caso de matrimonios celebrados en el extranjero, en que pueden optar por someterse al régimen de participación en los gananciales, en vez del de separación de bienes.

En este régimen los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo. Al finalizar la vigencia del régimen de bienes, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y estos tienen derecho a participar por mitades en el excedente (art. 1º de la Ley 19.335).

Durante la vigencia del sistema, la actividad de los dos cónyuges puede producir renta; asimismo, hay dos patrimonios distintos e independientes en funciones, que también pueden obtenerla.

El art. 53, inciso 1º, de la Ley de la Renta, dice al respecto: "~~Los cónyuges que estén casados bajo el régimen de participación~~ en los gananciales... declararán sus rentas independientemente".

En este régimen, como en el de separación, se goza tributariamente de computar en forma separada las rentas de uno y otro para aplicarles el tributo; ello es una ventaja sobre el régimen de sociedad conyugal, según veremos más adelante.

III. ANALISIS DE LA INCIDENCIA TRIBUTARIA Y SU INFLUENCIA EN LA OPCION DE LOS CONYUGES

1. PRIMER PROBLEMA TRIBUTARIO DEL REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

En primer término podemos afirmar que la legislación tributaria influye en la determinación que los cónyuges deben hacer en la elección de los regímenes patrimoniales.

En efecto, desde el punto de vista de la Ley de Impuesto a la Renta, y según se dijo anteriormente, en el régimen de sociedad conyugal es el marido quien debe declarar y pagar impuestos sobre las rentas obtenidas por la sociedad, por él y por su mujer.

La situación anterior se agrava con la existencia del impuesto a la renta denominado Global Complementario, que contempla un sistema de tasas progresivas, en distintos tramos de renta que van del 5% al 45%, debiendo entonces colacionarse las rentas del marido, de la sociedad y de la mujer, formando todas ellas la base imponible para determinar el tramo y tasa correspondientes.

El Impuesto Global Complementario, al ser un impuesto con tasa progresiva, pretende gravar las rentas de cada contribuyente, según su capacidad contributiva.

Este principio no se cumple en forma íntegra respecto de los cónyuges casados bajo régimen de sociedad conyugal, quienes quedan gravados con una tasa superior, al acumularse sus rentas, respecto de aquellos que se encuentran separados totalmente de bienes.

En la generalidad de los casos las rentas de la sociedad conyugal se destinan si no íntegramente, en gran medida, al sostenimiento de la familia, quedando esta más perjudicada en el sistema de sociedad conyugal.

De esta forma y en contraste con lo que sucede en el régimen de separación de bienes y de participación en los gananciales en que cada cónyuge debe declarar y pagar impuestos sobre las rentas percibidas por cada uno de ellos, se advierte claramente

una falta de neutralidad tributaria ante la opción que tienen los cónyuges al contraer matrimonio o durante el mismo para escoger el régimen patrimonial que les regirá libremente.

Aquí se ha olvidado un principio general del derecho tributario, en cuanto a que los impuestos no debieran influir en la toma de decisiones de las personas, agentes económicos o empresas como en los actos y contratos que estos quieran ejecutar o celebrar, debiendo existir en lo posible un efecto neutro.

Ante esta situación, muchos cónyuges han optado por modificar su régimen de bienes y adoptar el de separación de bienes a fin de declarar y pagar por sus propios ingresos, evitando en muchos casos la tasa máxima del 45% o una más alta que aquella, aplicable al caso de declaraciones independientes.

De allí viene la enorme difusión del régimen de separación de bienes entre los recién casados, en contra del régimen de sociedad conyugal, que hoy está en retirada y que fue el más tradicional en nuestro medio en todas las clases sociales.

Es de lamentar que el legislador haya desprotegido tributariamente la sociedad conyugal, sin reconocer la existencia de dos interesados y dejándose llevar por la ficción civilista de ser el marido dueño de sus bienes propios y además reputado dueño de la sociedad conyugal, ficción que consideramos no se justificaría en lo tributario.

Con la opción de adoptar la separación de bienes por la causa tributaria expuesta, la legislación actual ha desconocido absolutamente el derecho que tiene la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal de percibir al término de ella un 50% de los gananciales de esa comunidad, como asimismo la participación que esta tiene en los actos de administración y disposición de los bienes sociales que son más relevantes y generalmente cuantiosos, en que su autorización es indispensable. La mujer no es una extraña a la sociedad.

Consideramos que la decisión de adoptar uno u otro régimen no es irrelevante ni poco trascendental, por cuanto estas instituciones jurídicas están íntimamente vinculadas al matrimonio, que se caracteriza por ser una amistosa unión general y constante, en que como bien anota el profesor Rafael Fernández Concha, "la ley fundamental del matrimonio es el amor de amistad, que hace uno al hombre y a la mujer desposados. Sólo ese amor que opera cierta fusión de dos personalidades en una, que establece entre ellas comunidad de ideas, de afectos y de miras e intereses

[a nuestro juicio es conveniente que incluya los intereses patrimoniales] y que lleva al uno a verse y amarse en el otro".²

El autor citado agrega que entre los derechos y obligaciones de los contrayentes se incluye "la asistencia mutua en sus necesidades espirituales y temporales, puesto que la amistad, lazo propio de los cónyuges, es amor de benevolencia, el cual hace al uno verse en el otro y mirar y querer la felicidad de él lo mismo que la propia".³

Resulta claro entonces que entre los principios de la ley natural encontramos como primordiales los que prescriben la unidad entre los cónyuges. Por eso entre los regímenes matrimoniales existentes el que más se aviene con la institución del matrimonio es el régimen de sociedad conyugal.

De ahí que los artículos 135 y 1718 del Código Civil disponen que por el solo hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges.

El problema impositivo anteriormente expuesto no se resuelve por la vía del art. 150 del Código Civil.

En efecto, según esa norma incumbe a la mujer acreditar tanto respecto del marido como de terceros, el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a ese artículo, existiendo de esta manera un problema de prueba que ha llevado a muchos celebrantes a evitarlos y contraer derechamente separación total de bienes.

Aun cuando la prueba de la mujer fuere aceptada, la norma del art. 150 del Código Civil no resuelve íntegramente este asunto, por cuanto y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1725 de ese mismo cuerpo de normas, los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros que provengan de los bienes sociales, ingresan al haber de la sociedad conyugal, debiendo tributar por ellos solamente el marido.

Asimismo, el problema planteado no tiene solución a la luz del art. 150 en el evento de que marido y mujer trabajen unidos. Así por ejemplo, si dos cónyuges abogados forman y explotan un estudio jurídico en conjunto, el marido deberá tributar sobre las rentas obtenidas por ambos.

² FERNÁNDEZ CONCHA, RAFAEL, *Filosofía del Derecho*, Tipografía Católica, Barcelona, 1888, t. II, pp. 142-143.

³ FERNÁNDEZ CONCHA, R., ob. cit., t. II, p. 146

2. SEGUNDO PROBLEMA TRIBUTARIO DEL REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

Como es sabido, la legislación tributaria vigente contiene una serie de disposiciones que tienden a fomentar el ahorro y la inversión a nivel de las personas, premiando a aquellos que no retiran utilidades de las empresas individuales, sociedad de personas, sociedad en comandita por acciones, ni perciben dividendos de sociedades anónimas.

Es más, la ley contempla un sistema de reinversión mediante el cual los contribuyentes de impuestos personales pueden retirar utilidades de las empresas individuales, sociedades de personas, y los gestores de las sociedades en comanditas por acciones, en cuanto ellos dentro del plazo que señala la ley reinvierten esas utilidades en otras empresas que tributen sobre renta efectiva, determinada de acuerdo a contabilidad completa.

Ello ha llevado a muchísimos actores a celebrar contratos de sociedades de manera de operar a través de personas jurídicas cuyas rentas quedan afectas al impuesto de primera categoría con tasa de 15%, dejando las utilidades en las empresas a fin de no quedar afecto a los impuestos personales. Entre las personas que han usado este camino se encuentran, en numerosísimos casos, los cónyuges quienes para constituir una compañía deben encontrarse separados totalmente de bienes con el objeto de cumplir con la exigencia del art. 2053 del Código Civil, que requiere al menos dos personas para la celebración del contrato de sociedad, que se obliguen a efectuar los aportes correspondientes.

De acuerdo con ello, y según el criterio predominante, los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal no pueden entre ellos formar una sociedad de personas civil o comercial, quedando inhibidos de utilizar los instrumentos que la ley tributaria ha dispuesto para el logro de los objetivos de ahorro y de inversión señalados, lo que ha arrastrado también a muchos cónyuges que estaban casados bajo el régimen de sociedad conyugal a sustituirlo por el de separación de bienes, a fin de constituir una sociedad o compañía entre ellos para aprovechar las ventajas que ofrece esta situación.

3. PROBLEMA TRIBUTARIO COMUN A TODOS LOS REGIMENES

~~Cabe destacar que el Impuesto Global Complementario, no obstante calificarse como un impuesto personal que atiende a la~~

situación y características de cada contribuyente, en la actualidad ha perdido esa condición por cuanto no considera en manera alguna las situaciones personales del contribuyente, como podrían ser sus cargas de familia, sus gastos de salud, gastos de educación, etc., todos desembolsos que pudieran considerarse gastos tributarios para los cónyuges, sea que estos se encuentren casados bajo el régimen de sociedad conyugal, de separación total de bienes o de participación en los gananciales.

4. SITUACION TRIBUTARIA EN MATERIA SUCESORIA ENTRE CONYUGES

Cabe dejar constancia, en carácter de advertencia, y no de crítica, que la situación tributaria entre cónyuges en materia sucesoria es la siguiente:

- Sociedad Conyugal:

En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, al sobreviviente le corresponderá percibir su 50% de gananciales que constituye un ingreso no constitutivo de renta (Art. 17 N° 8 letra G del D.L. 824).

- Participación en los Gananciales:

Recibe el mismo tratamiento anterior (art. 17 N° 30 del D.L. 824).

- Separación de Bienes:

En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, al sobreviviente le corresponderá percibir la porción conyugal y las asignaciones testamentarias que se hagan en su caso, todo lo cual quedará afecto al impuesto de herencia.

Este sistema afecta a la cónyuge que no tiene patrimonio propio, por cuanto se dedicó a su familia y a las labores de casa no remuneradas y que al final del matrimonio tendrá que tributar por las asignaciones que percibe.

IV. REFLEXIONES Y SOLUCIONES. ALGUNAS CONCLUSIONES

1. Es necesario promover el establecimiento de un régimen tributario más equilibrado y equitativo para ofrecer a los cónyuges, que los incentive a optar por el régimen que fortalezca en mayor medida el matrimonio y la familia.

2. Es difícil concebir que las diversas formas de sociedades humanas, que se constituyen meramente para fines de lucro, disfruten de ventajas de las cuales no participa el régimen patrimonial de comunidad de bienes, en el matrimonio, que es, para el legislador, el que se impone por sí solo y, por lo tanto, el que encuentra más natural de adoptar.

3. Como solución al problema consideramos que podría introducirse una modificación al art. 53 de la Ley de Impuesto a la Renta, en la cual se permita tributar a ambos cónyuges casados bajo régimen de sociedad conyugal de acuerdo a su participación en dicha comunidad, esto es estableciendo una base imponible del 50% de las rentas percibidas por la comunidad para cada uno de ellos.

La ley tributaria, art. 28 del Código del ramo, tratando de las asociaciones o cuentas en participación, en que un gestor "es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación", situación que es similar a la descrita por don Andrés Bello respecto del marido bajo régimen de separación de bienes, permite que las rentas que correspondan a los partícipes se consideren separadamente para el cálculo del Impuesto Global Complementario o Adicional de estos, si prueban la efectividad, condiciones y monto de la respectiva participación. En el caso de los cónyuges está sobradamente probada su participación.

Es verdaderamente lamentable que el legislador no midiera con la misma vara a los esposos que a los partícipes de una asociación o cuenta en participación.

Si lo hubiera hecho, se habrían dejado de producir muchas de las separaciones de bienes motivadas por razones tributarias, pues los cónyuges no habrían tenido motivo para optar por ellas.

4. Otra solución, que pudiere resultar más compleja desde el punto de vista práctico, consistiría en considerar a la sociedad conyugal como un contribuyente distinto al marido y la mujer, igualándolo a otros contribuyentes como son la sociedad de personas o los empresarios individuales, en que sus rentas tributan en primera categoría con tasa del 15% sobre base devengada o percibida y sus socios o dueños tributan de acuerdo a los retiros que ellos efectúen.

~~Las dificultades probatorias para la implementación de este sistema en cuanto a determinar lo que es retiro y lo que es~~

ahorro e inversión pudieran solucionarse mediante la implementación de mecanismos simples de contabilidad o registro, como los utilizados en la Ley 19.335 en su art. 11, al tratar sobre el régimen de participación de los gananciales que introdujo un concepto de tipo contable, como es la confección de un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio originario de los cónyuges o esposos al momento de pactar ese régimen y a falta de ese inventario dicho patrimonio originario puede probarse mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas o títulos de crédito.

Por último, en vísperas de la tan anunciada reforma tributaria, esperamos que estas inquietudes e ideas antes expuestas, sean el inicio de una revisión y modificación de un sistema tributario inadecuado en el ámbito matrimonial.

REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO CONTRAIDO EN EL EXTRANJERO*

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY
HERNAN CORRAL TALCIANI
Profesores de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. EL REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CHILENO

1. EL REGIMEN MATRIMONIAL EN LA REGULACION JURIDICA DEL MATRIMONIO

La comunidad de vida que implica el matrimonio entraña una comunidad de intereses de naturaleza multifacética. Todo matrimonio válidamente celebrado produce efectos no sólo respecto de la persona de los cónyuges sino también respecto de sus bienes. Estos últimos –los llamados “efectos patrimoniales del matrimonio”– son especialmente relevantes para el funcionamiento adecuado de la institución matrimonial, pues la unidad de vida que ella presupone y exige se refleja también en las adquisiciones, inversiones y deudas contraídas que permiten la subsistencia y el desarrollo del grupo familiar. Un adecuado estatuto patrimonial de la relación conyugal favorece en una mayor o menor medida, que el matrimonio pueda cumplir sus finalidades propias.

* El texto ha sido elaborado tomando en consideración un Informe en Derecho emitido por el Profesor Pedro Zelaya Etchegaray.

Es indispensable que el ordenamiento jurídico regule no sólo las relaciones personales y de índole extrapatrimonial que nacen con ocasión del matrimonio, sino también las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y resuelva múltiples cuestiones que ellas suscitan. "El matrimonio —escribe Alessandri— no sólo produce efectos en cuanto a las personas de los cónyuges, los produce también en sus bienes como consecuencia de la comunidad de vida a que da origen. Toda comunidad de vida, cualquiera que sea, genera, tarde o temprano, una comunidad de intereses y numerosas cuestiones relativas a ellos, que el legislador ha debido prever y reglamentar"².

Los efectos patrimoniales del matrimonio se regulan por un estatuto jurídico que constituye el llamado "régimen patrimonial del matrimonio" o simplemente "régimen matrimonial", tradicionalmente definido como "el estatuto que regla los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y en sus relaciones con terceros"³.

2. REGIMENES MATRIMONIALES EN EL DERECHO COMPARADO

La doctrina chilena clásica ha querido distinguir los regímenes matrimoniales en atención a sus efectos, de modo de identificar los siguientes esquemas prototípicos: régimen de comunidad, de separación de bienes, de participación en los gananciales, sin comunidad y dotal⁴.

Algunos estudios más recientes plantean una clasificación que —a nuestro juicio— se ajusta más a la realidad actual de las legislaciones comparadas. Así, la profesora Schmidt Hott, a quien seguimos en este apartado, sugiere clasificar los sistemas económicos en tres grandes categorías: a) sistemas de comunidad de bienes; b) sistemas de separación de bienes, y c) sistemas de participación. Cada uno de estos, a su vez, es susceptible de otras subclasificaciones⁵.

² ALESSANDRI, ARTURO, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1935, N° 1, p. 19.

³ ALESSANDRI, A., *ibíd.*

⁴ ALESSANDRI, A., *ob. cit.*, N° 2, p. 19. Así también SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho de Familia*, Editorial Nascimento, Santiago, 1963, N° 162, p. 179.

