

Innovaciones en materia de Regímenes Patrimoniales

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Algunas observaciones generales

Los regímenes patrimoniales en Chile se caracterizan por tres aspectos básicos: su **multiplicidad**, su **mutabilidad** y su **complejidad**.

Desde luego, no es frecuente que en un mismo sistema legal coexistan tres regímenes diversos que se adoptan por voluntad de los interesados. En nuestro país el matrimonio puede implicar una comunidad de bienes, o la unidad de destino de dos patrimonios, o su absoluta independencia. La sociedad conyugal, la participación en los gananciales y la separación de bienes conducen, precisamente, a estos objetivos.

La legislación vigente, por otra parte, permite transitar entre los diversos regímenes con extrema facilidad. Así, por ejemplo, quienes contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal pueden voluntariamente adoptar el régimen de participación en los gananciales (art. 1723 del Código Civil) y, posteriormente, sustituir éste por el de separación total de bienes. De este tránsito, como es obvio, se sigue un perjuicio para los terceros que contratan con el marido o con la mujer, atendido el hecho de que, conforme las disposiciones de cada régimen, pueden producirse nulidades que comprometerán los derechos de dichos terceros. Desde este punto de vista, nuestra legislación es exageradamente liberal en lo que dice relación con la sustitución de los regímenes patrimoniales.

Por último, la reglamentación legal de esta materia es complejísima. Son muy pocas las parejas que contraen matrimonio, si las hay, conociendo con cierta precisión sus derechos. Para formarse una idea clara de lo que se señala basta con indicar que la sociedad conyugal coexiste con los llamados **regímenes anexos**, esto es, separaciones parciales de bienes (artículos 150, 166, 167 y 1724), sujetos a regulaciones especiales. Setenta artículos reglamentan la sociedad conyugal, muchos de los cuales se remiten referencialmente a otras tantas normas establecidas en el Libro I del Código Civil. A lo dicho habría que agregar la circunstancia de que las sucesivas reformas han ido dejando vacíos que deben llenarse por la vía interpretativa,

todo lo cual redundando en incertidumbre e inseguridad. Ni siquiera en materias tan sensibles como la nulidad, existen criterios unánimes en la doctrina. Por otro lado, hay normas que no tienen aplicación en la práctica y que, a lo más, se emplean para los efectos de una liquidación voluntaria, permitiendo ajustar los patrimonios comprometidos. Se trata, entonces, de instituciones divorciadas de las tendencias modernas.

II. Regímenes patrimoniales y realidad social

Probablemente ninguna institución más que los regímenes patrimoniales está determinada (o debería estarlo) por la realidad social imperante. Lo que señalamos se ve magnificado por el hecho de que vivimos en una comunidad desintegrada, en que se superponen diversos sectores o grupos con medios económicos, nivel cultural, valores, etc., muy diversos y, a veces, contrapuestos. Esto hace extremadamente difícil satisfacer todas las necesidades sociales comprometidas y la continuidad de una legislación estable.

Particularmente importante es destacar que esta materia está condicionada por el rol que corresponde a la mujer y al hombre en el proceso productivo. La desigualdad en el ejercicio de estos roles determina la necesidad de establecer un sistema de discriminación positiva, cuestión repudiada por ciertos sectores feministas.

Es un hecho que la mujer se ha ido incorporando en los tres últimos decenios, especialmente, al mundo productivo, pero tiene ella, aún, desventajas significativas. Son muchas las mujeres que en el día de hoy, junto con realizar tareas productivas (a veces más exitosas que las del marido), deben atender de preferencia las labores del hogar. Esta realidad no tiene una expresión adecuada en la legislación vigente. Es cierto que existen instituciones discriminatorias que la favorecen, como sucede, por ejemplo, con el llamado patrimonio reservado de la mujer casada, pero éste no es suficiente. Si desde el punto de vista doctrinario podemos formular muchas críticas a esta institución (recuérdese que se confieren plenas facultades de administración a la mujer no obstante tratarse de bienes sociales, en oposición a las muchas restricciones que afectan la administración de los mismos bienes por parte del marido, sin dar a éste ni siquiera el derecho de reclamar la separación de bienes), no puede desconocerse que ella ampara una realidad que nadie puede ignorar. Es la mujer en Chile la que mejor y más efectivamente ha protegido y sostenido al grupo familiar. En mi larga carrera profesional podría contar con los dedos de una mano a las mujeres que han abandonado a sus hijos pequeños, pero son innumerables los hombres que han renunciado al cumplimiento

de sus obligaciones más elementales con un desprecio absoluto por su familia. De esta realidad nadie debería desentenderse a la hora de legislar, más allá de las tendencias feministas que proclaman la necesidad de igualar los roles del hombre y de la mujer en la sociedad moderna. Mientras aquella aspiración no se concrete, la regulación legal no puede desatender lo que sucede en la realidad social.

Como se advierte, vivimos una etapa de transición, en la cual el hombre ha dejado de ser el único proveedor y la mujer la encargada de la vida doméstica del hogar. Pero aun falta mucho para lograr un equilibrio adecuado. De aquí las dificultades que asaltan al legislador en esta materia. Es ya tradicional entre nosotros el esfuerzo por "parchar" la legislación para evitar un cambio abrupto de la misma. No tengo claro si esto es provechoso o perjudicial, pero lo cierto es que, como se observará más adelante, en lo concerniente a los regímenes patrimoniales en el matrimonio, esta tendencia se ha extremado. Cabe preguntarse si no habría sido mejor encarar este tránsito social con una legislación más flexible, simple y menos ambiciosa. Creo que la respuesta depende de la opinión que a cada uno merezcan las normas que analizaremos críticamente más adelante.

En síntesis, los regímenes patrimoniales no pueden prescindir de la función económica que corresponde a cada cónyuge, y esta cuestión está experimentando cambios profundos día a día. De aquí, creemos nosotros, que debemos ser muy cautos en el enjuiciamiento de la legislación vigente.

III. Evolución de la legislación sobre regímenes patrimoniales

A partir de 1925 se observa una clara tendencia en esta materia. Se intenta, sin duda, mejorar la situación de la mujer respecto de la que corresponde al marido. Fue precisamente ese año cuando un gobierno de facto dictó el Decreto Ley N° 328 que creó el "**patrimonio reservado de la mujer casada**". Se trató de una conquista social, ya que en ciertos sectores, preferentemente marginales, la remuneración que correspondía a la mujer que trabajaba debía pagársele al marido, el cual derrochaba estos recursos, en perjuicio de la familia común. Al darle plena capacidad legal para percibir lo que la mujer obtenía con el fruto de su trabajo, se amparaba, paralelamente, a la prole. Reiteremos que, en todos los sectores de la sociedad, ha sido invariablemente la mujer el sostén de la familia y la que con mayor abnegación ha luchado por la suerte de sus hijos.

Como es sabido, esta legislación irregular fue sustituida por la Ley N° 5.521, del año 1934, la cual tuvo origen en una comisión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, presidida entonces por don Arturo Alessandri

Rodríguez. Esta ley incorpora al Código Civil el artículo 150, que subsiste con muy pocas reformas hasta el día de hoy.

Posteriormente, la Ley N° 7.612 reforma en esta materia el Código Civil, introduciendo, entre otras innovaciones, la facultad de los cónyuges para sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes, pudiendo liquidarse en el mismo acto la sociedad conyugal (actual artículo 1723). La Ley N° 10.271, de 1952, marca ya definitivamente la tendencia de dar a la mujer mayores prerrogativas en la administración de la sociedad conyugal, lo cual se acentúa con la dictación de la Ley N° 18.802, de 1986, que hace desaparecer la incapacidad relativa de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal. Por último, la Ley N° 19.335, de 1994, completa este ciclo, introduciendo el régimen de participación en los gananciales y los llamados bienes familiares. El primero se incorpora al Código Civil en un solo artículo (1792), el cual contiene 27 numerales; los segundos se regulan entre los artículos 141 y 149, para cuyos efectos se debió trasladar otras disposiciones en un proceso de reordenación del articulado del Código Civil.

No exageramos si decimos que a esta altura de la evolución analizada, existe una especie de **coadministración** en el régimen de sociedad conyugal, ya que la mujer interviene obligadamente en la gestión de los negocios sociales de mayor significación, como se observará más adelante. Resulta, por lo mismo, ilusorio lo previsto en el artículo 1752 del Código Civil, cuando dice que "la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145". Lo cierto es que ninguna de las disposiciones actuales que facultan a la mujer para intervenir activamente en la administración de la sociedad conyugal (incluso asumiendo, como se verá, su administración ordinaria), podrían justificarse si la mujer efectivamente no tuviere derecho alguno sobre los bienes sociales. Esta norma, que pudiere estimarse necesaria para el diseño de la filosofía del régimen, carece hoy de toda realidad. La intervención de la mujer en la administración de los bienes sociales es una tendencia que se acentuará en el futuro, al extremo de conformarse, como se dijo, una verdadera coadministración.

La línea evolutiva, por consiguiente, es clara y todo hace presumir que se profundizará más adelante. En la medida en que la mujer siga incorporándose masivamente al proceso productivo y las condiciones que le ofrezca el mercado sean equivalentes a las del marido, la sociedad conyugal deberá modificarse, o bien adoptarse otro régimen patrimonial fundado en la igualdad de roles. Pero mientras lo anterior no ocurra, deberá subsistir un sistema que reconozca la necesidad de dar un tratamiento preferencial (discriminación positiva) a la mujer casada.

