

REGIMENES MATRIMONIALES¹

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.

- 1.- Generalidades.
- 2.- Régimen de comunidad.
- 3.- Régimen de separación total de bienes.
- 4.- Régimen de participación en los gananciales.
- 5.- Régimen sin comunidad.
- 6.- Régimen dotal.
- 7.- Régimen adoptado por el Código Civil Chileno.

RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL.

CAPÍTULO I: DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES.

I.- GENERALIDADES.

- 1.- Concepto.
- 2.- Clasificación.

II.- REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

- 1.- Enumeración de los requisitos.
- 2.- Acerca de la capacidad de las partes.
- 3.- De las solemnidades.

III.- CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

- 1.- Capitulaciones celebradas antes de contraer matrimonio.
- 2.- Capitulaciones celebradas al contraer matrimonio.
- 3.- Estipulaciones prohibidas en las capitulaciones matrimoniales.

IV.- EFECTOS Y REVOCABILIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

- 1.- Momento en que las capitulaciones producen efecto.
- 2.- Modificación de las capitulaciones matrimoniales.
- 3.- Irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales.

CAPÍTULO II: CONCEPTO, REGULACIÓN, NATURALEZA Y CARACTERES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

- 1.- Concepto.
- 2.- Regulación.
- 3.- Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal.
- 4.- Diferencias entre la sociedad conyugal y la sociedad común.
- 5.- La sociedad conyugal no es persona jurídica.
- 6.- La sociedad conyugal no es una especie de copropiedad.
- 7.- Características de la sociedad conyugal.

CAPÍTULO III: DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

CLASIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL PATRIMONIO SOCIAL.

SECCIÓN PRIMERA: DEL HABER O ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

I.- DEL HABER REAL O ABSOLUTO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

- 1.- Concepto.
- 2.- Enumeración.

II.- DEL HABER APARENTE O RELATIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

- 1.- Concepto.
- 2.- Enumeración.

III.- DEL HABER PROPIO DE CADA CÓNYUGE.

- 1.- Bienes que lo forman y consecuencias jurídicas.
- 2.- Enumeración.

¹ Fecha de última modificación: 17 de enero de 2025.

IV.- PRESUNCIONES EN FAVOR DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y A FAVOR DE TERCEROS.

1.- Presunciones a favor de la sociedad conyugal.

1.1. Presunción de dominio.

1.2. Presunción en orden a que los bienes adquiridos a título oneroso se han adquirido con bienes sociales.

2.- Presunción a favor de terceros.

V.- DE LA SUBROGACIÓN REAL.

1.- Concepto.

2.- Formas en que puede operar.

2.1. Subrogación de inmueble a inmueble.

2.2. Subrogación de inmueble a valores.

3.- Elemento común a todas las formas de subrogación.

SECCIÓN SEGUNDA: DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

I.- DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y DE LOS CÓNYUGES EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN A LAS DEUDAS.

1.- Fundamento de la distinción.

2.- Obligaciones que dan acción sobre los bienes sociales y sobre los bienes propios del marido.

2.1. Toda deuda contraída por el marido durante la vigencia de la sociedad conyugal.

2.2. Las obligaciones contraídas por el marido antes del matrimonio.

2.3. Toda deuda contraída por la mujer con mandato general o especial del marido.

2.4. Toda deuda contraída por los cónyuges conjuntamente o en que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido.

3.- Obligaciones que dan acción sobre los bienes sociales, sobre los bienes propios del marido y además, sobre los bienes propios de la mujer.

3.1. Las contraídas por el marido durante la vigencia de la sociedad conyugal, en virtud de un contrato que cede en beneficio personal de la mujer.

3.2. Las obligaciones contraídas por la mujer antes del matrimonio.

3.3. Las obligaciones que tienen por fuente un delito o cuasidelito cometido por la mujer.

3.4. Las obligaciones de la mujer que tienen por fuente la ley o un cuasicontrato.

II.- DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y DE LOS CÓNYUGES EN RELACIÓN CON LA CONTRIBUCIÓN A LAS DEUDAS.

1.- Fundamento de la distinción.

2.- El pasivo absoluto o definitivo.

3.- El pasivo relativo o provisional.

CAPÍTULO IV: DE LAS RECOMPENSAS.

I.- CONCEPTO, OBJETO Y CLASIFICACIÓN.

II.- RECOMPENSAS QUE LA SOCIEDAD DEBE A LOS CÓNYUGES.

1.- Incorporación de bienes de los cónyuges al patrimonio social.

2.- Valor del bien propio del cónyuge, vendido durante la vigencia de la sociedad.

3.- Pago de deudas sociales con bienes propios.

4.- Enriquecimiento sin causa.

III.- RECOMPENSAS QUE LOS CÓNYUGES DEBEN A LA SOCIEDAD.

1.- Pago de las deudas personales de los cónyuges.

2.- Donación de bienes sociales.

3.- Gastos causados en la adquisición o cobro de los bienes o créditos de los cónyuges.

4.- Expensas hechas en los bienes propios.

5.- Perjuicios causados a la sociedad con dolo o culpa grave.

IV.- RECOMPENSAS DE CÓNYUGE A CÓNYUGE.

1.- Pago de las deudas personales.

2.- Deterioro de los bienes propios.

3.- Venta de bienes propios.

CAPÍTULO V: DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

CLASIFICACIÓN.

SECCIÓN PRIMERA: DE LA ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

I.- ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DE LOS BIENES SOCIALES.

- 1.- Facultades que corresponden al marido.
- 2.- Limitaciones impuestas por la ley a la administración ordinaria del marido.
- 3.- Formas y requisitos de la autorización de la mujer.
- 4.- Forma de suplir la autorización de la mujer.
- 5.- Sanciones por la falta de autorización.
- 6.- Efectos que se producen, cuando la mujer celebra el contrato con prescindencia del marido.
- 7.- Intervención de la mujer en el manejo de los bienes sociales.
- 8.- Correctivos y ventajas que corresponden a la mujer.

II.- ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DE LOS BIENES PROPIOS DE LA MUJER Y DEL MARIDO.

- 1.- Facultades del marido en relación con sus bienes propios.
- 2.- Facultades de administración del marido en relación con los bienes propios de su mujer.
- 3.- Actos de administración que el marido ejecuta por sí solo.
- 4.- Actos de administración que el marido no puede ejecutar por sí solo.

SECCIÓN SEGUNDA: DE LA ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

I.- ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA EJERCIDA POR LA MUJER.

- 1.- Casos en que tiene lugar.
- 2.- Facultades administrativas de la mujer sobre los bienes sociales.
- 3.- Facultades administrativas de la mujer sobre sus bienes propios.
- 4.- Facultades administrativas de la mujer sobre los bienes propios del marido.
- 5.- Efectos de los actos realizados por la mujer en ejercicio de la administración ordinaria.

II.- ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA EJERCIDA POR UN TERCERO.

- 1.- Casos en que procede.
- 2.- Derecho de la mujer a pedir separación de bienes.
- 3.- Casos en que la administración es ejercida por el liquidador, en el procedimiento concursal de liquidación.
- 4.- Término de la administración extraordinaria.

CAPÍTULO VI: DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

I.- DE LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN.

- 1.- Muerte natural de uno de los cónyuges.
- 2.- Declaración de muerte presunta.
- 3.- Sentencia de separación judicial de los cónyuges.
- 4.- Sentencia de separación total de bienes.
- 5.- Declaración de nulidad del matrimonio.
- 6.- Pacto de participación en los gananciales.
- 7.- Pacto de separación total de bienes.
- 8.- Sentencia que declara el divorcio de los cónyuges.

II.- EFECTOS QUE PRODUCE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

- 1.- Nacimiento de una comunidad.
- 2.- Término de la administración ordinaria o extraordinaria.
- 3.- Liquidación de la sociedad conyugal.
- 4.- Época a que se retrotraen los efectos de las adjudicaciones, de haber liquidación.
- 5.- En cuanto a la renuncia a los gananciales.

III.- DE LA RENUNCIA DE GANANCIALES.

- 1.- Concepto.
- 2.- Oportunidades para renunciar a los gananciales.
- 3.- ¿Puede la mujer renunciar a los gananciales en la misma escritura pública en virtud de la cual se pacta separación total de bienes?
- 4.- Requisitos y características de la renuncia.
- 5.- Efectos de la renuncia.
- 6.- Rescisión de la renuncia.

IV.- DE LA ACEPTACIÓN DE LOS GANANCIALES.

- 1.- Concepto.
- 2.- Características.
- 3.- Efectos de la aceptación.

CAPÍTULO VII: DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

- 1.- Concepto.
- 2.- Operaciones que comprende.

I.- FACCIÓN DE INVENTARIO Y TASACIÓN.

- 1.- Normas legales que la regulan.
- 2.- Forma del inventario.
- 3.- Contenido del inventario.
- 4.- Sanciones.
- 5.- Tasación.

II.- FORMACIÓN DEL ACERVO LÍQUIDO.

- 1.- Operaciones que comprende.
- 2.- Formación del acervo bruto.
- 3.- Restitución de los bienes propios.
- 4.- Liquidación y deducción de las recompensas.
- 5.- Cálculo y deducción del pasivo.
- 6.- División de los gananciales.
- 7.- División del pasivo.
- 8.- beneficio de emolumento.
- 9.- La liquidación de la sociedad conyugal es un acto que no admite resciliación.
- 10.- Esquema de escritura de separación de bienes y de liquidación de sociedad conyugal y de escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición de bienes.

CAPÍTULO VIII: DE LOS BIENES RESERVADOS DE LA MUJER CASADA

I.- GENERALIDADES.

- 1.- Concepto.
- 2.- Condiciones de existencia del patrimonio reservado.
- 3.- No es condición de existencia del patrimonio reservado, la autorización del marido.
- 4.- Características del patrimonio reservado.

II.- ACTIVO DEL PATRIMONIO RESERVADO.

III.- PASIVO DEL PATRIMONIO RESERVADO.

IV.- ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO RESERVADO.

V.- PRUEBA DEL PATRIMONIO RESERVADO.

- 1.- Importancia y objeto de la prueba.
- 2.- Prueba de las facultades de la mujer y de la existencia del patrimonio reservado.
- 3.- Prueba sobre la calidad de reservado de determinado bien.

VI.- SUERTE DE LOS BIENES RESERVADOS A LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

- 1.- Aceptación de los gananciales.
- 2.- Renuncia de los gananciales.
- 3.- Liquidación del pasivo del patrimonio reservado en el caso de la aceptación de los gananciales.

DE LA SEPARACIÓN DE BIENES.

CLASIFICACIÓN.

CAPÍTULO I: DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES.

I.- GENERALIDADES.

- 1.- Concepto.
- 2.- Características.

II.- CAUSALES QUE AUTORIZAN LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES.

- 1.- Ante la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.
- 2.- Ante el no pago de pensiones alimenticias.
- 3.- Ante el riesgo inminente del mal estado de los negocios del marido.
- 4.- Ante la insolvencia del marido.
- 5.- Ante la administración fraudulenta.
- 6.- Ante el incumplimiento culpable del marido, de los deberes o de las obligaciones que le imponen los artículos 131 y 134 del Código Civil.
- 7.- Si el marido incurre en alguna de las causales de separación judicial según los términos de la Ley de Matrimonio Civil.
- 8.- Ante la ausencia injustificada del marido, por más de un año.
- 9.- Ante la separación de hecho de los cónyuges.
- 10.- Ante la interdicción del marido por disipación.

III.- EFECTOS DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES.

- 1.- Disolución de la sociedad conyugal.
- 2.- Subsistencia del vínculo matrimonial.
- 3.- Efectos en relación a los bienes.
- 4.- Efectos de las obligaciones contraídas por la mujer.
- 5.- Imposibilidad de que un cónyuge sea curador del otro.

IV.- IRREVOCABILIDAD DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES.

CAPÍTULO II: DE LA SEPARACIÓN LEGAL DE BIENES.

I.- GENERALIDADES.

II.- CAUSALES DE SEPARACIÓN LEGAL TOTAL.

- 1.- La sentencia que declara a los cónyuges judicialmente separados.
- 2.- Separación de bienes establecida en el art. 135, inc. 2º del Código Civil.
- 3.- Separación de bienes establecida en el art. 135, inc. 3º del Código Civil.
- 4.- Separación de bienes a consecuencia de una sentencia que declara la muerte presunta de uno de los cónyuges.

III.- CAUSALES DE SEPARACIÓN LEGAL PARCIAL.

- 1.- Caso establecido en el art. 166 del Código Civil.
- 2.- Caso de separación parcial de bienes, establecido en el art. 252, inc. 3º del Código Civil.
- 3.- Caso de separación parcial de bienes, establecido en el art. 150 del Código Civil.
- 4.- Caso de separación parcial de bienes, establecido en el art. 1724 del Código Civil.
- 5.- Caso contemplado en el art. 37 del Decreto Ley N° 2.695.

CAPÍTULO III: DE LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL DE BIENES.

I.- SEPARACIÓN CONVENCIONAL TOTAL.

- 1.- Separación total convenida en las capitulaciones matrimoniales.
- 2.- Separación total convenida durante el matrimonio.

II.- SEPARACIÓN CONVENCIONAL PARCIAL.

- 1.- Separación parcial establecida en el art. 1720, inc. 2º del Código Civil.
- 2.- Separación parcial establecida en el art. 167 del Código Civil.

PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES.

I.- DEFINICIÓN.

II.- OPORTUNIDAD EN QUE PUEDE PACTARSE Y CARACTERÍSTICAS.

- 1.- oportunidad en que se puede pactar el régimen.
 - 1.1. Acceso ordinario.
 - 1.2. Acceso extraordinario.

- 2.- Características del régimen.
 - III.- DE LA ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS CÓNYUGES.
 - 1.- Principio fundamental.
 - 2.- Limitación para otorgar cauciones personales.
 - 3.- Sanción por la infracción de la limitación de otorgar cauciones personales.
 - 4.- Los patrimonios de los cónyuges se mantienen siempre separados.
 - IV.- MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES Y DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES EN GENERAL.
 - 1.- Mutaciones admisibles.
 - 2.- Mutaciones inadmisibles.
 - V.- DETERMINACIÓN Y CÁLCULO DE LOS GANANCIALES.
 - 1.- Concepto de gananciales, en el marco de este régimen matrimonial.
 - 2.- Determinación del patrimonio originario.
 - 3.- Determinación del patrimonio final.
 - 4.- Evaluación de los patrimonios originario y final.
 - 5.- Comparación de los patrimonios originario y final.
 - VI.- DEL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES.
 - 1.- Concepto.
 - 2.- Cuando se origina el crédito.
 - 3.- Características del crédito de participación.
 - 4.- Liquidación del crédito.
 - 5.- Prescripción de la acción para pedir la liquidación del crédito de participación en los gananciales y de la acción para cobrar el crédito ya determinado.
 - 5.1. Acción para pedir la liquidación del crédito de participación en los gananciales.
 - 5.2. Acción para cobrar el crédito ya determinado.
 - 6.- Cumplimiento de la obligación de pago del crédito de participación.
 - 7.- Concurrencia con otros acreedores.
 - VII.- PACTOS LÍCITOS Y PACTOS PROHIBIDOS, EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES.
 - 1.- Pactos lícitos.
 - 2.- Pactos nulos.
 - VIII.- TÉRMINO DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES.
 - 1.- Causales de disolución.
 - 2.- Efectos del término del régimen.
 - IX.- ALGUNAS CRÍTICAS FORMULADAS AL RÉGIMEN.
 - X.- DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES Y EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL.
 - XI.- DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES Y EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN TOTAL DE BIENES.
- CUESTIONARIO.

INTRODUCCIÓN

1.- Generalidades.

Hemos constatado que el matrimonio genera tanto efectos *personales* como efectos *patrimoniales* entre los cónyuges. En la materia que comenzamos a revisar, analizaremos un aspecto de los efectos patrimoniales, como es el concerniente al régimen de bienes que existirá entre los cónyuges.

Dicho régimen de bienes tiene importancia tanto en la relación entre los cónyuges, como también en las vinculaciones jurídicas que se originen entre los cónyuges y terceros que con ellos contraten.

Se ha definido el régimen patrimonial como el estatuto jurídico que regla los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y respecto de terceros.²

Los principales regímenes patrimoniales son:

- a) Régimen de comunidad.
- b) Régimen de separación de bienes.
- c) Régimen de participación en los gananciales.
- d) Régimen sin comunidad.
- e) Régimen dotal.

Los analizaremos, en sus características esenciales, en los números siguientes.

2.- Régimen de comunidad.

Se caracteriza porque todos los bienes *aportados* por los cónyuges al matrimonio y los *adquiridos* durante el mismo, forman un solo patrimonio, perteneciente a una comunidad integrada por aquellos; dicha comunidad, históricamente, fue administrada por el marido. En efecto, en el régimen de comunidad, el marido administraba los bienes comunes y la mujer era incapaz o siendo capaz, no podía intervenir en la administración, por regla general.

En nuestros días, sin embargo, fruto de los avances en materia de principio de igualdad conyugal, las legislaciones suelen establecer que los cónyuges podrán estipular cuál de ellos asumirá dicha administración, o en otros casos, que la administración será conjunta.

Se disuelve esta comunidad cuando termina el matrimonio o antes de su término, en ciertos casos.

Este régimen ofrece variantes, según ingresen a la comunidad todos los bienes de los cónyuges (comunidad universal) o sólo algunos de ellos (comunidad restringida).

La *comunidad universal* presenta el grave inconveniente de que los cónyuges que aportan bienes al matrimonio pierden la mitad de ellos, en favor del otro cónyuge, quien puede no haber aportado nada. Existe este régimen en Holanda, Noruega, Portugal y Brasil.

Pero no obstante la crítica apuntada, el régimen de comunidad es más solidario que los otros regímenes.

La *comunidad restringida* supone la existencia, junto al patrimonio de la comunidad, de patrimonios personales de cada cónyuge. Al terminar la comunidad, los cónyuges retiran sus bienes personales y los bienes comunes, después de pagarse las deudas, pasan a ser gananciales que se dividen en partes iguales entre los cónyuges. Dentro de este sistema de comunidad restringida se distinguen la *comunidad de muebles y gananciales* y la *comunidad reducida a los gananciales*.

La *comunidad de muebles y gananciales* supone un patrimonio común, al que ingresan todos los bienes muebles de los cónyuges aportados al matrimonio y los muebles o inmuebles adquiridos durante la vigencia de él a título oneroso. Ingresan también todas las utilidades y frutos producidos durante el matrimonio, tanto por los bienes sociales cuanto por los bienes propios. Los inmuebles aportados o adquiridos durante el matrimonio a título gratuito tienen el carácter de propios y quedan excluidos de la comunidad. Este régimen se funda en el falso concepto de que la base de la fortuna es la propiedad inmobiliaria.

La *comunidad de gananciales* supone un haber común al que sólo ingresan los bienes raíces y muebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, los frutos de estos bienes y los que produzcan los bienes propios de los cónyuges. Ingresan

² Rossel Saavedra, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, N° 131, p. 85.

también las utilidades producidas por el trabajo de cada cónyuge. El marido administra el patrimonio social. Los bienes raíces y muebles que los cónyuges tengan al momento de casarse o los que adquieran a título gratuito durante el matrimonio, forman el haber propio de cada cónyuge.

Usualmente, el régimen de comunidad se establece como el régimen supletorio, a falta de voluntad en otro sentido de los cónyuges. Así, por citar algunos ejemplos, dispone el art. 463 del Código Civil y Comercial de la República Argentina: "Carácter supletorio. A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el artículo 449". Por su parte, el art. 295 del Código Civil peruano, establece: "Elección del régimen patrimonial. Artículo 295º.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. / Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. / Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. / A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales". A su vez, el art. 1316 del Código Civil español, expresa: "A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales". Ésta es definida en el art. 1344: "Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla" (se trata por ende de una comunidad de gananciales).

3.- Régimen de separación total de bienes.

Se caracteriza porque no existe un patrimonio común: cada cónyuge es dueño de los bienes que aporta al matrimonio, así como de aquellos que durante él adquiera, a cualquier título.

Cada cual administra lo suyo, de manera que la mujer es plenamente capaz.

Existe, como régimen normal, en Inglaterra, Escocia, USA, Italia, Panamá, etc. En Chile, es uno de los regímenes alternativos al de comunidad.

4.- Régimen de participación en los gananciales.

Es una combinación de los dos regímenes anteriores y consiste en que durante el matrimonio los cónyuges se miran como separados de bienes, pero a la época de su disolución, las legislaciones contemplan dos posibles "salidas": en algunas, las utilidades que cada uno produjo forman un fondo común que se divide entre ellos en partes iguales; en otras, se comparan las utilidades de ambos cónyuges y aquél que obtuvo menos o simplemente no las obtuvo, tiene un crédito en contra de aquél que si las obtuvo o las obtuvo en mayor cuantía.

Permite este régimen la plena capacidad de la mujer, con lo que se eliminan los inconvenientes de la comunidad. Asimismo, da participación a la mujer en las utilidades producidas por el marido. Con ello, se elimina el inconveniente más grave del régimen de separación, en el cual en ocasiones la mujer, por estar impedida de producir por sus afares domésticos, pierde toda expectativa en participar en las utilidades obtenidas por el marido, las que no pocas veces la mujer contribuyó a formar.

Existe en Suecia y Colombia y con carácter convencional, en Francia, Uruguay y Chile.

Se afirma que, si bien este régimen es el que más ventajas ofrece desde un punto de vista abstracto, en la práctica coloca en peor situación al cónyuge que trabaja, produce y ahorra, frente al que consume, mal o bien, el producto de su actividad. El primero deberá contribuir con la mitad de sus bienes a sustentar la vida del que nada tiene. Puede constituir por ende un seguro a favor de la desidia y de la imprevisión.

5.- Régimen sin comunidad.

Llamado también de comunidad de administración, es un régimen intermedio entre el de comunidad y el de separación. Se caracteriza porque excluye la comunidad de bienes, es decir, cada cónyuge conserva el dominio de los bienes aportados al matrimonio y los adquiridos durante su vigencia. Se diferencia sin embargo del régimen de separación total de bienes porque no obstante conservar la mujer el dominio de los bienes que aporta o que adquiera, su administración se radica en el marido (excepto los bienes reservados de la mujer).

Los bienes de la mujer se dividen en bienes de aporte y bienes reservados.

Los bienes de aporte, o sea los que llevó al matrimonio y los que adquirió durante su vigencia, son administrados y usufructuados por el marido; con el producto de tales bienes y de los suyos, efectúa los gastos de mantenimiento de la familia.

Los bienes reservados están formados por el producto del trabajo de la mujer, sus vestidos y alhajas, y aquellos donados por un tercero con este carácter. Tales bienes serán administrados exclusivamente por ella.

El régimen existe en Alemania y Suiza.³

6.- Régimen dotal.

En este régimen, se distingue entre bienes dotales y bienes parafernales.

En él no existe patrimonio común, pero la mujer entrega al marido un conjunto de bienes que él administra y destina a solventar las necesidades del matrimonio. Estos bienes, llamados *dotales*, son administrados por el marido y deben restituirse al producirse la disolución del matrimonio, para lo cual se establece una hipoteca legal sobre los bienes, que asegura la restitución.

Los bienes que la mujer conserva en dominio y administración se llaman *parafernales*.