⁵ SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, "Panorama general de los sistemas económicos del matrimonio", en *Temas de Derecho*, U. Gabriela Mistral, Santiago, 1986, pp. 40 y ss. Ver también MERINO SCHEIHING, FRANCISCO, "Regímenes matrimoniales en el Derecho comparado", en *Revista de Derecho*, Universidad Central, Año III, Santiago 1989, pp.

2.1. Sistemas de comunidad

Los sistemas de comunidad se caracterizan porque todo o parte de los bienes que tenían los cónyuges antes del matrimonio —y que fueron aportados al mismo—, como también los adquiridos por ellos durante la vigencia del matrimonio, forman un solo patrimonio, y pertenecen a una comunidad formada por el marido y la mujer, la que se disuelve cuando termina el matrimonio. En su forma tradicional, se concentran los poderes de administración en el marido; la mujer suele ser considerada incapaz de ejercicio o, al menos, pierde la facultad de administrar tanto los bienes comunes como sus bienes propios.

En formulaciones más modernas, el sistema de comunidad trata de acoger el principio de igualdad de los sexos y la capacidad negocial de la mujer casada. El fondo común pasa a ser administrado con gestión repartida (o en “manos separadas”) o con gestión conjunta (o en “manos unidas”). Por el último partido se inclinan las legislaciones actuales de los países europeos.

En cuanto a los bienes que se comprenden, el sistema de comunidad puede subclasificarse en *Comunidad universal* y *Comunidad restringida*. La Comunidad universal o plena está integrada por todos los bienes, muebles o raíces, aportados al matrimonio (bienes que tenía el cónyuge antes del matrimonio) o adquiridos por este durante su vigencia, a título gratuito u oneroso. Una vez disuelta la comunidad, esta se divide por mitades, con prescindencia de la cuantía de los aportes y de las adquisiciones de cada cónyuge.

La *Comunidad restringida* o limitada no abarca la totalidad del patrimonio de los respectivos cónyuges sino que se forma sólo con ciertos y determinados bienes que pasan a constituir los denominados “bienes sociales”, quedando fuera los “bienes propios” de cada cónyuge. De esta forma, existe simultáneamente un patrimonio común y un patrimonio propio o personal de los cónyuges. A la disolución del régimen, cada uno de ellos retira sus bienes propios (patrimonio personal) y, previo pago de las deudas sociales, los bienes comunes se dividen por mitades.

5-6, quien clasifica los regímenes matrimoniales, en cuanto a sus efectos, de la siguiente manera: a) de absorción o de unidad; b) de comunidad; c) de separación, y d) de separación con comunidad de gananciales o de comunidad diferida.

Los regímenes de comunidad restringida se clasifican, a su vez, en *Comunidad de muebles*, *Comunidad de muebles y ganancias*, *Comunidad de ganancias* y *Comunidad de bienes futuros*. En la *Comunidad de muebles* sólo son comunes los bienes muebles adquiridos a cualquier título durante el matrimonio, y quedan fuera de la comunidad (y, por ende, se radican en el patrimonio personal de cada cónyuge), los bienes muebles adquiridos antes del matrimonio y todos los bienes raíces. El régimen de *Comunidad de muebles y ganancias* supone un patrimonio común al que ingresan todos los bienes muebles aportados al matrimonio y adquiridos durante él a cualquier título, y los bienes tanto muebles como inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio. También ingresan al patrimonio común todos los frutos producidos por estos bienes y por los bienes propios de los cónyuges. En la *Comunidad de ganancias* entran al patrimonio común o haber social los bienes que son producto del trabajo de ambos cónyuges, todos los bienes muebles o inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio y los frutos de estos bienes comunes y de los bienes propios de cada cónyuge. Se excluyen de la comunidad los bienes aportados y los adquiridos durante el matrimonio a título gratuito.

Finalmente, la *Comunidad de bienes futuros* consiste en la formación de una comunidad con todos los bienes adquiridos por los cónyuges, a cualquier título, durante la vigencia del régimen. Se excluyen de la comunidad los bienes que posea cada cónyuge al momento de contraer matrimonio.

2.2. Sistemas de separación

En el extremo opuesto a los sistemas de comunidad aparecen los *Sistemas de separación de bienes*, ya que en estos se excluye por completo la existencia de un patrimonio común entre los cónyuges y cada cual conserva el dominio sobre los bienes que aporta o adquiere durante el matrimonio, así como su goce y administración.

Sin embargo, existen variantes que permiten subclasificar este sistema en *Régimen de unidad*; *Régimen de comunidad de goce y administración* o *sin comunidad*; *Régimen dotal* y *Régimen de separación total*.

El *Régimen de unidad* consiste en la absorción absoluta de todos los bienes de la mujer en el patrimonio del marido, que-

dando este como único dueño de todos los bienes de la mujer. Existió en Roma, pero hoy no está vigente en ningún ordenamiento jurídico contemporáneo. Hasta el año 1882 fue el único sistema legal vigente en Inglaterra.

En el *Régimen sin comunidad o con comunidad de goce y administración* no hay patrimonio común pero se concede al marido el goce y la administración de los llamados "bienes de aporte" de la mujer. Esta es plenamente capaz sólo respecto de los llamados "bienes reservados", que constituyen aquellos adquiridos con su trabajo. Es el régimen que ha existido en Alemania (bajo el nombre de comunidad de administración) y Suiza (unión de bienes).

El *Régimen dotal* consiste en la existencia de un conjunto de bienes que la mujer entrega al marido para subvenir a las necesidades del matrimonio. Se crea un peculio especial (la dote) que la mujer aporta al matrimonio para que el marido aplique sus frutos a solventar las cargas de familia. Como la mujer puede, además de los bienes dotales, aportar otra clase de bienes (llamados "parafernales"), estos serán administrados y usufructuados libremente por ella. A la disolución del régimen, el marido debe restituir la dote, garantizando la devolución con una hipoteca sobre sus bienes propios. Este fue el sistema clásico del Derecho romano, pero hoy casi no existe en el mundo occidental, si bien es admitido como régimen convencional en algunos países (v. gr., Austria).

En los *Regímenes de separación total* cada cónyuge conserva la propiedad, el goce y la administración de sus bienes, sin distinguir si se trata de bienes aportados o adquiridos durante el matrimonio. A la época de la disolución no se forma comunidad alguna entre los patrimonios que permanecen separados. En caso de muerte de alguno de los cónyuges, el sobreviviente sólo tiene derechos sucesorios sobre el patrimonio del fallecido. En algunas legislaciones se ha tratado de moderar el rigor que esta separación puede ocasionar al finalizar el matrimonio, mediante el establecimiento de una prestación compensatoria que intenta restituir una situación de desequilibrio patrimonial que es calificado como enriquecimiento injusto (así la legislación de Québec).

2.3. Sistemas mixtos

Los *Sistemas de participación en los gananciales* se presentan como un *tertius* intermedio entre los sistemas de comunidad y

los de separación, aunque en realidad son una derivación y morigeración de los drásticos efectos del esquema de la separación de bienes. Cada cónyuge conserva el dominio, goce y administración de los bienes aportados al matrimonio o adquiridos durante él a cualquier título, pero, una vez disuelto el régimen matrimonial, se da lugar a una participación igualitaria en las ganancias verificadas por cualquiera de los cónyuges durante la vigencia del régimen.

Los sistemas de participación pueden subclasificarse según dos puntos de vista. Respecto de su extensión existe la *Participación universal* (se computan todos los bienes de los cónyuges, aportados o adquiridos a cualquier título durante el régimen), y la *Participación restringida*. Los regímenes de participación restringida o limitada, al igual que en el sistema de comunidad, pueden ser "de muebles y ganancias": se incluyen todos los bienes muebles y además los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio; o sólo "de ganancias": se valoran sólo los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen. Respecto a la modalidad en que se verifica la participación, existen regímenes de *Participación con comunidad diferida*: si al disolverse se forma entre los cónyuges, o sus herederos, una comunidad que debe ser objeto de partición; y regímenes de *Participación en modalidad crediticia*: cuando al disolverse el régimen, los patrimonios de los cónyuges se mantienen separados pero el cónyuge que tiene menos ganancias tiene derecho a que el otro le pague como crédito un valor que restablezca el equilibrio económico entre ambos.

2.4. Algunas tendencias actuales

Las tendencias actuales del Derecho de Familia están marcadas por la idea de excluir las reglas de subordinación patrimonial y fortalecer las relaciones simétricas entre los cónyuges, a la vez que flexibilizar los imperativos legales y ampliar la libertad individual, tanto para diseñar el régimen económico del matrimonio como para variar su fijación.

El predominio de la protección de los intereses individuales de los contrayentes ha tenido, sin embargo, su contrapartida en la creación de un conjunto, relativamente inorgánico, de reglas imperativas y de orden público que, con carácter mínimo pero obligatorio, se imponen cualquiera sea la opción particular de

la pareja en relación con el régimen patrimonial. Dicen relación básicamente con la necesidad de satisfacer las cargas de familia y de ofrecer protección a la residencia familiar. La doctrina ha denominado este conjunto de reglas como "régimen patrimonial primario"⁶.

Por otro lado, las nuevas formulaciones propician que las clasificaciones sean revisadas. Así, se ha propuesto desechar la categoría de "régimenes mixtos", los que no se caracterizan sino de modo negativo por no encuadrar en los de comunidad o separación⁷. Se sugiere distinguir, a los efectos de lograr una clasificación más coherente, entre la finalidad perseguida por el estatuto económico matrimonial, y las técnicas jurídicas utilizadas para alcanzarla. De este modo, los regímenes serían de dos clases únicamente: los que tienen por fin mantener la independencia de los patrimonios, y aquellos que tienen por objeto efectuar una partición de bienes o derechos entre los cónyuges. A su vez, cada sistema —el de la separación y el de la partición— se subdividiría, según los recursos técnicos utilizados, en regímenes con reglas de subordinación y regímenes con reglas de coordinación entre los cónyuges. De esta forma, el régimen de separación total y el régimen dotal serían tipos de regímenes de patrimonios independientes, pero mientras el primero utiliza reglas de coordinación, el segundo ocupa reglas de subordinación. Entre los regímenes de partición están los de comunidad de bienes y los de participación en los gananciales; los de comunidad pueden modularse según las reglas de la subordinación (si el marido detenta funciones de administrador ordinario y excluyente) o de coordinación (si los poderes de administración se conceden a ambos cónyuges por igual)⁸.

⁶ Según SIMO SANTONJA, VICENTE, *Regímenes matrimoniales. Legislación comparada*, Aranzadi, Pamplona, 1991, p. 16, el régimen matrimonial primario está compuesto por las "reglas de carácter imperativo aplicables a todos los regímenes, sean legales o convencionales, y que tienen por objeto asegurar un mínimo de interdependencia y a satisfacer las necesidades del hogar y la independencia especial de la mujer casada".

⁷ Se hace ver que la labor de clasificación resulta compleja, ya que las fuentes de inspiración de los regímenes legales modernos son muy diferentes, y "... si las ideas separatistas han penetrado parcialmente en los regímenes comunitarios, no cabe duda que también las inspiraciones comunitarias han penetrado en los regímenes separatistas" (SIMO SANTONJA, V., ob. cit., p. 20).

⁸ Tomamos esta sugerente clasificación de la obra de CAPARROS, ERNEST, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3ª edic., Université d'Ottawa, Wilson & Lafleur, Ottawa-Montreal, 1991, pp. 7 y ss.

3. EL SISTEMA ECONOMICO MATRIMONIAL EN LA LEGISLACION CHILENA VIGENTE

El sistema patrimonial del matrimonio de la actual legislación chilena contempla un régimen legal supletorio y dos regímenes opcionales convencionales, pero regulados también por la ley en sus características fundamentales. El régimen legal supletorio sigue siendo el de "sociedad conyugal" establecido originalmente como régimen único por nuestro Código Civil. Con las reformas posteriores se permite a los esposos, contrayentes o cónyuges, pactar —en vez de la sociedad conyugal— el régimen de separación total de bienes y el régimen de participación en los gananciales.

La doctrina chilena, de forma prácticamente unánime, ha concluido que el régimen de sociedad conyugal establecido por nuestro Código Civil, incluso después de la creación del patrimonio reservado de la mujer casada, es un sistema económico matrimonial que debe incluirse entre los llamados regímenes de comunidad restringida de ganancias⁹. El régimen de participación en los gananciales, recientemente incorporado por la Ley N° 19.335, de 1994, es tipificado como un régimen de participación restringida de ganancias, en su modalidad crediticia o con compensación de beneficios¹⁰.

Nuestro sistema admite una libertad limitada para fijar las reglas del régimen económico matrimonial, que se reduce a la opción entre estos tres regímenes, dos de los cuales (separación y participación) requieren pacto expreso. Aunque se ha atemperado el rigor del principio de la inmutabilidad del régimen matrimonial, este no ha desaparecido y se mantiene como regla general. Dejando a un lado los casos de variación como resultado de una contienda judicial (separación judicial de bienes o divorcio perpetuo), el régimen inicial puede ser sustituido, por una vez,

⁹ Por todos, ALESSANDRI, A., ob. cit., N° 17, p. 31. Puede verse también el estudio más particular de MERINO SCHEIHING, FRANCISCO, "Análisis crítico del régimen patrimonial del matrimonio en nuestro Código Civil", en *Temas de Derecho*, U. Gabriela Mistral, Santiago, 1987, p. 60.

¹⁰ Cfr. TOMASELLO HART, LESLIE, *El régimen de participación en los gananciales*, Conosur, Santiago, 1994, pp. 100 y ss.; SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, *Nuevo régimen matrimonial*, Conosur, Santiago, 1995, pp. 9 y ss.; CORRAL TALCIANI, HERNAN, *Bienes Familiares y Participación en los gananciales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 98; FRIGERIO CASTALDI, CESAR, *Regímenes matrimoniales*, Conosur, Santiago, 1995, pp. 111 y ss.

mediante el pacto de separación total de bienes o de participación en los gananciales previsto en el art. 1723 CC. No se admite, en cambio, que la sociedad conyugal sea pactada durante el matrimonio para suceder a un previo régimen, sea de separación o de participación.

La Ley Nº 19.335, de 1994, al consagrar en el Código Civil (§ 2 del Título IV del Libro I) un estatuto especial relativo al inmueble que sirve de residencia principal de la familia y a los muebles que guarnecen el hogar, cualquiera que sea el régimen de bienes aplicable al matrimonio, ha contribuido a que las reflexiones doctrinales del Derecho comparado sobre la existencia y configuración de un "régimen matrimonial primario" puedan tener cabida también en nuestra legislación.

II. EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO EN EL EXTRANJERO. CRITERIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. PROBLEMAS A RESOLVER

La aplicación del estatuto matrimonial referido a los bienes en una legislación diferente a aquella bajo la cual se ha contraído el vínculo, suscita variados problemas que son abordados por el Derecho internacional privado, y para los cuales aún no existen soluciones unívocas.

Las principales cuestiones que se plantean son las referidas al régimen primario, al tratamiento unitario o diversificado de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, y al factor de conexión que debe considerarse para determinar la ley aplicable. También suscita interrogantes la recepción de las capitulaciones o pactos entre cónyuges sobre los efectos económicos, así como la mutabilidad del régimen determinado.

Haremos una breve síntesis de la forma en que se enfrentan estos problemas en el Derecho comparado actual, sirviéndonos para ello del estudio de Mariano Aguilar¹¹.

¹¹ AGUILAR BENITEZ DE LUGO, MARIANO, "Los efectos del matrimonio", en AGUILAR, MARIANO y otros, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 146 y ss.

2. LA CUESTION DEL REGIMEN PRIMARIO

La determinación de la ley aplicable cuando se trata de las normas del "régimen primario" que forman lo que algunos han llamado el "catecismo de los esposos" y que tiene un carácter mixto o híbrido entre lo personal y lo patrimonial, no cuenta aún con una elaboración doctrinal afinada.

Algunos piensan que debe aplicarse la *lex fori*, ya que se trataría de normas de policía o de aplicación inmediata. Según otro criterio, el régimen primario debe seguir la suerte de los efectos del matrimonio que más se le asemejan: así, para algunos, debe aplicarse la ley reguladora de los efectos personales, mientras que, para otros, corresponde acudir a la ley que regula el régimen económico.