IV. Actual normativa

En Chile el régimen de bienes en el matrimonio se escoge libremente por los contrayentes, sea manifestando su voluntad tácita o expresamente. Si ellos nada expresan, se entienden que optan por la sociedad conyugal, así lo consagran los artículos 135 y 1718 del Código Civil. En un solo supuesto los contrayentes deben pactar expresamente la sociedad conyugal. Se trata de los matrimonios celebrados en país extranjero, caso en el cual ellos se miran 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..." (inciso segundo del artículo 135). El régimen de sociedad conyugal convive con cuatro regímenes anexos, consagrados, respectivamente, en los artículos 150 (patrimonio reservado de la mujer casada), 166 (donaciones, herencias o legados hechos a la mujer con la condición precisa de que no tenga el marido la administración de las cosas heredadas, donadas o legadas), 167 (separación parcial de bienes convenida en capitulaciones matrimoniales), y 1724 (donaciones, herencias o legados hechos a cualquiera de los cónyuges con la condición de que los frutos de las cosas donadas, heredadas o donadas no pertenezcan a la sociedad conyugal). En este último caso, como se explicará más adelante, debe entenderse que se produce la separación parcial de bienes, ya que existen razones incluso más poderosas que las consignadas en el artículo 166.

Los demás regímenes patrimoniales son alternativos, esto es, pueden convenirse cuando se manifiesta la voluntad en términos formales y explícitos. En este caso se encuentra la separación total de bienes, que puede pactarse antes de la celebración del matrimonio en las capitulaciones matrimoniales (artículo 1715 inciso primero), durante la celebración del matrimonio (artículo 1715 inciso segundo), o durante el matrimonio (artículo 1723). Como puede observarse, la ley da amplias facilidades a los contrayentes y los cónyuges para sustituir la sociedad conyugal por la separación total de bienes.

Finalmente, el otro régimen alternativo es la participación en los gananciales (modalidad crediticia), que puede convenirse antes del matrimonio (artículos 1715 inciso segundo y 1792-1), en la celebración del matrimonio (artículo 1715 inciso segundo) y durante el matrimonio (artículos 1792-1 y 1723). Como ya se indicó, pueden los cónyuges, además, sustituir el régimen de separación de bienes o de sociedad conyugal por la participación en los gananciales (artículos 1723 y 1792-1).

Cabe observar que, a partir de las leyes N^{os} 18.802 y 19.335, se establece un "patrimonio de responsabilidad" en relación a la mujer casada sometida al régimen de sociedad conyugal. Este se encuentra integrado

por los bienes que ella administra separada del marido (artículos 150, 166 y 167), todos los cuales quedan afectos a las obligaciones contraídas por la mujer tanto en dicha administración como en los actos ejecutados con autorización judicial respecto de sus bienes propios (artículo 138 bis). Así se establece en el artículo 137, que contiene el principio general: "Los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167".

V. La sociedad conyugal

Conviene fijar la situación jurídica de los bienes que los cónyuges tienen al momento de celebrarse el matrimonio.

1. Bienes inmuebles. Dichos bienes se mantienen en el patrimonio de cada cónyuge, al margen de la sociedad conyugal, vale decir, no son comunicables. Sólo los frutos que produzcan dichos bienes pertenecerán a la sociedad conyugal (ingresan al haber absoluto por disposición del artículo 1725 N° 2, salvo que se trate de bienes donados, heredados o legados con la condición de que dichos frutos no pertenezcan a la sociedad conyugal, situación contemplada en el artículo 1724, que se analizará más adelante). Sobre esta materia es útil preguntarse si pueden los cónyuges aportar un bien raíz a la sociedad conyugal, debidamente avaluado en capitulaciones matrimoniales. Esta situación estaba contemplada en el artículo 1725 N° 6, actualmente derogado. No obstante esta derogación, creemos nosotros que no existe inconveniente alguno, ya que los esposos pueden celebrar cualquier convenio, siempre que ellos no sean contrarios a la ley ni a las buenas costumbres, ni vayan en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes, según señala el artículo 1717. Por consiguiente, no hay inconveniente en celebrar esta estipulación, tanto más si se tiene en consideración que la deuda que se contraiga con el cónyuge aportante deberá pagarse en términos reales y no nominales (recompensa).

2. Bienes muebles. Los bienes muebles por el hecho del matrimonio pasan a integrar el haber relativo de la sociedad conyugal (vale decir, con derecho a recompensa al momento de liquidarse la sociedad conyugal), salvo que los mismos sean objeto de una estipulación en capitulaciones matrimoniales que los "eximan de la comunión". Así se establece en el artículo 1725 N° 43. Si se analizan estas disposiciones se llegará a la conclusión de que la sociedad conyugal opera, a este respecto, como un verdadero título traslativo de dominio a favor del marido. En efecto, el artículo 1750 señala que éste es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio. Más aún, el artículo

1739 inciso 4° consagra una presunción a favor de los terceros que contratan con el marido o con la mujer, quedando ellos a cubierto de toda reclamación sobre el origen de los bienes (si son propios o de la sociedad conyugal), siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o la tradición del bien respectivo, salvo que se trate de bienes sujetos al sistema registral (registro abierto al público). De lo que se señala se infiere, entonces, que opera una transferencia de dominio de los bienes muebles que la mujer posee al momento de celebrar matrimonio, al marido, que ante terceros es el único dueño de los mismos. Claro está que la mujer tiene, al igual que el marido, derecho a recompensa real y no nominal, como ocurría antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 18.802.

3. Títulos de adquisición. El artículo 1736 consagra en el día de hoy siete casos en que los bienes adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal no ingresan a ella o ingresan con cargo a recompensa, no obstante lo prescrito en el artículo 1725 N° 5. Digamos, desde luego, que esta enumeración **no es taxativa** y, por lo mismo, constituye un principio general el que “la especie adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella” (artículo 1739 inciso 1°). Por consiguiente, podemos sostener que cada cónyuge es dueño de su respectivo título o causa de adquisición, la cual puede invocarse para reclamar el dominio de los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal, o recompensa por los bienes muebles en la misma hipótesis. Recordemos que el principio es el mismo: los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso durante la sociedad, si el título o causa de adquisición ha precedido a ella, se integran al patrimonio propio de cada cónyuge; si el bien es mueble, éste ingresa a la sociedad conyugal con cargo a recompensa (haber relativo). Tratándose de donaciones remuneratorias, la solución debe fundarse en los mismos presupuestos. Si se dona un bien raíz, se formará una comunidad entre el cónyuge donatario y la sociedad conyugal, que se formará con la parte donada (aquella que no da acción para perseguir el pago de los servicios) y la parte pagada (que da acción para exigir el pago del servicio). Así se desprende de la solución contemplada para otras hipótesis en los artículos 1728 y 1729. Si la donación es de un bien mueble, éste ingresará a la sociedad conyugal, dando derecho a recompensa a favor del cónyuge donatario por la parte de la donación que no da derecho a exigir el pago de los servicios. Como puede observarse, las soluciones son perfectamente coherentes. La modificación introducida al artículo 1739 por la Ley N° 18.802 puso fin a una antigua discusión que se había planteado a propósito de los contratos de promesa de compraventa de bienes raíces celebrados antes del matrimonio, ya que, incluso, podía haberse pagado íntegramente el precio del inmueble y celebrado el contrato definitivo durante el matrimonio.

El artículo 1739 N° 7 reguló expresamente esta situación, incorporando la exigencia de que el contrato de promesa se otorgue por instrumento público o instrumento privado, cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el artículo 1703.

Esta es, a grandes rasgos, la situación de los bienes de los cónyuges al momento de contraer matrimonio.

En cuanto a las deudas, el artículo 1740 N° 3 establece que ellas pesan sobre la sociedad conyugal, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello. Esta disposición atenúa el rigor de lo previsto en el artículo 1725 N° 4, en relación al artículo 1750 (transferencia de los bienes muebles de la mujer al marido por el hecho del matrimonio), ya que será el marido el obligado al pago de las deudas de la mujer, comprometiendo en ellos todos sus bienes, incluso los propios.

VI. Administración ordinaria de la sociedad conyugal

La administración ordinaria de la sociedad conyugal corresponde de pleno derecho al marido capaz. Si es incapaz, deberá designarse un curador para esta administración.

1. Características

a) Le corresponde al marido de pleno derecho sin necesidad de pacto o estipulación alguna. No pueden los contrayentes acordar en capitulaciones matrimoniales que la administración ordinaria corresponderá a la mujer o a un tercero;

b) La mujer durante la sociedad conyugal no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales (artículo 1752). Este enunciado, con las modificaciones experimentadas por el Código Civil, parece no corresponder a la realidad. Si así fuere, no se divisa cómo es posible el establecimiento de una verdadera coadministración en que participa, como se observará, la mujer en su condición de tal;

c) La administración se prolonga por todo el tiempo de vigencia de la sociedad conyugal, salvo que proceda la administración extraordinaria (quiebra del marido, interdicción o ausencia);

d) El marido es el "jefe" de la sociedad conyugal (lenguaje probablemente demasiado autocrático en el día de hoy). No es mandatario, no rinde cuenta de su gestión, no otorga garantía de restitución o

conservación de los bienes propios de su mujer, y responde sólo de dolo o culpa grave (artículos 1748 y 1771);

e) Puede ser privado de la administración por causales que provocan la disolución de la sociedad conyugal (separación de bienes por los motivos consagrados en el artículo 155, modificado tanto por la Ley N° 18.802 como por la N° 19.335);

f) Ante terceros el marido es el dueño de los bienes sociales (artículo 1750); y

g) El marido administra tanto los bienes sociales como los bienes propios de la mujer (artículo 1754, 1755 y 1756).