Durante largo tiempo, este régimen fue el común en Roma, aunque allí la dote se recibía en propiedad. Hoy existe en Francia, Alemania, Portugal e Italia.⁴

7.- Régimen adoptado por el Código Civil Chileno.

En realidad, la sociedad conyugal chilena es un régimen de "comunidad diferida", pues ésta nace sólo a su disolución. Antes, no hay verdadera comunidad, pues el marido es considerado dueño exclusivo de todos los bienes "sociales" respecto de terceros (art. 1750).

Se establece en el art. 135, inc. 1º y en el art. 1718, que por el solo hecho del matrimonio, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges. Se trata del régimen conocido como *comunidad diferida y restringida de muebles y gananciales* (o para otros, comunidad de gananciales), con algunas variantes. Se estructura este régimen en la distinción entre haber absoluto o real y haber relativo o aparente. De tal forma, en nuestro Derecho, los bienes raíces llevados al matrimonio no entran al haber de la

³ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., Nº 135, p. 88.

⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., Nº 136, p. 88; Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Tomo I, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Nº 181, p. 158.

comunidad (ni al real ni al aparente) y sí lo hacen los bienes muebles que aportan los cónyuges, con cargo a restituir su valor a la disolución de la sociedad conyugal. Es decir, estos últimos ingresan al haber aparente o relativo.

Tampoco entran al haber social real o al aparente los bienes raíces adquiridos durante el matrimonio a título gratuito. Los bienes muebles adquiridos a título gratuito, ingresan al haber aparente o relativo de la sociedad conyugal. Ingresan al haber real o absoluto los frutos de los bienes sociales, de los bienes propios y el producto del trabajo de los cónyuges.

De esta manera, y según detallaremos, distinguimos según se trate de bienes *aportados* al matrimonio y bienes *adquiridos* durante el matrimonio.

Respecto de los bienes aportados: los muebles, ingresan al haber relativo o aparente, y los inmuebles, al haber propio del cónyuge.

Respecto a los bienes adquiridos: distinguimos según se trate de los adquiridos a título gratuito o a título oneroso. Si se trata de muebles adquiridos a título gratuito, ingresan al haber relativo o aparente, y si son inmuebles, ingresan al haber propio. Si se trata de bienes muebles o inmuebles adquiridos a título oneroso, ingresan al haber real o absoluto (excepciones: arts. 1728, 1729, 1733 y 1736).

Diversas leyes han ido modificando el régimen del Código Civil, estableciendo, entre otras materias:

- i.- La autorización de la celebración de pactos que producen la separación total (antes del matrimonio o después de celebrado) o parcial (sólo antes de la celebración del matrimonio) de bienes.
- ii.- El patrimonio reservado de la mujer casada.
- iii.- El otorgamiento de la plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal (aunque teórica en algunos aspectos).
- iv.- Consagrando la institución de los bienes familiares; y
- v.- Estableciendo un nuevo régimen patrimonial alternativo, el de participación en los gananciales.

RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

CAPITULO I: DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES.⁵

I.- GENERALIDADES.

1.- Concepto.

Son *convenciones de carácter patrimonial que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración* (art. 1715, inc. 1º).

Se deduce de tal concepto que estas convenciones tienen por objeto modificar el régimen de bienes establecido por la ley.

El Código Civil las llama "convenciones", pues en realidad si bien se trata de actos jurídicos bilaterales, no siempre se trata de contratos. Serán contratos cuando impongan obligaciones a los contrayentes (por ejemplo, cuando el futuro marido se obliga a pagar a su futura cónyuge una pensión periódica durante el matrimonio). En otras ocasiones, sólo serán convenciones, especialmente cuando se limitan a meras declaraciones (por ejemplo, cuando los esposos inventarían y tasan los bienes muebles que aportarán al matrimonio o especifican sus obligaciones vigentes).

2.- Clasificación.

⁵ Las convenciones o capitulaciones matrimoniales no son exclusivas del régimen de sociedad conyugal, pero cuando se pactan, usualmente anteceden a dicho régimen matrimonial. Por ello, las tratamos dentro del expresado régimen matrimonial.

Las capitulaciones pueden convenirse antes del matrimonio o durante su celebración. En cada caso, las solemnidades y las finalidades serán distintas:

i.- Las capitulaciones que se celebran junto con el matrimonio sólo pueden tener por objeto el pacto de separación total de bienes o estipular el régimen de participación en los gananciales (art. 1715, inc. 2º).

ii.- En cambio, las capitulaciones que se celebran antes del matrimonio pueden contener esas y otras estipulaciones patrimoniales que los esposos quieran acordar.

Con todo, el inc. 3º del art. 1715 expresa que "Los esposos del mismo sexo podrán celebrar capitulaciones matrimoniales, pero en caso alguno podrán pactar el régimen de sociedad conyugal".

II.- REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

1.- Enumeración de los requisitos.

Analizaremos aquellos requisitos que implican una alteración de los principios que rigen la celebración de toda convención y que por tal causa, son peculiares a las capitulaciones matrimoniales. Ellos son:

- a) La capacidad de las partes.
- b) Las solemnidades.

2.- Acerca de la capacidad de las partes.

Las capitulaciones sólo pueden ser pactadas por los esposos (expresión que el art. 1715 no toma en su sentido estricto, de aquellos que han celebrado los esponsales, sino más bien como sinónimo de "novios"), y a diferencia de lo que acontece en las demás convenciones, las celebran dichos esposos *personalmente*, aunque sean incapaces, sin perjuicio de obtener en este caso la autorización que indicaremos

Dispone el art. 1721: "El que se halla bajo curaduría necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales".

No comparecen los esposos incapaces por lo tanto a través de sus representantes legales (curadores), sino que actúan directamente, pero deben requerir la autorización de tales representantes.

Pueden celebrar capitulaciones matrimoniales todos los que son hábiles para contraer matrimonio.

En otras palabras, los hombres y mujeres mayores de edad pueden celebrar capitulaciones matrimoniales, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Por regla general, celebrarán la convención sin necesidad de la autorización o aprobación de persona alguna.
- b) Los esposos que estén bajo guarda (concretamente, los interdictos por disipación), pueden celebrar capitulaciones, pero con autorización de su curador (art. 1721). El incapaz bajo guarda, en todo caso, obra personalmente y ello queda en claro desde el momento en que requiere de la autorización de su curador. En otras palabras, si el curador autoriza al interdicto por disipación, es porque el último actúa personalmente.

Obtenida la autorización, el disipador interdicto, en principio, puede pactar en las capitulaciones todas las cláusulas que desee, como si actuare su curador. Sin embargo, para todos aquellos actos jurídicos en los que el curador deba obtener autorización judicial, será necesario cumplir con esta formalidad habilitante, conforme a las reglas generales.

3.- De las solemnidades.

Las capitulaciones matrimoniales son siempre solemnes, pero las solemnidades varían, según se convengan dichas capitulaciones antes o durante la celebración del matrimonio.

a) *Capitulaciones celebradas antes de contraer el matrimonio*: se otorgan por escritura pública, que debe subinscribirse al margen de la inscripción de matrimonio, una vez efectuada. La subinscripción debe hacerse al momento de celebrarse el matrimonio o dentro de los 30 días siguientes a dicha celebración.

Si no se efectúa la subinscripción en tiempo y forma, las capitulaciones no tendrán valor, ni entre las partes ni respecto de terceros (art. 1716, inc. 1º).

Si el matrimonio se hubiere celebrado en el extranjero, para hacer la subinscripción será necesario proceder antes a la inscripción del matrimonio en la Primera sección de la Comuna de Santiago, exhibiéndose al Oficial Civil certificado de matrimonio debidamente legalizado (por el Cónsul chileno en el país respectivo o de no haberlo por el de nación amiga y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en Chile). En este caso, el plazo de 30 días para hacer la subinscripción, deberá contarse desde la fecha en que se inscriba el matrimonio en Chile (art. 1716, inc. 2º).

b) *Capitulaciones celebradas al contraer matrimonio*: deben hacerse constar en la inscripción del matrimonio y sin este requisito no tendrán valor alguno (art. 1716, inc. 1º).

III.- CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

En cuanto a las estipulaciones permitidas, distinguimos también, según se trate de capitulaciones celebradas antes o durante el acto por el cual se contrae matrimonio:

a) *Capitulaciones celebradas antes de contraer matrimonio*: en ellas, los esposos pueden celebrar las siguientes convenciones:

a.1) Adopción de un régimen matrimonial: si se trata de esposos de distinto sexo, podrán pactar el régimen de sociedad conyugal modificado, el de separación total o parcial de bienes; y el de participación en los gananciales (art. 1720, inc. 1º). En cambio, si se trata de esposos del mismo sexo, "en caso alguno podrán pactar régimen de sociedad conyugal" (art. 1715, inc. 3º). Lo anterior, considerando que éstos últimos no pueden contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal.

a.2) Enumeración de los bienes que los futuros cónyuges aportan al matrimonio (si son inmuebles quedarán en el haber propio del aportante y si son muebles ingresarán al haber relativo) o de las deudas que tiene cada cual (que pesarán sobre el pasivo relativo o provisional de la sociedad conyugal).

a.3) Pueden referirse a las donaciones "por causa de matrimonio", reglamentadas en los arts. 1786 y siguientes (también pueden otorgarse donaciones irrevocables, pero sólo para que tengan efecto antes del matrimonio, pues las que se hagan durante el mismo siempre serán revocables).

a.4) Pueden hacerse concesiones recíprocas, como renuncia por la mujer a los gananciales (art. 1719), goce de pensiones periódicas (art. 1720, inc. 2º), etc.

a.5) Pueden los esposos eximir de la comunidad (es decir, del haber relativo de la sociedad conyugal) una parte de sus bienes muebles (art. 1725, N° 4).

a.6) Pueden hacer ingresar a la sociedad conyugal bienes raíces de su dominio. Cualquiera de los cónyuges puede aportar inmuebles a la sociedad conyugal para que ésta le restituya su valor en dinero o en especie, a elección de cualquiera de ellos (o sea, ingresan al haber relativo o aparente).

a.7) Pueden destinarse valores propios para comprar, durante el matrimonio, con dichos valores, bienes raíces o muebles que no entrarán a formar parte del haber de la sociedad conyugal (art. 1727, N° 2). Lo anterior, con el fin de realizar, vigente la sociedad conyugal, una subrogación real (art. 1733).

La enumeración anterior no es taxativa, pero debemos recordar que el contenido de las capitulaciones matrimoniales está limitado por su propia naturaleza (convenciones pecuniarias relacionadas con el régimen de bienes del futuro matrimonio) y además por el propio legislador, que prohíbe ciertos pactos por estimarlos contrarios al orden público.

b) *Capitulaciones celebradas al contraer matrimonio*: en ellas, sólo puede pactarse separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales (art. 1715, inc. 2º, modificado por la Ley Nº 19.335).

c) *Estipulaciones prohibidas en las capitulaciones matrimoniales*:

c.1) Estipulaciones contrarias a las buenas costumbres o a las leyes (art. 1717). Tales estipulaciones serían, por ejemplo:

i.- Que la mujer renunciara a pedir separación de bienes, ya que tal derecho es irrenunciable (art. 153).

ii.- Que se renunciara a la acción de divorcio (art. 57 de la Ley de Matrimonio Civil).

iii.- Que se establecieran pactos sobre sucesión futura.⁶

iv.- Que los esposos del mismo sexo pacten régimen de sociedad conyugal.

c.2) Estipulaciones en detrimento de los derechos, deberes y obligaciones de los cónyuges (art. 1717). Entre ellos, los derechos-deberes de fidelidad, socorro, asistencia, vida común, respeto, etc.

c.3) Estipulaciones en detrimento de los derechos, deberes y obligaciones con respecto a los descendientes comunes (art. 1717). Así, por ejemplo, no podría pactarse que el padre se abstenga de intervenir en la crianza y educación de sus hijos (art. 229).

c.4) Estipulaciones relativas a la vigencia de la sociedad conyugal. La Ley Nº 21.515, publicada el 28 de diciembre de 2022, derogó el inc. 3º del art. 1721, que disponía: "No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula". Considerando lo anterior, en principio, podría entenderse que después de la mencionada derogación, hoy sería posible estipular que la sociedad conyugal comience antes de la celebración del matrimonio o subsista más allá de haber operado alguna de las causales de extinción previstas en la ley. Por cierto, tal conclusión sería equivocada. Antes y después de la derogación del inciso, no permite la ley adelantar o retrasar la vigencia de la sociedad conyugal o crear causales especiales de extinción, si los esposos optan por tal régimen. Ello se desprende del tenor imperativo de los arts. 135, inc. 1º ("Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal"); 1718 ("A falta de pacto en contrario se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título") y 1764, cuyo encabezado expresa que "La sociedad conyugal se disuelve..." en los casos enumerados en este precepto. Lo mismo cabe señalar respecto del régimen de participación en los gananciales: aunque la ley no lo señale expresamente, pues entendemos que aquí se aplica el aforismo "donde existe la misma razón, rige la misma disposición", operando una interpretación por analogía.

IV.- EFECTOS Y REVOCABILIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

1.- Momento en que las capitulaciones producen efecto.

Conforme a lo dispuesto en el art. 1716, las capitulaciones matrimoniales comienzan a producir sus efectos desde el momento en que se celebra el matrimonio y se efectúe la subinscripción ordenada en el citado precepto. Efectuada la subinscripción

⁶ Ni siquiera podría operar el caso excepcional previsto en el art. 1204, relativo al pacto de no disponer de la cuarta de mejoras, pues tal convenio exige que una de las partes sea legitimario de la otra parte, y antes del matrimonio, no se tiene tal calidad por los novios o esposos.

(que forzosamente será posterior al matrimonio), los efectos de las capitulaciones, que se encontraban suspendidos o "congelados", se retrotraerán al momento de la celebración⁷. Recordemos que sin tratarse de un contrato accesorio (pues no aseguran el cumplimiento de una obligación principal), las capitulaciones constituyen un acto jurídico "*dependiente*", que requiere la celebración de otro contrato, el de matrimonio, para producir sus efectos. Por ende, las capitulaciones no producirán sus efectos si el matrimonio no se celebra o si fuere declarado nulo. En este último caso, se producirán sus efectos sin embargo, en la medida que el matrimonio nulo fuere putativo (así, por ejemplo, si la mujer celebró el matrimonio de buena fe y con justa causa de error, y en las capitulaciones matrimoniales se había pactado el pago a favor de aquella de una pensión mensual, tiene derecho a que se le entere dicha pensión, hasta que el matrimonio se declare nulo o al menos hasta que cese su buena fe).

2.- Modificación de las capitulaciones matrimoniales.

También debemos trazar una línea fronteriza antes y después de celebrado el matrimonio. Antes, los esposos serán libres de modificar las capitulaciones. Después, carecen de tal facultad, pues las capitulaciones se tornan irrevocables desde la celebración del matrimonio. Lo anterior, con la excepción que señalaremos (art. 1716, inc. 3º).

Las modificaciones que realicen los esposos a las capitulaciones matrimoniales valdrán entre ellos y respecto de terceros, siempre que se otorguen con las mismas solemnidades que se exigen para las propias capitulaciones (art. 1722).

3.- Irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales.

Como señalábamos, celebrado el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales no podrán alterarse. El único pacto que puede modificarlas, es el contemplado en el art. 1723, en virtud del cual puede cambiarse el régimen de sociedad conyugal o de separación parcial de bienes por el de separación total de bienes o por el de participación en los gananciales; asimismo, podrán sustituir el régimen de separación total de bienes por el de participación en los gananciales (art. 1792-1).

El pacto en referencia, como vemos, modifica las capitulaciones sólo en cuanto a sustituir el régimen de bienes, pero en las demás estipulaciones que puedan contener (por ejemplo, donaciones, aportes de bienes o valores para los fines pactados, etc.) se mantendrá inalterable.

CAPITULO II: CONCEPTO, REGULACIÓN, NATURALEZA Y CARACTERES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

1.- Concepto.

Puede definirse como la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges, bajo la modalidad de comunidad diferida y restringida de muebles y gananciales, por el hecho de contraer matrimonio y a falta de pacto en contrario (arts. 135 y 1718).

La sociedad conyugal se forma de pleno derecho, sin necesidad de declaración de voluntad (salvo en el caso del artículo 135, inc. 3º, caso que también constituye una excepción a la regla en virtud de la cual no puede originarse la sociedad conyugal *después* de celebrado el matrimonio).

Su duración está determinada por la ley: comienza con el matrimonio y concluye sólo por alguna de las causales establecidas en el art. 1764. Los cónyuges no

⁷ Distinta es la solución, según veremos, tratándose del pacto regulado por el artículo 1723 del Código Civil.

pueden acelerar o retardar su disolución, salvo si ejercen los derechos que les confiere el art. 1723, sustituyendo el régimen por uno de los dos alternativos.

Cabe advertir que si quienes contraen matrimonio fueren personas del mismo sexo, se entenderán separadas totalmente de bienes, a menos que optaren por el régimen de participación en los gananciales. Estas personas, no podrán casarse bajo el régimen de sociedad conyugal (arts. 135, inc. 2º y 1715, inc. 3º).

2.- Regulación.

Está regulada la sociedad conyugal en los arts. 135 a 140 del Título VI "De las obligaciones y derechos entre los cónyuges", del Libro I, y en el Título XXII del Libro IV. Se denomina este último Título "De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal". De los siete párrafos en que se divide este Título, los seis primeros se refieren a la sociedad conyugal, y versan sobre las siguientes materias:

1º Reglas generales (arts. 1715 a 1724).

2º Del haber de la sociedad conyugal y de sus cargas (arts. 1725 a 1748).

3º De la administración ordinaria de los bienes de la sociedad conyugal (arts. 1749 a 1757).

4º De la administración extraordinaria de la sociedad conyugal (arts. 1758 a 1763).

5º De la disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales (arts. 1764 a 1780).

6º De la renuncia de los gananciales hecha por parte de la mujer después de la disolución de la sociedad (arts. 1781 a 1785).

3.- Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal.

Se dice que la sociedad conyugal no tiene de sociedad sino el nombre, aun cuando el art. 2056, inc. 2º, se refiere a ella impropia para señalar que es una sociedad de gananciales a título universal. En verdad, es una institución que no es ni sociedad, ni comunidad, ni persona jurídica, y que tiene características que la diferencian de las figuras jurídicas señaladas. Así lo ha declarado la jurisprudencia.

Esta institución tiene en realidad dos aspectos: uno para los terceros y otro para los cónyuges.

Para los terceros, no hay más que dos patrimonios, el del marido y el de la mujer. No existe el patrimonio social.

Para los cónyuges, existen al menos tres patrimonios: el social y el propio de cada uno. Pero sobre el patrimonio social la mujer carece de todo derecho mientras dure la sociedad. Ello no impide que este patrimonio exista para ciertos efectos, tenga algunas manifestaciones de importancia. Si se sostuviera que el patrimonio social no existe en forma alguna respecto de la mujer, no se explicaría ni la renuncia de gananciales (ya que no puede renunciarse lo que no se tiene), ni la separación de bienes, ni la administración ordinaria o extraordinaria de la sociedad conyugal, ni las limitaciones para enajenar o gravar ciertos bienes consignados en el artículo 1749, o la existencia del patrimonio reservado o de otros patrimonios especiales, etc.

4.- Diferencias entre la sociedad conyugal y la sociedad común.

Las diferencias principales son las siguientes:

a) La sociedad conyugal no nace, como la común, de la voluntad de las partes, sino de la ley y por el hecho de contraer matrimonio, salvo pacto en contrario (art. 1718). Excepcionalmente, se requiere voluntad de los cónyuges en el caso del art. 135, inc. 3º. En cambio, la verdadera sociedad requiere del acuerdo de las voluntades para generarla.

b) La sociedad conyugal sólo puede existir entre los cónyuges y termina *ipso facto*, si muere uno de ellos. La sociedad corriente puede continuar en cambio con los herederos de uno de los socios fallecido, si así se hubiere pactado. En la sociedad conyugal, muerto uno de los cónyuges, se forma usualmente una comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto (a menos que el único heredero fuere el cónyuge sobreviviente).

c) La sociedad común no puede pactarse a título universal, es decir, no puede comprender todo el patrimonio de una persona (art. 2056). En otras palabras: es necesario singularizar el aporte que hace cada uno de los socios. Por el contrario, el mismo artículo autoriza la sociedad de ganancias a título universal entre cónyuges. Estos no señalan qué bienes aportan a la sociedad conyugal ni tampoco aquellos que van a adquirir vigente la misma.

d) En la sociedad conyugal, la mujer puede renunciar anticipadamente a los beneficios que dicha sociedad produzca (gananciales) sin que por ello la sociedad deje de existir. Lo anterior no es admisible en la sociedad común, en la cual la participación en los beneficios es tan esencial que sin ella no hay sociedad.

e) En la sociedad común, cada socio debe poner o prometer poner algo en común (art. 2055); la sociedad conyugal no necesita estipulación de aportes ni tampoco hacer aporte alguno.

f) En las sociedades de personas usualmente los beneficios se reparten a prorrata de los aportes; en la sociedad conyugal, los gananciales se dividen por mitades, cualquiera sea el monto de los aportes y aunque alguno de los cónyuges no haya aportado nada (art. 1774).

g) En las sociedades de personas, por regla general todos los bienes de los socios responden de las obligaciones sociales (no acontece lo anterior, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada); en la sociedad conyugal, sólo el marido responde ilimitadamente. La mujer no responde sino hasta la concurrencia de su mitad de gananciales y sólo con sus bienes propios cuando reporta beneficios del acto o contrato (artículos 1777 y 1778). Si la mujer renuncia a los gananciales, cesa su responsabilidad.

h) En la sociedad común y salvo estipulación en contrario, todos los socios administran con iguales facultades; en la sociedad conyugal, sólo administra el marido, con amplias facultades, sin perjuicio de ciertas limitaciones para ejecutar o celebrar determinados actos o contratos (art. 1749).

i) En la sociedad común, el patrimonio social es distinto al patrimonio de los socios individualmente considerados. En la sociedad conyugal, el patrimonio de la misma se confunde con el patrimonio del marido, de tal forma que éste es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales (art. 1750).

5.- La sociedad conyugal no es otra clase de persona jurídica.

La sociedad conyugal, a diferencia de la sociedad común, no constituye una entidad distinta de los socios individualmente considerados, sino que se confunde con el marido.

Los terceros no ven más que al marido, de manera que con él contratan. Es él quien se obliga personalmente con todos sus bienes. El marido en particular y los cónyuges en general no actúan en representación o a nombre de la sociedad, sino a nombre propio, y los acreedores no ven más patrimonio que el del marido, en el que se confunden el patrimonio social y el patrimonio propio de la mujer. De lo anterior, se deduce que no hay acreedores de la sociedad conyugal, sino del marido y de la mujer, según corresponda.

La sociedad conyugal tampoco existe como persona jurídica respecto de la mujer. El art. 1752 le niega todo derecho sobre los bienes sociales durante su vigencia,

salvo en los casos de los arts. 138 (antiguo art. 145) y 138 bis (incorporado por la Ley N° 19.335), este último respecto de sus bienes propios (la referencia al art. 145 que mantiene el art. 1752 obedece a una inadvertencia del legislador). Por su parte, el art. 1749 da al marido la administración de los bienes sociales con amplias facultades (Bello, en sus comentarios, apunta que "durante la sociedad se ha descartado el dominio de la mujer; este dominio es una ficción que a nada conduce", frase que, a decir verdad, ya no se condice con el actual estado de las cosas en nuestra sociedad, en la que la mujer se ha equiparado al marido en la contribución a la economía familiar).