Finalmente, hay quienes señalan que no puede aplicarse un criterio uniforme, ya que en la categoría del régimen primario conviven normas de diversa naturaleza y finalidad, por lo que no caben tampoco soluciones únicas.

3. REGULACION UNITARIA DE LOS EFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES

La postura más clásica y tradicional ha sido que los efectos personales del matrimonio (constituidos básicamente por los derechos y deberes de los cónyuges) deben tener un tratamiento diferenciado de los efectos patrimoniales. Modernamente se ha puesto en entredicho esa solución y se aboga por una regulación unitaria de ambas dimensiones del matrimonio. Se aduce que esta regulación común se ajusta mejor al principio de igualdad entre los cónyuges y a una concepción más "democrática" del matrimonio y de la familia. La reforma del Código Civil español en virtud de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, asume justamente este principio al regular en forma genérica los "efectos del matrimonio" (art. 9, párrafos 2 y 3 CC).

Las razones para modificar la perspectiva no son del todo convincentes, ya que es manifiesta la diferencia entre efectos personales y patrimoniales. La última ley de reforma al sistema italiano de derecho internacional privado (Nº 218, de 31 de mayo de 1995) regula en párrafos diversos las relaciones personales entre los cónyuges y las relaciones patrimoniales, si bien para estos se remite en primer lugar a la ley aplicable a los efectos personales (art. 30).

4. FACTORES DE CONEXION PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONOMICO

Un primer factor que goza de preferencia por varias legislaciones para determinar la ley aplicable al régimen económico del matrimonio, es el de la nacionalidad cuando esta es común entre los contrayentes. Así sucede en la legislación alemana (Ley de Introducción al B.G.B., modificada por Ley de 1986, arts. 14 y 15) y portuguesa (arts. 52 y 53 CC). La reforma de 1990 del Código Civil español también adopta este criterio, al establecer que "los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo..." (art. 9.2 CC). Lo propio puede decirse de la ley de reforma italiana (arts. 29 y 30). Ha perdido aplicación, por considerársele contraria al principio de igualdad de los sexos, el factor de conexión que consistía en la ley nacional del marido¹².

Un segundo factor, que aparece con bastante frecuencia en las legislaciones modernas, es el de la voluntad de los contrayentes, a quienes se les faculta para optar, procediendo de común acuerdo, por la ley que regirá sus relaciones dentro de un marco más o menos delimitado. De esta forma, la ley suiza (Ley federal de 1987, art. 50) y la alemana (Ley de 1986, arts. 14 y 15). Igualmente, la ley española señala que, a falta de ley nacional común, los efectos entre los cónyuges se regirán "por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio" (art. 9.2 CC). La ley italiana por su parte dispone que "los cónyuges pueden convenir por escrito que sus relaciones patrimoniales sean reguladas por la ley del Estado del cual al menos uno de ellos es ciudadano o en el cual al menos uno de ellos reside" (art. 30.1).

Otro criterio utilizado es el del domicilio o residencia habitual común. En defensa de este factor se invoca lo natural de que las relaciones entre los cónyuges y con terceros se rijan por la ley bajo la cual vive el matrimonio y donde se encuentran localizados sus

¹² La inconstitucionalidad de las normas internas que establecían este factor de conexión ha sido declarada por el Tribunal Constitucional federal alemán (sentencias de 4 de mayo de 1971, 22 de febrero de 1983, 8 de enero de 1985 y 3 de diciembre de 1985) y por la Corte Constitucional italiana (sentencias de 5 de marzo de 1987 y 26 de febrero de 1987).

intereses. En contra se alega lo difícil de fijar el domicilio en ciertos casos y sus cambios, todo lo cual conspira contra la certeza de la determinación. Por esta razón las leyes suelen aplicar este criterio, pero lo restringen para considerar únicamente el primer domicilio o residencia habitual. Así el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 dispone que "si los esposos no han designado, antes del matrimonio, la ley aplicable a su régimen matrimonial, este se someterá a la ley interna del estado en cuyo territorio establezcan su primera residencia habitual después del matrimonio" (art. 4). Según la actual ley española, a falta de ley personal común o pacto entre los cónyuges, los efectos del matrimonio se rigen "por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración" (art. 9.2 CC). La ley italiana dispone, por su parte, que a falta de ley nacional común, los efectos personales y patrimoniales se regulan por la ley del Estado en el cual "la vida matrimonial está localizada prevalentemente" (arts. 29 y 30).

Es también un criterio para fijar el régimen económico matrimonial el lugar de celebración del matrimonio. Era el factor utilizado por la antigua legislación española (Partidas IV, Tít. XI, Ley 24). Ha sido también defendido por legislaciones americanas como la mexicana y la colombiana. La ley española actual lo utiliza como criterio residual (a falta de ley personal común, pacto o residencia habitual) (art. 9.2 CC).

Por último, se ha considerado también aplicable la ley del foro (*lex fori*), aunque más bien como criterio subsidiario, a falta de conexión personal común (nacionalidad, domicilio o residencia habitual comunes). Como factores menos recurridos se consideran la ley más estrechamente vinculada con el supuesto (así en Estados Unidos el *Restatement Second*, s. 257), y el lugar de situación de los inmuebles (Ley yugoslava de 1982, art. 14).

5. LA MUTABILIDAD DEL REGIMEN O EL LLAMADO "CONFLICTO MOVIL"

La modificación de la ley aplicable a los cónyuges por variaciones de su nacionalidad, domicilio o residencia, ha sido admitida más fácilmente en el ámbito de las relaciones personales que respecto de los efectos patrimoniales. Se observa que la aceptación de la mutabilidad del régimen patrimonial por variación del factor de conexión puede no sólo afectar los intereses de los cónyuges, sino también de terceros, posibilitando la realización

de actos fraudulentos. El Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), por ejemplo, dispone que es de orden público internacional el precepto que veda que "se altere el régimen de bienes por cambios de nacionalidad o de domicilio posteriores al mismo [matrimonio]" (art. 188). La anterior ley italiana señalaba igualmente que el cambio de nacionalidad de los cónyuges no influye sobre sus relaciones patrimoniales, salvo las convenciones entre los cónyuges sobre la base de la nueva ley nacional común (*Disposizioni sulla legge in generale*, art. 19.2).

Ultimamente, se abre paso una tendencia a admitir la mutación del régimen, pero con limitaciones. El Convenio de La Haya, de 14 de marzo de 1978, señala que los cónyuges pueden someter su régimen a una nueva ley, por su expresa voluntad, pero su elección se limita a la de la nacionalidad o de la residencia habitual de unos de los cónyuges en el momento de la designación (art. 6). Acepta también la mutación de oficio, por desplazamiento de la residencia, cuando la nueva residencia se ha fijado en el Estado de la nacionalidad común de los cónyuges o si la nueva residencia ha durado más de diez años (art. 7). En ambos casos, la mutabilidad no tiene efectos retroactivos y los terceros no se ven afectados en sus derechos adquiridos conforme a la ley anterior.

6. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Problemas suscita la determinación de la ley aplicable al régimen económico pactado, mediante capitulaciones matrimoniales. Se ha discutido cuál debe ser la ley aplicable para regular la capacidad de los contrayentes, el contenido sustancial de las capitulaciones, sus formalidades, su publicidad registral y sus mutaciones. En cuanto a la capacidad, se enfrentan dos criterios: el de la ley personal de los contrayentes y el de la *lex causae* (la que regula el matrimonio). En lo referido al contenido se consideran la ley reguladora de los efectos del matrimonio, la ley de la nacionalidad y de la residencia habitual de cualquiera de los contrayentes. En cuanto a la forma, se aplica la *lex loci*, pero sólo como criterio facultativo. En lo que concierne a la publicidad, vía registral, se debate entre considerar la ley aplicable al contenido de las capitulaciones, la ley del foro, o la ley en que están situados los bienes implicados (*lex rei sitae*).

Sobre la mutación de las capitulaciones, desde una postura negativa, la legislación actual tiende a evolucionar hacia una

más abierta y flexible. El art. 9.3 del Código Civil español, en su actual redacción, permite la mutación, aunque limitando las leyes de referencia. Se propicia sí una conveniente protección de los derechos adquiridos por terceros de buena fe (así por ejemplo la Ley alemana de 1986, art. 16.2).

7. EL CODIGO BUSTAMANTE Y LA LEGISLACION NACIONAL

El Código de Derecho Internacional Privado de 1928, llamado Código Bustamante, contiene una regulación para determinar la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio. En general, parte del principio de la ley personal común y, a falta de esta, aplica la ley del primer domicilio del matrimonio (art. 187). Establece ciertos criterios de orden público, como por ejemplo la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, el mantenimiento de las leyes y las buenas costumbres, y la irrenunciabilidad de los gananciales durante el matrimonio (arts. 188, 189, 192 y 193). En ciertos casos permite la alegación de la ley personal de la mujer, como sucede respecto de la dote y los bienes parafernales (art. 191).

No obstante, en nuestro país estas disposiciones no encuentran posibilidad de aplicación en virtud de la amplia reserva con la que Chile suscribió y ratificó la Convención, salvando "los puntos referentes a su política tradicional o a su legislación nacional". Como en la legislación nacional es posible encontrar un precepto legal que regula esta materia, el art. 135 inciso 2º CC, esta norma prevalecerá absolutamente sobre las disposiciones del Código Bustamante¹³.

III. EL ARTICULO 135 DEL CODIGO CIVIL CHILENO Y EL REGIMEN DEL MATRIMONIO EXTRANJERO

1. EL PRECEPTO EN SU TEXTO ORIGINAL Y SUS ANTECEDENTES

Desde su entrada en vigencia en 1857, el Código Civil chileno cuenta con una norma que pretende resolver los problemas que suscita la determinación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio que no ha sido contraído en el territorio

¹³ En este sentido, LUCO HERRERA, NICOLAS, *Comentario del inciso 2º del artículo 135 del Código Civil en relación con algunos principios de Derecho Internacional Privado*, Memoria de prueba, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 1940, p. 75

nacional. Se trata de la disposición del artículo 135, inciso segundo. El tenor original y completo de dicha norma era el siguiente:

“Artículo 135.- 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.

Los que se bayan 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”.

Poco o nada sabemos sobre la fuente histórica del inciso segundo, que es el que nos interesa. No aparece en el art. 152 del Proyecto de 1853, en el que ya venía el inc. 1º en su redacción actual, pero con un inciso segundo que disponía algo diferente (“Las reglas de esta administración son las mismas, aunque la mujer renuncie los gananciales”). En el Proyecto Inédito (art. 152), aparece el nuevo inciso segundo y el precepto toma la redacción con el que sería promulgado y publicado.

El texto de la ley suscita la duda de si con él Bello quiso recoger o alterar los precedentes del Derecho castellano y francés. En estos, se hacía depender el régimen patrimonial del lugar donde se había contraído el matrimonio. Las Partidas lo señalaban expresamente: “ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes, e en las arras, e en las ganancias que fizieron; e non la de aquel lugar do se cambiaron” (P. 4.11.24)¹⁴. En el antiguo Derecho francés fue clásica la disputa entre Dumoulin, quien pensaba que la ley del lugar del

¹⁴ El texto completo de la ley dice así: “Contece muchas vegadas, que quando casan el marido, e la mujer, que ponen pleyto entre si, que quando muriere el uno, que herede el otro la donacion, o el arra que da el uno al otro por el casamiento; o fazen su auenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno. E despues que son casados acaesce, que vienen a morar a otra tierra, en que usan costumbre contraria de aquel pleyto, o de aquella auenencia que ellos pusieron. E porque podria acaescer dubda, quando muriesse alguno dellos, si deue ser guardado el pleyto que pusieron entre si, ante que cassassen, o quando se casaron, o la costumbre de aquella tierra do se mudaron, porende lo queremos departir. E dezimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si, deue valer en la manera que se auinieron, ante que casassen, o quando casaron; e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuessen a morar. E esso mismo seria, maguer ellos no pusessen pleyto entre si: ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes, e en las arras, e en las ganancias que fizieron; e non la de aquel lugar do se cambiaron” (P. 4.11.24).

matrimonio era la que regía la existencia y composición de una comunidad entre los cónyuges, y D'Argenté, que sostenía que la ley que regulaba la convención matrimonial no tenía imperio sobre bienes situados fuera del territorio. Pothier se manifiesta partidario de la tesis de Dumoulin, enfatizando que la aplicación de un régimen legal se justifica en virtud de una voluntad tácita atribuible a los contrayentes que se casan sin declarar intención contraria. Señala que "la disposición de las *coutumes* que admiten una comunidad entre hombre y mujer, sin que las partes lo hayan declarado, no es un estatuto real, que tenga por objeto directo las cosas que deben entrar en comunidad; es más bien un estatuto personal, puesto que tiene por objeto directo reglar las convenciones, que las personas sometidas a la *coutume*, en razón del domicilio que ellas tienen en su territorio, se reputan haber concertado sobre la comunidad de bienes, cuando se han casado"¹⁵.

Cabe destacar que aunque tanto la ley de Partidas como la doctrina de Pothier consultaban la prevalencia de la ley del lugar donde se contrae el matrimonio, por sobre aquella en la que vienen a morar los contrayentes después de casados, su opinión no es enteramente aplicable al evento regulado por la norma del art. 135, inc. 2º CC. En efecto, este regula el conflicto entre leyes de diversos Estados; mientras que la disposición de las Partidas y la doctrina de Dumoulin y de Pothier se ponen sobre la base de conflictos interregionales, entre costumbres o fueros particulares pero aplicados siempre en el contexto territorial del mismo reino.

Pero sea cual fuere el origen de la norma del art. 135, inc. 2º CC, y pese a su aparente simplicidad, lo cierto es que dio lugar a un buen número de problemas de interpretación y fue objeto de variadas controversias doctrinales y jurisprudenciales, mientras estuvo en vigor.

2. EL DESARROLLO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA NORMA ORIGINAL. PROBLEMAS, SOLUCIONES Y CONTROVERSIAS

a) ¿Aplicación de la ley extranjera o de la ley nacional?

En primer lugar, se discutió si el régimen que se aplicaba a los casados en el extranjero era el regulado por la ley chilena

¹⁵ POTHIER, ROBERT, *Traité de la Communauté*, Art. prélim., 12, en *Oeuvres de Pothier*, Hippolyte Tilliard y Eugène Crochard, Paris, 1830, t. I, p. 558.

(separación de bienes o sociedad conyugal) o si nuestro ordenamiento jurídico recepcionaba el régimen concreto que habían adoptado las personas casadas fuera de Chile en conformidad a la legislación extranjera.

Borja sostuvo que la ley chilena recepcionaba la ley extranjera que regulaba las capitulaciones, "de suerte que la ley extranjera es la que determina los derechos y las obligaciones de los cónyuges en cuanto a los bienes, ya hubiesen estipulado separación de estos, ya sociedad conyugal"¹⁶. Luis Claro Solar reafirma esta línea de pensamiento y, reconociendo que el art. 135 inciso 2º CC presenta una redacción poco afortunada, sostiene que debe aplicarse en Chile el régimen determinado por el derecho extranjero, aunque no sea ni sociedad conyugal ni separación de bienes, por ejemplo, si se trata de un régimen dotal. Invoca para defender esta posición, además de lo dispuesto en el antiguo art. 119 CC (hoy art. 15 de la Ley de Matrimonio Civil), que la versación de Bello hace presumir que no podía ignorar que en estas materias el Derecho Internacional estima aplicable la ley personal de los contrayentes¹⁷.

Algunos fallos antiguos acogieron expresamente este planteamiento, aplicando peculiaridades de los regímenes existentes en Francia e Inglaterra¹⁸.

No obstante, esta opinión con el paso del tiempo fue quedando

¹⁶ BORJA, LUIS, *Estudios sobre el Código Civil chileno*, A. y R. Roger y F. Chernoviz, París, 1907, t. III, art. 135, p. 357. La misma opinión había anticipado CHACON, JACINTO, *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*, Imprenta Nacional, Santiago, 1890, t. I, p. 160, para quien el art. 135, inc. 2º constituye una consagración de la *lex loci* y un repudio del criterio del domicilio.