2. Limitaciones del marido como administrador de los bienes sociales

El artículo 1749 consagra varias limitaciones para la administración del marido respecto de los bienes sociales. Estas limitaciones han ido aumentando, observándose una tendencia clara de la legislación en este sentido. Para la ejecución de los actos previstos en este artículo es necesaria la autorización específica de la mujer:

a) **No puede el marido gravar ni enajenar ni prometer gravar o enajenar los bienes raíces sociales ni los derechos hereditarios de la mujer.** Se zanjó de esta manera otra larga controversia sobre la facultad del marido para prometer gravar o enajenar bienes raíces y luego, como consecuencia de la ejecución forzada del contrato de promesa, realizar una enajenación forzosa;

b) **No puede el marido dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales por más de 5 años tratándose de bienes urbanos ni más de ocho años tratándose de bienes raíces rurales, incluyendo las prórrogas que hubiere pactado el marido;**

c) **No puede el marido disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso contemplado en el artículo 1735.** Este último artículo permite que el administrador de la sociedad conyugal haga donaciones de bienes sociales "si fueren de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social". Esta norma no distingue si se trata de bienes raíces o muebles, por consiguiente pueden donarse unos y otros, pero siempre con el límite impuesto: poca monta en consideración de las fuerzas del haber social. Asimismo, esta regulación expresa hace inaplicable el artículo 1401, que, como es sabido, consagra la insinuación (autorización judicial), sin la cual la donación sólo tiene efecto hasta dos centavos, siendo nula en el exceso;

d) **El marido no puede avalar, ni constituirse en deudor solidario, fiador u otorgar cualquier otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros.** Este impedimento no comprende los casos de obligaciones solidarias o subsidiarias que provienen de la transferencia de instrumentos de comercio (letras, cheques o pagarés), siempre que sea la ley la que impone esta responsabilidad; y

e) Finalmente, **no puede el marido hacer subrogaciones en bienes de la mujer sin la autorización de ésta** (artículo 1733 inciso final).

Los actos antes mencionados deben ser autorizados por la mujer, prescribiendo el mismo artículo 1749 qué requisitos debe reunir esta autorización.

3. Exigencias que debe reunir la autorización de la mujer

Las sucesivas reformas de la ley han incidido, también, en esta materia. La autorización de la mujer debe reunir los siguientes requisitos:

a) Debe ser **específica** y no genérica. Esto implica que ella debe referirse a cada uno de los actos que ejecuta el marido, debiendo individualizarse el acto y todos sus elementos;

b) Debe otorgarse **por escrito o por escritura pública** si el acto que se quiere ejecutar debe celebrarse con esa solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. Se discute qué ocurre cuando la comparecencia de la mujer al acto es pasiva o "silenciosa", esto es, cuando nada se expresa. Algunos autores, como Enrique Rossel y César Frigerio, sostienen que ello es suficiente, puesto que interviene en el acto de cualquier modo. A juicio nuestro, la intención de la ley supone una participación activa, ya que sólo esto implica "intervención". No interviene quien comparece sin manifestación alguna;

c) La autorización **puede prestarse por medio de mandatario especial**, caso en el cual el mandato debe constar por escrito o por escritura pública, según el caso, y, por cierto, estar referida a un acto específico en el cual se señalen todos sus elementos.

En relación a este último aspecto, conviene recordar que estas normas restrictivas del mandato son excepcionalísimas, si se tiene en consideración que el mandato es el más consensual de los contratos, puesto que puede perfeccionarse por la sola aquiescencia tácita del mandante, como lo señala el artículo 2123.

La autorización de la mujer puede suplirse por el juez en tres casos:

- a) **Negativa injustificada de la mujer.** El Código alude a que la mujer se niegue sin justo motivo;
- b) **Incapacidad de la mujer,** como minoría de edad o demencia; y
- c) **Ausencia real o aparente u otro impedimento.**

El juez, para suplir esta autorización, debe obrar con conocimiento de causa y citación de la mujer.

Cabe preguntarse qué ocurre si la mujer está declarada en interdicción y la respectiva curaduría ha sido deferida al marido, como sucede, por ejemplo, con la curaduría de la mujer demente, que corresponde al marido (artículo 462 N° 1). ¿Bastaría en estos casos la sola voluntad del marido como administrador de la sociedad conyugal y curador de la mujer demente? Nosotros creemos que priman en este caso las normas del artículo 1749 por ser especiales, razón por la cual para realizar cualquiera de los actos enumerados en esta disposición deberá requerirse autorización judicial, la cual sólo podrá otorgarse con conocimiento de causa y citación de la mujer.

Debemos observar, además, que esta forma de suplir la autorización de la mujer no procede tratándose de donaciones de bienes sociales. En este evento, sin la autorización de la mujer no puede realizarse el acto, quedando dichas donaciones regidas por el artículo 1735.

4. Sanciones por falta de autorización de la mujer

Esta materia ha sido suficientemente aclarada en el artículo 1757, modificado por la Ley N° 18.802.

4.1. Cuando se grava o enajena o se promete gravar o enajenar voluntariamente los bienes raíces sociales o los derechos hereditarios de la mujer, el acto adolece de **nulidad relativa**. La misma sanción procede cuando se dispone a título gratuito de bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735. Esta última sanción nos parece indebida, ya que se trata de un acto prohibido al marido, realizado a título lucrativo y fuera de los límites establecidos en la ley. Lo propio puede afirmarse de los actos que importen enajenación o gravamen de los derechos hereditarios de la mujer;

4.2. Cuando se arrienda o se cede la tenencia de bienes raíces urbanos o rurales, excediéndose el plazo legal (cinco u ocho años según se trate de bienes raíces urbanos o rurales), la sanción es la **inoponibilidad** en todo lo que excede dichos plazos. Cabe recordar que para estos efectos deben computarse las prórrogas convenidas por el marido; y

4.3. Cuando el marido se constituye avalista, codeudor solidario, fiador u otorga cualquier otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, la sanción es la **inoponibilidad parcial** respecto de los bienes sociales, pero no respecto de los bienes propios. Como puede observarse, en este supuesto se rompe el principio contenido en el artículo 1750, que dispone la confusión entre los bienes sociales y los bienes propios del marido.

La nulidad puede hacerla valer la mujer, sus herederos o cesionarios. Serán los mismos, en su caso, los llamados a ratificar el acto en conformidad a lo previsto en el artículo 1694. El cuadrienio se cuenta desde la disolución de la sociedad conyugal, o desde que cese la incapacidad de la mujer o de sus herederos. El artículo 1757 termina expresando que en ningún caso se puede pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato. Esto no es más que la reiteración del principio general consagrado en el artículo 1692. No puede dejarse de señalar que si la mujer estuviere declarada en interdicción y existiera, en consecuencia, un curador encargado de la administración de sus bienes, opera siempre la suspensión del cuadrienio, por tratarse de una disposición especial que está establecida en defensa de los intereses del incapaz.

5. Casos en que la mujer puede intervenir directamente en la administración de los bienes sociales

Existen casos en que la mujer puede intervenir directamente en la administración de los bienes de la sociedad conyugal. Analizaremos brevemente estas hipótesis:

5.1. La mujer administra libremente el llamado patrimonio reservado (art. 150). Es obvio que estos bienes son sociales, puesto que han sido adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal (artículo 1725 N° 5). Sin embargo, como se señaló, ellos son administrados sin restricciones por la mujer, la cual puede gravar, enajenar, dar en arrendamiento por los plazos que estime conveniente, donar, etc., bienes raíces y bienes muebles. El marido ni siquiera puede solicitar medidas cautelares sobre ellos;

5.2. La mujer puede disponer por causa de muerte de una especie cualquiera de la sociedad conyugal (art. 1743). En este caso se siguen las mismas reglas establecidas a propósito de los legados de casa ajena. Recuértese que ellos, en principio, son nulos, pero valen cuando se hacen a favor del cónyuge o de un descendiente (art. 1107);

5.3. La mujer puede administrar los bienes sociales con mandato general o especial del marido, incluso obrando a nombre propio en esta gestión (art. 2151). En este último evento, en conformidad al artículo 137, obligará

sólo los bienes que administra separadamente, vale decir, los regulados en los artículos 150, 166, 167 y, a juicio nuestro, 1724. Cuando la mujer actúa con el marido, existe una norma excepcionalísima, contenida en el inciso final del artículo 1751. Conforme a ella, los contratos que celebran el marido y la mujer de consuno o en que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido, no valdrán, dice la ley, contra los bienes propios de la mujer, salvo que el acto acceda en beneficio personal de ella. De lo anterior se sigue que la mujer queda resguardada en sus bienes propios, incluso cuando ésta voluntariamente accede a las obligaciones asumidas por el marido. Esta norma es excepcional, porque después de la reforma del año 1986 pueden enajenarse o gravarse los bienes propios de la mujer con su solo consentimiento (antes se requería autorización judicial). No se divisa, entonces, cuál es la razón de consagrar una norma tan altamente proteccionista de sus bienes propios. Como es obvio, si la mujer administra parte de los bienes separada del marido (artículos 150, 166, 167 y 1724), ella responderá solidaria o subsidiariamente con el marido, pero limitada su responsabilidad a dicho patrimonio. Finalmente, si la mujer obrare a nombre propio (art. 2151) no compromete los bienes propios que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie (artículos 1754 y 1755);