En otras palabras, la mujer no ve a un ente ficticio, independiente, llamado sociedad conyugal, sino sólo a su marido.

Únicamente cuando la sociedad conyugal se disuelve, podemos distinguir con nitidez el patrimonio social y el patrimonio particular de cada uno de los cónyuges, estableciéndose en esos patrimonios las correspondientes compensaciones. De ahí que se diga que la sociedad conyugal sólo existe para disolverse (lo mismo podemos afirmar a propósito del régimen de participación en los gananciales).

6.- La sociedad conyugal no es una especie de copropiedad.

En el ámbito del derecho francés, numerosos tratadistas (Planiol y Ripert, Josserand), sostienen que la sociedad conyugal es una copropiedad especial caracterizada porque la cuota de cada cónyuge no es transferible mientras ella dura y no puede pedirse su división sino en los casos señalados en la ley.

Entre nosotros, como apunta Rossel, esta teoría de la copropiedad especial no tiene asidero, porque ella supone dos personas copropietarias que tienen iguales derechos sobre un bien común.⁸

El art. 1752 niega a la mujer, mientras dure la sociedad conyugal, todo derecho sobre los bienes sociales. Por su parte, el art. 1750 establece que el marido es, respecto de terceros, el único dueño de estos bienes, durante la vigencia de la sociedad. Estos principios excluyen la idea de una comunidad o copropiedad sobre los bienes sociales. Ahora bien, una vez terminada la sociedad conyugal, se originará efectivamente entre los cónyuges o excónyuges, una comunidad regida por las normas de dicho cuasicontrato (artículos 2304 a 2313).

Que la sociedad conyugal no sea una comunidad, y que ésta nazca sólo una vez disuelta aquélla, tiene importancia respecto de las adjudicaciones que se realicen en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal: ellas se retrotraen al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Por ende, el cónyuge adjudicatario se entenderá dueño exclusivo del bien que se le adjudica a partir del momento en que quedó disuelta la sociedad conyugal. En otras palabras, será considerado propietario desde antes de la fecha en que el bien le fue adjudicado. Recuérdese que la adjudicación es un título declarativo de dominio que opera con efecto retroactivo. Profundizaremos en este punto al tratar de la liquidación de la sociedad conyugal.

7.- Características de la sociedad conyugal.

De lo expuesto en este capítulo, nos parece que las características más relevantes de la sociedad conyugal son las siguientes:

- a) Existe por el solo ministerio de la ley, por el hecho de contraer matrimonio, y a falta de pacto en contrario.
- b) Es una "sociedad" aparente, pues son múltiples los puntos en los que difiere del verdadero contrato de sociedad.

⁸ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 102.

- c) Durante su vigencia, los bienes "sociales" pertenecen en realidad al marido.
- d) Sólo al disolverse, los bienes "sociales" pasan a ser comunes.
- e) Durante su vigencia, la mujer, por regla general, no tiene derecho alguno sobre los bienes "sociales".
- f) Durante su vigencia, los bienes "sociales" son administrados, por regla general, por el marido, aunque con limitaciones.

CAPITULO III: DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

1.- Clasificación de los elementos del patrimonio social.

Distinguimos tres patrimonios en el matrimonio: el social, el del marido y el de la mujer. Eventualmente, si la mujer ejerce una profesión, industria o comercio separado del de su marido, se formará un cuarto patrimonio compuesto por los bienes por ella adquiridos. También se contempla la posibilidad de que se originen otros patrimonios especiales, que administrará la mujer con independencia del marido. Cada uno de estos patrimonios tiene un activo y un pasivo.

El haber de la sociedad conyugal admite una importante clasificación, atendiendo a la forma en que los bienes entran a formar parte de ella. Hay bienes que entran irrevocablemente a formar dicho haber y son, en general, los frutos y ganancias producidos y obtenidos durante el matrimonio: constituyen el haber real y efectivo de la sociedad conyugal. Hay otros bienes que si bien entran al haber social, el cónyuge que los hizo ingresar conserva un crédito por el valor de los bienes referidos, que hará efectivo al disolverse la sociedad conyugal y que se denomina "recompensa". Estos bienes forman un haber aparente y son, principalmente, los bienes muebles que los cónyuges tenían al momento de casarse y los bienes muebles adquiridos a título gratuito durante el matrimonio. El art. 1725 regula, fundamentalmente, el activo de la sociedad.

Paralelamente, distinguimos un pasivo social y un pasivo personal del marido y de la mujer. Pero tratándose del pasivo, la deuda puede ser personal del marido o de la mujer y sin embargo estar obligada a su pago la sociedad, sin perjuicio de las compensaciones correspondientes. Es distinta la situación según consideremos el pasivo entre los cónyuges y respecto de terceros. Entre los cónyuges, es un problema de contribución a la deuda. Respecto de terceros, es un problema de obligación a la deuda. La contribución a la deuda, vale decir la determinación del patrimonio que en definitiva soportará el gravamen, es una cuestión de relaciones internas o privadas entre los cónyuges. La obligación a la deuda es una cuestión entre la sociedad deudora y el tercero acreedor, y consiste en determinar si el tercero acreedor tiene derecho a perseguir el patrimonio social o sólo puede accionar contra el patrimonio personal de los cónyuges (a partir del distingo anterior, estudiaremos el "pasivo definitivo" y el "pasivo provisional" de la sociedad conyugal). El pasivo se encuentra reglamentado, esencialmente, en el art. 1740.

SECCION PRIMERA: DEL HABER O ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

I.- DEL HABER REAL O ABSOLUTO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

1.- Concepto.

Forman el haber real o absoluto aquellos bienes que entran al patrimonio de la sociedad conyugal de manera definitiva e irrevocable, sin derecho a recompensa en favor del cónyuge que los hizo ingresar.

2.- Enumeración.

Integran el haber real las siguientes partidas:

2.1. El producto directo del trabajo de los cónyuges.

a) Regla general.

Dispone el N° 1 del art. 1725 que componen el haber de la sociedad conyugal los "salarios" y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio.

Quedan comprendidos los productos del trabajo de los cónyuges, cualquiera que sea su importancia, su duración y la forma de la remuneración o ingreso. Por lo tanto, integran este rubro las remuneraciones de los trabajadores, las utilidades de cualquiera industria o comercio, los honorarios de los profesionales y la remuneración de los tutores y curadores.

La expresión "salarios", debe entenderse hoy referida a las remuneraciones obtenidas por cualquiera de los cónyuges, por el trabajo que realice bajo vínculo de subordinación o dependencia. La "remuneración", se encuentra definida en el art. 41 del Código del Trabajo, en los siguientes términos: "Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo. / No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo".

La expresión "emolumentos", incluye otros ingresos que puedan percibir los cónyuges, como honorarios por servicios profesionales o utilidades por desarrollar una actividad comercial, industrial, etc. La palabra "emolumentos" no tiene definición legal, de manera que debemos entenderla en su sentido natural y obvio, conforme al art. 20 del Código Civil, es decir, según el uso general de las mismas palabras. Tal "uso general", como ha señalado nuestra jurisprudencia, es aquél que se establece en el Diccionario de la Lengua Española, que entiende por "emolumento", la "utilidad, retribución", o "remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo". De esta manera, si se trata de un cónyuge profesional o independiente, percibirá una "renta" en lugar de una remuneración, debiendo entenderse que dicha renta también se encuentra comprendida en el N° 1 del art. 1725. En relación a lo anterior, conviene tener presente la definición de renta del art. 2 de la Ley de Impuesto a la Renta: "Para los efectos de la presente ley se aplicarán, en lo que no sean contrarias a ella, las definiciones establecidas en el Código Tributario y, además, salvo que la naturaleza del texto implique otro significado, se entenderá: 1.- Por "renta", los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación".

Pero no toda remuneración o renta que obtenga uno de los cónyuges casados en sociedad conyugal ingresará al haber de ésta, sino sólo aquellos ingresos "devengados durante el matrimonio", según expresa la parte final del N° 1 del art. 1725. La expresión "devengar", significa "adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título" (Diccionario de la Lengua Española).

De esta manera, dos son los requisitos copulativos para que opere la partida establecida en el N° 1 del art. 1725 y consecuentemente, para que los bienes a que éste se refiere ingresen efectivamente al haber de la sociedad conyugal: i) que se trate de salarios y emolumentos (es decir, en lenguaje contemporáneo, remuneraciones y rentas) de todo género de empleos y oficios; y, ii) devengados durante el matrimonio.

b) Situación que se refiere a los capitales que un cónyuge tenga en sus cuentas previsionales.

Ahora bien, habría que preguntarse si la cotizaciones obligatorias que el empleador debe enterar en una Cuenta de Capitalización Individual que el trabajador tenga en una Administradora de Fondos de Pensiones, forman o no parte de las "remuneraciones" o de las "rentas", y si se encuentran efectivamente "devengadas" durante el matrimonio. En cuanto a lo primero, dispone el art. 17 del Decreto Ley N° 3.500 que los trabajadores afiliados al Sistema, estarán obligados a cotizar en su Cuenta de Capitalización Individual el diez por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles. A su vez, el art. 15 del mismo cuerpo legal señala que "Renta es la cantidad de dinero que declara un afiliado independiente como base de cálculo de su cotización, de acuerdo a las normas que se establecen en el Título IX". El inc. 1° del art. 89, establece por su parte que "Toda persona natural que, sin estar subordinada a un empleador, ejerza individualmente una actividad mediante la cual obtiene rentas del trabajo de las señaladas en el inciso primero del artículo siguiente, deberá afiliarse al Sistema que establece esta ley". El art. 92 consigna que "Los trabajadores independientes que en el año respectivo perciban ingresos de los señalados en el inciso primero del artículo 90, estarán afectos a las cotizaciones que se establecen en el Título III y a un siete por ciento destinado a financiar prestaciones de salud, las que se enterarán en el Fondo Nacional de Salud, cuando correspondan. Dichas cotizaciones se pagarán de acuerdo a lo establecido en los incisos cuarto y quinto del presente artículo y en el artículo 92 F. Los afiliados independientes a que se refiere el inciso tercero del artículo 90, estarán afectos a las cotizaciones que se establecen en el Título III y a un siete por ciento destinado a financiar prestaciones de salud, que será recaudado por la Administradora y enterado en el Fondo Nacional de Salud".

Se colige de las normas precedentemente citadas, que la cotización forma parte de la remuneración o de las rentas, es decir, se deduce de ellas. Se cumple entonces el primero de los requisitos exigidos por el N° 1 del art. 1725. En cuanto al segundo requisito, esto es, que se trate de ingresos "devengados durante el matrimonio", es necesario preguntarse cuándo nace para el trabajador dependiente o independiente, el derecho a percibir los montos acumulados en su Cuenta de Capitalización Individual. De lo que expondremos en la letra b) de este numeral, no cabe sino concluir que tal derecho se origina una vez que el trabajador jubila, y obtiene alguna de las pensiones que el sistema contempla al efecto (pensión de vejez, pensión de invalidez, y en caso de fallecer el trabajador, pensión de sobrevivencia para los beneficiarios que señala la ley). Antes de que jubile y obtenga la respectiva pensión, su derecho no se ha devengado, y por ende, los montos que corresponden a su fondo previsional no han ingresado al haber de la sociedad conyugal.

Se cumple entonces el primero de los requisitos exigidos por el N° 1 del art. 1725, más no el segundo, conforme a lo expuesto y lo que se expondrá. Por ende, las "cotizaciones", mientras mantienen tal condición jurídica, no se encuentran comprendidas en el N° 1 del art. 1725 del Código Civil. Sólo lo estarán, una vez que devienen en "pensiones", es decir, en sumas que se devengan periódicamente, una vez que el trabajador ha obtenido su respectiva jubilación, usualmente la "pensión de vejez".

Así lo ha entendido siempre nuestra doctrina. Al efecto, señala Enrique Rossel Saavedra, al aludir al haber real de la sociedad conyugal, que forman parte del mismo "las jubilaciones y pensiones de retiro"⁹. Arturo Alessandri Rodríguez, por su parte, también recoge el distingo con la claridad habitual que caracteriza sus escritos: "Jubilaciones y pensiones de retiro concedidas en virtud de leyes de carácter general y permanente. Otra es la solución si la jubilación o la pensión de retiro es concedida al

⁹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 104.

cónyuge en aplicación de una ley de carácter general y permanente, por haber servido cierto número de años y concurrir los demás requisitos legales. Estas jubilaciones y pensiones, sean fiscales o municipales¹⁰, representan, en cierto modo, el sueldo que ganaba el empleado. Hay que distinguir entre el derecho mismo a la jubilación o retiro y las rentas devengadas durante el matrimonio. El derecho mismo es *personalísimo*: compete exclusivamente al cónyuge favorecido y no ingresa al haber social aunque se haya declarado durante la vigencia de la sociedad. De ahí que disuelta ésta, aquél continuará percibiendo su jubilación o pensión sin que nada tenga que abonar, por este motivo, al otro cónyuge o a sus herederos. Las rentas devengadas durante el matrimonio ingresan al haber social conforme al N° 1 del art. 1725, porque representan, como dijimos, parte del sueldo del empleado y son, hasta cierto punto, producto del trabajo personal del cónyuge que las percibe¹¹.

Nótese que como señala Alessandri, "el derecho a la jubilación", es personalísimo, aún en el caso que se haya "declarado" durante la sociedad conyugal, de manera que no ingresa a ésta. Por tanto, si todavía no se ha declarado tal derecho -porque el cónyuge respectivo aún no cumple los requisitos previstos en la ley para pensionarse-, con mayor razón la conclusión ha de ser que nada ha ingresado al haber de la sociedad conyugal.

Si se estimare que las jubilaciones forman parte del haber de la sociedad conyugal no en virtud del N° 1 sino que de conformidad al N° 2 del art. 1725 del Código Civil, en nada cambia la conclusión precedente. En efecto, dispone este numeral: "El haber de la sociedad conyugal se compone: (...) 2º. De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio". Así, si se trata de las "pensiones", ellas formarán parte del haber social una vez que adquieran tal calidad (es decir, una vez que las "cotizaciones" se transformen en "pensiones") y se devenguen. Y ello acontecerá, según se dejó en claro, cuando el trabajador obtenga una de las pensiones contempladas en la legislación previsional. Antes, no existen "pensiones". Ergo, nada puede ingresar al haber de la sociedad conyugal.

A su vez, cabe referirse aquí al Decreto Ley N° 3.500, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1980, que creó un Sistema de Pensiones de Vejez, de Invalidez y de Sobrevivencia derivado de la capitalización individual que se regirá por las normas del citado decreto ley. La capitalización se efectuará en organismos denominados Administradoras de Fondos de Pensiones (artículo 1º). El artículo 2º, dispone que el inicio de la labor del trabajador no afiliado genera la afiliación automática al Sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, sin perjuicio de lo dispuesto para los afiliados voluntarios. La afiliación es definida en este cuerpo legal como la relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial, el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización. Agrega el art. 3 que tendrán derecho a pensión de vejez los afiliados que hayan cumplido sesenta y cinco años de edad si son hombres, y sesenta años de edad si son mujeres, sin perjuicio de lo establecido en el art. 68. Este último precepto, admite la posibilidad que los afiliados puedan pensionarse en las condiciones prescritas en la ley antes de cumplir las edades establecidas en el art. 3 siempre que, acogiéndose a algunas de las modalidades de pensión señaladas en el art. 61, cumplan con los siguientes requisitos:

¹⁰ Téngase presente que, en la época en que escribe Alessandri, las pensiones de jubilación se otorgaban preferentemente por el Estado. Pero agrega en una nota: "Lo mismo cabe decir de las jubilaciones que algunas instituciones particulares acuerdan a sus empleados que han servido cierto número de años".

¹¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada (Artículo 150 y Título 22 del Libro IV del Código Civil)*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1935, pp. 143 y 144.

a) Obtener una pensión igual o superior al setenta por ciento del promedio de las remuneraciones imponibles percibidas y rentas declaradas, calculado según lo dispuesto en el art. 63, y b) Obtener una pensión igual o superior al ochenta por ciento de la pensión máxima con aporte solidario, vigente a la fecha en que se acoja a pensión. Por su parte, el art. 17, citado, dispone que los trabajadores afiliados al Sistema, menores de 65 años de edad si son hombres, y menores de 60 años de edad si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el diez por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles. Además, se deberá efectuar una cotización adicional en la misma cuenta y calculada sobre la misma base que será determinada por cada Administradora y que estará destinada a su financiamiento, incluido el pago de la prima de seguro a que se refiere el art. 59. El art. 61, por su parte, dispone que los afiliados que cumplan los requisitos establecidos en el art. 3 (ya citados), los afiliados declarados inválidos totales y los afiliados declarados inválidos parciales, una vez ejecutoriado el segundo dictamen, podrán disponer del saldo de su cuenta de capitalización individual con el objeto de constituir una pensión. La Administradora verificará el cumplimiento de dichos requisitos, reconocerá el beneficio y emitirá el correspondiente certificado. Por su parte, para hacer efectiva su pensión, cada afiliado podrá optar por una de las siguientes modalidades: a) Renta Vitalicia Inmediata; b) Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida; c) Retiro Programado, o d) Renta Vitalicia Inmediata con Retiro Programado.

De lo expuesto en los párrafos precedentes, puede deducirse que el sistema previsional no permite que el trabajador afiliado a él, pueda efectuar retiros totales o parciales en cualquier tiempo, respecto de sus cotizaciones obligatorias. Conforme a las normas que regulan el sistema de pensiones vigente, las sumas depositadas en las cuentas de capitalización individual sólo están destinadas al financiamiento de tres tipos de pensiones: la de vejez, la de invalidez y la de sobrevivencia, sin perjuicio del otorgamiento de otras prestaciones tales como los retiros de excedentes de libre disposición, en el caso que así lo solicitare el afiliado al pensionarse y le asista el derecho, el pago de cuota mortuoria o el pago de los fondos bajo la forma de la herencia. En consecuencia, una administradora de fondos de pensiones está impedida de acceder a la solicitud de retiro de los expresados fondos, en un contexto diverso a los recién señalados, sin que importe la causa que invoque el afiliado para fundar su petición. La Superintendencia de Pensiones tampoco está facultada para ordenar a una administradora de fondos de pensiones para que acceda a la petición del afiliado. Dicho en otros términos: la única manera de retirar el fondo acumulado en la cuenta de capitalización individual, será cumpliendo los requisitos legales para obtener una pensión de vejez, o de vejez anticipada, de invalidez o de sobrevivencia, optando por la respectiva modalidad de pensión.

De esta manera, puede observarse que el afiliado tiene un derecho o crédito en contra de la respectiva administradora de fondo de pensiones, para retirar sus fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual, pero sólo cumpliéndose los requisitos previstos en la ley, a los que hemos hecho referencia. El derecho o crédito, en consecuencia, no es disponible sino en la medida que se cumplan los presupuestos contemplados en la ley, y de ocurrir ello, la disposición está además limitada, pues debe ajustarse a una de las modalidades de pensión previstas en el sistema.

Con el mérito de lo expuesto, debe concluirse que no es posible incluir entre los bienes objeto de la partición o liquidación de la sociedad conyugal, los fondos de la cotización obligatoria que cualquiera de los cónyuges mantenga en su Cuenta de Capitalización Individual, pues la ley ha previsto los requisitos bajo los cuales es posible la disposición de tales fondos y ha delimitado la finalidad que ellos tienen: el financiamiento de una pensión, bajo alguna de las modalidades previstas en el Decreto Ley N° 3.500. Así las cosas, la ley reconoce que el afiliado tiene un derecho sobre los fondos acumulados en su Cuenta de Capitalización Individual, pero al mismo tiempo lo

sujeta, en cuanto a su ejercicio, a una serie de limitaciones. Ello no tiene nada de particular, pues tal es lo que ocurre frecuentemente en nuestro ordenamiento jurídico.

Aún más, el único caso en que la ley permite que se disponga de parte (y en ningún caso de la totalidad) de los fondos en cuestión, dice relación con la compensación económica que uno de los cónyuges podría demandar, en el marco de un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, si puede acreditar para ello lo previsto en el art. 61 de la Ley de Matrimonio Civil. En efecto, cabe tener presente aquí lo dispuesto en los arts. 80 y 81 de la Ley N° 20.255, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de marzo de 2008, que posibilitan el pago de la compensación económica traspasando hasta un 50% de los fondos previsionales del cónyuge deudor a favor del cónyuge acreedor, pero siempre que se trate de "los fondos acumulados durante el matrimonio". Por ende, el señalado porcentaje máximo no se aplicará sobre fondos que el cónyuge haya acumulado antes de contraer matrimonio con el cónyuge acreedor. Dispone el primero: "Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N° 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto. / Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio." Establece por su parte el segundo: "La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que contribuyan a resolver con bases objetivas la situación previsional que involucre a cónyuges. De estimarlo necesario, el juez podrá requerir al citado organismo antecedentes específicos adicionales. La Superintendencia establecerá, mediante norma de carácter general, los procedimientos aplicables en los traspasos de fondos, apertura de las cuentas de capitalización individual que se requirieran y demás aspectos administrativos que procedan." Nótese, por tanto, que en el caso descrito, la ley autoriza un traspaso parcial de los fondos de un cónyuge al otro, pero para un fin determinado. Vale decir, aún en este caso, la ley no autoriza la disposición de los fondos al arbitrio del cónyuge que los recibe, sino que sólo para incrementar su cuenta de capitalización individual o para proceder a la apertura de ésta, en caso de no tenerla. Pero ello solamente puede ocurrir en el contexto en que la ley lo autoriza: al demandarse compensación económica en un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio. En cualquier otro caso, el acto de disposición de los fondos acumulados está prohibido por la ley, y por ende, de ocurrir, estaríamos ante una hipótesis de objeto ilícito, de conformidad a lo previsto en el artículo 1466 del Código Civil, al señalar: "Hay asimismo objeto ilícito (...) generalmente en todo contrato prohibido por las leyes". Y puesto que estaríamos ante objeto ilícito, el acto adolecería de nulidad absoluta, según se desprende de los artículos 10 y 1682 del mismo cuerpo legal.

Guardando armonía con lo expuesto, en orden a la indisponibilidad de los fondos acumulados en una cuenta de capitalización individual, consigna el inc. 1° del art. 35 del Decreto Ley N° 3.500 que "El valor de cada uno de los Fondos de Pensiones se expresará en cuotas. Todas las cuotas de un Fondo de Pensiones serán de igual monto y características, y serán, además, inembargables". Esta inembargabilidad, se extiende incluso al ahorro previsional voluntario, según se aprecia en el artículo 20 d del mismo Decreto, que dispone: "Los recursos mantenidos por los afiliados en cualquier plan de ahorro previsional voluntario serán inembargables". Esta inembargabilidad se fundamenta, por una parte, en la protección del bien jurídico que consiste en asegurar a los trabajadores que en su vejez, dispongan de una pensión

que les permita solventar sus necesidades básicas, así como en el carácter inalienable de los fondos. Esta inalienabilidad es absoluta, es decir, no puede haber enajenación voluntaria de los fondos –estamos, como expresaba Alessandri con claridad meridiana ante un *derecho personalísimo*–, como tampoco enajenación forzada, y por ello, no cabe el embargo, dado que éste sería del todo inútil, pues el ejecutante estará impedido de solicitar que su crédito se pague con cargo a dichos fondos.