¹⁷ CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, reimp. Edit. Jurídica de Chile, Bogotá, 1992, t. II, Nº 1062, pp. 200-201. Dice este autor: "Si para reconocer la validez del matrimonio aceptaba Bello la doctrina de derecho internacional privado más comúnmente seguida, no se comprendería que hubiera querido cerrar en Chile la puerta a toda aplicación de la ley extranjera que no diera como resultado o la separación de bienes, o la comunidad conyugal. Si aceptaba la separación, rechazada como régimen normal, ¿por qué habría rechazado el sistema dotal? ¿Por qué habría rechazado una comunidad de bienes limitada?"

¹⁸ La Corte de Santiago, 9 de diciembre de 1859, G. 1859, Nº 1852, p. 1157, confirma la sentencia de primera instancia que reconoce como crédito privilegiado el de la viuda del fallido para pedir restitución de los bienes aportados y apreciados en virtud de capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero. Asimismo, la Corte de La Serena, 6 de septiembre de 1866 G. 1866, Nº 1797, p. 782, confiere vigencia en Chile a las capitulaciones matrimoniales otorgadas en Francia, invocando la disposición de las Siete Partidas (P. 4. 11. 24). Lo mismo juzga la Corte de Valparaíso al conocer de un pleito sobre verificación de un crédito de la mujer en la quiebra del marido; la Corte sostiene que el crédito puede ser verificado aunque conste en una capitulación matrimonial otorgada en Bayona (Francia), si

do aislada y la totalidad de la doctrina chilena se orientó, en cambio, hacia la idea de la duplicidad de regímenes posibles: separación o sociedad conyugal. Ambos regímenes, una vez determinados conforme al artículo 135 inciso 2º CC, se regulan de acuerdo con las prescripciones de la ley chilena y no del Derecho extranjero¹⁹. Esta sería también la opinión que terminaría de imponerse en los tribunales²⁰.

b) Nacionalidad de los contrayentes

El texto de la norma señalaba que sería aplicable a "los que se hayan casado en país extranjero", sin distinguir la nacionalidad de los contrayentes.

en ella aparece que la mujer "aportó al segundo [al marido] como dote la suma de diecisiete mil ciento cinco francos"; parece que la Corte acepta así el régimen dotal pacticio e incluso le otorga al crédito de restitución de la dote el privilegio del art. 2484 CC.

Se discutió, sin embargo, si el régimen extranjero debía también aplicarse a los bienes que los cónyuges adquieren dentro del territorio nacional después de haberse domiciliado en Chile. La Corte de Santiago, 4 de agosto de 1860, G. 1860, Nº 1359, p. 796, resolvió respecto de un matrimonio celebrado en Inglaterra bajo el régimen de absorción de personalidad de la mujer, que el régimen inglés no se aplica a los bienes adquiridos en Chile, los que quedan sujetos a la ley chilena y, por tanto, al régimen de comunidad. En cambio, la Corte de Concepción, 31 de marzo de 1867, G. 1867, Nº 1163, p. 467, declaró que a un matrimonio celebrado en Inglaterra y domiciliado luego en Chile debe aplicarse el régimen inglés de absorción de la personalidad de la mujer, incluso respecto de los bienes adquiridos en Chile. La sentencia afirma que este principio se encuentra ya establecido en las Siete Partidas (P. 4. 11. 24) y conforme a este debe interpretarse la norma del inciso 2º del art. 135 CC.

¹⁹ Ya en este sentido, VERA, RAIMUNDO, *Estudio Analítico del Código Civil*, s.f., I, p. 118, y FERNANDEZ CONCHA, RAFAEL, *Filosofía del Derecho*, Tipográfica Católica, Barcelona, 1887, t. I, Nº 224, p. 142, nt. 1. Una extensa refutación de la doctrina de Claro Solar, es emprendida por BARRIGA ERRAZURIZ, GONZALO, *De los regímenes matrimoniales, en general; del patrimonio de la sociedad conyugal y de cada uno de los cónyuges*, Imprenta Chile, Santiago, 1924, pp. 96 y ss. Esta tesis terminaría por imponerse en forma unánime. Señala ALBONICO VALENZUELA, FERNANDO, *El Derecho Internacional Privado ante la Jurisprudencia chilena*, Nascimento, Santiago, s. f., p. 121: que "Todos los profesores de Derecho Internacional Privado y de Derecho Civil de nuestras Universidades no aceptan la interpretación que del art. 135 del C. Civil hacen D. Luis Claro y D. Luis Borja".

²⁰ Así, C. Santiago, 29 de septiembre de 1880, G. 1880, Nº 1422, p. 1010, por la que se confirma una sentencia de primera instancia que deniega tener por comprobada la sociedad conyugal de un matrimonio celebrado en el extranjero por no haberse probado que "las leyes vigentes en Hamburgo al celebrarse el matrimonio establecían la sociedad de bienes entre cónyuges". Por su parte, la sentencia del Juez de Letras de Santiago, 27 de octubre de 1885, G. 1885, Nº 3745, p. 2216, respecto de un matrimonio celebrado bajo el imperio de las leyes inglesas, resuelve que debe entenderse a los cónyuges como separados de bienes. El recurso de apelación fue declarado desierto.

Se discutió, por tanto, qué sucedía con los matrimonios entre nacionales chilenos o entre un chileno y un extranjero contraídos en país extraño. Para algunos, los matrimonios contraídos en el extranjero entre chilenos quedaban sujetos a la norma del art. 15 N° 2 CC y, por tanto, se les aplicaba directamente la ley chilena²¹. Siguiendo este criterio, a los matrimonios de chilenos en el extranjero se les aplicaba la regla del art. 135 CC, pero no en su inciso segundo, sino en su inciso primero (se les entendía casados en sociedad conyugal).

Según otras opiniones, después de que la sociedad conyugal dejara de ser un régimen único y obligatorio (al haberse introducido el pacto de la separación de bienes), no podía conceptualizarse este efecto como una "obligación civil" y, por lógica consecuencia, no cabía aplicar la disposición del art. 15 N° 2 CC. Recuperaba entonces vigencia la disposición del art. 135 inciso 2° CC, inclusive para los matrimonios entre chilenos contraídos en el extranjero. Se invocó, además, que el tenor de la norma no hacía distinción y se refería en general a todos los que se casan en el extranjero²².

La jurisprudencia de la Corte Suprema se inclinó decididamente por la primera posición²³.

²¹ Así CLARO SOLAR, L., ob. cit., t. II, N° 1063, p. 201; BARRIGA, G., ob. cit., p. 93; ALBONICO, F., ob. cit., p. 119 y GUZMAN LATORRE, DIEGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 485 y ss.

²² Así SOMARRIVA, M., ob. cit., p. 381. VILLARROEL, GABRIEL y CARLOS, "Consideraciones sobre el estatuto personal en la legislación chilena", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15 (1988), 2-3, p. 372, ensayan otra explicación: el art. 15 CC no puede tener aplicación al caso, ya que se trata de una norma que regula al chileno que se encuentra en el extranjero. En el art. 135 CC, en cambio, se trata de la aplicación de la ley chilena en Chile. En verdad, señalan, el art. 135 CC viene a constituir una excepción, no al art. 15 CC, sino al art. 15 de la Ley de Matrimonio Civil: "En efecto, de no existir el art. 135 citado, los efectos de este matrimonio serían los normales de la ley chilena, por aplicación del art. 15 mencionado. En cambio, la norma rompe el esquema del art. 15 de la Ley de Matrimonio Civil y consagra una solución especial. Conforme a esta solución, todo régimen matrimonial distinto de la comunidad de ganancias es asimilado a nuestra separación de bienes y no a la sociedad conyugal como ocurriría de acuerdo a la regla general de la Ley de Matrimonio Civil".

²³ Ya en 1916 falló que no procedía conceder el exequátur de una sentencia de separación de bienes pronunciada por tribunales italianos ya que, en atención al art. 15 CC, siendo uno de los cónyuges chilenos, esa separación debía pronunciarse por los propios tribunales del país (con voto disidente que estuvo por conceder el exequátur, puesto que la resolución no contenía nada contrario a las leyes chilenas) (C. Sup. 11 de mayo de 1916, *RDJ* t. XIII, sec. 1ª, p. 422). Más tarde, aborda directamente el problema en relación con la excepción de nulidad de un contrato de hipoteca interpuesta por la mujer frente a una acción de desposeimiento dirigida en su contra; la excepción se fundaba en que la hipoteca fue otorgada por el

En todo caso, la doctrina llegó a concordar casi unánimemente (con una autorizada excepción) en que el art. 135, inc. 2º del Código Civil resultaba aplicable a los matrimonios entre chilenos y extranjeros, puesto que el art. 15, Nº 2 CC sólo puede regir las relaciones entre un chileno y su cónyuge también chileno²⁴.

c) El problema del "domicilio en Chile"

La disposición establecía que los cónyuges debían haber pasado a domiciliarse en Chile. Pero, ¿qué domicilio era el exigido por la ley? Se sostuvo que bastaba el domicilio político, relativo al territorio del Estado en general y cuya determinación pertenece al Derecho Internacional (art. 60 CC), sin que fuera necesaria la acreditación de propio domicilio civil²⁵.

Esta tesis presupone que la norma no puede recibir aplicación respecto de los que no han adquirido domicilio en Chile, esto es, los casados en país extranjero que nunca han habitado el territorio de la República, y también aquellos que pasan por él pero en calidad de transeúntes²⁶. Sin embargo, respecto de los transeúntes se hizo ver que la norma les podía ser aplicable, en virtud del art. 68 CC, que dispone que la mera residencia hace las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieran domicilio en otra parte²⁷.

Según otras opiniones, a los extranjeros transeúntes debía considerárseles casados en sociedad conyugal, ya que para ellos recobraba pleno imperio (sin excepciones como la señalada en

marido sin autorización de la mujer no obstante tratarse de un bien social. Aunque el matrimonio fue contraído en Holanda, al ser ambos cónyuges chilenos, la Corte desestima la aplicación del art. 135, inc. 2º CC, que —sostiene— debe interpretarse "como establecido para el matrimonio de extranjeros fuera del país y no al de dos chilenos" (C. Sup. 7 de agosto de 1985, *RDJ* t. 82, sec. 1ª, p. 54; también en F. del M. Nº 321, p. 495 y G. J. 1985, Nº 62, p. 30).

²⁴ Así CLARO SOLAR, L., ob. cit., t. I, Nº 1063, p. 201; GUZMAN LATORRE, D., ob. cit., p. 488. En contra existe la voz aislada de ALESSANDRI, ARTURO, *Derecho de Familia (versiones taquigráficas de sus clases)*, Zamorano y Caperán, Santiago, 1941, p. 116.

²⁵ GUZMAN LATORRE, D., ob. cit., p. 490.

²⁶ FUEYO, FERNANDO, *Derecho civil. Derecho de Familia*, Universo, Santiago, 1959, vol. II, Nº 653, p. 260; MEZA BARROS, RAMON, *Manual de Derecho de la Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1979, t. I, Nº 691, p. 410.

²⁷ GUZMAN LATORRE, D., ob. cit., p. 499.

el art. 135, inc. 2º CC para los domiciliados), la norma del artículo 15 de la Ley de Matrimonio Civil²⁸.

d) La expresión "Leyes bajo cuyo imperio se casaron"

La doctrina chilena precisó que lo que debía examinarse para determinar el régimen económico aplicable en Chile era el estatuto que sería aplicable a ese matrimonio según la ley vigente en el país en que los cónyuges lo contrajeron.

Según una posición, si esa legislación se remitía, en virtud de la nacionalidad de los contrayentes o de otros factores de conexión (el domicilio, la voluntad, etc.), a otro sistema jurídico, este no debía ser considerado para la determinación del régimen aplicable en Chile. El art. 135, inc. 2º CC únicamente tomaba en cuenta el régimen propio del lugar en que se contrajo el matrimonio, determinado por sus disposiciones de derecho interno y no por sus preceptos de derecho internacional que se remiten a las leyes de otro país²⁹.

No obstante, también hubo opiniones en contrario que aceptaban las leyes de reenvío en esta materia³⁰. En concreto, un fallo de la Corte Suprema lo aplicó expresamente a un caso en que el matrimonio se había contraído en Alemania, pero cuya ley se remitía a la ley suiza³¹.

²⁸ Así, BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO, *Curso de Derecho Civil*, 4ª edic., Nascimento, Santiago, 1931, t. IV, Nº 125, p. 166; BARRIGA, G., ob. cit., pp. 111-112, quien opta por indicar que no es necesario fijar el régimen de ese matrimonio, sino calificar los requisitos del acto que los transeúntes puedan ejecutar en Chile para tener efectos en el territorio y para ello estima necesario aplicar la ley chilena (esto es, las reglas de la sociedad conyugal), y VILLARROEL, C. y G., ob. cit., p. 372. Estos últimos además sostienen que si se trata de extranjeros casados en país extraño que no se encuentran en Chile ni como domiciliados ni como transeúntes, al no poder aplicarse ni el art. 135, inc. 2º CC, ni el art. 15 LMC, tendrán que someterse al sistema bajo cuyo imperio se celebró el matrimonio (*lex loci celebrationis*). Si ambos cónyuges son chilenos, regirá la sociedad conyugal por aplicación del art. 15, Nº 2 CC.

²⁹ GUZMAN LATORRE, D., ob. cit., pp. 493 y ss.

³⁰ FUEYO, FERNANDO, ob. cit., vol. II, Nº 653, p. 259; VILLARROEL, G. y C., ob. cit., p. 371.

³¹ En el caso, los cónyuges se casaron en Alemania, pero les era aplicable el art. 15 de la Ley de introducción al Código Civil que hacía aplicable a las relaciones matrimoniales la ley nacional del marido. El marido era de nacionalidad suiza y concretamente del Cantón de Berna. El pleito giró en torno a si debía ese matrimonio, domiciliado posteriormente en Chile, considerarse casado en sociedad conyugal. Para ello tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema procedieron a examinar el régimen de bienes vigente en el Cantón de Berna a la época del matrimonio (1902), y acogieron por tanto el criterio del reenvío (C. Sup. 30 de junio de 1944, *RDJ* t. 42, sec. 1ª, p. 325). Cabe tener presente que en este caso particular, la cuestión no fue expresamen-

e) Existencia o no de "sociedad de bienes"

El artículo en comento condicionaba la aplicación del régimen de separación o de sociedad conyugal a la verificación de si, según las leyes bajo cuyo imperio se casaron los interesados, existió o no entre ellos "sociedad de bienes". Y este punto fue el que más debate y conflictos de interpretación suscitó a lo largo de toda la vigencia del texto original del precepto.

Según una primera teoría, la expresión "sociedad de bienes" estaba tomada en el sentido técnico y riguroso con que la utiliza el Código en el resto de su articulado, es decir, se refiere a un régimen de comunidad legal con las características peculiares con las que lo configura la ley chilena. Luego, para que pudiera aplicarse a los matrimonios contraídos en el extranjero, había que comprobar que la ley bajo cuyo imperio se casaron contemplaba ese mismo y específico régimen de bienes³².

La orientación mayoritaria, en cambio, se decantó por estimar suficiente que el régimen extranjero coincidiera con el chileno

te discutida, estando contestes tanto el demandante como el demandado en que la ley aplicable era la suiza; sólo discrepaban en si debía considerarse el régimen suizo como "sociedad de bienes" en el sentido que le daba el inciso 2º del art. 135 CC.

³² Así parece sostenerlo BARRIGA, G., ob. cit., p. 96; y también SOMARRIVA, M., ob. cit., N° 404, pp. 381-382, aunque estima discutible la cuestión. Es la opinión de ALBONICO, F., ob. cit., p. 122, quien aclara que para que se aplique la sociedad conyugal debe tratarse de personas que se casen en Ecuador o Uruguay, con regímenes idénticos al nuestro, o que expresamente se sometan a la ley chilena. Esta posición exhibe un apoyo jurisprudencial: C. de Santiago, 29 de septiembre de 1880, G. 1880, N° 1422, p. 1010, que desestima la petición de un síndico de quiebras de considerar social un bien raíz, ya que se trata de un matrimonio celebrado en Hamburgo y no ha acreditado que "las leyes vigentes en Hamburgo al celebrarse el matrimonio establecían la sociedad de bienes entre cónyuges". Se cita también la sentencia de la Corte de Concepción, 27 de octubre de 1885, G. 1885, N° 3745, p. 2216, por la cual se llega a la conclusión de que no hay sociedad de bienes en el régimen inglés de absorción de la personalidad de la mujer.