5.4. Cuando la mujer compra al fiado objetos muebles destinados naturalmente al consumo ordinario de la familia, obliga los bienes sociales y los bienes propios del marido. Sólo se extiende esta responsabilidad a sus bienes propios "hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto, comprendido en este beneficio el de la familia común en la parte en que de derecho haya debido proveer a las necesidades de ésta". Esta disposición no es más que una aplicación de lo previsto en el artículo 134, conforme al cual tanto el marido como la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo tanto a sus facultades económicas como al régimen de bienes que medie entre ellos. Por consiguiente, en el día de hoy, el deber de mantención de la familia común pesa sobre ambos cónyuges; y

5.5. La mujer, luego de la reforma de la Ley N° 19.335, tiene la administración ordinaria de la sociedad conyugal. En efecto, el artículo 138 establece que cuando el marido sufre un impedimento que no fuere de larga o indefinida duración, la mujer puede actuar respecto de los bienes del marido, de los de la sociedad conyugal y de los suyos que administre el marido, con autorización del juez, con conocimiento de causa, cuando de la demora se siguiere perjuicio. Por consiguiente, la mujer asume la administración temporal ordinaria de la sociedad conyugal, debiendo requerir la autorización judicial en todos los casos en que el marido requería autorización de ella para realizar un determinado acto. La ley se encarga

de definir las consecuencias de esta administración, señalando que la mujer, en este caso, obliga al marido en sus bienes y en los sociales "de la misma manera que si el acto fuera del marido". Sus bienes propios sólo los obliga cuando el acto reporta beneficio a la mujer y hasta concurrencia de este beneficio particular. Como puede observarse, se ha dejado de lado la ortodoxia que inspiraba la reglamentación de la sociedad conyugal. La mujer relativamente incapaz cuando estaba casada en régimen de sociedad conyugal, actualmente puede, incluso, asumir la administración ordinaria de la sociedad conyugal mientras dura el impedimento temporal del marido.

Hasta aquí los casos más relevantes en que la mujer actúa directamente en la administración de los bienes de la sociedad conyugal.

6. Administración de los bienes propios de la mujer

Como se señaló en lo precedente, al marido como administrador de la sociedad conyugal le corresponde la administración de los bienes propios de la mujer (aquellos que no ingresan a la sociedad conyugal y que no corresponden a una separación parcial convenida como lo señala el artículo 167).

La mujer, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 18.802, es plenamente capaz bajo el régimen de sociedad conyugal. Sin embargo, sus bienes propios (inmuebles poseídos antes de la celebración del matrimonio, por ejemplo) son administrados por el marido, quedando ella privada de su manejo. ¿Cuál es la razón de esta limitación? No cabe duda que ello obedece al derecho legal de goce que corresponde a la sociedad conyugal sobre dichos bienes (artículo 1725 N° 2). Siendo el marido el administrador de la sociedad conyugal, será él el llamado a administrar estos bienes que reeditarán a favor de la sociedad conyugal. Lo anterior parece coherente, tanto más cuanto que, como queda de manifiesto en el análisis de los artículos 137 y 1751 inciso final, varias normas se ocupan de proteger excepcionalmente los bienes propios de la mujer.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha sostenido que estas disposiciones serían inconstitucionales, ya que privan a una persona (la mujer) de las facultades propias del dominio al transferir por ley la administración de sus bienes a un tercero y quebrantan, además, la igualdad ante la ley (artículo 19 N°s 2 y 24 de la Constitución Política de la República). Discrepamos de este planteamiento. Desde luego, el régimen patrimonial en el matrimonio se escoge voluntaria y libremente por los cónyuges. Son ellos los llamados a seleccionar el que regirá sus relaciones económicas en el matrimonio. Al determinarse libremente este régimen se están aceptando expresamente las reglas sobre administración y, con ello, las limitaciones que consagra la

ley. Se trata, entonces, de una limitación voluntaria. Por otra parte, no puede considerarse esta limitación a la administración de los bienes propios como una “diferencia arbitraria”, esto es, caprichosa y sin razón, puesto que está fundada en el derecho legal de goce que corresponde a la sociedad conyugal sobre los bienes propios de cada uno de los cónyuges. Si se examina el problema a la luz de lo previsto en el artículo 19 N° 24, se concluirá que esta limitación está fundada en el bienestar de la familia y, por ende, en la función social de la propiedad. En suma, se trata de normas perfectamente constitucionales que no afectan ningún derecho fundamental.

Examinaremos a continuación las facultades del marido respecto de los bienes propios de la mujer.

6.1. Como administrador de bienes ajenos, el marido no tiene la obligación de hacer inventario ni otorgar caución de conservación y restitución. Tampoco está obligado a rendir cuenta de sus actos. Finalmente, responde sólo de dolo y culpa grave (artículo 1771). Por consiguiente, el marido puede libremente contratar seguros, interrumpir prescripciones, dar en arrendamiento dichos bienes o entregarlos en medianería, etc. El marido puede también recibir el pago de los créditos adeudados a la mujer antes del matrimonio (generalmente ellos pertenecerán a la sociedad conyugal), conforme lo señala el artículo 1579;

6.2. Puede el marido dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los predios rústicos por menos de ocho años y bienes raíces urbanos por menos de cinco años, incluidas las prórrogas pactadas, sin necesidad de autorización de la mujer. Los bienes muebles pueden darlos en arrendamiento o ceder la tenencia sin restricción alguna (artículo 1756);

6.3. El marido no puede gravar o enajenar los bienes propios de la mujer, así sean muebles o inmuebles, sin voluntad de la mujer. Nótese que la ley no alude a “autorización de la mujer”, sino a la “voluntad” o el “consentimiento” de la mujer (artículos 1754 y 1755);

6.4. El marido no puede provocar la partición de aquellas comunidades en que tenga derechos comprometidos la mujer sin autorización de ésta o de la justicia en subsidio (artículo 1322);

6.5. El marido no puede nombrar partidor sin el consentimiento de la mujer o la autorización de la justicia en subsidio (artículo 1326); y

6.6. No puede el marido subrogar un bien de la mujer por otro sin autorización de la mujer (artículo 1733 inciso final). Conviene aclarar que es posible que, conforme lo prescribe el artículo 1727 N° 2, se destinen

valores propios de uno de los cónyuges, en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio, a la adquisición de otro bien que, no obstante adquirirse a título oneroso, no entrará a componer el haber social (subrogación). En este evento es necesaria la voluntad de la mujer para vender los valores destinados y la autorización de la mujer para adquirir el nuevo bien. Creemos nosotros, y así lo consignamos en nuestro libro sobre *Regímenes Patrimoniales*, que es lícito que se destinen valores propios de un cónyuge para la adquisición de otros valores. Si no existiera el inciso final del artículo 1733, la adquisición de los nuevos valores o bienes no requeriría autorización de la mujer;

7. Sanciones a los actos ejecutados por el marido sin la voluntad o consentimiento de la mujer respecto de sus bienes propios

Esta materia ofrece dificultades, a pesar de estar aparentemente bien regulada en la ley.

7.1. Si el marido grava o enajena un bien propio de la mujer, así se trate de un inmueble o un mueble, sin la voluntad de la mujer, el acto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1757, adolecería de nulidad relativa. Sin embargo, nosotros pensamos que este acto sería "inexistente" o bien "inoponible" a la mujer, ya que el marido estaría transfiriendo un bien ajeno. Para llegar a esta conclusión aducimos las siguientes razones:

7.1.1. El Código, en el artículo 1754, dice que "no se podrán enajenar ni gravar los bienes raíces de la mujer, sino con su voluntad". El artículo 1755, refiriéndose a los bienes muebles, dice que "basta el consentimiento de la mujer". Creemos nosotros que no es lo mismo "autorización" que "voluntad" o "consentimiento". Basta a este respecto con confrontar la terminología del artículo 1749 que, tratándose de bienes sociales, se refiere uniformemente a la "autorización" de la mujer;

7.1.2. El artículo 1757 al señalar las sanciones para estos actos, alude a "los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754 y 1755". Ocurre que dichos requisitos no son los mismos, ya que los previstos en el artículo 1749 son requisitos de "validez", y los contemplados en los artículos 1754 y 1755 son requisitos de "existencia". De lo que resulta que esta sanción (la nulidad relativa) está referida a la ausencia de los requisitos de validez que, en las hipótesis de los artículos 1754 y 1755, aluden a la forma en que la mujer debe manifestar su voluntad (escritura pública, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto, etc.);

7.1.3. El marido no es dueño de estos bienes, ni poseedor, tampoco

es representante legal de la mujer. Se trata de un administrador en función de un derecho legal de goce en beneficio de la sociedad conyugal;

7.1.4. Por consiguiente, lo obrado por el marido sin voluntad o consentimiento de la mujer genera un acto "inexistente" o "inoponible", que puede atacarse en cualquier tiempo mientras los derechos no prescriban a favor de un tercero.

Sostener que la sanción es la nulidad relativa es desconocer que el acto jurídico respectivo se ha celebrado sin voluntad de la mujer, que es la única propietaria de dichos bienes.

7.2. Si el marido excede los plazos consignados en el artículo 1756, incluidas la prórroga que acuerde, la sanción es la inoponibilidad del exceso (artículo 1757).