En lo atinente a los fondos acumulados en la Cuenta de Ahorro Previsional voluntario que mantenga un trabajador dependiente o independiente en una Administradora de Fondos de Pensiones, cabe formular las siguientes observaciones. El N° 2 del Título III del Decreto Ley N° 3.500, artículos 20 y siguientes, regula lo concerniente a las Cotizaciones Voluntarias, los Depósitos Convenidos y los Depósitos de Ahorro Previsional Voluntario. El inciso 1° del artículo 20 del Decreto Ley N° 3.500 se refiere a la primera y la tercera modalidad de ahorro previsional, disponiendo al efecto: “Cada trabajador podrá efectuar cotizaciones voluntarias en su cuenta de capitalización individual, en cualquier fondo de la administradora en la que se encuentra afiliado o depósitos de ahorro previsional voluntario en los planes de ahorro previsional voluntario autorizados por las superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras o de Valores y Seguros, según corresponda, que ofrezcan los bancos e instituciones financieras, las administradoras de fondos mutuos, las compañías de seguros de vida, las administradoras de fondos de inversión y las administradoras de fondos para la vivienda. A su vez, la Superintendencia de Valores y Seguros podrá autorizar otras instituciones y planes de ahorro con este mismo fin”. El inciso 3° del mismo artículo, alude por su parte a los “Depósitos Convenidos”, que a diferencia de las otras dos modalidades, se acuerdan entre el trabajador y su empleador, con el objeto de incrementar el capital requerido para financiar una pensión anticipada o para incrementar el monto de la pensión. El inciso 2° del artículo 20 B del mismo cuerpo legal, consagra la libre disponibilidad de las Cotizaciones Voluntarias y de los Depósitos de Ahorro Previsional Voluntario: “Los trabajadores podrán retirar, todo o parte de los recursos originados en cotizaciones voluntarias y depósitos de ahorro previsional voluntario. No obstante, los recursos originados en depósitos convenidos se sujetarán a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 20. Dichos retiros quedarán afectos al impuesto establecido en el número 3 del artículo 42°bis de la Ley sobre Impuesto a la Renta”. En cambio, tratándose de los “Depósitos Convenidos”, según se previene en el precepto recién citado, ellos deben sujetarse a lo previsto en el inciso 3° del artículo 20. Expresa al afecto la parte final de este inciso: “Con todo, los depósitos convenidos y la rentabilidad generada por ellos, podrán retirarse como excedente de libre disposición, cumpliendo los requisitos específicos establecidos en esta ley”.

De esta manera:

- i.- Los trabajadores o pensionados pueden solicitar, en cualquier tiempo, el retiro de todo o parte de los recursos que llevan ahorrados en los planes de ahorro previsional voluntario (modalidades de Cotizaciones Voluntarias y Depósitos de Ahorro Previsional Voluntario). Con todo, “Los retiros realizados por personas que no cumplan los requisitos para pensionarse están afectos a un impuesto único, que se paga en la misma forma y oportunidad que el global complementario. El impuesto único grava el retiro con una tasa incrementada respecto a la tasa de impuesto a la renta a la que está afecta la persona que realiza el retiro. Al momento de liquidar cualquier retiro, la institución autorizada realizará una retención correspondiente al 15% del monto de retiro en concepto de pago provisional del impuesto único”.¹²
- ii.- Distinta es la situación, tratándose de los Depósitos Convenidos que se efectúan por cuenta del empleador, pues “... éstos no se pueden retirar durante la vida activa y

¹² “Ahorro Previsional Voluntario. Guía del Ahorrante”, Superintendencia de AFP, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y Superintendencia de Valores y Seguros, p. 3.

se integran al saldo de la cuenta de capitalización individual al momento de pensionarse. En ese momento el trabajador los puede retirar como pensión o como excedente de libre disposición si cumple los requisitos (alcanzar una pensión de al menos 150% de la pensión mínima y de 70% de la remuneración imponible promedio de los últimos 10 años), en este último caso sin derecho a exención tributaria”.¹³

Considerando lo expuesto en este punto, se puede concluir que los capitales correspondientes a las Cotizaciones Voluntarias y los Depósitos de Ahorro Previsional Voluntario, dado que pueden retirarse en cualquier tiempo por aquél de los cónyuges que los haya enterado, forman parte del haber de la sociedad conyugal, pues tienen la calidad de “emolumentos”, que además están “devengados” durante el matrimonio. A su vez, los intereses que se obtengan por el titular de estas cuentas, siguen la misma suerte de los capitales, en cuanto a la posibilidad de retirarse en cualquier tiempo. Los capitales depositados, forman parte del haber de la sociedad conyugal de conformidad al N° 1 del artículo 1725 del Código Civil. Los intereses, también, pero de conformidad al N° 2 del mismo precepto, pues constituyen un fruto civil. Siendo entonces estos fondos de libre disponibilidad, es decir encontrándose “devengados” o con derecho a ser cobrados en cualquier tiempo, deben formar parte de la liquidación de la sociedad conyugal, si existieren a la época de su disolución.

Con todo, debe formularse una prevención final: la bonificación fiscal, equivalente a un 15% del monto ahorrado, se perderá en caso de retiro de los fondos. En efecto, el ahorro previsional voluntario goza de un beneficio tributario, para aquellos trabajadores que opten por el régimen tributario contemplado en el N° 1 del artículo 42 bis de la Ley de Impuesto a la Renta (los aportes no se rebajan de la base imponible del impuesto de segunda categoría). En este caso, los trabajadores recibirán una bonificación del Estado, por el ahorro que destinen a adelantar o aumentar la pensión (artículo 20 L del Decreto Ley N° 3.500). Dicha bonificación será de cargo fiscal y equivalente al 15% de todo o parte del ahorro del trabajador, con un máximo de 6 UTM anuales. La bonificación anual se hará respecto de la suma de ahorro previsional voluntario que realice el trabajador, que no superen en conjunto la suma equivalente a diez veces el total de cotizaciones efectuadas por éste. Dicho en otros términos: este beneficio fiscal sólo se hace efectivo cuando los fondos ahorrados se destinan a pensión. En caso contrario, es decir cuando se retiran antes de pensionarse el trabajador, se devuelven al Estado. Esto implica que la bonificación fiscal no formará parte de la cantidad retirada ni podrá computarse en la liquidación de la sociedad conyugal.

De lo expuesto, es posible concluir que forman parte del haber de la sociedad conyugal y por ende deben considerarse en su liquidación o partición, los montos correspondientes al ahorro previsional voluntario, descontando de ellos la bonificación fiscal del 15%. A contrario sensu, no integran el haber de la sociedad conyugal y consecuentemente no deben incluirse en su liquidación, los montos que los cónyuges mantengan en sus cuentas de capitalización individual, en una Administradora de Fondos de Pensiones.

c) Excepción eventual en favor de los productos del trabajo de la mujer.

Lo señalado con anterioridad es aplicable al trabajo del marido y al que ejecuten conjuntamente marido y mujer. No se aplica al producto del trabajo de la mujer que ésta realiza separadamente del marido. Estos bienes quedan bajo la administración de la mujer y no entran al haber de la sociedad conyugal. Al disolverse ésta, podrán pasar a formar parte de los gananciales, si la mujer no renuncia a ellos. De otro modo, serán bienes propios de ella. De lo dicho, puede inferirse que los bienes que integran el

¹³ “Ahorro Previsional Voluntario. Guía del Ahorrante”, Superintendencia de AFP, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y Superintendencia de Valores y Seguros, p. 3.

patrimonio reservado, son sociales, pues lo normal es que la mujer acepte los gananciales, pero podrían dejar de serlo, si ella renuncia a los gananciales.

d) Época en que debe ejecutarse el trabajo.

Debe haberse prestado durante la vigencia de la sociedad conyugal, aunque se pague después de su disolución. Si se prestó antes del matrimonio y se paga durante su vigencia, este dinero será del cónyuge respectivo, y si entra a la sociedad, dará lugar a una recompensa en su favor (en tal caso, el cónyuge aportó un crédito).

Cuando el trabajo comienza a prestarse antes de la vigencia de la sociedad conyugal y termina durante ella, debemos distinguir si la obra es o no divisible:

i.- Si fuere divisible, entran al haber relativo las remuneraciones por la parte de la obra realizada antes de entrar en vigencia la sociedad conyugal (serán muebles aportados al matrimonio) y al haber real las remuneraciones por la parte de la obra realizada durante la vigencia de la sociedad conyugal.

ii.- Si se tratare de un trabajo indivisible (como la pintura de un cuadro que se termina durante la vigencia de la sociedad conyugal y cuyo pago se estipuló una vez aprobada la obra, o el honorario de un abogado pactado contra *resultado* y el juicio concluye durante la vigencia de la sociedad conyugal), la remuneración ingresa al haber real, porque el derecho a la remuneración nació en ese momento.

2.2. Las donaciones remuneratorias.

Son donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de aquellos que suelen pagarse (art. 1433, inc. 1º). Dicho de otra forma, la donación remuneratoria es aquella liberalidad hecha en consideración a servicios prestados al donante, cuando tales servicios, en condiciones normales, hubieran generado un crédito a favor del cónyuge que los prestó.

La expresión "donación remuneratoria" parece contradictoria, es un oxímoron, pues alude a una gratuidad, por una parte, y a lo que se paga como contrapartida de un trabajo.

Somarriva proporciona el siguiente ejemplo: "Es el caso, por ejemplo, del abogado que defiende en juicio a un amigo, y no le cobra honorarios. El amigo lo recompensa haciéndole un regalo de valor. Este regalo constituye una donación remuneratoria. Como se ve, estas donaciones en el fondo no tienen mucho de gratuitas, porque equivalen a una forma especial de remuneración del servicio prestado".¹⁴ Ello explica que en materia de sociedad conyugal, según se estudió, el Código incluya las donaciones remuneratorias en el haber real o absoluto de la misma, cuando se trate de servicios prestados durante la vigencia de la sociedad y que hubieran dado acción contra la persona servida (art. 1738).

Las donaciones remuneratorias están sujetas al cumplimiento de las siguientes solemnidades, sin las cuales se entenderá que la donación no es "remuneratoria" sino "gratuita" (art. 1433, inc. 2º):

i) Deben pactarse por escritura privada o pública, según si tienen por objeto una cosa mueble o una cosa inmueble.

ii) Debe constar en la escritura que la donación es remuneratoria o especificar en ella los servicios que justifican la donación.

iii) Por regla general, no requieren insinuación, salvo si lo donado excediere el valor del servicio prestado: "Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles ni revocables, y en cuanto excedan a este valor, deberán insinuarse" (art. 1434).

iv) "En lo demás, las donaciones remuneratorias quedan sujetas a las reglas de este título" (art. 1436), es decir, a las reglas generales de las donaciones.¹⁵

¹⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, "Derecho Sucesorio", versión de René Abeliuk M., 7ª edición actualizada, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2009, p. 715.

¹⁵ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 518.

En materia de sociedad conyugal, se refiere a ellas el art. 1738, que establece las siguientes reglas:

i.- Las donaciones remuneratorias de bienes raíces hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no daban acción contra la persona servida, no aumentan el haber social. En este caso, dado que el servicio "no daba acción", prevale la "donación" por sobre la "remuneración". El inmueble se entiende adquirido a título gratuito, e ingresa por tanto al haber propio del cónyuge que lo recibe.

ii.- Las donaciones remuneratorias de bienes raíces hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que hubieran dado acción contra la persona servida, aumentan el haber social, hasta concurrencia "de lo que hubiera habido acción a pedir por ellos", y no más. Si el valor del inmueble es inferior o equivalente a lo que podría haberse cobrado por el servicio, ingresará a la sociedad conyugal en su integridad. Lo donado ingresará al haber real. Pero si el valor del inmueble objeto de la donación remuneratoria excediere lo que podría haberse cobrado por el servicio prestado, se originará una recompensa en favor del cónyuge que prestó el servicio, equivalente al exceso de lo que pudo cobrarse a la persona servida.

iii.- Las donaciones remuneratorias de bienes raíces hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no hubieran dado acción o hubieran dado acción contra la persona servida, pero que se hubieren prestado antes de la sociedad, no se adjudicarán a la sociedad en parte alguna. El inmueble donado, ingresará entonces al haber propio del cónyuge que prestó el servicio antes del matrimonio.

iv.- Las donaciones remuneratorias de bienes muebles hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que hubieran dado acción contra la persona servida, aumentan el haber social. La donación remuneratoria, en este caso, ingresará al haber real.

v.- Las donaciones remuneratorias de bienes muebles hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no hubieran dado acción contra la persona servida, aumentan el haber social, pero no el real o absoluto, sino el aparente o relativo, debiendo la sociedad recompensa al cónyuge que prestó el servicio.

vi.- Las donaciones remuneratorias de bienes muebles hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios prestados antes de la sociedad, aumentan el haber social, pero no el real o absoluto, sino el aparente o relativo, debiendo la sociedad recompensa al cónyuge que prestó el servicio.

Se desprende entonces de las reglas anteriores, que la donación remuneratoria hecha a uno o a ambos cónyuges, ingresa al haber real de la sociedad siempre y cuando:

- a) Los servicios se hayan prestado durante la vigencia de la sociedad conyugal;
- b) Fue hecha en razón de servicios que hubieran dado acción en contra de la persona servida;
- c) El valor de tal servicio, equivalga al valor de lo donado.

Concurriendo estas circunstancias, estas donaciones son el pago de un servicio o trabajo ejecutado por los cónyuges, y por ello, quedan comprendidas en el N° 1 del art. 1725.¹⁶

Por el contrario, si los servicios no daban acción o se prestaron antes del matrimonio, para determinar el destino de los bienes donados debe distinguirse si se trata de muebles o inmuebles:

- a) *Si se trata de bienes inmuebles*: ingresan al haber propio del cónyuge donatario;
- b) *Si se trata de bienes muebles*: ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal.

Alessandri se refiere a recompensas especiales acordadas por ley, en remuneración de servicios prestados al país. Así, por ejemplo, la otorgada a don

¹⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo, "Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada", Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, año 1935, p. 141.

Andrés Bello en premio por su proyecto de Código Civil¹⁷, o la otorgada al general Manuel Bulnes por los servicios prestados en la crisis de 1851 (conato de revolución en contra del Presidente Montt), ascendente a \$50.000.-, o la conferida en 1919 al teniente 1º Dagoberto Godoy, de \$50.000.-, por haber atravesado en aeroplano la cordillera de los Andes. Estas recompensas, señala Alessandri, "... participan, en cierto modo, del carácter de donaciones remuneratorias, porque son gratuitas y tienen por objeto remunerar servicios. Pero como éstos no son de los que dan acción contra el Estado, esas recompensas no aumentan el haber social y pertenecen al cónyuge favorecido con ellas. Si, por consistir en dinero, ingresan al haber social, la sociedad quedará obligada a restituir igual suma (art. 1725, N.º 3)"¹⁸. En otros términos, si se trata de dinero u otros muebles, ingresarán al haber relativo o aparente de la sociedad, no al real o absoluto.

2.3. Otras indemnizaciones obtenidas a consecuencia del trabajo.

Ingresan también al haber social real las jubilaciones y pensiones de retiro, según lo que hemos expuesto, una vez que se devenguen. Ellas representan la remuneración que ganaba el trabajador. No siguen esta regla las jubilaciones o pensiones *de gracia*, dado que son donaciones o gratuidades.

Ingresan igualmente al haber social real la indemnización por accidentes del trabajo y la suma que se pague al trabajador por años de servicio, al ponerse término al contrato de trabajo.

2.4. Bienes raíces o muebles adquiridos a título oneroso.

a) Regla general.

Ingresan estos bienes al haber real, conforme lo preceptuado en el art. 1725, Nº 5.

En la denominación de bienes muebles, se comprenden las cosas corporales, fungibles o no, los créditos, las acciones muebles, los establecimientos de comercio que son muebles y la propiedad intelectual o industrial. Los premios de lotería o en general los juegos de azar que supongan un pago, quedarán en esta condición, por ser bienes adquiridos a título oneroso.

Los bienes raíces adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal siguen la misma regla, sin importar que los compre el marido o la mujer o que se inscriban a nombre de ésta última: de todas maneras serán sociales.

Para aplicar esta regla, no se toma en cuenta tampoco si los bienes fueron adquiridos con bienes sociales o con bienes propios de alguno de los cónyuges; si el título es oneroso, el bien adquirido será social, sin perjuicio de la recompensa a que pueda tener derecho el cónyuge dueño del dinero.

b) Excepciones a la regla del art. 1725, Nº 5.

Los casos son los siguientes:

b.1) Caso del art. 1733.

Excepcionalmente, no acontecerá lo dispuesto en el Nº 5 del art. 1725 y el bien adquirido a título oneroso ingresará al *haber propio* de uno de los cónyuges, cuando opera la *subrogación real* de la que trataremos oportunamente (art. 1733).

b.2) Caso del art. 1736.

Es necesario, para que opere el art. 1725, Nº 5, que el bien raíz haya sido adquirido durante la vigencia de la sociedad para que ingrese al haber real. Con todo,

¹⁷ "Santiago, 14 de diciembre de 1855.- Por cuanto el Congreso Nacional ha acordado el siguiente proyecto de lei: 'Artículo 1.º El Congreso Nacional concede un voto de gracias al autor del proyecto de Código Civil, por la perseverancia i eficaz contracción que ha dedicado a este trabajo, i a los miembros colaboradores de la Comisión Revisora del mismo Código, por la solicitud, esmero i constancia con que han concurrido al examen i revisión de toda la obra, hasta llevarla a su término. Art. 2.º Acuérdate al autor del proyecto de Código Civil, senador don Andrés Bello, veinte mil pesos, por una sola vez, i se le abona el tiempo de servicio necesario para que pueda jubilarse del empleo de oficial mayor del Ministerio de Relaciones Exteriores, con su sueldo íntegro".

¹⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 142.

distinto será el efecto si la causa o título de la adquisición fuere anterior al inicio del matrimonio. En efecto, si el proceso de la adquisición comenzó antes que la sociedad conyugal existiera y se completa durante su vigencia, el bien así adquirido pertenecerá al haber del cónyuge respectivo (si es inmueble) o al haber aparente (si es mueble), según los casos. El art. 1736, inc. 1º, dispone en este sentido: "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". Por tanto, por ejemplo, si uno de los cónyuges, antes del matrimonio, compró un inmueble, pero se inscribió después del matrimonio, será bien propio del cónyuge y no bien social. El art. 1736, después de enunciar la regla general transcrita, contempla, aunque no de manera taxativa, otros *casos de excepción*:

Primero: Los bienes adquiridos por *prescripción*, si la posesión se inicia antes de la vigencia de la sociedad conyugal, aunque el plazo de prescripción se cumpla durante la vigencia de la sociedad (art. 1736, N° 1).¹⁹ El mismo principio se aplica a las cosas que poseía un cónyuge antes del matrimonio si la *transacción* con que perfeccionó su

¹⁹ ¿Por qué el art. 1736, N° 1, alude a la prescripción adquisitiva, si se trata, como usualmente se afirma, de un modo de adquirir que opera a título gratuito y no oneroso, dado que "no entraña para el prescribiente ningún desembolso económico, ninguna prestación"? (Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, Vodanovic H., Antonio, "Tratado de los Derechos Reales. Bienes", quinta edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 17; Rozas Vial, Fernando, "Los Bienes", cuarta edición, Santiago de Chile, LexisNexis, 2007, p. 251; Peñailillo Arévalo, Daniel, "Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 408; este autor introduce un matiz, pues después de señalar que la prescripción adquisitiva es un modo de adquirir a título gratuito, agrega en una nota lo siguiente: "*Aunque también podría sostenerse que, por su naturaleza, es ajena a la distinción entre actos gratuitos y onerosos; en todo caso, no es a título oneroso*"). De lo expuesto, habría que colegir que todo inmueble adquirido por prescripción, lo será siempre y en toda circunstancia a título gratuito. Recordemos a su vez que los inmuebles adquiridos a título gratuito no ingresan al haber social, sino que al haber del cónyuge adquirente, según se desprende, a contrario sensu, del art. 1725, N° 5, en relación al inc. 2º del art. 1726. Cabe tener presente también que esta norma del N° 1 del art. 1736 es la única a partir de la cual se deduce que operando la prescripción, ha de entenderse que el dominio se adquirió al entrar en posesión, y no cuando se cumplió el plazo de la misma. Dicho de otra forma: la prescripción adquisitiva retrotrae la adquisición del dominio al momento inicial de la posesión. Pareciera, entonces, existir un error del Código, al haber incluido en el art. 1736, la prescripción que opere en favor de un cónyuge. Sin embargo, la cuestión no es tan simple para algunos. En efecto, ¿qué ocurre si la posesión se inicia durante la vigencia de la sociedad conyugal? En principio, debiéramos concluir que el inmueble no será tampoco social, sino propio del cónyuge poseedor y prescribiente. Pero esta conclusión privaría al numeral de toda utilidad, pues daría igual si la posesión se inició antes o después de la vigencia de la sociedad conyugal; por eso, en opinión de algunos, habría que distinguir según si el título que posibilitó al cónyuge entrar en posesión lo fue a título gratuito o a título oneroso. En el primer caso, el inmueble ingresará al haber propio del cónyuge; en el segundo caso, el inmueble ingresará al haber absoluto de la sociedad conyugal. Para esta opinión, la prescripción, entonces, podría operar a título oneroso (por ejemplo, si el cónyuge entró en posesión a consecuencia de una compraventa de cosa ajena que logró inscribir a su favor). Así concluye Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra que dedica al estudio de la sociedad conyugal, denominada "Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada" (Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1935), nota, p. 196. Expresa este autor, al aludir al N° 1 del art. 1736: "Para que tenga lugar esta excepción es menester que el cónyuge, al tiempo del matrimonio, sea poseedor de la especie, que la tenga desde antes del matrimonio con ánimo de señor o dueño. El número 1 del artículo 1736 habla de las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de la sociedad. La mera tenencia no sirve, aunque durante la sociedad sea reemplazada por posesión con arreglo al N° 3 del artículo. 2510. Por consiguiente, si el esposo, al tiempo del matrimonio, era un mero tenedor de la especie y el carácter de poseedor lo adquiere durante la sociedad, no tiene lugar la excepción y la especie adquirida por prescripción se reputará adquirida durante ella. Y enseguida agrega Alessandri la siguiente nota al pie de página: La especie, en este caso, será un bien propio o social según que la posesión se haya adquirido a título oneroso o gratuito. Advertimos sin embargo un lapsus del autor citado: la nota debió decir: La especie, en este caso, será un bien propio o social según que la posesión se haya adquirido a título gratuito u oneroso. De esta manera, siguiendo esta tesis de Alessandri, a la que adherimos, no podríamos formular a priori, como característica general, que la prescripción adquisitiva es un modo de adquirir que opera siempre a título gratuito. Habría que concluir que es un modo de adquirir que puede operar indistintamente a título gratuito o a título oneroso, según la naturaleza que tenga el título que sirvió de antecedente para entrar en posesión. El título posesorio, determinará si el modo denominado prescripción adquisitiva, operó en definitiva a título gratuito o a título oneroso.

dominio opera durante el matrimonio. En este último caso, la norma guarda armonía con lo dispuesto en la parte final del art. 703, que incluye a la transacción entre los títulos declarativos, cuando recae sobre la cosa disputada. Si es título declarativo, opera con efecto retroactivo, atribuyendo el dominio al cónyuge respectivo y no al haber real.