Se invoca asimismo un argumento de corte histórico. Se cita un informe en derecho que habría evacuado el mismo Andrés Bello, junto a Antonio Varas, por el cual, al analizar el sistema inglés de absorción de la personalidad de la mujer, llegan a la conclusión de que no corresponde a un régimen de sociedad de bienes, a los efectos de la aplicación del art. 135, inc. 2º CC. El informe es citado por el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de 31 de mayo de 1867, G. 1867, N° 1163, p. 467, del siguiente modo: "Con respecto a la articulación primera, opinamos que, según la ley inglesa, la personalidad de la mujer desaparece a los ojos de la ley durante el matrimonio y se reviste de ella el marido, resultando de aquí que la mujer y los herederos de ella, no participan de las adquisiciones hechas por el marido durante el matrimonio, cualquiera que sea el origen de la adquisición; y por consiguiente la ley inglesa fuera del caso de capitulaciones matrimoniales, no reconoce sociedad de gananciales entre el marido y la mujer".

en sus líneas más fundamentales, es decir, que se tratara de un régimen de comunidad³³. Sin embargo, las opiniones oscilan entre aquellos que señalan que debía tratarse de un régimen de comunidad limitada o restringida de ganancias³⁴, y aquellos que piensan que bastaba cualquier tipo de comunidad en el que se dé lugar a algún tipo de patrimonio o fondo común durante el matrimonio³⁵. En esta última postura, observa Herrera Luco, la separación de bienes se producirá respecto de los casados en el extranjero bajo alguno de los siguientes regímenes: separación total de bienes, participación en los gananciales, sin comunidad y dotal; y a la inversa, los casados bajo el régimen de comunidad universal, de comunidad de ganancias, de comunidad de muebles y ganancias y de separación parcial de bienes, continuarán en ese sistema, debiendo efectuarse las modificaciones necesarias de acuerdo con la legislación chilena, a fin de transformar el régimen extranjero en la sociedad conyugal que reglamenta nuestro Código Civil³⁶.

³³ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, "Régimen matrimonial aplicable a cónyuges casados en el extranjero que pasan a domiciliarse en Chile", en *RDJ* t. 83, sec. Derecho, p. 5, sostiene que "Hay una regla fundamental de hermenéutica, según la cual el sentido en que una disposición puede producir algún efecto, debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. La interpretación restrictiva de la expresión 'sociedad de bienes' del art. 135-2 conduce a que la alternativa legal (separación de bienes o sociedad de bienes) no produzca efecto alguno. Como no hay nación del orbe donde exista actualmente un régimen legal matrimonial idéntico al chileno, en todas sus características y detalles, resultaría que siempre las personas casadas en el extranjero que pasaren a domiciliarse, en Chile se mirarían como separadas de bienes. Ese no fue ni pudo ser el espíritu del legislador, que si planteó la alternativa en el art. 135-2, es porque admitió que, bajo ciertas circunstancias, las personas casadas en el extranjero tendrían que mirarse como casadas bajo el régimen de sociedad conyugal en Chile".

³⁴ Así, GUZMAN LATORRE, DIEGO, ob. cit., pp. 495 y ss. y LOPEZ SANTA MARIA, JORGE, ob. cit., p. 5. Este último sostiene lo siguiente: "¿Cuándo habrá entonces sociedad conyugal en Chile? En el evento de que el país extranjero en que se casaron establezca como régimen matrimonial un régimen igual al chileno, en género y en especie, aunque ciertas características o detalles del régimen de comunidad restringida de ganancias fueren diferentes en el país extranjero de que se trate".

³⁵ En este sentido se orientan MEZA BARROS, R., ob. cit., t. I, N° 692, p. 410: "Los casados en régimen de comunidad, aunque sea diversa de la que reglamenta la ley chilena, continuarán casados en régimen de comunidad"; y FUEYO, FERNANDO, ob. cit., vol. II, N° 653, p. 259: "Estoy en favor de la interpretación que asigna significación amplia al giro 'sociedad de bienes', capaz de comprender cualquier régimen de comunidad, que, por lo demás, son múltiples, variados y multimatizados".

³⁶ LUCO HERRERA, N., ob. cit., pp. 38-39. En igual sentido, EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *El matrimonio en el Derecho internacional privado*, Memoria de prueba, 1948, p. 83.

La jurisprudencia terminó por reafirmar este planteamiento, es decir, la necesidad de que la ley extranjera estableciera un régimen que coincidiera —en sus caracteres fundamentales— con la sociedad conyugal chilena. La Corte Suprema juzgó, por ejemplo, que no constituía régimen de sociedad de bienes el régimen suizo del Cantón de Berna, por el cual el marido adquiere la propiedad de los bienes aportados o adquiridos durante el matrimonio por la mujer, ya que “esto y la inexistencia de una sociedad de bienes son una misma cosa, ya que repugna al concepto de sociedad, la propiedad de los bienes por favor exclusivo de uno de los cónyuges...” (C. Sup., 30 de junio de 1944, *RDJ* t. 42, sec. 1^a, p. 325). Del mismo modo, en otro caso, también referido al régimen suizo de “unión de bienes”, la Corte Suprema decidió que este no podía ser incluido en la expresión “sociedad de bienes” del art. 135 inc. 2^o CC, ya que aquel sistema implicaba la existencia de patrimonios distintos y separados (C. Sup. 31 de mayo de 1966, *RDJ* t. 63, sec. 1^a, p. 180).

f) Momento en que debe reputarse constituido el régimen económico atribuido

El problema surgía toda vez que el matrimonio celebrado en país extranjero generaba un determinado régimen matrimonial conforme a la legislación propia de dicho país, el que podía ser distinto al de la sociedad conyugal o a la separación de bienes. Luego, por el hecho de domiciliarse dichos cónyuges en Chile, se miraban o como separados de bienes o como casados en régimen de sociedad conyugal. Pero aquí surgen preguntas fundamentales: ¿desde cuándo se entendían casados en Chile bajo el régimen de separación de bienes o el de sociedad conyugal?; ¿desde la fecha del matrimonio en el extranjero o desde la fecha en que se domiciliaron en Chile?; ¿había surgido entre los cónyuges un régimen matrimonial “anterior”, conforme a la ley del país extranjero donde se contrajo el matrimonio, que era necesario disolver y liquidar?, o bien ¿el régimen de sociedad conyugal o el de separación debían entenderse vigentes desde la fecha misma del matrimonio, sin existir, por tanto, solución de continuidad?

La doctrina más común sostuvo, sin responder todos los problemas planteados, que estos se resolvían mediante la aplicación de los principios que emanan de los llamados “efectos de la ley

en el tiempo", como si la ley extranjera —que determinaba el régimen matrimonial a la época del matrimonio— fuera una ley nacional "anterior" que es modificada por la ley "posterior" que determina el régimen de separación o sociedad conyugal para el Derecho chileno, propiciándose así la aplicación del art. 3º de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Albónico expresa que, al no hacer distinciones la norma del art. 135, inc. 2º CC, es menester concluir que ella se aplica a todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, sin que quepa distinguir entre si la adquisición fue anterior o posterior al cambio de domicilio que fijó el régimen para el Derecho chileno³⁷. La jurisprudencia vaciló inicialmente antes de llegar a la misma conclusión³⁸.

Sin embargo, esta doctrina no respondía a los graves problemas que se suscitaban en relación con los efectos patrimoniales de dicho matrimonio (celebrado en país extranjero) con anterioridad a la constitución del domicilio de los cónyuges en Chile: ¿en qué medida, el estatuto extranjero —que dio origen a un determinado régimen matrimonial— constituyó derechos adquiridos para los cónyuges y/o para terceros que no pueden ser modificados por una "ley posterior" (régimen matrimonial chileno)? Es una interrogante cuya solución ha quedado pendiente.

g) ¿Cómo se prueba el régimen fijado por la ley chilena?

La doctrina chilena consideró que, tratándose de prueba en juicio, el juez debía contrastar la ley extranjera con la chilena, mediante un informe de peritos (art. 411 CPC). En los fallos

³⁷ ALBONICO, F., ob. cit. p. 124.

³⁸ Un antiguo fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago determinó que el régimen extranjero sólo recibía aplicación respecto de los bienes adquiridos antes de domiciliarse en Chile, por lo que "las leyes inglesas relativas a los derechos de los cónyuges, no tienen efecto en Chile sobre bienes adquiridos y existentes en Chile" (C. de Stgo. de 4 de agosto de 1860, G. 1860, Nº 1359, p. 796). Pero luego la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó expresamente tal doctrina, sosteniendo que iba contra la letra tanto de la Ley 24, tit. 11, de la 4ª Partida como del art. 135, inciso 2º CC: "cuando faltan las capitulaciones matrimoniales, debe atenderse a la ley o a la costumbre del lugar de la celebración del matrimonio en todo lo relativo a las dotes, arras y ganancias adquiridos durante él, y no a la ley del nuevo domicilio de los cónyuges, según el principio establecido por la Ley 24, tit. 11, part. 4ª, y agrega: "este mismo principio es reconocido por el art. 135 del Código Civil, inciso segundo..." (C. de Concepción, 31 de mayo de 1867, G. 1867, Nº 1163, p. 467).

judiciales suelen invocarse informes en Derecho, incluso uno del mismo Andrés Bello³⁹.

Si la prueba debía operar fuera de juicio, la cuestión podía complicarse. Se sostuvo, por ejemplo, que para acreditar la separación de bienes podía recurrirse al art. 409 del Código Bustamante, y acompañar el certificado de dos abogados, en el ejercicio del país de la celebración del matrimonio, que informaran sobre las características del régimen matrimonial local. Se trataba por cierto de un procedimiento bastante engorroso, y así era reconocido⁴⁰.

h) Régimen económico extranjero decretado por sentencia judicial

Para determinar los efectos de una modificación del régimen inicial por obra de una resolución judicial, sea de divorcio o de separación de bienes, se hacía nuevamente la diferencia de acuerdo con la nacionalidad de los cónyuges. Si estos son chilenos, la sentencia dictada en el extranjero sólo podía ser recepcionada en Chile si consideraba causales aceptadas por la ley chilena (rige el art. 15, Nº 2 CC)⁴¹.

Si se trata de extranjeros o de matrimonio entre chileno o extranjero, la sentencia, incluso de divorcio vincular, producirá efectos en Chile para determinar el régimen de bienes. El art. 135, inc. 2º CC operaba entonces sobre la base del régimen determinado por la sentencia del tribunal extranjero y no del que regía al contraerse el matrimonio⁴².

³⁹ El fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de 31 de mayo de 1867, G. 1867, Nº 1163, p. 467, invoca para analizar el régimen de bienes vigente en Inglaterra, "el informe de los jurisconsultos don Andrés Bello y don Antonio Varas elegidos por este Tribunal", parte del cual cita textualmente. El mismo informe es tenido en cuenta por la sentencia de primera instancia de 27 de octubre de 1885 (G. 1885, Nº 3745, p. 2216). En otro caso más reciente se tiene en cuenta el informe pericial del profesor Víctor Lowenwarther sobre el Derecho matrimonial suizo (C. Sup. 30 de junio de 1944, *RDJ* t. 42, sec. 1ª, p. 325).

⁴⁰ ALBONICO, F., ob. cit., p. 125.

⁴¹ La sentencia de la Corte Suprema de 11 de mayo de 1916, *RDJ* t. 13, sec. 1ª, p. 422, niega la posibilidad de cumplir en Chile una sentencia de separación de bienes dictada por un tribunal italiano, ya que la Corte entiende que por aplicación del art. 15, Nº 2 CC, para que pueda tener efecto respecto del cónyuge chileno, la separación de bienes debe ser declarada por los tribunales del país. Parece más razonable el voto disidente (Ministro E. Castillo Vicuña) que señala que podía cumplirse la sentencia extranjera ya que había sido pronunciada consultando las leyes chilenas.

⁴² ALBONICO, F., ob. cit., pp. 125-127.

IV. EL NUEVO TEXTO DEL ARTICULO 135 DEL CODIGO CIVIL, DEPUÉS DE LAS REFORMAS DE 1989 Y 1994

1. LA REFORMA DE LA LEY Nº 18.802, DE 9 DE JUNIO DE 1989

El art. 1, Nº 8, de la Ley Nº 18.802, de 9 de junio de 1989, dispuso la sustitución del inciso segundo del art. 135 del Código Civil, para establecer que los que se hayan casado en país extranjero se mirarían en Chile como separados de bienes, a menos que inscribieran su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pactaran en ese acto sociedad conyugal, dejándose constancia de ello en dicha inscripción.

Esta modificación entró a regir, según el art. 5 de la Ley Nº 18.802, noventa días después de su publicación en el Diario Oficial, es decir, el 9 de septiembre de 1989.

La modificación obedeció a la necesidad de clarificar la situación de los casados en país extranjero y simplificar la norma anterior que, además de las controversias que había suscitado, provocaba la necesidad de estudiar el régimen extranjero antes de pronunciarse sobre el régimen aplicable en Chile⁴³.

2. LA MODIFICACION DE LA LEY Nº 19.335, DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1994

La Ley Nº 19.335, que entrara en vigencia el día 24 de diciembre de 1994, efectuó una segunda modificación al art. 135, inc.

⁴³ La idea de modificar la norma y exigir un pacto para que rija la sociedad conyugal puede verse ya en el proyecto elaborado por la Comisión presidida por J. Philippi y entregado por el Ministerio de Justicia en 1979 (art. 135, inc. 2º). En la historia legislativa de la Ley Nº 18.802 puede observarse que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, por informe de 30 de marzo de 1988, recomienda modificar el inc. 2º del art. 135 CC, por una norma que disponga que "los que se hayan casado en país extranjero y pasaren a domiciliarse en Chile, se mirarán como separados de bienes, a menos que pacten sociedad conyugal en conformidad al artículo 1723 inciso 4º". Posteriormente, la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, en el informe de 2 de mayo de 1989, propone la modificación del inciso segundo del art. 135 con el texto que sería el definitivo. La explicación del cambio parece residir en la necesidad de obtener mayor certeza jurídica para los terceros: "La modificación -se lee en el informe- tiene por objeto establecer, en resguardo de los derechos que se originan en Chile y de quienes contraten con ellos, que los que se hayan casado en el extranjero se mirarán como separados de bienes, cualquiera sea el régimen del matrimonio existente en el Estado en que hubiesen contraído matrimonio, dejándose a salvo el derecho de los cónyuges para inscribir su matrimonio en Chile, y pactar al momento de la inscripción el régimen de sociedad conyugal regulado por el Código Civil chileno".

2º CC, para incorporar la posibilidad a los casados en país extranjero de pactar no sólo sociedad conyugal, sino también participación en los gananciales, que es el régimen que dicha ley agregó a nuestro sistema económico matrimonial.

En lo demás dejó intacta la norma del artículo redactada por la anterior Ley Nº 18.802, de 1989.

3. CONTENIDO DE LA NORMA VIGENTE

La norma actualmente vigente del art. 135, inc. 2º CC, dispone textualmente lo siguiente:

"Los que se bayan 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 participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción".

En consecuencia, la ley chilena pretende atribuir al matrimonio contraído fuera del país alguno de los posibles regímenes económicos admitidos por nuestro ordenamiento: separación de bienes, sociedad conyugal o participación en los gananciales.

El matrimonio se entiende regido por separación de bienes en dos casos: 1) si el matrimonio no ha sido inscrito en el Registro Civil chileno, y 2) si ha sido inscrito sin que se haya verificado el pacto de sociedad conyugal o de participación en los gananciales.