7.3. Si el marido provoca la partición, la actuación procesal es nula;

7.4. Si el marido designa un partidor en instrumento público o privado, esta designación adolece de nulidad. Si con su voluntad se designa al partidor en audiencia judicial convocada al efecto, el nombramiento es igualmente nulo. Pero será válido si el marido concurre al comparendo de estilo para la designación del partidor y, en ausencia de acuerdos entre los interesados, el partidor es designado por el juez; y

7.5. Finalmente, el artículo 1733 inciso final exige que la mujer autorice la subrogación en sus bienes. Esta disposición plantea varias interrogantes. Desde luego, si se vende con consentimiento de la mujer un bien destinado en capitulaciones a realizar una subrogación, esta enajenación es perfectamente válida. Si, posteriormente, se adquiere un bien para completar la subrogación, ella será nula por no contar con la autorización de la mujer. También podría sostenerse que la adquisición es válida, pero no lo es la subrogación, pudiendo la mujer optar por reclamar la recompensa que proceda por el valor de la venta del bien propio que debió destinarse a este efecto. Si la subrogación se hace mediante una permuta, la cuestión parece más clara. Podría sostenerse que sin autorización de la mujer este acto es nulo o, bien, que no ha operado la subrogación. Pero no se nos escapa el hecho de que en este evento la perjudicada sería la mujer, razón por la cual sería absurdo intentar la acción de nulidad. Como puede observarse, la disposición aludida no es clara. No se divisa con certeza qué es lo nulo, si la subrogación (en cuanto sustitución jurídica de un bien por otro), o los actos mediante los cuales se vende y se compra, sucesivamente, un bien para la mujer. Dejamos planteada esta interrogante. En todo caso, atendido el hecho de que la nulidad relativa está establecida en beneficio

de la mujer, sus herederos o cesionarios, serán ellos los que determinarán, a su conveniencia, qué acto deben atacar: si la subrogación o los actos destinados a perfeccionarla, cuando ello proceda.

8. Actos celebrados por la mujer durante la sociedad conyugal sobre sus bienes propios administrados por el marido

Esta materia está tratada en el artículo 1754 inciso final. La redacción de esta disposición ha hecho pensar que la sanción es la nulidad absoluta, por tratarse de actos prohibidos en la ley de acuerdo a lo prescrito en el artículo 10 del Código Civil.

Si bien ésta pudo ser la sanción bajo el imperio de la reforma consagrada en la Ley N° 18.802, hoy la cuestión, a nuestro juicio, es diversa, siendo la nulidad relativa la que procede aplicar. Para sostener esta tesis hemos considerado las siguientes razones:

8.1. El antiguo artículo 145 (hoy artículo 138) impedía toda intervención de la mujer en la administración de sus bienes propios, salvo cuando asumía la administración extraordinaria de la sociedad conyugal por impedimento de larga o indefinida duración del marido (como el de interdicción, el de prolongada ausencia o desaparecimiento);

8.2. A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.335, ha desaparecido la prohibición para que la mujer intervenga directamente en la administración de sus bienes propios. La mencionada ley introduce el artículo 138 bis, conforme al cual "si el marido se negare injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer, el juez, previa citación del marido, podrá autorizarla para actuar por sí misma". De suerte que ha quedado derogada la prohibición absoluta contenida en el artículo 1754; y

8.3. Lo propio ocurre cuando la mujer asume la administración ordinaria de la sociedad conyugal por impedimento que no fuere de larga e indefinida duración, caso en el cual ella actúa respecto de sus bienes propios con autorización judicial.

Por consiguiente, el artículo 1754 inciso final ha pasado de prohibitivo (en la reforma de la Ley N° 18.802) a imperativo (en la reforma de la Ley N° 19.335), siendo la sanción la nulidad relativa.

9. Administración separada de bienes por parte de la mujer

Como quedó dicho, la sociedad conyugal coexiste con regímenes anexos,

que permiten que la mujer administre separadamente, no obstante la sociedad conyugal, parte de los bienes, así sean sociales o propios.

Conviene precisar estos casos:

9.1. Artículo 150 sobre patrimonio reservado de la mujer casada. Reiteremos que se trata de bienes de origen social (adquiridos a título oneroso por la mujer con el fruto de su trabajo separada del marido). En esta administración la mujer tiene amplísimos poderes y facultades y el marido ninguno. Ella puede gravar y disponer libremente de todos estos bienes, así se trate de muebles o inmuebles, puede arrendar por el plazo que quiera y ceder la tenencia de los mismos, constituir cauciones a favor de terceros, etc. El marido ni siquiera podría reclamar la separación judicial de bienes si concurriera una de las causales que informan el artículo 155 del Código Civil. La naturaleza "social" de estos bienes queda en evidencia con solo recordar que al disolverse la sociedad conyugal la mujer puede aceptar los gananciales, caso en el cual ellos se suman a éstos, o renunciar los gananciales conservando íntegramente su patrimonio reservado;

9.2. Artículo 166, que establece que si se hace una donación, o se deja una herencia o legado a la mujer con la condición precisa de que no tenga el marido la administración de las cosas donadas, legadas o heredadas, los cónyuges se entenderán separados de bienes en relación a estos bienes (aplicándose los artículos 159, 160, 161, 162 y 163); los acreedores del marido no tendrán acción sobre los bienes que la mujer administra en virtud de este artículo; y los frutos pertenecerán a la mujer, pero disuelta la sociedad conyugal se aplicarán a dichos frutos y adquisiciones las reglas del artículo 150. Como puede observarse, se trata de un patrimonio que se administra separadamente por la mujer y que sigue la misma suerte que el patrimonio reservado en lo concerniente a los frutos y las adquisiciones que con ellos se hagan;

9.3. El artículo 167 establece que si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de los bienes, se aplican a esta separación las normas del artículo precedente (166). Esta disposición es curiosa, si se atiende al destino final de los frutos y las adquisiciones que con ellos se hacen. Este estatuto debe entenderse complementado, a juicio nuestro, por el artículo 1740 inciso final, que hace posible que se entregue a la mujer por una vez o periódicamente una cantidad de dinero de que pueda disponer a su arbitrio. El artículo 1720 dispone que estos bienes se administran en conformidad a las reglas del artículo 167; y

9.4. El artículo 1724, a partir de la reforma introducida por la Ley N° 18.802, consagra otro caso de régimen anexo a la sociedad conyugal. Si a

cualquiera de los cónyuges se hiciera una donación, herencia o legado “con la condición de que los frutos de las cosas donadas, heredadas o legadas no pertenezcan a la sociedad conyugal”, dicha condición tiene pleno valor. Creemos nosotros que, en este caso, si la liberalidad favorece a la mujer, a ella pertenece la administración de estos bienes, generándose los mismos efectos que en el caso previsto en el artículo 166. Es aplicable en esta hipótesis el principio de que existiendo la misma razón debe existir la misma disposición. Mayor razón existe en privar al marido de la administración de estos bienes si la sociedad conyugal no se favorecerá con sus frutos. Recuérdese que la administración del marido de los bienes propios de la mujer obedece al derecho legal de goce que corresponde a la sociedad conyugal. Desde otra perspectiva, no existe razón alguna para sostener que el marido administra estos bienes, si al disolverse la sociedad conyugal deberá restituirlos en especie (si son bienes inmuebles, puesto que no ingresarán a la sociedad) o restituirse su valor (recompensa) en caso de que sean bienes muebles (que ingresan a la sociedad con cargo a restituir su valor al terminar el régimen). Estas y otras razones, latamente analizadas en nuestro libro sobre los regímenes patrimoniales, nos impulsan a sostener que en este supuesto existe otro régimen anexo a la sociedad conyugal.

De más está, a esta altura, insistir en la complejidad normativa de la sociedad conyugal. La existencia de varios regímenes anexos y la existencia de patrimonios diversos, lleva a la convicción de que en muchas de estas disposiciones se esconden preciosismos jurídicos que es difícil dar a conocer íntegra y responsablemente a todos los interesados.

10. Patrimonio de responsabilidad de la mujer casada

Las numerosas normas analizadas confluyen en la constitución de un patrimonio de responsabilidad con el cual la mujer enfrenta las obligaciones que nacen de sus actos durante la vigencia de la sociedad conyugal. Este patrimonio está reconocido expresamente en el artículo 137, que señala que los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167. Quedan, por lo tanto, al margen sus bienes propios y, por cierto, los bienes sociales.

La circunstancia de haber cesado la incapacidad de la mujer casada, hizo necesario especificar qué bienes quedaban comprometidos en el cumplimiento de sus obligaciones. Se trata de una limitación del derecho de prenda general (artículo 2465), lo cual revela claramente la tendencia (que debe mantenerse) de proteger a la mujer discriminando positivamente en su favor.

Lo que llamamos patrimonio de responsabilidad está reconocido en los artículos 136, 137, 138 bis y 1759, y conforma, en el día de hoy, una de las características singulares de la sociedad conyugal.

La Ley N° 18.802 dio un paso muy significativo en la evolución de los regímenes patrimoniales, al derogar la incapacidad relativa de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal. A partir de esa ley, la vieja estructura, que aún perdura en artículos como el 1749 y 1752, ha dejado de tener vigencia, abriéndose paso un nuevo régimen que, sin la menor duda, deberá surgir en el futuro. Es de esperar que él simplifique estas normas, que, para tener éxito, deberán ser conocidas por todos quienes están sujetos a ellas.