En síntesis, cuando opera la prescripción adquisitiva, habría que formular los siguientes distingos:

i.- Si el cónyuge entró en posesión del bien inmueble *antes* de la celebración del matrimonio y completa el tiempo de prescripción durante el matrimonio, ingresará al haber propio del cónyuge.

ii.- Si el cónyuge entró en posesión del bien inmueble *después* de celebrado el matrimonio y durante la vigencia del mismo completa el tiempo de prescripción, habría que subdistinguir:

i) Si el título posesorio fue gratuito, el bien ingresa al haber propio del cónyuge.

ii) Si el título posesorio fue oneroso, el bien ingresa al haber real de la sociedad conyugal.

Segundo: los bienes que los cónyuges poseían antes del matrimonio con *título vicioso, pero cuyo vicio se ratifica o sana por otro remedio legal durante el matrimonio* (art. 1736, N° 2). La ratificación, que como sabemos opera tratándose de la nulidad relativa, sana el contrato, entendiéndose que éste nunca adoleció de vicio alguno. La expresión "...o por otro remedio legal", la entendemos referida a la prescripción de las acciones de nulidad, tanto absoluta como relativa, que "purgan" el vicio que afectaba al contrato o título respectivo.

Cabe señalar también una situación especial, en relación a la prescripción de inmuebles que opere en favor de la mujer casada en sociedad conyugal: aquella prevista en el art. 37 del Decreto Ley N° 2.695 de 1979. Aludiremos a ella más adelante, al tratar del haber propio de cada cónyuge.

Tercero: los bienes que una persona, siendo soltera, vendió, permutó, donó o aportó a una sociedad y que vuelven a su dominio una vez casada, por nulidad o resolución o revocación del contrato respectivo. (Art. 1736, N° 3).

Así, por ejemplo, uno de los cónyuges, antes del matrimonio, había vendido un inmueble, y después del matrimonio, la compraventa se declara nula, a consecuencia de un vicio de lesión enorme.

Cuarto: los *bienes litigiosos*, es decir cuya propiedad se litigaba. La sentencia que reconoce el derecho del cónyuge es declarativa del dominio preexistente. En este caso, al momento de contraerse matrimonio, uno de los contrayentes litigaba con un tercero acerca del dominio de un inmueble. La sentencia le reconoce su calidad de dueño, como si lo hubiera sido al casarse. *Es un bien propio por lo tanto* (Art. 1736, N° 4).

Quinto: el derecho de *usufructo* que durante el matrimonio se consolida con la *nuda propiedad que un cónyuge tenía de soltero*, cualquiera sea la razón de terminación del usufructo y aun cuando termine por título oneroso. De no existir esta excepción, el cónyuge tendría la nuda propiedad en su haber propio y el usufructo ingresaría al haber real. Con todo, los frutos pertenecerán a la sociedad, regla que guarda armonía con lo dispuesto en el art. 1725, N° 2 (Art. 1736, N° 5).

Sexto: lo que durante el matrimonio se pague a un cónyuge por capitales adeudados antes del matrimonio o por intereses devengados siendo soltero y pagados después de casado (art. 1736, N° 6). Por ejemplo, una dación en pago que recae en un inmueble. Si bien el crédito era mueble (porque se debía una suma de dinero), conservó el carácter de propio por habersele excluido de la sociedad con arreglo al N° 4 del art. 1725, vale decir, en capitulación matrimonial. La causa o título de la adquisición del inmueble –el crédito– precedió a la sociedad.²⁰

²⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 203.

Séptimo: los bienes adquiridos por el cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal, en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste en escritura pública o en instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros conforme al art. 1703 (art. 1736, N° 7).

Por el contrario, si la causa o título de la adquisición tiene lugar durante la sociedad y la adquisición se retarda por ignorancia o por haberse impedido o entorpecido injustamente, el bien ingresa al haber real, aunque la sociedad conyugal se hubiere disuelto, conforme lo establece el art. 1737, inc. 1º, que dispone: "Se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticias de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce". ¿Sólo ingresará el bien al haber común en los dos casos previstos en el inc. transcrito? Nos parece que no: en nuestra opinión, cualquiera fuere la causa, el bien ingresará al haber común si la causa o título de la adquisición fue previa al término de la sociedad conyugal. Se trataría de un caso de interpretación extensiva de la ley, pues el legislador dice menos de lo que quiso decir. Así, por ejemplo, si el marido compra un inmueble encontrándose vigente la sociedad conyugal, pero al disolverse la misma la escritura pública aún no estaba inscrita, y dicha inscripción se produce cuando la sociedad conyugal ya no existe, el bien inmueble será común.

El principio enunciado se aplica a los frutos que, sin esta ignorancia o embarazo, hubiera debido percibir la sociedad y que después de disuelta, se hubieren restituido al cónyuge o a sus herederos (art. 1737, inc. 2º).

La Ley N° 18.802 agregó dos incisos al art. 1736, destinados a aclarar el sentido y alcance de los numerales que anteceden, estableciendo:

i.- Si la adquisición se hiciera con bienes de la sociedad y del cónyuge, éste deberá la recompensa respectiva. Por ejemplo, en el caso del N° 7, si el precio de la compraventa que se celebra en cumplimiento del contrato de promesa, se pagare en parte con capitales de la sociedad conyugal y en parte con capitales del cónyuge que adquiere el inmueble.

ii.- Si los bienes a que se refieren los números anteriores *son muebles*, entrarán al haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge adquirente la correspondiente recompensa. En otras palabras, los bienes muebles ingresarán al haber relativo de la sociedad conyugal. *Por ende, las excepciones del artículo 1736 sólo rigen en su integridad para los bienes inmuebles.*

b.3) Caso del art. 1728.

El art. 1728 se refiere al *cónyuge que, teniendo un inmueble, adquiere durante la vigencia de la sociedad conyugal, a título oneroso, un terreno contiguo a dicho predio*. Distinguiamos al respecto:

i.- Si ambos predios conservan su individualidad, el nuevo terreno será social.

Por ejemplo, el cónyuge compra el inmueble contiguo, que permanece separado del inmueble propio por un muro. Jurídica y materialmente, son inmuebles distintos.

ii.- Si ambos predios han formado un solo todo, de manera que el nuevo terreno no pueda desmembrarse sin grave daño, se formará una comunidad entre el cónyuge y la sociedad conyugal, en la que ambos serán codueños del todo a prorrata de los valores aportados al tiempo de la incorporación.

Por ejemplo, madre e hija son dueñas, cada una, de terrenos contiguos, que sin embargo no están separados por ningún muro y en los cuales se han levantado construcciones emplazadas parte en un terreno y parte en el otro, como si se tratara de un solo predio. Posteriormente, la hija compra a su madre su inmueble. Materialmente, antes de la compraventa, ambos inmuebles ya eran un solo predio. Sin embargo, para que se origine la comunidad, sería necesario, en nuestra opinión, que

ambos predios se fusionen, de manera que la situación fáctica (un solo inmueble) se refleje también en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Hecha la fusión, se entenderá formada la comunidad a la que alude el art. 1728. En términos prácticos, al enajenar o gravar más adelante el inmueble resultante de la fusión, habría que asumir que se trata de un bien sobre el cual, en parte, uno de los cónyuges tiene derechos radicados en su haber propio, y en parte la sociedad conyugal –es decir el marido-, tiene los restantes derechos.

b.4) Caso del art. 1729.

El art. 1729 contempla el caso de que *un cónyuge tenga un bien propio pro indiviso con otros comuneros y durante la vigencia de la sociedad conyugal adquiera a título oneroso las cuotas de los restantes comuneros*. La cuota que se adquiera, en lugar de ingresar al haber real, sigue la suerte indicada en el caso del art. 1728. Por lo tanto, todo el bien (no sólo la cuota que se adquirió) pasa a ser del dominio de una comunidad formada por la sociedad y el cónyuge, a prorrata del valor de la cuota que perteneció a dicho cónyuge y de lo que costó adquirir las cuotas de los restantes comuneros.

2.5. *Los frutos de los bienes sociales y propios, devengados durante el matrimonio.*

Ingresan al haber real todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza, devengados durante el matrimonio, sea que provengan de los bienes sociales, sea que provengan de los bienes propios de cada cónyuge (art. 1725, N° 2).

Para determinar si el fruto se devengó o no durante la vigencia de la sociedad, aplicamos la regla del art. 1737, inc. 2º, ya estudiada.

Ingresan al haber real tanto los frutos naturales como civiles y tanto los que provienen de los bienes propios de cada cónyuge como de los bienes sociales. Los frutos de los bienes sociales y de los bienes propios del marido son de la sociedad *por accesión* (arts. 643, 646 y 648). En efecto, en el primer caso, tratándose de los frutos generados por los bienes sociales, porque el marido es considerado dueño de tales bienes. En el segundo caso, con mayor razón el modo será el de la accesión, tratándose de los frutos que se devengan por los bienes propios del marido.

¿A qué título y a qué modo se hace dueña la sociedad de los frutos producidos por los bienes propios de la mujer? Aquí, el modo no puede ser el de la accesión, pues quien adquiere el dominio de los frutos (el marido, en cuanto administrador de la sociedad), es una persona distinta de aquella dueña del bien fructífero (la mujer). En realidad, es un derecho de goce especial que *la ley, que opera directamente como modo de adquirir*, confiere a la sociedad conyugal (por ende, al marido), como una justa compensación a los desembolsos que debe hacer para el mantenimiento de la familia común. No constituye un usufructo.

Se ha sostenido que el marido es usufructuario de tales bienes, fundamentándose esta opinión en los arts. 810 (que, dicho sea de paso, contiene una frase –“de familia”- que debió eliminarse en la reforma del año 1998) y 2466, referidos al usufructo del marido sobre los bienes de la mujer. Opina Rossel que aun en presencia de estas disposiciones, puede sostenerse que el marido no es usufructuario de los bienes de la mujer, y que si el legislador pensó darle este carácter, en el hecho no lo hizo. Para concluir que el marido no es usufructuario, bastan dos razones a juicio del citado autor:

Primera: si el bien sale del poder o dominio de la mujer, el marido pierde el derecho de percibir los frutos, concepto evidentemente contrario a la noción del derecho real de usufructo; en cambio, en el verdadero usufructo, el usufructuario conserva su derecho a percibir los frutos si el nudo propietario enajenare la cosa.

Segunda: si el marido fuere usufructuario, no tendría obligación de dividirse por mitades con la mujer, los frutos existentes a la disolución de la sociedad conyugal;

serían de él exclusivamente; en cambio, en el verdadero usufructo, el usufructuario tendrá derecho a los frutos existentes al expirar su derecho.²¹

Hay sin embargo otras razones, que se suman a las dos indicadas, para concluir en idénticos términos a los de Rossel:

i.- El derecho del marido es un derecho personalísimo. En consecuencia, el marido carece de la facultad de transferirlo (y menos de transmitirlo, por cierto). El usufructo, en cambio, puede transferirse a cualquier título o arrendarse, salvo prohibición del constituyente (art. 793).

ii.- El marido no está obligado a rendir fianza o caución de conservación o restitución. El usufructuario, en cambio, debe rendir fianza o caución, salvo que el constituyente o propietario lo exonere de tal obligación (art. 775).

iii.- El marido no está obligado a confeccionar inventario solemne. El usufructuario, en cambio, debe confeccionar inventario solemne, salvo que el constituyente o propietario lo exonere de tal obligación (art. 775).

iv.- El derecho legal de goce o "usufructo legal" es inembargable (art. 2466, inc. final). El usufructo propiamente tal, es embargable.

v.- Su duración está limitada por la ley: no puede extenderse más allá del momento en que se disuelve la sociedad conyugal. El usufructo puede durar lo que dure la vida del usufructuario.

vi.- El marido, como titular del derecho legal de goce, sólo responde por hechos constitutivos de culpa lata o grave, mientras que el usufructuario responde hasta de culpa leve.

En resumen, la sociedad conyugal (y de manera concreta el marido) tiene un derecho de goce *sui generis* sobre los bienes propios de la mujer. El marido percibe estos frutos por ser administrador de los intereses sociales y no por ser dueño de dichos bienes. Lo mismo acontecerá con la mujer, si pasa a sus manos la administración de la sociedad conyugal, pero con una importante diferencia: ella no se hará dueña de los frutos, y deberá rendir cuenta de los mismos, al término de su administración, pues actuará como curadora de su marido.

2.6. *El tesoro.*

La parte del tesoro que, según la ley, pertenece al dueño del terreno, ingresará al haber real de la sociedad conyugal si dicho terreno pertenece a ella.

Recuérdese que el Código Civil regula lo concerniente al descubrimiento de un tesoro, en los arts. 625 a 628, en el ámbito de la ocupación.

2.7. *Las minas.*

Las minas denunciadas durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges o por ambos, ingresan al haber real de la sociedad conyugal (art. 1730).

Con todo, de acuerdo con los arts. 24 y 25 del Código de Minería, si la mujer hiciere un pedimento o manifestación, los derechos que adquiriera "ingresarán al haber social, a menos que sea aplicable el artículo 150 del Código Civil". Se aplicará esta última norma, si la mujer actuare en ejercicio de su patrimonio reservado.

II.- DEL HABER APARENTE O RELATIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

1.- Concepto.

El haber aparente, llamado también "relativo", es aquél integrado por aquellos bienes que entran a formar parte del patrimonio social, pero confieren al cónyuge propietario un crédito contra la sociedad conyugal, que se hace efectivo a la época de su disolución.

²¹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 162, pp. 109 y 110.

2.- Enumeración.

2.1. Bienes muebles aportados al matrimonio.

Entran a formar parte del haber relativo los bienes muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio (art. 1725, N° 3, 1ª parte y N° 4, 1ª parte). Excepcionalmente, pueden ingresar al haber propio, si los cónyuges así lo hubieren pactado en las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio (art. 1725 N° 4, inc. 2º).

2.2. Bienes muebles adquiridos durante el matrimonio, a título gratuito.

Ingresan igualmente al haber relativo de la sociedad conyugal los bienes muebles que durante ella adquiriere cualquiera de los cónyuges a título gratuito, obligándose la sociedad a la correspondiente recompensa (arts. 1725, N° 3 y N° 4; 1726, inc. 2º y 1732, inc. 2º).

De acuerdo con lo expuesto, entran al "haber aparente" las cosas corporales muebles, fungibles o no; los créditos que tienen por objeto un bien mueble y las acciones para perseguir el cobro de perjuicios (porque son muebles); los créditos por obligaciones de hacer (porque los hechos que se deben se reputan muebles, art. 581); el derecho de prenda, el derecho de usufructo que recae en muebles, etc.

Como se ha indicado, el cónyuge que haya hecho ingresar estos bienes adquiere un crédito en contra de la sociedad, el que hará efectivo, debidamente reajustado, cuando se disuelva dicha sociedad.

Las hipótesis serían las siguientes:

- i.- Bienes muebles adquiridos en virtud de una donación.
- ii.- Bienes muebles adquiridos en virtud de una herencia.
- iii.- Bienes muebles adquiridos en virtud de un legado.
- iv.- Bienes muebles adquiridos mediante la prescripción, cuando el título posesorio invocado fuere uno de carácter gratuito (nos remitimos al alcance que hicimos respecto del art. 1736 N° 1).

2.3. Ciertas donaciones remuneratorias de cosas muebles.

En el estudio del haber real o absoluto, hemos visto que ingresan a él las donaciones remuneratorias, por servicios que hubiesen dado acción, en la parte que la donación sea equivalente al servicio prestado, y siempre que dicho servicio se haya realizado durante la vigencia de la sociedad conyugal.

En cambio, las donaciones remuneratorias forman parte del haber aparente o relativo, de conformidad a lo dispuesto en el art. 1738, en los siguientes casos:

- i.- En cuanto representan el pago de servicios que no dan acción para exigir remuneración (por ejemplo, honorarios prescritos);
- ii.- En cuanto exceden el monto de la remuneración a que podría tener derecho el que prestó el servicio, si tuviera acción para cobrar sus honorarios.
- iii.- Si los servicios se prestaron antes de la sociedad.

2.4. El tesoro.

Finalmente, integra el haber relativo:

- i.- La parte del tesoro que la ley asigna al descubridor (art. 1731). Si uno de los cónyuges descubre un tesoro en bienes de la sociedad conyugal o de un tercero, la parte que corresponde al descubridor ingresará al haber relativo de la sociedad conyugal (art. 1731). La parte que se asigna por la ley al descubridor no ingresa al haber real, porque la ley asimila el hallazgo de un tesoro a una adquisición a título gratuito; como se trata de bienes muebles, ingresan al haber relativo o aparente de la sociedad conyugal.
- ii.- Si el tesoro se encuentra en un bien perteneciente a uno de los cónyuges, la parte que corresponde al dueño del suelo ingresará al haber relativo de la sociedad conyugal.

III.- DEL HABER PROPIO DE CADA CONYUGE.

1.- Bienes que lo forman y consecuencias jurídicas.

Se encuentra formado por aquellos bienes que no entran al haber real o absoluto ni al haber aparente o relativo de la sociedad conyugal. El dominio de estos bienes corresponde al cónyuge que los adquirió.

Lo anterior no quiere decir que siempre sean administrados por el cónyuge propietario. Como oportunamente veremos, el haber propio de la mujer casada en sociedad conyugal, es administrado por su marido, por regla general. Sin embargo, veremos que la ley reconoce ciertos patrimonios "especiales", que administra directamente la mujer (por ejemplo, arts. 166 y 167 del Código Civil).

La situación jurídica en que se encuentran estos bienes, produce las siguientes consecuencias:

- a) Los aumentos y mejoras que experimenten, pertenecen al cónyuge propietario (los frutos, sin embargo, serán de la sociedad);
- b) Su pérdida fortuita afecta también al cónyuge propietario;
- c) La administración de tales bienes, mediando sociedad conyugal, corresponde al marido;
- d) Los acreedores del cónyuge no propietario, no pueden embargar dichos bienes;
- e) Disuelta la sociedad conyugal, dichos bienes se "retiran" en especie, es decir, no ingresan a la comunidad ni a la futura liquidación.

2.- Enumeración.

2.1. Los bienes raíces que los cónyuges tienen al momento de contraer matrimonio.

Aun cuando la ley no lo dice explícitamente, se deduce, a contrario sensu, del art. 1725, que hace ingresar al haber social los bienes muebles aportados al matrimonio, no los raíces (art. 1725 números 3 y 4).

Con todo, los esposos pueden haber estipulado, en sus capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio, que un inmueble aportado al matrimonio ingrese al haber de la sociedad conyugal, la que deberá al cónyuge aportante la respectiva recompensa.

2.2. Los bienes raíces adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal a título gratuito.

Así lo establecen los arts. 1726 inc. 1º y 1732 inc. 1º.

Se incluyen aquí, por ejemplo, los inmuebles que se adquieran por donación, herencia, o legado. En el caso de la prescripción, también se incluirá en la medida que el título posesorio invocado fuere uno de carácter gratuito (art. 1736, Nº 1).

La parte final del inciso primero de ambos artículos tiene gran importancia práctica, porque resuelve el problema de las donaciones conjuntas. La donación hecha a un cónyuge, aunque sea hecha en consideración al otro, incrementa su haber propio, y la misma regla se aplica a otras gratuidades, como las herencias o legados.

Si la donación fuere hecha a los dos cónyuges, incrementará el haber de cada uno. Igual ocurrirá con las herencias y legados.

2.3. Los aumentos experimentados por los bienes propios de cada cónyuge.

No forman parte del haber social los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa (art. 1727, Nº 3).

Quedan comprendidos tanto los aumentos producidos por obra de la naturaleza o por la industria humana, pero con una importante diferencia:

- i.- El aumento debido a la industria humana, da lugar a una recompensa en favor de la sociedad conyugal (art. 1746).

ii.- El aumento que proviene de causas naturales no da lugar a recompensa alguna (art. 1771, inc. 2º).

2.4. *Los bienes muebles excluidos de la comunidad.*

Recordemos que los esposos pueden excluir de la comunidad cualquiera parte de sus bienes muebles, designándolos en las capitulaciones (art. 1725, N° 4, inc. 2º).

Dado que la ley exige "designar" los bienes excluidos, la exclusión ha de ser a título singular, pudiendo comprender sólo bienes propios de los esposos, presentes o futuros, corporales o incorporales. También se podría pactar que estos bienes sean administrados por la mujer (art. 167).

2.5. *Bienes que ingresan al haber propio a consecuencia de una subrogación.*

También forman parte del haber propio de cada cónyuge, los bienes que entran a sustituir a otros bienes propios del cónyuge, a consecuencia del fenómeno llamado subrogación, regulado en el art. 1727, números 1 y 2 en relación al art. 1733, que más adelante estudiaremos.

2.6. *Bienes inmuebles adquiridos durante la sociedad conyugal, aún a título oneroso, pero cuya causa o título es anterior a ella* (art. 1736).

Nos remitimos a lo expresado acerca de esta hipótesis al tratar del haber real o absoluto.

2.7. *Bienes muebles e inmuebles adquiridos por la mujer en virtud del art. 166 del Código Civil.*

Según estudiaremos, se trata de bienes que adquiere la mujer en virtud de una donación, herencia o legado, con la condición precisa de que en estos bienes no tenga la administración el marido.

Estos bienes pertenecerán a la mujer, pero no así los frutos y los bienes adquiridos con dichos frutos, los que podrán ser sociales, si la mujer acepta los gananciales.

El art. 166 es una excepción a la regla general, en virtud de la cual los bienes muebles adquiridos a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal, ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal.

En cambio, desde el punto de vista del dominio, el art. 166 carece de relevancia en lo que concierne a los bienes inmuebles, pues estos de todas maneras serán de la mujer si los adquiere a título gratuito (punto 2.2., que antecede). En este caso, la importancia del art. 166 dice relación con la administración de estos bienes, que corresponderá a la mujer, con las facultades del art. 150.

2.8. *Bienes inmuebles adquiridos por la mujer por prescripción, en virtud del procedimiento de regularización de la pequeña propiedad raíz.*

Según revisaremos, de conformidad al art. 37 del Decreto Ley N° 2.695, del año 1979, la mujer se hará dueña de los inmuebles que adquiera por la prescripción especial consagrada en este cuerpo legal.

En cambio, si fuere el marido el que adquiere por la prescripción especial establecida en este Decreto Ley, habrá que remitirse a los distingos que ya hemos formulado conforme al art. 1736 N° 1, para determinar dónde ingresa al inmueble.

IV.- PRESUNCIONES EN FAVOR DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y EN FAVOR DE TERCEROS.

1.- Presunciones a favor de la sociedad conyugal.

Son dos:

1.1. *Presunción de dominio:* establece el art. 1739, inc. 1º una presunción de dominio en favor de la sociedad conyugal, que comprende toda cantidad de dinero, de cosas fungibles, de especies, créditos, derechos y acciones que existan en poder de

cualquiera de los cónyuges al disolverse la sociedad. Esta presunción, referida a los *bienes muebles*, obedece al hecho de que ellos por lo general son sociales.