En cambio, existirá sociedad conyugal o participación en los gananciales si el matrimonio contraído en el extranjero cumple con los siguientes requisitos copulativos: 1) que se inscriba el matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna

Lo corrobora el profesor FERNANDO ROZAS VIAL (uno de los autores "intelectuales" de la Ley Nº 18.802), al señalar en sus apuntes de clases (inéditos) respecto de la norma anterior: "Esto acarrea diversas dificultades, particularmente en los estudios de títulos, pues era necesario saber en qué régimen de bienes se había celebrado el matrimonio en el extranjero y, si no se había pactado separación de bienes, era indispensable saber cuál era el régimen legal en el país respectivo. Muchas veces se hacía necesario pedir un informe en derecho, con el correspondiente encarecimiento de los costos de la operación.— La Ley Nº 18.802 quiso terminar con esos inconvenientes, modificando el mencionado inciso segundo..." (ROZAS VIAL, FERNANDO, *Regímenes matrimoniales, incluyendo la Ley Nº 18.802*, Matías Avendaño Morán, P. Universidad Católica de Chile, apuntes de clase mecanografiados, inéditos, s. f., pp. 259-260).

de Santiago (Recoleta), 2) que en el mismo acto de la inscripción se pacte por parte de ambos cónyuges someterse al régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales, y 3) finalmente, que el Oficial del Registro Civil deje constancia de ese pacto en el texto de la inscripción⁴⁴.

El objeto del pacto permitido por el art. 135, inc. 2º CC, es único: o sociedad conyugal o participación en los gananciales. No se admitirán otras estipulaciones que no sean la voluntad de remitirse a la aplicación completa de uno de los dos regímenes y tal como los regula la ley chilena. No cabría, por tanto, pactar sociedad conyugal, pero con cláusulas diversas de administración, establecer una separación parcial de bienes, o una participación con comunidad diferida.

Ni la Ley Nº 18.802 ni la Ley Nº 19.335 se preocuparon de coordinar sus disposiciones con la Ley de Registro Civil, concediendo expresamente al Oficial del Registro Civil facultades para efectuar esta constancia, o para ampliar el contenido de la inscripción de matrimonio, incluyendo la posibilidad de establecer esa mención (art. 39 LRC). No obstante, la ausencia de estas autorizaciones expresas no parece suficiente para determinar la ineficacia del precepto del art. 135 CC, ya que puede entenderse que este mismo cumple el rol de ley que otorga las atribuciones al Oficial y amplía el contenido de la inscripción.

Además, tampoco se modificaron las normas que contemplan la inscripción de matrimonios contraídos en el extranjero. Debe recordarse que la situación no es uniforme: la Ley de Registro Civil ordena que los matrimonios celebrados fuera del país por un chileno con un extranjero o entre dos chilenos deben inscribirse en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, para lo cual cualquiera de los contrayentes remitirá, debidamente legalizados, los antecedentes al Ministerio de Relaciones Exteriores, el que a su vez debe enviarlos a la Dirección General del Registro Civil para que disponga la inscripción (art. 4, Nº 3 LRC). En cambio, tratándose de matrimonios celebrados en el extranjero pero entre extranjeros, la ley sólo admite excepcionalmente su inscripción "cuando ello sea necesario para efec-

⁴⁴ Según el art. 1792-11 CC, los cónyuges que deseen pactar participación en los gananciales, al momento de hacerlo, deberán efectuar un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio originario. Pero la omisión acarrea únicamente consecuencias de orden probatorio.

tuar alguna inscripción o anotación prescrita por la ley". La inscripción de este matrimonio se practica igualmente en el Registro de la Primera Circunscripción de la Comuna de Santiago, para la cual —señala el texto legal— se exhibirá al Oficial del Registro Civil el certificado de matrimonio legalizado (art. 8, inc. 2º LRC)⁴⁵. Como se ve, en el primer caso estamos frente a un matrimonio de inscripción ordenada por la ley, mientras en el segundo se trata de un matrimonio de inscripción facultativa y condicionada al hecho de que ella sea requerida por la ley para otra inscripción u anotación registral.

Intentando armonizar estos preceptos con el art. 135 inc. 2º CC, habrá que señalar que el pacto de sociedad conyugal o participación en los gananciales se formalizará al momento en que se solicite la inscripción del matrimonio, y que si se trata de matrimonios entre extranjeros, su inscripción debe ser admitida justamente para dejar constancia (anotación) de dicho pacto en el contenido de la inscripción.

En todo caso, la nueva norma, pese a la intención del legislador, no ha librado a la materia de dudas e incertidumbres de interpretación. Ni siquiera despejó todas las interrogantes que se planteaban con el anterior texto de la disposición, como en seguida veremos.

4. VIEJAS CUESTIONES QUE PERSISTEN BAJO EL NUEVO TEXTO

a) Matrimonios a los que se aplica

Se sigue presentando la misma duda anterior sobre si el art. 135, inc. 2º CC, se aplica a todos los matrimonios contraídos en el extranjero, con prescindencia de la nacionalidad de los cónyuges, o si se excluye a los matrimonios entre chilenos por aplicación preferente del art. 15, Nº 2 CC.

En nuestra opinión, debe excluirse de la aplicación del art. 135, inc. 2º CC, a los matrimonios de chilenos contraídos en el extranjero. En efecto, en tal situación es más armónico y concordante con nuestro sistema la aplicación de la ley chilena, que según el art. 15 del Código Civil obliga a los nacionales, no

⁴⁵ El inciso fue introducido por la Ley Nº 10.271, de 1952 (art. 3), para salvar un evidente vacío de la Ley de Registro Civil.

obstante su domicilio o residencia en país extranjero. No nos convence la opinión de quienes ven en la norma del art. 15 CC un precepto destinado a regir a los chilenos mientras estos se encuentren en el extranjero, y no cuando hayan pasado a domiciliarse en Chile⁴⁶. La norma prevé justamente la aplicación de la ley chilena a actos realizados en el extranjero (el matrimonio) pero cuyos efectos pueden llegar a desplegarse en Chile. Por lo demás, al haberse eliminado la referencia que hacía el artículo al domicilio de los cónyuges gana fuerza la idea de que este no es un factor relevante para determinar la ley aplicable.

En todo caso, debiera repetirse el consenso logrado en torno a la disposición anterior en el sentido de que el art. 135, inc. 2º CC, recibe aplicación cuando se trata de matrimonios contraídos por un chileno o chilena con un extranjero o extranjera. En tal caso no es posible aplicar el art. 15, Nº 2 CC que señala expresamente que las obligaciones y derechos deben referirse al otro cónyuge también chileno⁴⁷.

b) Momento en que debe entenderse constituido
el régimen atribuido por la ley chilena

Luego de la reforma experimentada por el art. 135 inc. 2º CC cabe también preguntarse: ¿el régimen matrimonial determinado de acuerdo con esta disposición, se entiende existir desde la celebración del matrimonio en país extranjero o sólo se considera iniciado desde que concurren los requisitos actualmente exigidos por la referida norma? Así, por ejemplo, si los cónyuges casados en el extranjero bajo un régimen de comunidad restringida de ganancias, pasan a domiciliarse en Chile e inscriben su matrimonio en el Registro Civil pero sin pactar sociedad conyugal o participación en los gananciales, ¿desde cuándo se les considerará en Chile como separados de bienes?, ¿desde la fecha de la celebración del matrimonio o desde su inscripción —sin pacto de sociedad conyugal o participación en los gananciales—? ¿Quiere decir esto que desde la inscripción del matrimonio sin pacto se produce una separación legal de bienes y que, para los

⁴⁶ Cfr. VILLARROEL, C. y G., ob. cit., p. 372.

⁴⁷ Cfr. TRONCOSO, HERNAN, *Derecho de Familia*, Ediciones Universidad de Concepción, Santiago, 1992, p. 144.

efectos de la ley chilena, el eventual régimen de comunidad anterior (*lex locus celebrationis*) ha de reputarse existente pero disuelto y sujeto a la necesidad de liquidación y posterior adjudicación de los bienes implicados?

Esta cuestión apenas ha sido esbozada por la doctrina reciente en relación con el pacto de sociedad conyugal, pero, en realidad, el problema también se presenta para el pacto de participación en los gananciales y para la separación de bienes.

Para abordar el problema debemos suponer que todo matrimonio contraído en el extranjero ha generado un régimen patrimonial conforme a la ley en cuyo país se contrajo. Luego, cuando los cónyuges pasan a residir en Chile, o cuando dicho matrimonio produce efectos jurídicos en Chile, se hará necesario determinar el régimen matrimonial aplicable conforme a la legislación chilena. Pues bien, según el Derecho chileno, ¿qué sucede con los bienes y relaciones jurídicas anteriores al momento en que se determina —para la ley chilena— la existencia de la sociedad conyugal, la participación en los gananciales o la simple separación de bienes? ¿Se aplica a dichos bienes y relaciones jurídicas el régimen extranjero cualquiera que sea? o, por el contrario, ¿se entiende que, para la ley chilena, estos matrimonios —desde el mismo momento de su celebración— se han regido o por la sociedad conyugal, la participación en los gananciales o la separación de bienes, según los casos?

La cuestión resulta difícil de elucidar dado el parco texto de la ley. En breve síntesis creemos posible formular tres interpretaciones diferentes.

La primera consiste en sostener que el pacto de sociedad conyugal o el de participación en los gananciales que autoriza el art. 135 inc. 2º CC no puede tener efectos retroactivos, en el sentido de que debe operar sólo para lo futuro y no para las situaciones gestadas o para los bienes adquiridos con anterioridad, en razón de que no puede haber retroactividad si la ley no la expresa. Dicho de otra forma, la determinación en Chile de la existencia de la sociedad conyugal, de la participación en los gananciales o de la simple separación de bienes no tiene efectos retroactivos en relación con los bienes y derechos adquiridos con anterioridad a la aplicación de dicho régimen⁴⁸.

⁴⁸ En este sentido, RAMOS PAZOS, R., nt. 49, p. 280. Frente a una norma similar que contenía el proyecto elaborado por la Comisión presidida por don Julio Philippi,

Esta primera interpretación lleva a la conclusión de que, por el solo hecho del matrimonio en país extranjero, se generó un régimen patrimonial propio entre los cónyuges, con anterioridad a la determinación y existencia —para la ley chilena— de la sociedad conyugal, participación en los gananciales o simple separación de bienes. De esta forma, se produce una sucesión del régimen extranjero al régimen chileno y ello supone la previa disolución y eventual liquidación del régimen extranjero. Esto tendría especial importancia en relación con la naturaleza jurídica que tendrían los bienes de cada cónyuge a la fecha del surgimiento —para la ley chilena— de la sociedad conyugal o participación en los gananciales.

En segundo término, cabría sostener que el pacto permitido por el nuevo art. 135 inc. 2º CC produce sus efectos desde la misma fecha de la celebración del matrimonio en el país extranjero. No estamos en presencia de un problema de retroactividad de la ley sino del alcance de una única disposición legal, es decir, desde cuándo los casados en país extranjero se entienden, para la ley chilena, casados bajo el régimen de sociedad conyugal, participación en los gananciales o separación de bienes. El texto de la norma parecería abonar esta tesis, esto es, que el régimen atribuido conforme al precepto del art. 135, inc. 2º CC se entiende vigente desde la celebración misma del matrimonio en el país extranjero. Dice claramente que los que se hayan casado (tiempo subjuntivo presente) en país extranjero, se mirarán en Chile como “separados de bienes”, es decir, como “casa-

Philippi, de 1979, TOMASELLO HARTE, LESLIE, en TOMASELLO HART, LESLIE y QUINTANILLA PEREZ, ALVARO, *Reformas al régimen matrimonial y de filiación*, Edeval, Santiago, 1981, p. 84, sostiene que “la sociedad conyugal sólo regirá desde la subinscripción en Chile del correspondiente matrimonio”. Para la redacción anterior del art. 135 inc. 2º CC, GUZMAN LATORRE, D., ob. cit., pp. 500 y ss., sostenía que el problema debía resolverse por los principios de los efectos de la ley en el tiempo, como si la ley extranjera fuera una ley nacional anterior que es modificada por la que determina el régimen para el Derecho chileno, y propiciaba la aplicación del art. 3º de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Por eso pensaba que “los efectos del matrimonio sobre los bienes de los cónyuges serán obligatorios desde que la ley chilena empiece a regir, lo que ocurre, tratándose de casados en país extranjero, al constituir ellos su domicilio en Chile” (p. 501). Sin embargo, ninguno de estos autores se refiere específicamente al régimen que cabría aplicar a las relaciones patrimoniales anteriores al pacto autorizado por el art. 135 inc. 2º CC, es decir, a las generadas o producidas entre la fecha de celebración del matrimonio y el pacto de sociedad conyugal o de simple participación en los gananciales.

dos en régimen de separación", a menos que pacten sociedad conyugal o participación. En este último caso, entonces, se mirarán en Chile como "casados en sociedad conyugal o participación". En esta interpretación no habría solución de continuidad y, por tanto, sucesión de regímenes y, con ello, no procedería estimar disuelto el régimen anterior al que se sujetaba el matrimonio contraído en el extranjero según la ley extranjera.

Por último cabría sostener, junto con varios autores⁴⁹, que los casados en país extranjero se miran como separados de bienes para todos los efectos del Derecho chileno, salvo que, al momento de inscribir el matrimonio, pacten sociedad conyugal o participación en los gananciales. De esta manera, el nuevo régimen matrimonial sólo se aplica y surte todos sus efectos legales desde la fecha del pacto respectivo y no interesa, por tanto, determinar la naturaleza jurídica del régimen matrimonial anterior (extranjero), pues estos cónyuges se consideran siempre como separados de bienes. Para los efectos de la ley chilena no se produciría una auténtica sucesión de regímenes matrimoniales (extranjero-chileno) ni es necesario disolver o liquidar el eventual régimen anterior.

Tal vez sea esta última la interpretación que presenta menos problemas prácticos. De hecho es la tesis que ha sido acogida por una fundamentada sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de marzo de 1994 (rol 4.826-3). En el caso, se trataba de determinar el impuesto de la sucesión de uno de los cónyuges en relación con los bienes adquiridos por él con anterioridad al

⁴⁹ ALVAREZ CRUZ, RAUL, *Manual sobre las reformas al Código Civil* (Ley 18.802), Impresos Ogar, Santiago, s.f., pp. 35-36, nt. 18, sostiene que, aunque el texto del artículo no es suficientemente claro, debe concluirse que, en resguardo de los terceros, el pacto permitido por el art. 135 solamente produce efectos para el futuro. Añade que la historia de la Ley N° 18.802 parece abonar la tesis que postula que se produce una sustitución del régimen de separación total de bienes que importa la primera parte del inciso segundo, por el de sociedad conyugal. En el mismo sentido, RIVAS GUZMAN, RAMON, con ocasión de una respuesta dada en el Seminario sobre "*Régimen jurídico de la mujer casada en el Derecho Contemporáneo y en el Derecho Civil chileno*", en *La Revista de Derecho*, Universidad Central año III, julio-diciembre, Santiago 1989, p. 66, sostiene que "los contrayentes de matrimonio en el extranjero bajo un régimen de separación de bienes, al inscribir su matrimonio en Chile, pacten sociedad conyugal, esta última sólo regirá desde dicha inscripción, que es coincidente con la fecha del pacto. (...). Y aun en el caso de que hubiera habido un régimen de comunidad, tampoco habría problemas porque, para la ley chilena, los que se han casado en el extranjero se miran como separados de bienes". Lo sigue RAMOS PAZOS, RENE, *Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 280.

pacto de sociedad conyugal realizado al amparo del art. 135, inc. 2º CC, según la redacción dada por la Ley Nº 18.802. El matrimonio databa de 1938, mientras que el pacto fue realizado cuando se inscribió en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago el día 24 de abril de 1990. La Corte resolvió que este pacto "comenzó a regir y produjo en consecuencia sus efectos, sólo a partir de esa fecha y no desde la fecha de la celebración del respectivo matrimonio. De ello se concluye que los bienes adquiridos por don N.N. con anterioridad al 24 de abril de 1990 deben mirarse como propios y con ese criterio procede el cálculo del impuesto con se [sic] encuentra gravada su herencia"⁵⁰.

5. NUEVAS DUDAS PARA UN NUEVO TEXTO

a) Situación de los matrimonios no domiciliados en Chile

El nuevo texto de la norma no establece, como el anterior, la necesidad de que los casados en país extranjero pasen a domiciliarse en Chile. Surge, entonces, la cuestión de si este requisito es o no exigible en la actualidad.