Por último, la sociedad conyugal, creemos nosotros, ha ido formando un cierto criterio sobre esta materia. Nuestro país ha internalizado un sistema de comunidad. Así lo entiende el sentimiento general de la sociedad chilena. Por lo mismo, cualquier otro régimen que no sea la separación de bienes, debe partir de esta premisa: el matrimonio genera una comunidad de bienes entre marido y mujer.

VII. Reformas más importantes a la sociedad conyugal

Para concluir estas apretadas reflexiones nos proponemos enumerar las principales reformas a la sociedad conyugal contenidas en las leyes N°s 18.802 y 19.335:

1. La mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal ha recobrado su plena capacidad civil. Para estos efectos se reformó el artículo 1447. Quedando como relativamente incapaces sólo los menores adultos y los disipadores declarados en interdicción. Esta modificación, como es obvio, obligó a introducir numerosas otras reformas y configurar nuevas instituciones, como ocurre, por ejemplo, con el llamado patrimonio de responsabilidad antes analizado;

2. Se han extendido las limitaciones que pesan sobre el marido en la administración de la sociedad conyugal. A la restricción para gravar o enajenar bienes raíces sociales, se ha agregado la de prometer gravar y enajenar. Asimismo, esta limitación se hizo extensiva a los derechos hereditarios de la mujer, materia no contemplada en el artículo 1749 antes del año 1986. A la limitación de arrendar los bienes raíces sociales por más de 5 y 8 años, según se trate de bienes urbanos o rurales, se agregó la de ceder la tenencia de los mismos, debiendo estos plazos computarse considerando las prórrogas que hubiere pactado el marido. Se incorporó

la prohibición de disponer entre vivos a título gratuito de bienes sociales, así se trate de muebles o inmuebles, salvo el caso previsto en el artículo 1735 e impidiendo que pueda la justicia en subsidio autorizar estas donaciones. Se incorpora, además, la prohibición al marido de constituirse en avalista, codeudor solidario, fiador u otorgar cualquier otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros. Como puede observarse, las facultades del “jefe de la sociedad conyugal”, siguiendo la terminología del artículo 1749, han disminuido sensiblemente;

3. En defensa de la mujer, preferentemente, el artículo 1739 consagra una presunción que se aplica en el período de comunidad, entre la disolución de la sociedad conyugal y su liquidación. El inciso sexto de la norma citada prescribe que “se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación, se ha adquirido con bienes sociales. El cónyuge deberá, por consiguiente, recompensa a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal”. Si se tiene en consideración que a la sociedad conyugal sucede una comunidad y que no existe prescripción entre comuneros (posición que sustentamos en nuestro libro sobre las *Posesiones Inútiles en la Legislación Chilena*), se llega a la conclusión de que ésta es la mejor garantía de que ninguno de los cónyuges podrá usar en su solo beneficio los frutos de los bienes comunes durante el período de indivisión. A esta reforma atribuimos nosotros la mayor importancia práctica;

4. Se ha regularizado la situación de las donaciones de bienes sociales. Su estatuto hoy es claro. El administrador de la sociedad conyugal puede disponer entre vivos de bienes sociales siempre que las donaciones sean de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social. Por consiguiente, es posible donar bienes muebles o inmuebles, pero sin sobrepasar los límites indicados. Como es natural, la donación de inmuebles más bien parece teórica, pero no imposible. Si la donación excede este límite, requiere autorización de la mujer. Si ella no la presta, no puede ser sustituida por la autorización judicial (inciso final del artículo 1749). Creemos, también, que esta norma especial permite eludir lo previsto en el artículo 1401, que exige “insinuación” para el valor de toda donación superior a dos centavos. Lo anterior permite poner fin a una situación aberrante en la vida social;

5. Se ha reformado el estatuto que rige la administración de los bienes propios de la mujer. Desde luego, ella debe ahora “consentir” en los actos del marido para gravar o enajenar sus bienes, sin necesidad de autorización judicial. Puede, además, ejecutar por sí misma actos de esta naturaleza con autorización judicial (artículo 138 bis), cuando el marido se negare injustificadamente a hacerlo. Por lo mismo, la mujer está en situación de

velar por el destino de sus bienes propios interfiriendo y, aun, rectificando las decisiones del marido. La voluntad de la mujer sólo puede ser suplida por el juez en caso de que ella se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad, pero no cuando se opone al acto propuesto por el marido. Es indudable, entonces, que este instituto ha evolucionado de manera muy significativa;

6. Las sucesivas leyes han ampliado considerablemente las causales de separación de bienes. El artículo 155 contempla en el día de hoy una multiplicidad de causales. Desde luego, todos los motivos de divorcio perpetuo (artículo 21 de la Ley Sobre Matrimonio Civil), con la sola salvedad del N° 5, esto es, avaricia de cualquiera de los cónyuges (en este caso el marido), si llega a privar al otro de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades. Incluso la causal de divorcio perpetuo que consiste en ausencia, sin justa causa, por más de tres años, se reduce a un año para los efectos de demandar la separación de bienes. Más todavía, el incumplimiento de deberes personales (artículos 131 y 134) es motivo de separación judicial de bienes. Se observa, entonces, el ánimo de facilitar la separación de bienes cada vez que surgen conflictos, incluso personales y no económicos, en la vida matrimonial;

7. La reforma de la Ley N° 18.802 puso fin a una larga disputa en lo relativo al régimen de bienes que corresponde a los cónyuges cuando el matrimonio se ha celebrado en país extranjero. Como es sabido, el artículo 135 disponía que quienes se habían casado en el extranjero y pasaban a domiciliarse en Chile, se “miraban” como separados de bienes. Agregaba esta norma que lo anterior ocurría “siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes”. El problema surgía acerca de lo que debía entenderse por «sociedad de bienes». ¿Bastaba un régimen de comunidad? ¿Se trataba de un régimen similar a la sociedad conyugal? ¿Quedaba comprendida en este concepto la participación en los gananciales? La Ley N° 18.802 zanjó esta discusión, disponiendo que los que se casan en país extranjero se mirarán como separados de bienes, “a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, de lo que se dejará constancia en dicha inscripción”. Se gesta así el único caso en que la sociedad conyugal se conviene en términos explícitos y formales y no mediante la manifestación tácita de voluntad;

8. Como se explicó en lo precedente, interpretamos el artículo 1724 como un nuevo caso de régimen anexo a la sociedad conyugal. Nuestra posición, fundada en la similitud de esta situación con la contemplada en el artículo 166, resuelve una cuestión práctica, ya que no visualizamos de qué manera

podría el marido, como jefe de la sociedad conyugal, tener la administración de bienes que no reditúan a favor de la sociedad conyugal, pudiendo incluso (cuando se trata de bienes inmuebles) ni siquiera ingresarlo a su haber. De allí la conveniencia de que prospere nuestra posición;

9. Nos parece igualmente importante la reforma introducida en el artículo 1736 al incorporarse un N° 7, conforme al cual no ingresan a la sociedad conyugal los bienes prometidos adquirir antes de su constitución. "También pertenecerán al cónyuge los bienes que adquiriera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste de un instrumento público, o instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el artículo 1703". De esta manera se evita una infinidad de problemas y disputas sobre la materia y se sienta un principio de justicia indiscutible;

10. Especial trascendencia atribuimos nosotros a la reforma del artículo 1734, que innova significativamente en materia de recompensas. Bajo la sola vigencia del Código Civil, esta cuestión se prestó para abusos intolerables. Las recompensas que, como es obvio, se pagaban muchos después del acto que les daba origen, por efecto de las altas tasas de inflación, hacían ilusorio el derecho de los cónyuges o de sus herederos. El artículo 1734 introduce el "realismo" monetario, sustituyendo el "nominalismo" anterior. El nuevo artículo 1734 dispone que **"todas las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa"**. Nótese que la ley prevé la circunstancia de que los diversos índices de actualización puedan arrojar resultados disparatados, razón por la cual opta por declarar que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo. La experiencia demuestra que muchas veces el índice adoptado y/o la forma de aplicarlo conduce a inconsecuencias e injusticias que deben tratar de evitarse. Es esta, sin duda, la razón que se tuvo para establecer, en el inciso segundo del mismo artículo, que **"el partidador aplicará esta norma de acuerdo a la equidad natural"**. Sobre esta materia, entonces, el árbitro (partidor) debe considerarse "arbitrador", quedando facultado, en conformidad al artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, a fallar conforme lo que le dicte su prudencia y equidad. La solución, en consecuencia, es buena, ya que se enuncia el **principio** (que la suma pagada tenga en lo posible el mismo valor adquisitivo de la suma invertida originalmente), y el **medio legal** para conseguirlo (facultad del partidador para obrar como arbitrador al actualizar el monto de la suma que da lugar a la recompensa). Es indudable que este tratamiento hace efectivo el destino de las recompensas que, de esta manera, no serán un espejismo, sino una realidad;

11. El artículo 134 del Código Civil disponía que “el marido debe suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, y la mujer tendrá igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes”. La Ley N° 19.335 modificó esta norma, estableciéndose, en el día de hoy, que “el marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y el régimen de bienes que medie entre ellos. El juez, si fuere necesario, reglará la contribución”. Por consiguiente, la obligación de mantener a la familia pesa tanto sobre el marido como sobre la mujer, debiendo atenderse a dos factores principales: las facultades de cada uno de ellos y el régimen de bienes del matrimonio. El nuevo sistema parece más adecuado a la realidad, cualquiera que sea el régimen patrimonial que ligue a los cónyuges, ya que, incluso en la sociedad conyugal, los numerosos regímenes anexos hacen posible que la mujer tenga mayores recursos económicos que el marido;