Esta presunción es de gran utilidad para los acreedores, pues no están obligados a probar que los bienes que persiguen son sociales, presumiendo la ley tal carácter.

Se trata de una *presunción simplemente legal*, pues se podrá probar en contrario. Por ejemplo, la mujer prueba que se trata de bienes muebles que se excluyeron del patrimonio de la sociedad conyugal en capitulaciones matrimoniales.

La ley admite cualquier medio de prueba, salvo la confesión de los cónyuges (en especial del marido), sea personal o de consuno (art. 1739, inc. 2º). Esta confesión, por sí sola, no será oponible a terceros, pero entre los cónyuges tendría valor, según se ha resuelto en algunos fallos.

Agrega el inciso 3º del precepto que la confesión se mirará como una donación revocable, que una vez confirmada por la muerte del cónyuge donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios. Vemos en consecuencia que la confesión no atribuye al otro cónyuge el dominio del bien objeto de dicha confesión, sino que implica un acto de disposición que sólo se hará irrevocable a la muerte del confesante-donante, pudiendo éste dejarla sin efecto mientras viva.

1.2. *Presunción en orden a que los bienes adquiridos a título oneroso se han adquirido con bienes sociales (es decir con capitales sociales)*: el último inciso del art. 1739, contempla una presunción a favor de la sociedad, que opera respecto de los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera *a título oneroso* una vez disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación. Se debe entender que la sociedad conyugal financió la adquisición de los bienes. Por consiguiente, el cónyuge adquirente deberá recompensar a la sociedad, salvo que acredite que realizó dicha adquisición con bienes propios o que provengan de su sola actividad personal. Por ende, al igual que en el caso anterior, nos encontramos ante una *presunción simplemente legal*.

Esta norma, indirectamente, fomenta liquidar lo antes posible la sociedad conyugal que hubiere expirado).

Esta hipótesis puede operar tanto respecto de *bienes muebles como inmuebles*, pues el inciso señala que "todo bien" adquirido a título oneroso, se ha adquirido con bienes sociales.

2.- Presunción a favor de terceros.

El citado art. 1739 establece también una presunción en favor de los terceros que celebren contratos *a título oneroso* con alguno de los cónyuges; establecen los incs. 4º y 5º del precepto:

a) Tratándose de *bienes muebles*, si el cónyuge contratante hizo al tercero de buena fe *entrega o tradición* del bien respectivo, y siempre y cuando el bien no figure en un registro público a nombre del otro cónyuge o de otra persona, dicho tercero estará a cubierto *de toda reclamación* que los cónyuges intentaren fundada en que el bien es social o del cónyuge que no contrató (inc. 4º). En este caso, nos encontramos ante una *presunción de derecho*. En cambio, si no hubo entrega o tradición, la presunción admite prueba en contrario. Será *simplemente legal*.

El mismo principio se consagra en el pago de lo no debido, art. 2303, que protege al tercero que recibió un pago de buena fe, a título oneroso.

b) Sin embargo, como adelantamos, 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 (por ejemplo, el de automóviles, el de accionistas de sociedades anónimas, el de naves o aeronaves, armas de fuego, marcas, ciertos animales, etc.).

Las normas anteriores buscan proteger a los terceros que de buena fe contratan con uno de los cónyuges; dicha buena fe no podría invocarse, si el bien figura en un *registro público* a nombre del otro cónyuge.

Si no hay entrega o tradición al tercero, la presunción, según dijimos, es simplemente legal, de manera que podrá acreditarse que el bien es propio de la mujer o del marido. La prueba podrá producirse por un tercero que desea perseguir bienes propios de la mujer por ser su acreedor o por los mismos cónyuges cuando hay dificultades sobre el dominio de los bienes durante la liquidación de la sociedad conyugal.

V.- DE LA SUBROGACION REAL.

1.- Concepto.

Si se adquiere un bien raíz a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal, no entrará al haber de dicha sociedad, si es debidamente subrogado a otro inmueble de propiedad de alguno de los cónyuges o si es comprado con valores propios de alguno de ellos, destinados a este objeto en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio (art. 1727 números 1 y 2).

La subrogación tiene por objeto conservar la integridad del patrimonio de los cónyuges, pues si no existiera, los bienes adquiridos con dineros propios de ellos serían sociales, conforme al art. 1725 N° 5. Al mismo tiempo, permite dar "elasticidad" a los patrimonios de cada cónyuge, al poder vender algunos bienes y reemplazarlos por otros.

La subrogación puede definirse como *la sustitución de un inmueble a otro o a valores que pasa a ocupar la situación jurídica del anterior o anteriores*. Su fundamento se encuentra en la equidad, pues si se vende un inmueble propio de uno de los cónyuges para comprar otro, el adquirido le debería pertenecer en las mismas condiciones.

No es una institución exclusiva de la sociedad conyugal, presentándose en otros ámbitos del Derecho. Así, por ejemplo, en la pérdida de la cosa que se debe, si el cuerpo cierto que se debe perece por culpa o durante la mora del deudor, el precio de dicho bien subroga la cosa que pereció (art. 1672). A su vez, dispone el art. 565 del Código de Comercio, que la cosa asegurada es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquélla.

En la sociedad conyugal, el Código Civil sólo reglamentó la *subrogación de inmueble a inmueble o de inmueble a valores, y nada dijo respecto a subrogar muebles por otros muebles* (art. 1733). Arturo Alessandri Rodríguez, dado el silencio del legislador y el tenor de los arts. 1733 y 1734, niega tal posibilidad, afirmando al efecto: **"No hay subrogación a favor de bienes muebles.** -Sólo pueden adquirirse por subrogación *bienes inmuebles*. Nuestro Código no admite la subrogación a favor de *bienes muebles*. Puede subrogarse un inmueble a muebles (art. 1727, N.º 2.º), pero no pueden adquirirse valores ni bienes muebles en subrogación de otros bienes muebles o de un inmueble; el bien subrogado debe ser siempre inmueble. La expresión 'cosas' del N.º 2.º del art. 1727 está limitada a los inmuebles por los arts. 1733 y 1734".²²

En cambio, Pablo Rodríguez Grez la admite, atendido lo dispuesto en el art. 1727 N° 2 del Código Civil, que reza: "No obstante lo dispuesto en el art. 1725 no entrarán a componer el haber social: (...) 2º Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una

²² Alessandri Rodríguez, Arturo (1935), ob. cit., N° 291, p. 234.

donación por causa de matrimonio". Como el precepto no distingue entre muebles e inmuebles, sino que alude a "Las cosas", Rodríguez Grez concluye que se refiere la ley tanto a muebles como inmuebles.²³ Sin perjuicio de lo recién expuesto, centraremos el análisis en los inmuebles, atendido lo señalado en el art. 1733.

2.- Formas en que puede operar.

La subrogación real puede operar de dos formas:

2.1. Según que se cambie un inmueble por otro: llamada "subrogación de inmueble a inmueble": art. 1727, N° 1.

2.2. Según se compre un inmueble (o mueble, según Rodríguez Grez) con valores propios: llamada "subrogación de inmueble (o mueble) a valores": art. 1727, N° 2.

2.1. Subrogación de inmueble a inmueble.

Consiste en cambiar un inmueble propio por otro que se adquiere durante el matrimonio y que viene a ocupar el lugar del bien propio en el haber del cónyuge. Esta sustitución puede hacerse:

a) Por permuta; o

b) Por compra.

a) Subrogación por permuta.

Se refiere a ella el art. 1733. Es necesario que en la escritura de permuta se exprese el ánimo de operar la subrogación (art. 1733, inc. 1º). Si la subrogación se hace en bienes de la mujer, exige además la ley la autorización de ésta (art. 1733, inc. 7º).

Debe existir cierta proporcionalidad entre los valores de los bienes permutados (art. 1733, inc. 6º).

b) Subrogación por compra.

Se efectúa esta subrogación cuando, vendido un inmueble propio de alguno de los cónyuges, se ha comprado con el precio pagado un nuevo inmueble (art. 1733, inc. 1º).

Para que opere, es necesario:

i.- Que se venda un inmueble propio de alguno de los cónyuges.

ii.- Que con su precio se adquiriera otro inmueble.

iii.- Que se exprese el ánimo de subrogar, tanto en la escritura de venta como en la de compra. Se establece esta exigencia, para determinar claramente si el bien raíz adquirido durante la vigencia de la sociedad es social o propio, lo que interesa especialmente a la mujer y a los terceros que contraten con ella o con el marido.

iv.- Si el inmueble vendido pertenece a la mujer, se requiere autorización de ésta (art. 1733, inc. 7º).

v.- Que exista cierta proporcionalidad entre los valores de los bienes que se subrogan.

Una variante de la subrogación por compra es la llamada *subrogación por anticipación*. Consiste en comprar primero un bien raíz y después vender un inmueble propio para pagar su precio. En un fallo de la Corte Suprema, se indica que en este caso no hay subrogación, sin dar razones para tal conclusión.

Rossel considera lo contrario, porque si concurren todos los requisitos de la subrogación, especialmente el ánimo de subrogar, no es jurídico desconocer los efectos de ella por una simple razón de precedencia en la realización de las operaciones de compraventa.²⁴

2.2. Subrogación de inmueble (o de mueble) a valores.

²³ Rodríguez Grez, Pablo, *Regímenes Patrimoniales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 87.

²⁴ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 179, p. 120.

Está contemplada en los arts. 1727 N° 2 y 1733, inc. 2º.

Para que opere, deben cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que, durante la vigencia de la sociedad conyugal, se adquiriera un inmueble con valores propios de alguno de los cónyuges.

b) Que estos valores propios hayan sido destinados a la subrogación en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

Se ha resuelto por la jurisprudencia que si los valores propios provienen de una asignación testamentaria -por ejemplo, un legado-, también habrá subrogación, porque aun cuando no se trata de una donación, ambas son liberalidades, y donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Se aplicaría por analogía a los legados, por ende, las normas de los arts. 1727 y 1733.

c) En la escritura de compraventa del inmueble, deberá dejarse constancia de la inversión de los valores destinados a la subrogación (art. 1733, inc. 2º). En otras palabras, debe señalarse que el precio se paga con esos valores.

d) En la escritura de compraventa también deberá dejarse constancia del ánimo de subrogar, vale decir, de la intención de que el inmueble comprado reemplace jurídicamente a los valores propios.

e) Si la subrogación se hace con valores propios de la mujer, se requiere su autorización (art. 1733, inc. 7º).

f) Debe haber cierta proporcionalidad entre los valores y el inmueble que se adquiere (art. 1733, inc. 6º).

3.- Elemento común a todas las formas de subrogación.

La ley acepta un margen de desproporción entre el valor del inmueble propio y el subrogado o entre los valores propios y el inmueble adquirido por ellos. Esta desproporción puede llegar hasta el monto señalado en el art. 1733, inc. 6º, y se determina comparando la diferencia de valor entre los bienes subrogados y el inmueble que se adquiere. Si esta diferencia excede a la mitad del precio del inmueble *que se adquiere*, no habrá subrogación. Así, por ejemplo, si el predio propio vale \$80.000.000.- y el inmueble adquirido \$200.000.000.-, la diferencia es de \$120.000.000.-, que excede a la mitad del valor del predio adquirido, que es de \$100.000.000.- En este caso, no habrá subrogación real y el inmueble adquirido ingresará al haber de la sociedad conyugal (sin perjuicio que ésta le deberá recompensa al cónyuge que vendió su inmueble: la recompensa ascenderá a \$80.000.000.-). En cambio, si por ejemplo el precio del inmueble adquirido asciende a \$120.000.000.-, la diferencia es de \$40.000.000.-, inferior a la mitad de dicho precio - \$60.000.000.-, y habrá por ende subrogación (sin perjuicio que el cónyuge que adquiere el inmueble le deberá a la sociedad recompensa por \$40.000.000.-).

Cuando no se produce la subrogación por no existir la proporcionalidad que se indicó, el bien adquirido será social, siguiendo la regla general del art. 1733, inc. 6º. Pero como en la adquisición se invirtieron valores propios de un cónyuge, la sociedad conyugal le deberá recompensa por esos valores.

Si los valores propios del cónyuge no se invirtieron totalmente en la adquisición del inmueble (lo que ocurrirá cuando el bien propio valga mucho y el bien adquirido valga poco), éste conservará el derecho de llevar adelante la subrogación comprando otra finca: art. 1733, inc. 6º.

Este artículo reglamenta finalmente la situación en que quedan los saldos de la subrogación cuando ella opera:

i.- Si el bien propio vale más que el adquirido, el saldo que resulte a favor del cónyuge ingresa al haber de la sociedad conyugal y ésta queda debiéndolo (se vendió un inmueble en \$70.000.000.- y después se compró otro en \$60.000.000.-);

ii.- Si el bien propio vale menos que el inmueble adquirido, la sociedad conyugal deberá pagar la diferencia, pero el cónyuge subrogante deberá una recompensa a la sociedad equivalente al monto de ese pago (se vendió un inmueble en \$80.000.000.- y después se compró otro en \$90.000.000.-). La misma regla opera en el caso de que, permutándose dos inmuebles, haya alguna diferencia de valor que cubrir en dinero o que existan estas diferencias al operar la subrogación de inmueble a valores.

SECCION SEGUNDA: DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

En el estudio del pasivo de la sociedad conyugal, resulta indispensable formular un distingo, según si se trata de la *obligación a las deudas* o de la *contribución a las deudas*. La *obligación a las deudas* dice relación a la situación en la que se encuentran los cónyuges frente a sus acreedores, y supone determinar qué bienes pueden perseguir éstos, es decir, si sólo los bienes del marido (bienes propios o sociales), o si también pueden ejercer su derecho sobre los bienes de la mujer. La *contribución a las deudas* alude al ajuste interno de cuentas que corresponde hacer entre los cónyuges, una vez que la obligación se pagó o se extinguió mediante un modo equivalente al pago. En otras palabras, se trata de establecer qué patrimonio ha de soportar en definitiva dicho pago: si el de la sociedad conyugal (caso en el cual el pago deberá imputarse al pasivo absoluto o definitivo de la sociedad conyugal, sin derecho a recompensa en favor de ella) o el de alguno de los cónyuges (caso en el cual el pago deberá imputarse al pasivo relativo o provisional de la sociedad conyugal, con derecho a recompensa en favor de ella).

El distingo entre la obligación a las deudas y la contribución a las deudas también debe considerar que opera en momentos distintos: la obligación a las deudas opera mientras la sociedad conyugal está vigente, mientras que la contribución a las deudas opera una vez disuelta la sociedad conyugal, pues es a partir de este último momento en que debe determinarse si existen o no recompensas.

I.- DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y DE LOS CONYUGES EN RELACION CON LA OBLIGACION A LAS DEUDAS.

1.- Fundamento de la distinción.

Desde el punto de vista del tercero acreedor, no hay pasivo social, porque a su respecto la sociedad conyugal no existe.

El acreedor puede perseguir el patrimonio del marido o si corresponde los bienes propios de la mujer, pero no le es posible demandar el cumplimiento de su crédito en el patrimonio social, porque éste se confunde con el del marido (art. 1750).

En otras palabras, el deudor del acreedor no es "la sociedad conyugal", sino que el marido o la mujer o ambos.

La cuestión consiste entonces en determinar cuáles son las deudas que el tercero puede perseguir en el patrimonio del marido (y de la sociedad confundidos) y cuáles puede perseguir, además, en el patrimonio de la mujer.

2.- Obligaciones que dan acción sobre los bienes sociales y sobre los bienes propios del marido.

Constituyen la regla general:

2.1. *Toda deuda contraída por el marido durante la vigencia de la sociedad conyugal* (art. 1740, N° 2).

Esta es la típica deuda social. Los acreedores del marido podrán perseguir todos sus bienes, es decir, tanto los propios como los sociales (art. 1750).

2.2. *Las obligaciones contraídas por el marido antes del matrimonio* (art. 1740, N° 3).

En virtud del art. 1750, el marido no podría alegar que por estas deudas, sólo pueden perseguirse sus bienes propios y que los bienes sociales no responden por tales obligaciones, pues se consideran pertenecerle a él.²⁵ Los acreedores del marido podrán perseguir ambas clases de bienes, de conformidad al derecho de prenda general que les asiste (art. 2465).

En todo caso, a diferencia del caso anterior, aquí estamos ante una "deuda personal" del marido.

2.3. *Toda deuda contraída por la mujer con mandato general o especial del marido* (art. 1751, inc. 1°).

Se entiende que así sea, pues al actuar la mujer como mandataria de su marido, ella no compromete su patrimonio sino el de su mandante. Como mandataria que es de su marido, actúa "por cuenta y riesgo" de éste (artículos 1448 y 2116).

Con todo, en dos casos la mujer mandataria de su marido comprometerá también algunos de sus bienes propios (y sus bienes reservados, de tenerlos):

i.- Si los terceros con quienes contrató la mujer mandataria, logran probar que el contrato cedió en utilidad personal de la mujer (art. 1750, inc. 2°); y

ii.- Si la mujer actuare, al ejecutar el mandato, "a nombre propio", es decir, contrata a su propio nombre, sin dar a conocer a los terceros con quienes contrata su calidad de mandataria de su marido (art. 1751, inc. 2° y art. 2151, inc. 2°).

De cualquier manera, los "bienes propios" de la mujer que ésta compromete al pago de las obligaciones contraídas en los dos casos precedentes, sólo serán aquellos que se encuentren bajo su administración (fundamentalmente, los bienes a que aluden los artículos 166 y 167, a los cuáles haremos referencia más adelante), y no los bienes propios de la mujer que están administrados por el marido, conforme se puede desprender del art. 137, inc. 1°, del Código Civil.²⁶ Responderá también, en este caso, con los bienes de su patrimonio reservado (art. 150).

2.4. *Toda deuda contraída por los cónyuges conjuntamente o en que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido* (art. 1751, inc. 3°).

En cualquiera de estos tres casos, previene la ley que estos contratos "no valdrán contra los bienes de la mujer" sino en la medida que los terceros con quienes contrataron los cónyuges, logran probar que el contrato cedió en utilidad personal de la mujer y bajo el entendido que en tal hipótesis, sólo podrán perseguir los bienes de la mujer que se encuentran bajo la administración de ésta, y no bajo la administración del marido.

3.- Obligaciones que dan acción sobre los bienes sociales, sobre los bienes propios del marido y además, sobre los bienes propios de la mujer.

3.1. *Las contraídas por el marido durante la vigencia de la sociedad conyugal, en virtud de un contrato que cede en beneficio personal de la mujer* (art. 1750, inc. 2°: "Podrán, con todo, los acreedores perseguir sus derechos sobre los bienes de la mujer, en virtud de un contrato celebrado por ellos con el marido, en cuanto se probare haber cedido el contrato en utilidad personal de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores al matrimonio").

²⁵ A propósito de los casos signados como 2.1. y 2.2., expresa Alessandri: "**Las deudas sociales son, a la vez, deudas personales del marido.**- Pero como respecto de terceros la sociedad no existe y sus bienes y los del marido se confunden formando un solo patrimonio, en realidad no hay deudas sociales. Sólo hay deudas del marido y de la mujer. Las deudas sociales son deudas del marido, por cuyo motivo sus acreedores personales y los de la sociedad pueden perseguir indistintamente sus bienes propios y los sociales, de donde resulta que, en el hecho, toda deuda de la sociedad es personal del marido y toda deuda personal suya es social": Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 265.

²⁶ Ramos Pazos, René, "*Derecho de Familia*", Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición actualizada, 2010, Tomo I, p. 203.

Serán de este tipo, por ejemplo, las obligaciones contraídas por el marido para pagar las deudas de la mujer anteriores al matrimonio, o aquella deuda contraída por el marido para pagar los estudios universitarios de la mujer. Se trata, por ende, de *acreedores del marido*.

¿Qué "bienes de la mujer" son éstos? ¿Se trata tanto de los bienes administrados por el marido como también por la mujer en los casos de los artículos 150, 166 y 167, es decir como separada parcialmente de bienes? Pareciera que se trata sólo de los primeros. De esta manera, el sistema del Código implicaría que si el contrato lo celebró el marido pero cedió en utilidad de la mujer, los acreedores tendrán acción sobre los bienes de ésta administrados por el marido, pero no sobre los bienes que la mujer administra separadamente de su cónyuge, pues si así se permitiera, esta administración separada se tornaría puramente teórica. Por el contrario, si la mujer contrata, como en las situaciones contempladas en el tercero y cuarto caso del punto dos, sólo comprometerá los bienes que se encuentran bajo su administración, y no los bienes propios de la mujer que administra el marido. Así, cada cónyuge sólo puede comprometer los bienes de la mujer que se encuentren bajo su directa administración, y no bajo la administración de aquél cónyuge que no ha contratado.

3.2. *Las obligaciones contraídas por la mujer antes del matrimonio.*

Se trata, en este caso, de *acreedores de la mujer*.

Estas deudas deben pagarse por la sociedad conyugal -art. 1740, N° 3: "La sociedad es obligada al pago: (...) 3º. De las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello"-, pero pueden perseguirse también sobre los bienes propios de la mujer.

Si el patrimonio de la mujer estaba afecto al cumplimiento de la obligación mientras se encontraba soltera, viuda o divorciada, y después contrae matrimonio, no hay razón para que deje de estar afecto al pago de las acreencias de sus acreedores por un hecho ajeno a la obligación, como es el contraer matrimonio la deudora. De lo contrario, habría que aceptar que el matrimonio es un modo sui géneris de extinguir las obligaciones.

Se comprenden también en este grupo las deudas propiamente personales de la mujer en todo lo que cedan en beneficio del marido o de la sociedad.

En este segundo caso, los acreedores pueden dirigirse tanto sobre los bienes propios de la mujer administrados por el marido, como también sobre los bienes que administra aquélla. Esto es una consecuencia del derecho de prenda general que tiene el acreedor sobre todos los bienes de su deudor.

3.3. *Las obligaciones que tienen por fuente un delito o cuasidelito cometido por la mujer.*

Al igual que en el segundo caso, se trata de un *acreedor de la mujer*.

Estas deudas deben ser pagadas por la sociedad (arts. 1740, N° 3 y 1748), pero también pueden perseguirse en los bienes propios de la mujer, conforme al derecho de prenda general de que goza todo acreedor (arts. 2465 y 2469).

3.4. *Las obligaciones de la mujer que tienen por fuente la ley o un cuasicontrato.*

Al igual que en los dos casos precedentes, estamos ante un *acreedor de la mujer* (art. 1740 N° 3).

Será por ejemplo una obligación que tenga por fuente la ley, *los alimentos* o la *compensación económica* que deba pagar la mujer; y una obligación que tenga por fuente un cuasicontrato, *lo que deba la mujer a los otros comuneros*, por las reparaciones hechas en la cosa que se posea pro-indiviso.

II.- DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y DE LOS CONYUGES EN RELACION CON LA CONTRIBUCION A LAS DEUDAS.

1.- Fundamento de la distinción.

Después de pagada la deuda al tercero, hay que determinar a qué patrimonio debe imputarse en definitiva el desembolso. Esta es una cuestión interna, que concierne a los cónyuges solamente. Se plantea al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Es por tanto un problema de "contribución a las deudas".