La omisión de este requisito hace pensar que ya no es exigido por nuestro Código Civil, por lo que la norma se aplicará tanto para los cónyuges que hayan constituido domicilio en Chile como para aquellos meramente transeúntes, en la medida en que haya necesidad de determinar su régimen matrimonial para efectos que vayan a producirse en Chile. Sostiene el profesor Ramos: "Nos parece obvio que si el ánimo del legislador hubiera sido restringir

⁵⁰ La sentencia da varias razones, entre ellas, el principio de irretroactividad de las leyes manifestado en el art. 9 del Código Civil. Los fundamentos más atendibles dicen relación, sin embargo, con la necesidad de proteger la seguridad jurídica de los terceros: "no puede admitirse sin mediar texto legal expreso, una interpretación tal que haga posible que parejas casadas en el extranjero que no han ejercido la prerrogativa de inscribir su matrimonio en Chile y de pactar en dicho acto sociedad conyugal -y por lo mismo, verdaderos extraños entre sí ante terceros-, puedan en cualquier momento decidir alterar dicho *status* no sólo hacia el futuro sino desde la fecha del matrimonio. Esa interpretación, además de imposible para estos sentenciadores como ya se ha señalado en el considerando precedente, en el fondo, tornaría inciertas ante terceros las actuaciones de todos, quienes, reuniendo los requisitos de edad para hacerlo, no hayan celebrado o inscrito un contrato de matrimonio en Chile" (cons. 6º). Podría replicarse que, bien podría defenderse la aplicación de la sociedad conyugal desde el momento en que se celebra el matrimonio con la salvedad de mantener la validez de los actos celebrados con terceros en el intertanto.

los efectos de la norma sólo a los que se vinieren a domiciliar en Chile, lo habría dicho, tal como lo hacía la norma anterior"⁵¹.

Ahora bien, como en estos casos normalmente no se habrá inscrito el matrimonio en el Registro Civil chileno, los matrimonios de extranjeros transeúntes o de personas que no se encuentran en Chile serán considerados como separados de bienes.

b) ¿Deben comparecer ambos cónyuges para inscribir el matrimonio y pactar sociedad conyugal o participación?

Para proceder a la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero, ni el art. 4 N° 3, ni el art. 8 inc. 2° de la Ley de Registro Civil exigen el requerimiento de ambos cónyuges. El art. 4 N° 3 LRC dispone expresamente que la inscripción debe practicarse a petición de "cualquiera de los contrayentes". Siendo esto así, la norma del art. 135 inc. 2° CC permite a cualquiera de los cónyuges optar unilateralmente por la separación total de bienes adelantándose y sorprendiendo al otro al requerir la inscripción del matrimonio sin pacto. Se trata de una consecuencia poco afortunada de la norma, que podría prestarse para abusos, sobre todo si se conjunga con la tesis que piensa que los efectos anteriores quedan regidos por el régimen económico establecido por la ley extranjera. En tal caso, la disolución de este y su sustitución por el de separación quedarían a merced de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges.

Ahora bien, tratándose de la inscripción con pacto de sociedad conyugal o de participación, está claro que se requiere la voluntad de ambos cónyuges, ya que así lo exige el texto del art. 135, inc. 2° CC, al hablar de "pacto". Pero ¿debe manifestarse personalmente esa voluntad ante el Oficial del Registro Civil o puede conferirse mandato para expresarla?

La Ley de Registro Civil no siempre exige comparecencia personal de los que celebraron matrimonio en el extranjero para requerir su inscripción. El art. 4, N° 3, respecto de matrimonios contraídos por chilenos, se pone en el caso de que la inscripción se requiera a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. Además, según el art. 15 LRC los interesados en una inscripción

⁵¹ RAMOS PAZOS, R., ob. cit., p. 279. En el mismo sentido, ALVAREZ, R., ob. cit., p. 35.

“podrán hacerse representar por medio de mandatario”, teniéndose por tal a la persona que se presente en tal carácter, expresando que ha recibido comisión verbal.

No obstante, debe distinguirse la forma en que puede requerirse la inscripción de la forma en que puede realizarse la convención matrimonial de que trata el art. 135, inc. 2º CC. El texto de la norma presupone que estamos frente a un acto que no puede concluirse por medio de mandatario o representante, sino que requiere comparecencia personal: se señala que los que se hayan casado en país extranjero no se miran como separados de bienes si pactan “en ese acto” (la inscripción) el régimen de sociedad conyugal o de participación.

c) ¿Existe un plazo para pactar sociedad conyugal o participación en los gananciales?

El nuevo texto del artículo 135 inciso 2º CC sujeta el pacto de la sociedad conyugal o participación en los gananciales no a un término o plazo, sino a una condición: que se realice al momento en que se inscriba el matrimonio en el Registro Civil, dejándose constancia de ello en la inscripción practicada. Ahora bien, no existe plazo alguno que limite temporalmente el derecho a inscribir en el Registro Civil el matrimonio celebrado en el exterior, de modo que ha de concluirse que no hay plazo tampoco para efectuar el pacto que resulta anexo a esa inscripción⁵².

d) ¿Cuál es el rol jurídico de la constancia registral del pacto?

El art. 135, inc. 2º CC, dispone expresamente que es necesario que se deje constancia del pacto, sea de sociedad conyugal o de participación en los gananciales, en el texto de la inscripción del matrimonio.

Se trata de una disposición similar a la prevista para el pacto de separación total o de participación celebrado en el acto del matrimonio (art. 1716 CC). Para este tipo de convención la norma aclara que “sin este requisito no tendrá valor alguno”. En consecuencia, se trata de una solemnidad de existencia, sin la

⁵² En el mismo sentido, ALVAREZ, R., ob. cit., p. 36.

cual la capitulación no llega a perfeccionarse (adolecerá de inexistencia o, al menos, de nulidad absoluta).

Lo más probable es que el legislador de 1989 tuviera en cuenta precisamente esta interpretación para consagrar en los mismos términos la exigencia de este requisito, aunque sin aclarar la sanción. Debemos arribar, entonces, a idéntica conclusión.

- e) ¿Es irrevocable el pacto de sociedad conyugal o de participación en los gananciales o puede ser sustituido por voluntad de los cónyuges?

Nuevamente guarda silencio el texto del art. 135, inc. 2º CC, sobre la irrevocabilidad del régimen determinado en conformidad a su tenor. Por ello, pareciera que habrá que aplicar el principio general de nuestro Derecho matrimonial, esto es, la inmutabilidad del régimen económico.

Pero deberán considerarse también las excepciones generales reconocidas por la legislación vigente. De este modo: 1º) El régimen de separación total de bienes determinado por la inscripción del matrimonio sin pacto, podrá ser sustituido por un pacto de participación en los gananciales concluido de acuerdo con el art. 1723 CC; 2º) La sociedad conyugal pactada en la inscripción podrá ser sustituida por un pacto de separación o de participación, también *ex art.* 1723 CC; y 3º) La participación en los gananciales podrá ser sustituida por un pacto de separación total de bienes celebrado conforme con el art. 1723 CC. Todos estos pactos sustitutivos sí tienen carácter irrevocable, en conformidad con la misma norma del art. 1723, inc. 2º CC.

- f) ¿Puede alterarse el régimen pactado en la inscripción por sentencia judicial dictada en el extranjero?

Nos parece claro que los regímenes de sociedad conyugal o de participación en los gananciales pueden ser disueltos en virtud de una sentencia de separación de bienes o divorcio perpetuo dictada por los tribunales chilenos. ¿Pero qué decir respecto de las sentencias de separación judicial o de divorcio vincular dictadas por tribunales extranjeros respecto de matrimonios celebrados en el exterior?

Nuevamente, cabe hacer la diferencia entre matrimonios entre chilenos y matrimonios entre extranjeros o entre un extranjero y

un chileno. Para los primeros, en lo concerniente a la separación de bienes o separación de cuerpos, regirá el art. 15 CC y no se concederá el exequátur a menos que se compruebe que el tribunal extranjero ha aplicado una ley de fondo que coincide con la chilena y no ha vulnerado las reglas de competencia internacional de los tribunales chilenos (cfr. arts. 318 y 323 del Código Bustamante). En cuanto a la sentencia de divorcio vincular, aunque se ha discutido, entendemos que también debe aplicarse a los chilenos la regla del art. 15 CC y no procederá otorgar el exequátur, puesto que el estado civil de un chileno sólo puede extinguirse o modificarse conforme a la ley chilena, y esta no reconoce el divorcio vincular.

En cuanto a los matrimonios entre extranjeros o entre un extranjero y un chileno, procederá la aplicación, en Chile, de la sentencia de separación de bienes o de separación de cuerpos dictada por un tribunal extranjero, siempre que se cumplan los requisitos generales exigidos para el cumplimiento de sentencias extranjeras en el Código de Procedimiento Civil. Otorgado el exequátur debe entenderse que el régimen atribuido en virtud del art. 135 inc. 2º CC (sociedad conyugal o participación en los gananciales) se habrá disuelto en virtud de esa sentencia judicial reconocida por los tribunales chilenos. Debería exigirse sí que la sentencia haya sido posterior al pacto realizado en la inscripción del matrimonio en Chile, ya que si fuera anterior, debiera primar la norma del art. 135, inc. 2º CC y la voluntad pacticia de los cónyuges.

Si se trata de una sentencia de divorcio vincular otorgada por tribunal extranjero, debe aplicarse el art. 120 CC. La jurisprudencia predominante de nuestra Corte Suprema ha mantenido que tratándose de matrimonios entre extranjeros (lo que otros fallos extienden también al matrimonio de chilenos⁵³) puede otorgarse el exequátur a las sentencias de divorcio vincular, con la única salvedad de que ellas no autorizan a contraer nuevo matrimonio en Chile mientras viva el otro cónyuge. Si esto es así, debiera entenderse entonces que no sólo el régimen matrimonial (deter-

⁵³ En fecha reciente, puede verse el fallo de la Corte Suprema de 28 de enero de 1997, G. J. 1997, Nº 199, p. 60, por la cual se otorga el exequátur para que se cumpla en Chile una sentencia de divorcio dictada por un tribunal suizo en relación con un matrimonio entre chilenos celebrado en ese mismo país. La sentencia fue dictada contra el voto disidente de los Ministros Aburto y Araya, quienes estuvieron por aplicar el art. 15 CC y denegar la petición.

minado en virtud del art. 135, inc. 2º CC) sino el mismo matrimonio es reconocido como disuelto por la ley chilena, aunque con la limitación antes anotada de no habilitar para contraer nuevas nupcias⁵⁴.

Debe tenerse en cuenta que, en algunos fallos recientes, la Corte Suprema ha considerado, de un modo que nos resulta muy poco razonable, que si el matrimonio no estaba previamente inscrito en el Registro Civil chileno, no cabe conceder el exequátur a la sentencia de divorcio dictada en el extranjero, ya que al haberse disuelto ese vínculo matrimonial no podría ya practicarse la inscripción registral en Chile⁵⁵.

g) ¿Cómo se prueba ante terceros el régimen atribuido en conformidad a la norma?

Hay situaciones en las que no hay problema probatorio. Para acreditar ante terceros la sociedad conyugal, la participación en los gananciales o la separación total de bienes derivadas de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, bastará con exhibir copia de la inscripción en la que conste o no conste el pacto de sociedad o participación.

Pero si se trata de probar el régimen de separación de bienes que produce la falta de inscripción del matrimonio, la cuestión se torna compleja. En efecto, lo ideal sería que el tercero pudiera obrar sobre la base de un certificado del Registro Civil que acreditara que un determinado matrimonio no ha sido inscrito a esa fecha, pero ello no será posible ya que nuestro sistema registral civil no contempla que se otorguen certificados de meras omisiones.

⁵⁴ Sobre los efectos de las sentencias de divorcio puede verse el estudio de ALBONICO, FERNANDO, "Las sentencias extranjeras de divorcio ante la jurisprudencia de la Corte Suprema", en *RDJ* t. 55, sec. Derecho, pp. 81 y ss.

⁵⁵ Así la sentencia de Corte Suprema de 29 de diciembre de 1994, F. del M. Nº 433, p. 938: "el citado matrimonio respecto del cual se dictó la sentencia cuyo exequátur se pide no ha sido inscrito en Chile y no podrá hacerse en el futuro por cuanto ya no existe. De este modo, aun aceptando que la sentencia aludida reúna todas las exigencias del artículo 245 referido, no tiene la aptitud para cumplirse en Chile, puesto que no existe matrimonio inscrito en el Registro correspondiente". La misma doctrina aplica la sentencia de C. Sup. de 17 de diciembre de 1990, F. del M. Nº 385, p. 728, la que incluso rechaza la idoneidad de la inscripción registral del matrimonio efectuada con posterioridad a la sentencia de divorcio. Nos resulta criticable un criterio como este que sobrevalora la función de la inscripción, elevándola a la categoría de requisito constitutivo del vínculo matrimonial, cuando se trata sólo que de una formalidad de publicidad y de reconocimiento oficial de un matrimonio celebrado en el extranjero.

El problema queda sin solución, ya que el medio sustitutivo que han recomendado los autores⁵⁶ y que parece haber recogido la práctica forense, esto es, limitarse a exigir una declaración jurada de que el matrimonio no ha sido inscrito, no ofrece más garantías que el temor del declarante a incurrir en la sanción legal por su falsa declaración⁵⁷.

h) Capitulaciones y convenciones según arts. 1716, inc. 2º y 1723, inc. 4º CC

La reforma del art. 135, inc. 2º CC no ha tenido en cuenta las disposiciones de los arts. 1716, inc. 2º y 1723, inc. 4º CC, que también se refieren a los matrimonios celebrados en país extranjero. El art. 1716, inc. 2º CC, establece que, respecto de ellos, pueden celebrarse capitulaciones matrimoniales con tal que esas capitulaciones se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial, en el plazo de treinta días desde la inscripción del matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago. Por su parte, el art. 1723, inc. 4º CC señala que procede el pacto de separación o de participación tratándose de matrimonios celebrados en país extranjero, pero que en tal caso debe procederse previamente a su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago⁵⁸.

Ambas normas resultan difícilmente compaginables con la del art. 135, inc. 2º CC, ya que si la inscripción determina por imperio de la ley, sea separación de bienes, sociedad conyugal o participación en los gananciales, ¿cómo podrían aceptarse capitulaciones anteriores al matrimonio que optaran por un régimen diverso? o ¿cómo no caer en el absurdo de admitir que se pacte sociedad conyugal al momento de inscribir el matrimonio para proceder luego a pactar separación de bienes por medio de escritura pública subinscrita al margen de la antedicha inscripción?

⁵⁶ Así ROZAS VIAL, FERNANDO, *Análisis de las reformas que introdujo la Ley Nº 18.802*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 64; RAMOS, R., ob. cit., p. 279.

⁵⁷ Los bancos pueden utilizar la norma del art. 45 bis de la Ley General de Bancos (D.F.L. Nº 252, de 1960).

⁵⁸ Como la norma no indica que el plazo de treinta días se cuenta desde la inscripción del matrimonio, se entiende que corre desde la fecha de la escritura de separación. Por eso se señala que los cónyuges que quieren utilizar esta norma debieran tener el cuidado de inscribir primero el matrimonio y luego pactar la separación de bienes (Cfr. SOMARRIVA, MANUEL, *Evolución del Código Civil chileno*, Nascimento, Santiago, 1955, p. 305).

La mejor forma que visualizamos de armonizar todos estos preceptos es separando su ámbito de aplicación. El art. 135, inc. 2º CC, se aplicará sólo a los matrimonios entre extranjeros o de chilenos con extranjeros, mientras que los arts. 1716, inc. 2º y 1723, inc. 4º CC, deberán aplicarse únicamente a matrimonios entre chilenos celebrados en el extranjero. En efecto, respecto de estos últimos puede ser razonable prever que se otorguen capitulaciones conforme a la ley chilena, que se subscribirán a los 30 días de inscribirse el matrimonio en Chile⁵⁹. Del mismo modo, si estos matrimonios no otorgaron capitulaciones antes de contraer y deben entenderse casados en sociedad conyugal, podrían recurrir al pacto de separación de bienes o participación en los gananciales del art. 1723 CC, inscribiendo previamente su matrimonio en el Registro Civil chileno⁶⁰.

i) ¿Gozan los cónyuges casados en el exterior de un crédito privilegiado?