12. Particular importancia atribuímos nosotros a las reformas introducidas en el artículo 138 (antiguo 145). Ello porque la mujer puede asumir temporalmente la **administración ordinaria de la sociedad conyugal**, en caso de impedimento del marido que no sea de larga o indefinida duración. En este evento, como se señaló, la mujer requiere la autorización judicial en los mismos casos en que ella debía autorizar al marido (artículos 1749, 1754 y 1755), y siempre que de la demora se siguiere perjuicio. Es incuestionable que esta reforma expresa la tendencia de transformar a la mujer, hoy día plenamente capaz, en coadministradora de la sociedad. Nada de esto habría podido ocurrir antes de la reforma si se tiene en cuenta que la mujer, por el hecho de casarse en régimen de sociedad conyugal, pasaba a ser relativamente incapaz;

13. Igualmente trascendente nos resulta la incorporación del artículo 138 bis, que permite a la mujer intervenir en la administración de sus bienes propios cuando el marido se negare injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato que ella juzga conveniente. Nueva demostración de que ha cesado el rol pasivo que correspondía a la mujer en la antigua normativa;

14. No podemos dejar de mencionar la constitución de un **patrimonio de responsabilidad**, integrado, como se explicó, por los bienes que la mujer administra separadamente en conformidad a los artículos 150, 166, 167 y 1724. Este patrimonio es consecuencia de que la mujer casada en régimen de sociedad conyugal ha recuperado su plena capacidad civil y, por lo mismo, está habilitada para contratar y actuar libremente en la vida jurídica. Así las cosas, era necesario precisar sobre qué bienes es posible perseguir su responsabilidad; y

15. Finalmente, cabe mencionar la presunción contenida en el artículo 1739 inciso quinto. Esta tiene por objeto proteger a los terceros que contraten con el marido o con la mujer, quedando ellos a cubierto de toda reclamación que éstos pudieren intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o tradición del bien respectivo. Esta presunción no tiene aplicación tratándose de bienes sujetos al sistema registral. La disposición mencionada señala que “no se presumirá la buena fe del tercero cuando el bien objeto del contrato figure inscrito a nombre del otro cónyuge en un registro abierto al público, como en el caso de automóviles, acciones de sociedades anónimas, naves, aeronaves, etc.”. Como puede observarse, la presunción subsiste, pero ella no alcanza a la “buena fe”, la cual, por consiguiente, deberá acreditarse. Creemos nosotros que en este preciso evento el tercero afectado incurrirá en culpa y le será difícil, por lo mismo, acreditar su buena fe, al no haber realizado los actos más elementales para constatar la propiedad del bien sobre el que se contrató.

Existen otras muchas reformas importantes que sería largo enumerar. Por de pronto, recordemos la limitación de responsabilidad de la mujer (artículo 1751 inciso tercero), la regulación de los efectos de las donaciones hechas por el marido o la mujer de bienes que componen el haber social (artículo 1742), etc. Pero las que hemos comentado son las que, a juicio nuestro, mayor incidencia tienen en las bases generales que conforman la sociedad conyugal.

De lo señalado se infiere que la sociedad conyugal, fruto de las reformas comentadas, ha evolucionado de manera muy significativa. Los derechos de la mujer se han incrementado, al extremo de que ella interviene activamente, no sólo en la administración de los bienes sociales, sino en la administración de los bienes propios, habiendo, como se comentó, recobrado su plena capacidad civil. Es de presumir que esta tendencia se profundice en el futuro y que nuevas reformas conduzcan a una efectiva coadministración, arbitrándose los medios para que cada uno de los cónyuges asuman funciones semejantes.

Desde otro punto de vista, creemos haber demostrado que la complejidad de esta normativa, en la cual muchos artículos son objeto de interpretaciones contradictorias, no se aviene con el nivel cultural de la inmensa mayoría de nuestra población. Para una aplicación fluida y fácil del régimen de sociedad conyugal sería necesario un acabado conocimiento jurídico, del que, por desgracia, carece gran parte de los matrimonios. Esta constatación probablemente sea la razón fundamental para instar por una reforma integral de este instituto.

VII.- Régimen de participación en los gananciales

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

1. Características

Las principales características de este régimen, apretadamente, son las siguientes:

1.1. Se trata de un **régimen pactado**, que requiere de la voluntad expresa de los contrayentes o cónyuges, en su caso. Puede pactarse antes del matrimonio en capitulaciones (art. 1715 inciso primero), durante la celebración del matrimonio (art. 1715 inciso segundo), y después del matrimonio sustituyendo la sociedad conyugal o la separación de bienes (art. 1723). Finalmente, respecto de los matrimonios celebrados en país extranjero, se puede pactar al momento de inscribir el matrimonio en Chile (artículo 135 inciso segundo). Como puede apreciarse, el legislador ha dado amplias facilidades para someterse a esta normativa. El artículo 1792-1 reitera las oportunidades en que los esposos o los cónyuges, en su caso, pueden escoger este instituto;

1.2. En este régimen **cada cónyuge conserva su patrimonio separado y sus facultades para seguir administrándolo y disponer libremente de lo suyo** (art. 1792-2). Sin embargo, se liga el destino de los patrimonios para compartir paritariamente los gananciales onerosos. Lo anterior significa que el aumento de cada patrimonio, cuando este aumento tiene origen oneroso, deberá compartirse el final del régimen, compensándose al cónyuge que obtiene menos gananciales, de modo que la suma total de ellos se distribuya por iguales partes entre ambos cónyuges. Por lo mismo, quedan excluidos los gananciales obtenidos a título lucrativo (liberalidades);

1.3.- Como se analizará más adelante, las facultades de administración de cada cónyuge **sólo están limitadas por un caso de nulidad** (constitución de cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge), y **tres casos de actos inoponibles** destinados a evitar que disminuya indebidamente el patrimonio final de uno o ambos cónyuges (arts. 1792-3 y 1792-15). Cabe preguntarse por qué razón se sanciona con nulidad la constitución de una caución personal y no una caución real, que en la práctica parece más importante (como

sucede con la hipoteca, por ejemplo). La respuesta es más teórica que práctica. La caución personal afecta el derecho de prenda general (art. 2465) y es, por lo mismo, ilimitada en relación al patrimonio comprometido. La caución real está limitada al valor de la cosa afectada (mueble o inmueble). Como se analizará más adelante, los casos de inoponibilidad persiguen que el patrimonio respectivo no se vea disminuido en caso de donaciones irrevocables (entre vivos) “que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario”, o “actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge”, o por el “pago de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos”. Quedan excluidas, en este último caso, las rentas vitalicias convenidas al amparo de lo establecido en el Decreto Ley N° 3.500, salvo cuando se trata de la cotización voluntaria en la cuenta de capitalización individual y de los depósitos en cuentas de ahorro voluntario;

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

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

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

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

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

Interesa fijar cuál es la naturaleza jurídica de los derechos de los cónyuges durante la vigencia del régimen. Una vez terminada la participación, no cabe duda de la existencia de un crédito a favor de uno y una obligación respecto del otro (salvo que no existan gananciales). Pero no está clara la naturaleza del derecho que corresponde a cada uno de ellos durante su vigencia. Creemos nosotros que cada cónyuge, en este período, tiene un **derecho bajo condición suspensiva**, la cual consiste en que al final del régimen el cónyuge acreedor no haya obtenido gananciales u obtenido ganancias inferiores a las del otro cónyuge. En efecto, si uno de los cónyuges obtiene gananciales y el otro no los obtiene, el primero deberá compartir paritariamente los existentes con el segundo. Si ambos los han obtenido, el que consiga mayores gananciales deberá compartir el exceso paritariamente con el otro. En consecuencia, el llamado crédito de participación queda sujeto a una condición suspensiva negativa que, atendido el hecho de que este régimen se debe pactar, debe considerarse convencional.

No es ésta la opinión de otros comentaristas, que estiman que se trata de efectos atribuidos por la ley y derivados, por cierto, del régimen patrimonial respectivo.

Al sostener que estamos en presencia de un derecho sujeto a condición suspensiva, se abre la posibilidad de impetrar a su respecto medidas conservativas, cuestión que surge meridianamente clara en los artículos 1078 y 1493.

No parece posible sostener que los cónyuges carecen de todo derecho durante la vigencia del sistema (ni siquiera de un derecho sujeto a condición suspensiva), si se tiene en consideración que puede cualquiera de los cónyuges, en esta etapa, impetrar la nulidad relativa de las cauciones personales otorgadas para asegurar obligaciones de terceros. Tampoco existe problema alguno en demandar, en este período, la inoponibilidad de cualquiera de los actos enumerados en el artículo 1792-15. Lo anterior reafirma nuestra posición en orden a que existe un derecho que puede ser objeto, incluso, de medidas cautelares destinadas a evitar la consumación de actos en perjuicio de las expectativas de uno y otro cónyuge.

3. Determinación y cálculo de los gananciales

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

3.1. Patrimonio originario

3.1.1. Determinación

El artículo 1792-7 establece que “el patrimonio originario resultará de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea titular al iniciarse el régimen, el valor total de las obligaciones de que sea deudor en esa misma fecha”. En consecuencia, el patrimonio originario es un “**valor contable**” que, como se observará más adelante, se determina al final del régimen.