El principio general es que todas las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad conyugal por el marido o por la mujer, con mandato especial o general de éste, son deudas sociales (art. 1740, N° 2). La excepción es que las deudas pesen en definitiva sobre los bienes propios de cada cónyuge.

Cabe prevenir que la referencia contenida en el N° 2 del art. 1740 a los actos de la mujer "con autorización del marido", ha perdido vigencia, desde el momento en que la Ley N° 18.802 otorgó a esta plena capacidad.

De lo señalado se infiere que hay deudas que pesan sobre el patrimonio social, sin derecho a reembolso o recompensa y otras que la sociedad paga provisionalmente, pero de cuyo monto tiene derecho a reembolsarse.

Distinguimos por tanto en la sociedad conyugal un pasivo definitivo y un pasivo provisorio. El definitivo, está formado por las deudas sociales; el provisorio, por las deudas personales de cada cónyuge, que la sociedad pagó en su oportunidad.

2.- El pasivo absoluto o definitivo.

Está compuesto por aquellas deudas que paga la sociedad durante su vigencia y que, a su disolución, afectan a su patrimonio, sin derecho a recompensa. Tales son:

a) *Las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, y que se devenguen durante la sociedad* (art. 1740, N° 1).

Distingamos según si se trata del pago de pensiones o del pago de intereses:

i.- Pago de pensiones.

Respecto de las "pensiones", un hijo, por ejemplo, podría demandar a su padre o a su madre o a ambos, para obtener el pago de una pensión de alimentos. Los desembolsos que deban hacerse por los demandados por este concepto gravarán el pasivo absoluto o definitivo de la sociedad conyugal. Otro ejemplo podría corresponder a una renta vitalicia que uno de los cónyuges deba pagar a una persona hasta su fallecimiento, como contrapartida por la transferencia de un inmueble hecha por la segunda al primero.

ii.- Pago de intereses.

Esta obligación, viene a ser la contrapartida, del derecho de la sociedad para aprovecharse de los frutos de los bienes propios (art. 1725, N° 2).

La obligación se refiere sólo a los intereses y no a la amortización de capital. Abarca cualquiera clase de intereses, devengados por cualquiera obligación.

Por ejemplo: los intereses de un mutuo contraído por uno de los cónyuges antes del matrimonio; el cánón anual a pagar por el censo que grave un inmueble de uno de los cónyuges; los intereses de saldos de precios por adquisiciones hechas por un cónyuge, etc.

b) *Las deudas contraídas durante el matrimonio por el marido o por la mujer con mandato general o especial del marido* (art. 1740, N° 2).

Con todo, hacen excepción a esta regla las deudas personales del marido o de la mujer, y son tales las derivadas de actos o contratos que reportan un beneficio exclusivo al cónyuge que los celebró, beneficio que recibe sin que haya texto legal que obligue a la sociedad a proporcionárselo.

Dichas obligaciones pueden ser cobradas a la sociedad, pero ésta tendrá derecho a recompensa contra el cónyuge respectivo. Ejemplo de tales obligaciones: las deudas contraídas para el *establecimiento* de los hijos de un matrimonio anterior de uno de los cónyuges.

c) *El lasto de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido* (art. 1740, N° 2).

Lastar es suplir lo que otro debe pagar con el derecho de reintegrarse. Como expresa Alessandri, "Lastar es pagar por otro con derecho a reembolso. Lasto es el recibo o carta de pago que se da a quien paga por otro para que pueda reembolsarse de lo que pagó cobrándoselo a éste. El *lasto de una fianza*, es, pues, su pago con derecho a reembolso".²⁷

Si se paga una obligación caucionada con una fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido, debemos distinguir el objeto por el cual se constituyó la garantía, para saber qué deuda se pagó:

i.- Si la garantía se constituyó para caucionar obligaciones sociales, se habrá pagado una deuda social;

ii.- Si la garantía se constituyó para caucionar obligaciones personales, habrá derecho a recompensa a favor de la sociedad.

d) *Las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge* (art. 1740, N° 4).

Se entienden por cargas usufructuarias las expensas ordinarias de conservación y cultivo; las pensiones, cánones y, en general, las cargas periódicas con que hubiere sido gravada la cosa con antelación; el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales.

Estas reglas se establecen en los arts. 795 y 796, en el usufructo y que imponen estas cargas al usufructuario, razón por la cual se llaman "cargas usufructuarias".

Es lógico que la sociedad conyugal las soporte, porque ella goza de los frutos producidos por los bienes propios de los cónyuges, de los que, en cierta forma, es usufructuaria. Se trata de una manifestación del principio *ubi emolumentum ibi onus*, es decir "donde está el beneficio está la carga".

e) *De los gastos que origine el mantenimiento de los cónyuges; el mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y de toda otra carga de familia* (art. 1740, N° 5).

La sociedad está obligada a solventar el mantenimiento de ambos cónyuges, lo que incluye habitación, vestuario, medicinas, gastos de enfermedad, etc.

Debe cubrir también los gastos de mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes.

Estos gastos comprenden la alimentación, vestuario y atención médica, los que siempre son expensas ordinarias, de cargo de la sociedad conyugal.

Los gastos de educación y de establecimiento pueden ser expensas ordinarias o extraordinarias. Ambos son de cargo de la sociedad conyugal, pero cabe tener presente que las expensas extraordinarias se imputarán con preferencia a los bienes del hijo y sólo en el caso de no ser suficientes dichos bienes, se imputarán al patrimonio social.

A pesar de que las expensas ordinarias y aun las extraordinarias son de cargo de la sociedad, los cónyuges pueden convenir en hacerlas con sus bienes propios (art. 1744, inc. 1°).

Será también de cargo de la sociedad "toda otra carga de familia", como dice la parte final del inc. 1° del N° 5 del art. 1740. Quedan comprendidos en esta denominación las remuneraciones de los trabajadores de casa particular, los gastos de veraneo, los regalos que es costumbre hacer en ciertos días, los alimentos que uno de los cónyuges deba por ley a sus descendientes o ascendientes, aunque los primeros no lo sean de ambos, siempre que sean moderados (art. 1740, N° 5, inc. 2°). Podrá el

²⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., N° 418, p. 303.

juez moderar el gasto si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge respectivo.

Son también de cargo de la sociedad conyugal, los gastos de crianza y los ordinarios de educación de los hijos de filiación no matrimonial. Los gastos extraordinarios de educación y los gastos de establecimiento de tales hijos, serán personales del cónyuge.

f) *De los dineros que deban entregarse a la mujer periódicamente o por una vez, si así se estipuló en las capitulaciones matrimoniales* (art. 1740, N° 5, inc. 3°).

Se trata de un pacto efectuado en las capitulaciones matrimoniales, en cuya virtud la mujer podrá disponer a su arbitrio de los dineros.

Con todo, si en las capitulaciones matrimoniales se impuso la obligación al marido, de él será la obligación de solventar este gasto, y si paga con dineros de la sociedad, ésta tendrá derecho a recompensa en contra del marido. Lo anterior, en el entendido que una vez disuelta la sociedad conyugal la mujer no renuncie a los gananciales, pues de hacerlo, la recompensa que debe el marido se extinguirá por confusión, al reunirse en él las calidades de deudor y de acreedor.

3.- El pasivo relativo o provisional.

Se compone por aquellas deudas que la sociedad paga en virtud de los principios que rigen la "obligación a las deudas", pero que, en definitiva, debe soportar el patrimonio de cada cónyuge ("contribución a las deudas"). Estos pagos dan derecho a una recompensa a favor de la sociedad.

Son los siguientes:

a) *Las deudas personales de cada cónyuge* (art. 1740, N° 3).

Son deudas personales, aquellas que emanan de actos o contratos que han cedido en beneficio exclusivo de un cónyuge sin que la sociedad conyugal tenga obligación de proporcionarle este beneficio (éste último caso, por ejemplo, tratándose de un préstamo para financiar un viaje a Europa de un hijo de uno de los cónyuges). Tienen también el carácter de deudas personales las contraídas por uno de los cónyuges antes del matrimonio.

Por el contrario, toda deuda contraída durante el matrimonio por el marido o por la mujer con mandato del marido, se presume social y pesa por ende en el pasivo definitivo. Así se desprende de los arts. 1750 y 1751 y lo establece el art. 1778, al declarar que el marido es responsable de todas las deudas contraídas durante el ejercicio social.

Para destruir esta presunción, será necesario demostrar que el contrato cedió en beneficio exclusivo de alguno de los cónyuges (art. 1750, inc. 2°).

Una sentencia de la Corte de Puerto Montt, de fecha 11 de agosto de 2020, autos Rol Policía Local N° 5-2020, concluye que la sentencia que condena a la mujer al pago de una indemnización de perjuicios por el daño causado por un bien de su propiedad perteneciente a su patrimonio reservado, no le empece a la sociedad conyugal que ella mantiene con su marido, de manera que no podrá dirigirse su ejecución sobre los bienes de la referida sociedad. En tal sentido, el art. 150 prima por sobre el art. 1740 N° 3, en virtud del principio de la especialidad como también por un criterio cronológico.

b) *Las deudas contraídas para establecer a un hijo de anterior matrimonio, o de filiación no matrimonial o expensas de educación extraordinarias.* En este caso, la deuda no grava el pasivo definitivo, pues no se trata de un descendiente común de los cónyuges, sino de uno sólo de ellos.

c) *Las erogaciones gratuitas y cuantiosas a favor de un tercero que no sea descendiente común* (art. 1747). Sólo pueden hacerse con cargo al haber social donaciones de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social, o aquellas hechas

para un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar un grave menoscabo a dicho haber (art. 1742).

Del tenor de los art. 1744 y 1747, se deduce a contrario sensu que la erogación gratuita y cuantiosa hecha a un descendiente común, es deuda social, pesando sobre el pasivo definitivo.

d) *Los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges* (art. 1745): por ejemplo, las cargas hereditarias o testamentarias que un cónyuge deba satisfacer al aceptar una herencia o lo que pague en razón de una transacción que le permite adquirir cierto bien; o los egresos que se hagan para que uno de los cónyuges obtenga lo que le adeudaba un tercero

No quedan comprendidas aquí las reparaciones usufructuarias, que conforme a lo indicado, son de cargo de la sociedad.

e) *Las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, cuando las expensas aumentaron el valor de los bienes y en cuanto subsistiere este valor a la época de la disolución de la sociedad* (art. 1746).

Si el aumento del valor excede el valor de las expensas, se deberá sólo lo invertido en éstas (así, por ejemplo, si se invierten 20 millones de pesos para ampliar un inmueble, pero gracias a dichos arreglos, el predio aumenta su valor comercial en 40 millones de pesos, se debe la primera suma).

Tampoco quedan comprendidas aquí las cargas o reparaciones usufructuarias.

f) *La indemnización por los perjuicios causados a la sociedad con dolo o culpa grave y el pago de las multas y reparaciones pecuniarias que hiciera la sociedad en razón de un delito o cuasidelito cometido por alguno de los cónyuges* (art. 1748).

Desde el punto de vista de la "contribución a las deudas", es decir en las relaciones entre los cónyuges, la indemnización que ha debido pagar la sociedad origina siempre derecho a recompensa, por tratarse de una deuda personal del cónyuge que cometió el ilícito.

g) *Los saldos que la sociedad se vea obligada a pagar por la subrogación hecha en bienes de alguno de los cónyuges* (arts. 1727 y 1733).

Así, por ejemplo, el inmueble que pertenecía al cónyuge se vendió en 150 millones de pesos y se compró otro en 160 millones, los 10 millones financiados por la sociedad deberán ser reembolsados por el cónyuge adquirente del inmueble, al momento de disolverse la comunidad.

CAPITULO IV: DE LAS RECOMPENSAS.

I.- CONCEPTO, OBJETO Y CLASIFICACION.

a) Concepto: las recompensas son las indemnizaciones pecuniarias a que los patrimonios del marido, de la mujer y de la sociedad conyugal, están obligados entre sí.

Las recompensas emanan del concepto relativo del activo y pasivo de la sociedad conyugal, puesto que hay bienes que entran a ella transformándose en un crédito a favor del cónyuge aportante y hay deudas personales que la sociedad está obligada a pagar con derecho a reembolsarse.

b) El objeto de las recompensas es:

- i.- Evitar el enriquecimiento de un patrimonio a expensas de otro;
- ii.- Evitar las donaciones disimuladas que pudieran hacerse los cónyuges entre sí para perjudicar a los terceros;
- iii.- Evitar los abusos del marido, que podría emplear los dineros de la mujer en su propio beneficio; y

iv.- Corregir los excesos de una administración mal intencionada, ya que como se dijo, se debe recompensa a la sociedad por los perjuicios que se le causen con dolo o culpa grave (art. 1748).

Durante la vigencia del matrimonio no puede alterarse el régimen de recompensas, lo que no impide que un cónyuge renuncie a ellas por acto que surta efectos después de la disolución de la sociedad conyugal.

c) Clasificación: existen recompensas:

- i.- De la sociedad a favor de los cónyuges;
- ii.- De los cónyuges a favor de la sociedad; y
- iii.- De los cónyuges entre sí.

Cabe consignar que la Ley N° 18.802, hizo reajustables las recompensas, modificando el principio nominalista vigente en el Código Civil y solucionando así los inconvenientes de la inflación (art. 1734). Será al partidor a quien corresponda fijar el monto de la recompensa en conformidad a las normas de la equidad. En otras palabras, no hay un sistema de reajustabilidad establecido en la ley, debiendo en cada caso fijar la forma de reajustar las recompensas.

Las recompensas se harán exigibles a partir de la disolución de la sociedad conyugal, y no existiendo reglas especiales, las acciones prescribirán conforme a las reglas generales, en los plazos de 3 y 5 años (arts. 2514 y 2515).

II.- RECOMPENSAS QUE LA SOCIEDAD DEBE A LOS CONYUGES.

1.- Incorporación de bienes de los cónyuges al patrimonio social.

La sociedad conyugal debe recompensar a los cónyuges, cuando incrementa su patrimonio con bienes de aquellos, lo que ocurre:

- i.- Con el dinero, cosas fungibles y especies muebles que los cónyuges aportan al matrimonio;
- ii.- Con el dinero, cosas fungibles y especies muebles que los cónyuges adquieren a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal;
- iii.- Con los bienes inmuebles apreciados en las capitulaciones matrimoniales para que la sociedad restituya su valor en dinero;
- iv.- Con las pensiones de gracia y con las donaciones remuneratorias por servicios prestados antes del matrimonio o durante su vigencia, pero en la parte que no dan acción para exigir su pago.

2.- Valor del bien propio del cónyuge, vendido durante la vigencia de la sociedad.

Hay lugar a recompensa, cuando la sociedad recibe el valor de un bien propio de uno de los cónyuges (art. 1741), salvo:

- i.- Que este valor se haya empleado en hacer una subrogación de que habla el art. 1733; o,
- ii.- Que se haya empleado en otro negocio personal del cónyuge del cual era la cosa vendida (como en el pago de sus deudas personales o en el establecimiento de sus descendientes de un matrimonio anterior).

3.- Pago de deudas sociales con bienes propios.

Hay lugar a recompensa contra la sociedad, cuando uno de los cónyuges paga deudas sociales con sus bienes propios.

4.- Enriquecimiento sin causa.

Debe la sociedad recompensa al cónyuge, cuando la primera obtiene un provecho injustificado con los bienes propios de éste. Así ocurrirá, por ejemplo, si un edificio propio del cónyuge se demoliera y la sociedad recibiera el precio de los materiales, o si se vendiere leña que proviene de un bosque propio del cónyuge.

Habrà lugar a la recompensa siempre que el provecho no consista en frutos naturales de los bienes propios (como sería la explotación racional del bosque, sin menoscabo de su sustancia), ya que en tal caso, se trataría de bienes sociales (art. 1725, N° 2).

III.- RECOMPENSAS QUE LOS CONYUGES DEBEN A LA SOCIEDAD.

1.- Pago de las deudas personales de los cónyuges.

Conforme a lo dispuesto en el art. 1740, N° 3, la sociedad está obligada al pago de las deudas personales de cada cónyuge, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello.

La recompensa es equivalente a lo que desembolsó la sociedad, sin abonar los intereses devengados durante el matrimonio, porque tales intereses son de cargo de la sociedad sin derecho a recompensa (art. 1740, N° 1). En todo caso, la suma a pagar deberá reajustarse, en la forma establecida en el art. 1734.

2.- Donación de bienes sociales.

El marido o la mujer deberán recompensar a la sociedad por el valor de toda donación que hicieren de cualquier parte del haber social y por toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común (artículos 1742 y 1747).

Se excluyen del régimen de recompensas:

- a) *La donación hecha a un descendiente común*, aunque sea cuantiosa; esta donación se imputará, por regla general, a gananciales, a menos que conste de un modo auténtico (o sea, en instrumento público) que el marido o la mujer han querido hacerla con sus bienes propios (art. 1744).
- b) *La donación hecha a un tercero, cuando es de poca monta*, considerando las fuerzas del patrimonio social (art. 1742), o,
- c) *La donación que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia* y sin que cause un grave menoscabo al haber social (art. 1742).

3.- Gastos causados en la adquisición o cobro de los bienes o créditos de los cónyuges.

Se debe recompensa a la sociedad por los precios, saldos, costas judiciales y expensas que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges y por todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que ella cubra, anexas a la adquisición de una herencia que se les defiera (art. 1745).

De esta manera, el precepto se pone en dos casos:

- i.- Egresos hechos para que uno de los cónyuges adquiera un bien (por ejemplo, el pago del precio de la compraventa).
- ii.- Egresos en que se incurra para que uno de los cónyuges cobre el crédito que tiene contra su deudor (por ejemplo, el pago de costas judiciales).

De conformidad con el art. 1740 N° 3, estos gastos se presumen efectuados por la sociedad, pero el cónyuge puede probar que los cubrió con bienes propios o con los mismos bienes hereditarios.

4.- Expensas hechas en los bienes propios.

Los cónyuges deben recompensa a la sociedad por las expensas de toda clase que se hayan hecho en sus bienes propios (art. 1746). El monto de la recompensa se determina de la siguiente forma:

a) *La recompensa equivale al desembolso efectuado, no al aumento de valor real. Si este aumento de valor excede al desembolso, sólo se adeudará lo efectivamente gastado.*

b) *El aumento de valor debe subsistir a la época de la disolución de la sociedad.*

No dan lugar a recompensa las cargas o reparaciones usufructuarias hechas en los bienes de los cónyuges, que son de cargo de la sociedad sin derecho a recompensa, y el aumento de valor de los bienes propios que se deba a causas naturales.

A su vez, se ha fallado que las expensas hechas por el marido en bienes reservados de la mujer, que ésta conserva como propietaria exclusiva al renunciar a los gananciales, no generan recompensas a favor de la sociedad conyugal, sino que un crédito sujeto a las reglas generales, que el marido deberá cobrar a la mujer como lo haría cualquier acreedor. Lo anterior, porque si procediere recompensa en contra de la mujer por expensas hechas en bienes reservados, podría ocurrir que, de no renunciar la mujer a los gananciales, estos bienes no le pertenecerían en forma exclusiva, sino en común a los cónyuges. En tal contexto, no resulta lógico que la sociedad conyugal pueda exigirle a la mujer pagar por inversiones que también redundarían a favor del marido (sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 13 de noviembre de 2013, Rol N°433-2013. Casación en el fondo fue rechazada por sentencia de la Corte Suprema de fecha 11 de marzo de 2014, autos Rol N° 16.342-2013).²⁸

La importancia de determinar, -en el caso de las expensas hechas por el marido en bienes reservados de la mujer- que estamos ante un crédito que sigue las reglas generales, y no ante una recompensa, se visualiza, al menos, en las siguientes materias:

i.- Prescripción de las acciones: la acción que el marido tiene en contra de la mujer para cobrar el valor de las expensas, prescribirá en cinco años, contados desde que se hizo exigible la obligación de la mujer (en cambio, si fuere una recompensa, el plazo de prescripción sólo comenzará a correr a partir de la disolución de la sociedad conyugal).

ii.- El crédito no se reajustará (en cambio, si fuere una recompensa, debe aplicársele el reajuste previsto en el art. 1734).

iii.- El juez competente: la demanda debe interponerse ante el Juez de Letras en lo Civil (en cambio, las recompensas se cobran en el juicio de partición, seguido ante el juez árbitro).

5.- Perjuicios causados a la sociedad con dolo o culpa grave.

Cada cónyuge debe recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave. La recompensa ascenderá al monto del perjuicio (art. 1748).

²⁸ Revisar en nuestra página web www.juanandresorrego.cl, "Criterios jurisprudenciales en materia de sociedad conyugal", sentencia N° 14.

Dado que estamos ante culpa extracontractual, corresponderá probar los elementos de la indemnización, incluyendo el dolo o la culpa grave, a quien alega haber sufrido el daño.

IV.- RECOMPENSAS DE CONYUGE A CONYUGE.

1.- Pago de deudas personales.

Hay lugar a recompensa cuando con los bienes de un cónyuge, se pagan deudas del otro, sea de manera voluntaria o forzada.

2.- Deterioros en bienes propios.

Las pérdidas o deterioros ocurridos en los bienes propios de un cónyuge deberá sufrirlos él, porque las cosas se pierden para su dueño. Excepcionalmente, la pérdida deberá ser resarcida por el otro cónyuge, cuando se debe a dolo o culpa grave de éste (art. 1771)

3.- Venta de bienes propios.

La enajenación de bienes propios de un cónyuge da lugar a recompensa en su favor cuando, durante la vigencia de la sociedad conyugal, se destina el producido de tales bienes a la adquisición de bienes para el otro cónyuge o a la reparación de bienes del otro cónyuge.

CAPITULO V: DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

CLASIFICACION.

Corresponde al marido, como jefe de la sociedad conyugal, la administración de los bienes sociales y los de la mujer, sujeto a las limitaciones que estudiaremos (art. 1749, inc. 1º). Esta administración se denomina "ordinaria". Cabe indicar que la Ley Nº 18.802, al modificar el art. 145 (actual art. 138), introdujo una situación novedosa: excepcionalmente, la mujer tendrá a su cargo la administración ordinaria, cuando se cumplan los siguientes requisitos (art. 138, incs. 2º y 3º):

- i.- Que afecte al marido un impedimento;
- ii.- Que el impedimento del marido no fuere de larga e indefinida duración;
- iii.- Que de la demora en contratar se siga perjuicio a la sociedad conyugal;²⁹
- iv.- Que el juez autorice a la mujer, con conocimiento de causa; y
- v.- Que se trate de celebrar por la mujer determinados actos o contratos, comprendidos en la autorización judicial.

En contraposición a la anterior, existe la administración "extraordinaria", que se produce cuando es nombrado un curador al marido, que entra a administrar los bienes sociales. Tal curador puede o no ser la mujer, de manera que la administración

²⁹ En el caso previsto en el art. 19 de la Ley Nº 14.908, sobre "Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias", la mujer no deberá probar el perjuicio, si en la respectiva causa de alimentos, se hubiere decretado dos o más veces, apremios en contra del marido para el pago de las pensiones adeudadas: "Art. 19. Si constare en el proceso que en contra del alimentante su hubiere decretado dos veces alguno de los apremios señalados en los artículos 14 y 16, procederá en su caso, ante el tribunal que corresponda y siempre a petición del titular de la acción respectiva, lo siguiente: (...) 2. Autorizar a la mujer para actuar conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 138 del Código Civil, sin que sea necesario acreditar el perjuicio a que se refiere dicho inciso".

extraordinaria no se caracteriza porque necesariamente administre la mujer, sino porque en lugar del marido, administre su curador.