El art. 2484 CC parece ostentar un cierto mimetismo para ocultarse de las miradas de los reformadores del Código. Ha soportado todas las incursiones matrimoniales, y mantiene su texto original, que aún sigue haciendo referencia al art. 119 del

⁵⁹ La única posible excepción sería para el raro caso de que los cónyuges extranjeros otorgaran capitulaciones anteriores al matrimonio para complementar el régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales mediante estipulaciones admisibles para la ley chilena. En tal evento, estos cónyuges, una vez determinado el régimen matrimonial por la vía de la inscripción de su matrimonio en el Registro Civil, podrían pretender subinscribir dichas capitulaciones para que pudieran tener efecto en Chile.

⁶⁰ RODRIGUEZ GREZ, PABLO, *Regímenes patrimoniales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 19, piensa que la norma del art. 1716 CC permite a todos los casados en país extranjero pactar capitulaciones matrimoniales hasta el momento en que inscriban su matrimonio en Chile, "ya que si pueden pactar sociedad conyugal o participación en los gananciales al practicar la inscripción, lo propio pueden hacer con antelación a ella". Pero una explicación de esta naturaleza no salva el absurdo que supone pactar de un modo más engorroso lo mismo que se puede hacer de una manera tan abreviada.

Por su parte, MERINO SCHEIHING, FRANCISCO, "Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales en el Derecho civil chileno", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Conosur, Santiago, 1996, p. 190, estima que los matrimonios contraídos en el extranjero tienen dos momentos para pactar participación en los gananciales, a saber: al momento de la inscripción, o con posterioridad a ella mediante escritura pública subinscrita. Pero si el plazo se cuenta desde la misma inscripción, la operación resulta bastante ilógica, ya que en menos de un mes suponemos que el matrimonio habrá rechazado pactar participación para luego decidirse a hacerlo de un modo mucho más engorroso y caro.

Código, sustituido en 1884 por el art. 15 de la Ley de Matrimonio Civil. Tampoco la norma ha sido afectada por las leyes Nº 18.802, de 1989 y Nº 19.335, de 1994.

Según el precepto, los matrimonios celebrados en país extranjero y que conforme con el artículo 119 (hoy 15 de la Ley de Matrimonio Civil) deban producir efectos civiles en Chile, "darán a los créditos de la mujer sobre los bienes del marido existentes en territorio chileno el mismo derecho de preferencia que los matrimonios celebrados en Chile".

La norma hacía originalmente referencia al crédito de la cuarta clase que la mujer casada en sociedad conyugal tenía en contra del marido, por los bienes de su propiedad administrados por este. Cuando se dicta la Ley Nº 18.802 y se modifica el texto del art. 135, inc. 2º CC, el art. 2484 CC ha tenido que ser entendido exclusivamente para los matrimonios que hayan pactado sociedad conyugal al momento de inscribir su matrimonio en el Registro Civil⁶¹.

Pero, después de la Ley Nº 19.335 cabe preguntarse qué sucede si los cónyuges optan por el sistema de participación en los gananciales. Para los matrimonios contraídos en Chile, la ley se encargó de modificar el art. 2481, Nº 3 CC, para agregar como crédito privilegiado de la cuarta clase el de los cónyuges (ambos y no sólo la mujer) sobre los gananciales. Pero, ¿qué debe decirse respecto de los matrimonios celebrados en el exterior? Si nos atenemos a la letra del art. 2484 CC debiéramos llegar a la conclusión de que, aun cuando se trate de participación, el único crédito privilegiado es el de la mujer, careciendo de esta preferencia el posible crédito de gananciales que pudiese corresponder al marido.

No obstante, una interpretación más acorde con la finalidad de la norma, que es precisamente extender los efectos de los privilegios derivados del régimen matrimonial a los matrimonios contraídos en país extranjero, podría defenderse que la preferencia se aplica, tratándose de participación en los gananciales, en favor de ambos cónyuges. Nos inclinamos por este último partido.

⁶¹ Cfr. BAHAMONDES PRIETO, LUIS FELIPE, *La prelación de créditos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 135.

j) Aplicabilidad del estatuto primario
de los bienes familiares

El estatuto especial sobre los bienes familiares que la Ley Nº 19.335, de 1994, introdujo en los arts. 141 y siguientes del Código Civil, para proteger la vivienda que sirve de residencia principal de la familia y sus enseres, debiera ser aplicable a los matrimonios celebrados en país extranjero. En efecto, el art. 141 dispone que esa regulación se aplicará a los bienes de los cónyuges "cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio". De esta manera, sea que se trate de un matrimonio no inscrito en el Registro Civil o inscrito pero sin pacto (al que se aplicará el régimen de separación) o inscrito con pacto de sociedad conyugal o de participación en los gananciales, el inmueble que sirve de residencia principal de la familia y los muebles que guarnecen el hogar, así como los derechos en la sociedad propietaria del inmueble que sirve de residencia familiar, que pertenezcan a uno o ambos cónyuges, podrán ser afectados como bienes familiares y quedar sometidos a este estatuto especial.

En todo caso, los bienes corporales que pueden declararse como familiares deben ser bienes situados en el territorio nacional, ya que sólo estos bienes están sujetos a las leyes chilenas (art. 16 CC). Lo mismo debiera decirse del inmueble de propiedad de la sociedad cuyos derechos son susceptibles de ser afectados como bienes familiares (art. 146 CC).

6. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO

Las reformas de 1989 y 1994 plantean también algunos problemas relacionados con los efectos en cuanto al tiempo de las nuevas normas.

a) ¿Se aplica el nuevo texto a los matrimonios contraídos en el extranjero y que pasaron a domiciliarse en Chile con anterioridad al 9 de septiembre de 1989?

Estamos frente a un verdadero problema de retroactividad de la ley. Se trata de saber si la Ley Nº 18.802 tiene en esta parte efecto retroactivo, de manera de resultar aplicable a los matrimonios contraídos en el extranjero y domiciliados en Chile pero con anterioridad a su entrada en vigencia (9 de septiembre de

1989), o si, por el contrario, debe negarse esa retroactividad y el nuevo texto del art. 135, inc. 2º CC sólo puede aplicarse a aquellos matrimonios contraídos en el extranjero y/o domiciliados en Chile con posterioridad a esa fecha.

Pensamos que, como la ley no ha dispuesto expresamente la retroactividad, debe regir el principio general manifestado en el art. 9 del Código Civil y, por lo tanto, ha de negarse que la ley pueda surtir efectos para situaciones verificadas con anterioridad a su entrada en vigor. Sostenemos con Claro Solar que "en ausencia de la voluntad del legislador, el juez debe aplicar la ley de modo que no tenga efecto retroactivo"⁶².

Este principio es también el que inspira la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, de 7 de octubre de 1861, cuando dispone que "las reglas de subordinación y dependencia entre cónyuges [...] establecidas por una nueva ley, serán obligatorias desde que ella empiece a regir, sin perjuicio del pleno efecto de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de una ley anterior" (art. 3, inc. 2º).

Asimismo, la Ley Nº 18.802 expresó también este respeto por las situaciones anteriores, aunque en una disposición muy limitada. Su único artículo transitorio dispuso que "en los juicios cuyas demandas estén notificadas al entrar en vigencia esta ley y que versen sobre materias por ella modificadas, se aplicarán las normas vigentes a la fecha de la notificación de la demanda". La doctrina ha hecho ver que "la no retroactividad de la nueva ley debe ir mucho más allá que los juicios cuyas demandas estén notificadas al entrar en vigencia esta ley, aplicándose las normas contenidas en la ley sobre efecto retroactivo de las leyes"⁶³.

En la legislación uruguaya se presentó un problema similar al planteado en este apartado, al haberse sustituido el antiguo art. 130 del Código Civil uruguayo (que contenía un precepto idéntico a nuestro anterior art. 135 inc 2º CC), por la norma del actual art. 2397 Código Civil de dicho país. La norma fue modificada por la Ley Nº 10.084, de 3 de diciembre de 1941 y, según su nuevo texto, el régimen patrimonial se regula por la ley "del primer domicilio matrimonial en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes sobre materia de estricto

⁶² CLARO SOLAR, L., ob. cit., t. I, Nº 112, p. 63.

⁶³ TOMASELLO HART, LESLIE, *Situación jurídica de la mujer casada. La reforma de la Ley Nº 18.802 al Código Civil*, Edeval, Valparaíso, 1992, p. 122.

carácter real". La doctrina local ha estimado que la reforma no puede aplicarse con carácter retroactivo y que "el régimen patrimonial de los matrimonios celebrados antes de entrar en vigencia el art. 2397 del Código Civil sigue regulado por el art. 130, in. 2º, hasta la disolución del vínculo matrimonial"⁶⁴.

No obstante, debemos advertir que en los apuntes de clases que dejó inéditos el profesor Rozas Vial, se defiende expresamente la doctrina contraria. Según el destacado civilista, el régimen de bienes es un efecto anexo al estado civil que produce el matrimonio, por lo que, en conformidad con el art. 3 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, se debe subordinar a la ley posterior. De allí que los matrimonios a los que se aplicaba la sociedad conyugal según la versión anterior del art. 135, al entrar en vigencia la nueva ley pasan a ser tratados como separados de bienes y como simples comuneros de los bienes adquiridos con anterioridad (la ley habría operado la disolución de la sociedad conyugal). Estos cónyuges podrían acogerse al nuevo texto del art. 135, inc. 2º y pactar sociedad conyugal, salvo que ya tuvieran inscrito su matrimonio en el Registro Civil chileno⁶⁵.

b) ¿Puede pactar participación en los gananciales un matrimonio domiciliado o inscrito antes de la entrada en vigor de la Ley Nº 19.335 de 1994?

Se presenta similar problema que el anterior: ¿a qué matrimonios puede aplicarse la norma en su texto reformado por la Ley

⁶⁴ ALFONSIN, QUINTIN, "Nota sobre las normas uruguayas de derecho privado internacional referentes al régimen patrimonial del matrimonio", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XI, julio-diciembre de 1960, Nº 3-4, p. 397. Observa con acierto este autor que está fuera de duda que el nuevo precepto no posee efecto retroactivo sobre las consecuencias que el régimen produjo en el pasado con arreglo a la antigua norma, y que lo que se discute es si el nuevo artículo debe tener aplicación sobre las consecuencias futuras de un régimen patrimonial que, en el pasado, se regulaba por la norma antigua, o si por el contrario, ese régimen debe seguir sometido al texto de esta última, no obstante su derogación. Finalmente se decanta por esta última opción, dada la falta de expresión de voluntad del legislador y visto el criterio de que la ley aplicable al régimen patrimonial es inmutable (pp. 394 y ss.). El mismo razonamiento puede ser aplicado en Chile para sostener la irretroactividad general de la modificación de nuestro artículo 135, inc. 2º CC, realizada en virtud de la Ley Nº 18.802, de 1989.

⁶⁵ Rozas advierte que podría refutársele invocando el art. 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, pero estima que esta disposición no es aplicable al caso por referirse únicamente a los contratos patrimoniales (ROZAS, F., *Regímenes matrimoniales...* cit., pp. 261-263).

Nº 19.335? Siguiendo el mismo criterio que propicia la irretroactividad legal, debemos concluir que si respecto del matrimonio contraído en país extranjero operó la norma original del art. 135, inc. 2º CC por haber pasado los cónyuges a domiciliarse en Chile, el régimen así determinado no podrá ser sustituido en virtud de un pacto realizado al amparo del nuevo texto de dicha norma.

Igualmente, si el matrimonio fue inscrito durante la vigencia del texto del art. 135 inc. 2º CC, determinado por la Ley 18.802, su régimen se habrá fijado conforme a esa disposición (separación de bienes o pacto de sociedad conyugal), sin que puedan estos matrimonios invocar la norma en su redacción actual para pretender acogerse al régimen de participación. Nada empece, sí, que estos matrimonios puedan pactar participación en los gananciales, en conformidad con la norma general del actual art. 1723 CC.

Por el contrario, si el matrimonio, aunque contraído en el extranjero con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Nº 19.335, no tenía aún régimen fijado para la legislación chilena por la aplicación del art. 135 inc. 2º CC en sus dos redacciones anteriores, los cónyuges podrán invocar el texto en su redacción actual para optar entre pactar sociedad conyugal o participación en los gananciales, al momento de inscribir el matrimonio en la Primera Circunscripción de la Comuna de Santiago del Registro Civil.

V. CONSIDERACIONES SOBRE LA SITUACION LEGAL ASCTUAL Y PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO

Después de estudiar el origen, desarrollo y reforma de la norma que, en nuestro sistema matrimonial, regula los efectos patrimoniales del matrimonio contraído en el extranjero, pueden efectuarse algunas consideraciones conclusivas.

Parece claro que la norma original presentó demasiadas dificultades de interpretación para que su aplicación pudiera efectuarse sin conflictos. Es cierto también que la nueva disposición que la ha sustituido ha superado el escollo principal que presentaba esa norma en cuanto a calificar si el régimen extranjero era o no sociedad de bienes. En este sentido, la nueva norma ha introducido un factor de indudable simplificación en la determinación del régi-

men aplicable, si bien incurriendo en la paradoja de aplicar supletoriamente a los casados en el extranjero un régimen —el de separación total de bienes— que para los casados en Chile requiere pacto expreso. La Ley Nº 19.335 se limitó a abrir el abanico de los regímenes posibles de pacto, ya que en general así lo hizo para los matrimonios que se contraen en el territorio nacional⁶⁶.

Pero de lo que queda dicho parece también indudable que la aspiración de erradicar las dudas de interpretación de la norma debe considerarse sólo parcialmente lograda. Y ello no sólo porque no fueron solucionadas dos importantes controversias que se planteaban ya con el anterior texto (la aplicabilidad de la norma a los matrimonios entre chilenos y el efecto retroactivo de la determinación del régimen), sino por cuanto se han abierto otras dificultades de intelección, entre las cuales la más grave se refiere al régimen probatorio.

Aún más: sin perjuicio de estas cuestiones de interpretación, que siempre se presentarán por muy depurada que sea la redacción técnica de los preceptos, habría que preguntarse si debiera mantenerse en nuestro ordenamiento una norma que privilegia el principio territorialista hasta el punto de desconocer completamente el estatuto personal de los extranjeros que pasan a residir en el país. Como hemos visto, tal solución no se aviene con las fórmulas ensayadas por las legislaciones modernas de derecho internacional privado ni con las convenciones internacionales que existen sobre esta materia⁶⁷.

⁶⁶ MERINO, F., "Consideraciones..." cit., p. 191, critica la solución que adoptara la Ley Nº 18.802, de 1989, porque el régimen de separación es uno de los más drásticos y puede afectar de manera incua a algunos de los cónyuges al tiempo de disolverse el matrimonio. Piensa que era más equitativa la fórmula original del art. 135. Frente a la Ley Nº 19.335, reafirma su parecer crítico y considera que "habría sido una magnífica oportunidad haber vuelto en la Ley Nº 19.335 a la antigua solución sobre el régimen patrimonial ...".

⁶⁷ No obstante lo cual, el proyecto de ley en actual trámite parlamentario que pretende sustituir la sociedad conyugal por un régimen de participación en los gananciales en su modalidad comunitaria (Bol. 1707-18 de la Cámara de Diputados), mantiene el mismo criterio, aunque intentando una combinación entre la regla original del Código y la norma en actual vigor. Según este proyecto, el inciso segundo del art. 135 CC quedaría como sigue: "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 comunidad de gananciales o que al inscribir su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, pacten en ese acto comunidad de gananciales o participación en los gananciales dejándose constancia de ello en dicha inscripción". Evidentemente, de prosperar esta iniciativa renacerían las discusiones sobre qué debe entenderse por "comunidad de gananciales".

Quizás sea llegada la hora de ensayar una propuesta legislativa capaz de armonizar el respeto por las opciones personales de los contrayentes y la seguridad de los terceros nacionales que contratan con ellos. Una distinción entre: 1) relaciones entre los cónyuges (para las cuales podría considerarse el régimen de su nacionalidad o residencia inicial, a falta de opción expresa por uno de los regímenes chilenos), y 2) relaciones de los cónyuges con terceros (para los que regiría únicamente la opción por un régimen chileno, y en su defecto la separación de bienes), podría ser un buen punto de partida para una futura reformulación legal de esta enrevesada pero importantísima materia.