A los bienes que componen el patrimonio originario **deben agregarse** las donaciones que se hagan al cónyuge durante la vigencia del régimen y los bienes adquiridos en este mismo período si la causa o título de adquisición es anterior a la entrada en vigencia del mismo (arts. 1792-7 inciso segundo y 1792-8). No se incluyen en el patrimonio originario los frutos que provengan de los bienes integrados al patrimonio originario, ni las minas denunciadas por cualquiera de los cónyuges, ni las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida (art. 1792-9). A la inversa, se incorporará al patrimonio originario la donación remuneratoria en la parte que no da derecho a cobrar por los servicios prestados.

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

3.1.2. Prueba del patrimonio originario

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

A falta de inventario, puede probarse el patrimonio originario “mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas, o títulos de crédito”. Quedan, por lo mismo, excluidos los demás medios de prueba, salvo que se acredite que, atendidas las circunstancias, el esposo o cónyuge no estuvo en situación de procurarse un instrumento (art. 1792-11 incisos segundo y tercero). Creemos nosotros que esta norma obedece a los mismos principios que informan el artículo 1711, como excepción a los artículos 1708 y 1709, que establecen los actos que deben constar por escrito y la sanción que procede aplicar cuando ello no ocurre.

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

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

3.1.3. Tasación del patrimonio originario

La tasación del patrimonio originario puede hacerse por los cónyuges de común acuerdo, por un tercero designado por ellos o por el juez, en subsidio (art. 1792-13). Puede hacerse al momento de pactarse el régimen o al momento de ponerse término. La ley dispone que los bienes se valoren según el estado al momento de entrada en vigencia del régimen o de su adquisición. Agrega la ley que "por consiguiente, su precio al momento de incorporación en el patrimonio originario será prudencialmente actualizado a la fecha de la terminación del régimen" (art. 1792-13 inciso primero). **Las mismas reglas se aplican para la valoración del pasivo.**

Estas reglas nos parecen particularmente importantes para determinar, por ejemplo, los efectos de la plusvalía que puede experimentar un bien propio durante la vigencia del régimen. ¿Si un bien raíz, por ejemplo, experimenta un incremento de valor considerable durante la vigencia del régimen por efecto de la plusvalía que se sigue de un proyecto inmobiliario o la extensión urbana de los límites de una ciudad, debe este mayor valor considerarse en el patrimonio originario? Nosotros creemos que la forma de valorizar este bien es considerar su **valor original** (al momento de pactarse el régimen) y **actualizar dicho valor** según un índice objetivo, sin considerar la plusvalía extrínseca a su valor inicial. De otro modo, se incrementaría el patrimonio originario de uno de los cónyuges en perjuicio del otro cónyuge.

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

3.2. Patrimonio final

3.2.1. Determinación

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

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

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

3.2.1.3. El artículo 1792-18 contempla una agregación por vía de sanción. Si alguno de los cónyuges con el propósito de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, dice la ley, se

sumará a su patrimonio final el doble del valor de aquéllos (los bienes) o de éstas (las obligaciones simuladas). Se trata, entonces, de un acto ejecutado con dolo específico (con el fin de disminuir los gananciales), que requiere de una sentencia judicial que sancione el hecho, y cuyos valores deben calcularse según el precio que las cosas tenían al momento de ejecutarse el acto. Esta agregación está fundada en la comisión de un delito civil (art. 2314) y la sanción tiene un carácter punitivo, lo cual es excepcionalísimo en nuestro derecho.

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

3.2.2. Prueba del patrimonio final

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

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

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

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

3.2.3. Tasación del patrimonio final

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

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

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

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

3.3. Cálculo y destino de los gananciales

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

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

A este respecto pueden ocurrir tres situaciones diversas:

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

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

3.3.3. Finalmente, puede suceder que ambos cónyuges tengan gananciales (que en ambos casos el patrimonio final sea superior al patrimonio originario). En este supuesto **se compensan los gananciales hasta la suma de menor valor y el excedente se divide entre los cónyuges por iguales partes**. El artículo 1792-19 expresa: “Si ambos cónyuges hubiesen obtenido gananciales, éstos se compensarán hasta la concurrencia de los de menor valor y aquel que hubiere obtenido menores gananciales tendrá derecho a que el otro le pague, a título de participación, la mitad del excedente”.

Como puede apreciarse en las hipótesis segunda y tercera, el régimen

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

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

4. Crédito de participación

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

4.1. Este crédito se paga con posterioridad a las obligaciones contraídas durante la administración separada. El artículo 1792-25 expresa que “los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, preferirán al crédito de participación en los gananciales”. De la manera indicada quedan a resguardo los acreedores del cónyuge que debe el crédito de participación.

4.2. Antes de la terminación del régimen los derechos que éste genera a favor de los cónyuges son intransferibles. El artículo 1792-20 inciso segundo dice que “se prohíbe cualquier convención o contrato respecto de ese eventual crédito, así como su renuncia, antes del término del régimen de participación en los gananciales”. Por consiguiente, está vedado a los cónyuges celebrar cualquier acto, convención o acuerdo relativo a este crédito. Lo anterior no obsta, por cierto, a acordar cualquier mecanismo destinado a determinar el patrimonio originario y final, avaluarlo, convenir sobre actos inoponibles, incluso, acordar reparaciones o indemnizaciones por ilícitos civiles, etc.

4.3. El crédito de participación es irrenunciable antes del término del régimen. Esta norma contradice lo que ocurre en la sociedad conyugal, en la cual puede la mujer renunciar anticipadamente a los gananciales, sin que por ello se dejen de aplicar las normas que regulan este régimen (artículo 1719).

4.4. El crédito de participación es puro y simple, o sea, no es susceptible de modalidad alguna (art. 1792-21). Sin embargo, el mismo artículo en el inciso segundo permite al juez conceder como plazo de pago hasta un año completo (situación excepcional en presencia de lo previsto en el artículo 1494 inciso segundo). Para adoptar esta determinación el juez debe fundarse en que el pago de contado perjudica gravemente al cónyuge deudor o a los hijos comunes. En este evento el crédito deberá expresarse

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

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

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

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

acción, ya que el régimen de participación y los matrimonios en general, por deteriorada que esté su estabilidad, duran muchísimo más tiempo. Por lo mismo, en el futuro esta norma debería enmendarse.

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

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

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

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

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

5. Procedimiento de liquidación

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

Nos parece evidente que puede este crédito determinarse de común acuerdo entre los cónyuges. Así lo señala expresamente el artículo 1723, caso en el cual es necesario escritura pública. Pero si esta determinación se hace una vez terminada la vigencia del régimen, no se requiere requisito especial alguno, salvo los propios de los actos convencionales de personas plenamente capaces.

De la misma manera, no vemos inconveniente alguno en que esta cuestión se sustraiga del conocimiento de los tribunales ordinarios y se designe un juez árbitro para la determinación del crédito de participación. Si los cónyuges pueden valorar el patrimonio originario, el patrimonio final y actualizar estas valoraciones, no se divisa inconveniente para entregar la decisión de esta materia a un árbitro de derecho, mixto o arbitrador. Quien puede lo más, determinar el crédito de participación, puede lo menos, encargar a un árbitro esta tarea.

Insistamos en que el plazo de prescripción del crédito de participación está regido por las normas generales (art. 2515), debiendo computarse este plazo una vez que el crédito esté determinado y sea exigible.

6. Juicio crítico

Para concluir estas reflexiones intentaremos hacer un juicio crítico sobre el régimen de participación en los gananciales.

6.1. Desde luego, él contribuye a dar a los regímenes patrimoniales una extrema inestabilidad, desplazarse de uno a otro y aumentar la inseguridad respecto de terceros que contratan con el marido o la mujer, todo lo cual es malo.

6.2. Este régimen se aparta de nuestra tradición "comunitaria". Es un hecho que la sociedad conyugal ha ido dejando su huella a través de muchas generaciones. Para la mayoría de los chilenos, el matrimonio es fuente de comunidad de bienes. Es ajeno a nuestra cultura un sistema que exige determinaciones contables, cálculos y ajustes numéricos, etc.

6.3. Se trata de un sistema costoso, que requiere extrema buena fe de

los cónyuges, la asistencia permanente de especialistas y el estrecho seguimiento de las operaciones que se ejecutan por cada cónyuge.

6.4. Existe un sinnúmero de cuestiones prácticas no resueltas o mal encaradas. Así, por ejemplo, la omisión de presentar los inventarios simples al momento de entrar en vigencia el régimen o una vez concluido, la forma de hacer valer los casos de inoponibilidad, los derechos que corresponden al cónyuge cuando éste es inducido dolosamente a autorizar un pacto de dilapidación o fraude, etc. Hemos ido dejando nuestra opinión en cada caso, lo cual acusa la existencia de vacíos que pudieron llenarse provechosamente.

6.5. No existen los procedimientos judiciales adecuados a una materia que tiene especificidades propias. La solución no puede radicarse en el procedimiento ordinario o sumario. Debió considerarse, probablemente, un procedimiento arbitral rápido que superara los problemas prácticos. No hay que olvidar que tratándose de cónyuges bien avenidos no hay problemas, éstos surgen cuando hay conflictos personales entre ellos o cuando intervienen los herederos del cónyuge premuerto.

No puede desconocerse, sin embargo, que las bases teóricas de este régimen son más justas y equilibradas. Precisamente por eso constatamos con pesar que la participación en los gananciales no tendrá arraigo entre nosotros.