SECCION PRIMERA: DE LA ADMINISTRACION ORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Conceptos fundamentales.

Corresponde esta administración al marido, por el solo hecho del matrimonio.

La administración ordinaria comprende los bienes sociales y los bienes propios de la mujer (art. 1749). Con todo, las facultades de administración serán distintas en uno y otro caso.

Se extiende la administración ordinaria hasta la disolución de la sociedad conyugal, a menos que durante su vigencia el marido caiga en interdicción o se ausente o sea sometido a un procedimiento concursal de liquidación, circunstancias en las cuales la administración será ejercida por el curador o por el liquidador, en el último caso.

Al término de la administración, el marido no está obligado a rendir cuenta a su mujer; aún más, la ley dice que administra como dueño, o sea sin el deber de rendir cuentas a nadie.

Lo anterior no significa que el marido pueda cometer actos dolosos; los arts. 1748 y 1771 obligan al cónyuge a indemnizar a la sociedad conyugal o al otro cónyuge de los perjuicios que se les haya causado con dolo o culpa grave.

Estudiaremos por separado las facultades administrativas del marido sobre los bienes sociales y sobre los bienes propios de la mujer.

I.- ADMINISTRACION ORDINARIA DE LOS BIENES SOCIALES.

1.- Facultades que corresponden al marido.

Sus facultades de administración sobre los bienes sociales son amplias, sin perjuicio de requerir en numerosos casos de la autorización de la mujer para realizar ciertos negocios jurídicos.³⁰

La mujer, por sí sola, no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales (art. 1752).

Los bienes muebles de toda especie, salvo en el caso de los derechos hereditarios de la mujer y de las donaciones, quedan entregados a la omnipotencia administrativa del marido, quien además ejercerá los derechos que le correspondan a la mujer que, siendo socia de una sociedad civil o comercial, se casare, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 150 (art. 1749, inc. 2º).

2.- Limitaciones impuestas por la ley a la administración ordinaria del marido.

El marido necesita autorización de la mujer para los siguientes efectos:

a) Para *enajenar los bienes raíces sociales*. La limitación se refiere a las enajenaciones *voluntarias* y no a las decretadas por la justicia en juicios ejecutivos o en un procedimiento concursal de liquidación.

b) Para *gravar dichos bienes* con hipotecas, censos o servidumbres u otros gravámenes reales (usufructo, uso o habitación, anticresis, derecho real de conservación).

³⁰ En el texto original del Código, el art. 1749 tenía un solo inciso y ninguna limitación se contemplaba para la administración del marido: "El marido es jefe de la sociedad conyugal, i como tal administra libremente los bienes sociales i los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones que por el presente título se le imponen i a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales".

c) Para *prometer enajenar o gravar* los bienes raíces sociales (incorporado en 1989 por la Ley N° 18.802).

d) Para *enajenar o gravar los derechos hereditarios de la mujer*: en principio, podríamos entender que este caso (incorporado por el legislador en el año 1989, en virtud de la Ley N° 18.802) no debió incluirse en el art. 1749, pues no se trataría de un bien de la sociedad conyugal, sino de la mujer. Sin embargo, se ha dicho que el legislador de 1989 lo incluyó en este artículo, bajo el entendido que el derecho real de herencia, al no poder calificarse como mueble o inmueble, debe regirse por las normas de los muebles, que constituyen el estatuto jurídico general de los bienes (dándole de este modo consagración legal a la tesis de Leopoldo Urrutia, en cuanto la herencia escapa de la clasificación de derecho mueble o inmueble, establecida en el art. 580 del Código Civil). Y siendo un derecho mueble adquirido a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal, ingresaría al haber aparente o relativo de la misma y no al haber propio del heredero. Pero sería un bien mueble social, para el cual el marido, si pretendiere enajenarlo, excepcionalmente, requiere autorización de la mujer.

Refiere al efecto Fabián Elorriaga: "Se puede afirmar que, a partir de 1989, la tesis de URRUTIA tiene consagración legal. La Ley N° 18.802 de 1989, modificó el artículo 1749 del Código Civil, aumentando las limitaciones del marido como administrador de la sociedad conyugal. Una de estas limitaciones agregadas consiste en que el marido no puede disponer de los derechos hereditarios de su mujer sin la autorización de ella. Lo cierto es que este artículo 1749 se refiere a la administración de bienes sociales; luego, la única manera de explicar que el marido tenga esta limitante es entendiendo, al igual que lo ha hecho el legislador, que este derecho es un bien que se rige por las normas de los bienes muebles, y que por ello ingresó al haber social y no al haber propio de la mujer. Recuérdese que, según el artículo 1725 N° 4, en relación con el artículo 1732, los bienes muebles adquiridos a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal, ingresan al haber social, con cargo a la correspondiente recompensa en favor del aportante (haber relativo). En este caso lo que ocurre es que el derecho real de herencia sería un bien mueble adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, y como tal, ingresa al haber social".³¹

Con todo, si vigente su derecho de herencia, se le adjudicare a la mujer un inmueble hereditario, debemos entender que éste ingresa a su haber propio y no al haber social. Agrega Elorriaga al efecto: "Si sobreviene la partición de la herencia y a la mujer se le adjudica un inmueble, la situación cambia totalmente. Por el efecto declarativo y retroactivo de la partición debe entenderse que la mujer jamás fue comunera y que siempre fue propietaria exclusiva del bien adjudicado (artículo 1344), (y) dicho bien ingresa al patrimonio personal de la mujer. Se trata de un bien inmueble adquirido por ella a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal. Lo mismo ocurrirá cuando la mujer sea legataria de un bien inmueble. Ella (en este último caso) no adquiere el derecho real de herencia, sino que el derecho de dominio sobre un bien raíz a título gratuito (artículo 1726)".³²

En cambio, si se trata de un derecho real de herencia adquirido por el marido, aunque debemos entender –siguiendo la lógica anterior–, que también ingresó al haber aparente o relativo, podía éste enajenarlo libremente, sin intervención de la mujer, pues por regla general, el marido puede enajenar los bienes muebles sociales sin autorización de la mujer.

e) Para *donar bienes sociales*, salvo que se trate de donaciones de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social. La restricción operará, sea que se trate de muebles o inmuebles, pues la ley no distingue.

³¹ Elorriaga de Bonis, Fabián, *Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 94 y 95.

³² Elorriaga de Bonis, Fabián, ob. cit., nota en la p. 95.

f) Para *arrendar o ceder la tenencia (comodato, por ejemplo) de los bienes raíces sociales*, los urbanos por más de cinco años, y los rústicos por más de 8 años, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido.

g) Para obligar los bienes sociales, constituyéndose *avalista, codeudor solidario, fiador u otorgar cualquier otra caución respecto a obligaciones contraídas por terceros*. Sin esta autorización, el marido obliga solamente sus bienes propios. No debemos circunscribir el numeral a las cauciones personales, pues el Código alude a "cualquier otra caución", de manera que también debemos incluir las prendas.

3.- Formas y requisitos de la autorización de la mujer.

a) La autorización de la mujer puede ser expresa o tácita, previa o coetánea a la celebración del contrato por el marido o en el acto de su celebración.

Si fuere anticipada la autorización, debe ser expresa. Si fuere coetánea a la celebración del contrato, podrá ser expresa o tácita.

b) La autorización expresa y previa, es siempre solemne, debiendo constar por escrito y por escritura pública, si el acto que autoriza exige esa solemnidad.

c) La autorización debe ser específica.

Debe además ser *específica*, es decir, no es idónea una autorización otorgada en forma general y de manera anticipada. Así, por ejemplo, la mujer debe autorizar la enajenación del inmueble ubicado en tal parte, inscrito a fojas tanto número tanto año tanto, no siendo idónea una autorización genérica, para enajenar todos los inmuebles que pertenecen o pertenezcan en el futuro a la sociedad, sin que ellos sean debidamente singularizados. Aún más, se ha dicho que, si se trata de una compraventa, la autorización debiera señalar un precio mínimo de venta. Todo lo anterior carece de importancia, si la mujer comparece al acto mismo de venta, pero cobra trascendencia, si su autorización la otorga por instrumento separado o a través de un mandatario.

d) La autorización tácita resulta de la intervención de la mujer, directa y de cualquier modo en la celebración del acto. Se sostiene que la simple comparecencia de la mujer, cualquiera sea la calidad en que interviene, constituye autorización tácita.

e) La autorización puede prestarla la mujer de manera personal o a través de mandatario.

La mujer también puede prestar su autorización por mandatario. El mandato deberá ser especial y constar por escrito o por escritura pública, según sea la naturaleza del acto que se autoriza.

4.- Forma de suplir la autorización de la mujer.

La autorización de la mujer puede ser suplida por la justicia, en los casos siguientes:

a) Cuando la mujer se niega a prestarla, sin justo motivo.

b) Cuando la mujer se encuentra impedida de prestarla, como acontece por su demencia, o su ausencia real o aparente u otro impedimento, si de la demora se sigue perjuicio a la sociedad conyugal.

En el caso de negativa injustificada de la mujer, el juez dará la autorización previa audiencia a la que será citada ésta, lo que implica que debe ser notificada y oída en el respectivo proceso.

La citación sólo es necesaria en caso de negativa de la mujer y no cuando la justicia autoriza al marido por impedimento de la mujer.

Sin embargo, la autorización de la mujer para que se donen bienes sociales, no puede ser suplida por el juez (a menos que se recurra al juez por estar impedida la

mujer de manifestar su voluntad). En todo caso, la negativa de ésta, en el supuesto que pueda manifestar su voluntad, impide la donación.

Será juez competente el civil, del domicilio de la mujer (la Ley N° 20.286, del año 2008, al modificar el art. 8 de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, traspasó desde la esfera de competencia de los Tribunales de Familia a la esfera de competencia de los Tribunales Civiles, esta materia).

5.- Sanciones por la falta de autorización.

a) Nulidad relativa.

La falta de autorización, en los cinco primeros casos mencionados en el N° 2, ocasiona la nulidad relativa del acto o contrato realizado por el marido, pues se infringe una formalidad habilitante. La acción prescribe en el plazo de 4 años, contados desde la disolución de la sociedad conyugal. Si la mujer o sus herederos fueren incapaces, el cuadrienio empezará a correr desde que cese la incapacidad. Con todo, en ningún caso se podrá pedir la declaración de nulidad, pasados 10 años desde la celebración del acto o contrato (art. 1757). El art. 1757 guarda perfecta armonía con los artículos 2509 y 2520, de los que se desprende que la suspensión de la prescripción no se extiende más allá de diez años.

De acuerdo con el art. 1757, la acción de nulidad relativa le corresponderá a "la mujer, sus herederos o *cesionarios*". Sin embargo, a juicio de Hernán Corral, la referencia a los cesionarios sería errónea, pues la mujer no fue parte del contrato viciado de nulidad, de manera que ella no adquirió derechos derivados de dicho acto jurídico, y tampoco es posible que ella sólo cediera la acción de nulidad, pues en tal caso, el tercero carecería de interés para demandar.³³

El error apuntado por el profesor Corral no es atribuible a don Andrés Bello, pues el inc. 2° del art. 1757, que alude a los cesionarios, se introdujo por la reforma hecha al Código Civil por la Ley N° 18.802, del año 1989.

Si el tercero que adquirió el bien de manos del marido aún conserva la cosa, la sentencia de nulidad lo afectará, pues la demanda de nulidad se interpondrá por la mujer en contra del marido y de su adquirente. En cambio, si el adquirente hubiere a su vez enajenado la cosa, la mujer tendría que deducir la acción de nulidad y también la acción reivindicatoria. En cuanto a esta posibilidad de que la mujer pueda deducir acción reivindicatoria, contra el tercero que hubiere adquirido el bien social de manos del primer comprador o de otro posterior, del marido, podrían plantearse dos escenarios:

i.- Sería necesario que previamente se decrete la separación judicial de bienes (art. 155) y por ende expire la sociedad conyugal (la causal sería el fraude en perjuicio de la mujer). En efecto, vigente la sociedad conyugal, frente a los terceros, el marido se mira como dueño exclusivo de los bienes sociales (art. 1750). Fallaría entonces el requisito indispensable para que prospere la acción reivindicatoria: que el reivindicante sea dueño de la cosa. Disuelta que sea la sociedad conyugal, la mujer será titular de derechos equivalentes al 50% de la cosa, y tendrá entonces legitimación activa para interponer la acción reivindicatoria. Una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 9 de agosto de 2007, autos Rol N° 1.730-2002, rechaza demanda de reivindicación deducida por la mujer casada en sociedad conyugal.³⁴ El mismo principio

³³ Corral Talciani, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2018, p. 700.

³⁴ Cfr. en www.juanandresorrego.cl, "Criterios jurisprudenciales en materia de sociedad conyugal", sentencia N° 19.

se asienta en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 1 de junio de 2015, autos Rol N° 2.793-2014.³⁵

ii.- Excepcionalmente, estaríamos ante un caso en el que, para los efectos previstos en los artículos 1749 y 1757 del Código Civil, la mujer, no obstante que no es la dueña del inmueble, puede sin embargo reivindicarlo, bajo el entendido que lo hace con el propósito de que dicho bien se reintegre a la sociedad conyugal que forma con su marido. Ello, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 1689, en las normas de la nulidad, y de que en el art. 1757 no se establece, como presupuesto de la acción de que goza la mujer, la circunstancia de que el bien no haya salido de las manos de aquél que lo adquirió directamente del marido. Una sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de septiembre de 2009, dictada en los autos Rol N° 1.719-2009, acoge tanto la acción de nulidad relativa cuanto la acción reivindicatoria, deducidas por la mujer.³⁶ Algunos autores, como Enrique Alcalde y Hernán Corral, adhieren a esta tesis. Respecto del primero, nos remitimos a sus planteamientos expuestos en el estudio de la acción oblicua o subrogatoria. Respecto del segundo, expresa al efecto: "hay casos, tanto de nulidad absoluta como de nulidad relativa, en que la legitimación para pedir la nulidad puede corresponder a un tercero que no fue parte del acto o contrato. Por ejemplo, un acreedor que pide la nulidad absoluta de la enajenación realizada por el deudor de una cosa embargada (objeto ilícito) o la mujer casada que desea pedir la nulidad relativa de la enajenación de un bien raíz de la sociedad conyugal realizada sin su autorización. En estos casos, puede suceder también que la parte que recibió la cosa en virtud del contrato que se declara nulo la haya a su vez enajenado a un tercer adquirente. En tal evento, quien debería ejercer la acción reivindicatoria debería ser la parte que recupera el dominio en virtud de la declaración de nulidad: por ejemplo, el deudor en el caso de la cosa embargada o el marido en el caso de enajenación de bienes de la sociedad conyugal, pero, como fácilmente se comprenderá, ninguno de ellos estará muy interesado en ejercer la acción reivindicatoria contra el tercer poseedor. Así, por ejemplo, el deudor considerará que no le resulta útil dicha reivindicación en la medida en que, si recupera la posesión del bien, le será embargado para satisfacer sus deudas. Atendido lo anterior, podría suceder que el tercero legitimado para pedir la nulidad viera frustrado el objetivo práctico por el cual puede pedir la nulidad. No puede ser ésta la intención del legislador. Por ello, se ha propuesto que, como el art. 1689 dice en forma genérica que la nulidad 'da acción reivindicatoria contra terceros poseedores', debe entenderse que no es necesario que ejerza dicha acción la parte que recupera el dominio, sino también el tercero que ha pedido la nulidad obrando en subrogación de la primera. Se trataría de un caso de subrogación legal cuyo sustento normativo está dado por el art. 1689 del Código Civil".³⁷

Cabe advertir que se ha sostenido por algunos que la mujer no podría demandar la nulidad relativa del contrato celebrado por el marido con infracción al art. 1749, aún en el caso de que el tercero que haya adquirido el bien inmueble del marido (en el caso de una enajenación voluntaria) lo conserve en su patrimonio, *mientras se encuentre vigente la sociedad conyugal*. En otras palabras, sostienen quienes adhieren a esta tesis que la acción sólo nace a partir de la disolución de la sociedad conyugal. Aducen para ello las siguientes razones:³⁸

³⁵ Cfr. en www.juanandresorrego.cl, "Criterios jurisprudenciales en materia de sociedad conyugal", sentencia N° 20.

³⁶ Ver en mi página web www.juanandresorrego.cl, "Criterios jurisprudenciales en materia de sociedad conyugal", sentencia N° 18.

³⁷ Corral Talciani, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2018, pp. 717 y 718.

³⁸ Argumentos extraídos de las alegaciones de la parte demandada, y recogidos en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 21 de julio de 2005, autos Rol N° 3.541-2003, que corresponde a la N° 17 de "Criterios jurisprudenciales en materia de sociedad conyugal".

i.- En primer término, por una clara razón de texto legal, ya que el inciso tercero del art. 1757 establece que “el cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde la disolución de la sociedad conyugal”, de manera tal que, considerar que ésta se ha podido solicitar antes de tal suceso, significaría afirmar que la acción de nulidad dura más de cuatro años, lo que violenta la aplicación de la norma indicada en relación al inciso primero del artículo 1691 del Código Civil.

ii.- En segundo término, se invoca una razón histórica. En efecto, hasta la modificación introducida al Código Civil por la Ley N° 18.802, la mujer casada en sociedad conyugal era relativamente incapaz y el art. 1757 establecía que el cuadrienio para impetrar la nulidad relativa se contaría desde el cese de la incapacidad relativa de la mujer, lo que sólo podía ocurrir con la disolución de la sociedad conyugal. Con la dictación de la ley mencionada, se estableció la plena capacidad de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal. Sin embargo, también se modificó el referido art. 1757, en cuanto se agregó que la nulidad o inoponibilidad podrán hacerlas valer la mujer, sus herederos o cesionarios y que el cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde la disolución de la sociedad conyugal o desde que cese la incapacidad de la mujer o sus herederos, y que en ningún caso se podrá pedir la nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato. De lo anterior, se concluye que al haberse incorporado a la norma la frase “desde la disolución de la sociedad conyugal”, el legislador pretendió mantener la situación anterior respecto del ejercicio de la acción, es decir, que durante la vigencia de la sociedad conyugal la mujer careciera de la posibilidad de ejercitarla.

iii.- Además, conforme al art. 1752 del Código Civil “La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad”, lo que concuerda con el inciso primero del art. 1750 que indica que “El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formaren un solo patrimonio”.

iv.- Se añade que, durante la vigencia de la sociedad conyugal, la mujer carece de interés patrimonial y jurídico en la declaración de nulidad relativa del contrato celebrado por el marido, por cuanto quien ejerce la acción de nulidad de un contrato no se conforma con la mera declaración de nulidad sino que ejerce simultáneamente la acción reivindicatoria contra el demandado, tercer poseedor del bien objeto del contrato impugnado, careciendo la mujer de ésta acción reivindicatoria porque ella no es dueña.

En esta posición, Rodríguez Grez, quien a propósito de la posibilidad de que la mujer pueda demandar la nulidad *absoluta* de un contrato celebrado por el marido, estando vigente la sociedad conyugal (cuestión que admite), se refiere acto seguido a demandar la nulidad relativa (cuestión que no admite): “Particularmente interesante resulta establecer si puede la mujer demandar la nulidad absoluta de un acto ejecutado por el marido como administrador de la sociedad conyugal. Si el acto adolece de rescisión, es indudable que ello no es posible, toda vez que la acción de nulidad surge desde el momento en que se disuelve la sociedad conyugal o desde que cesa la incapacidad de la mujer o de sus herederos, como establece expresamente el artículo 1757 inciso tercero. Si transcurren más de diez años, como ya se dijo, el acto no podrá ser atacado, quedando a la mujer o a sus herederos sólo la acción de perjuicios en contra del marido. Pero no sucede lo mismo si el acto adolece de nulidad absoluta. En este caso, el artículo 1683 concede la acción de nulidad a todo aquel que tenga interés en ello. El problema consiste, por lo tanto, en establecer si la mujer, durante la vigencia de la sociedad conyugal, tiene interés en la nulidad de un acto ejecutado por el marido o, en razón de lo previsto en los artículos 1750 y 1752, carece de dicho interés y, por consiguiente, de acción de nulidad. A juicio nuestro, es incuestionable que la mujer, durante la sociedad, carece de **derechos** respecto de los bienes sociales, pero no carece de **interés**, que es una cuestión distinta. El interés de la mujer surge de que disuelta la sociedad conyugal ella tendrá derechos sobre una

parte de los gananciales y, por lo mismo, sobre el bien afectado por el contrato nulo. El interés jurídico de la mujer es coetáneo a la celebración del acto, puesto que para ello basta con que éste haya sido ejecutado durante la sociedad conyugal (...). Por último, digamos que la nulidad absoluta es de orden público, en la mayor parte de los casos, y que nadie puede negar el interés real de la mujer si se considera que es en virtud de éste interés que la ley es la llamada a autorizar la ejecución de ciertos actos (...) En suma, si el marido celebra un acto o contrato que adolece de nulidad absoluta,³⁹ puede la mujer demandar la nulidad absoluta del mismo, invocando el interés que exige el artículo 1683 y del cual se deriva la acción respectiva. Del mismo modo, puede demandar la separación judicial de bienes si estima que el marido mal administra los bienes sociales y concurre alguna de las causales de que trata el artículo 155 del Código Civil. Si el acto adolece de nulidad relativa, la cuestión es más difusa, ya que la mujer no puede reclamar la nulidad, de lo cual se sigue que sólo podrá demandar, si corresponde, la separación judicial de bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal, o bien, al extinguirse, exigir la responsabilidad del marido, siempre que el acto le haya causado perjuicio y pueda imputarse al administrador de la sociedad conyugal culpa grave o dolo (artículo 1748)".⁴⁰

Estos planteamientos, sin embargo, se han criticado, pues pugnan en verdad con el tenor del art. 1757. Por sentencia de la Corte Suprema de fecha 21 de julio de 2005, dictada en los autos Rol N° 3.541-2003, se rechazan, expresándose al efecto: "OCTAVO: Que, el primer grupo de errores de derecho denunciados por el recurrente, relativos a la falta de legitimación activa de la actora por aplicación del artículo 1757 del Código Civil debe ser desestimado, por cuanto, tal como lo resuelven los jueces del fondo, sostener que la acción para impetrar la nulidad relativa no nace para la mujer sino una vez disuelta la sociedad conyugal, es incompatible con lo dispuesto en el inciso final de la norma en cuestión, que expresa que, 'en ningún caso se podrá pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato'. En efecto y atendida la limitación señalada en el inciso final del artículo 1757 del Código Civil, sólo es posible concluir que la mujer casada en sociedad conyugal, que no tenga otros presupuestos de incapacidad, es titular de la acción prevista en la norma, desde que se produce el acto o contrato que estima nulo, hasta el cuadrienio siguiente a la disolución de la sociedad conyugal, puesto que, de entenderlo de la manera que pretende el recurrente, se estaría sujetando una declaración de nulidad de un contrato, además, a la existencia de causales que permitan disolver la sociedad conyugal y, lógicamente, al proceso judicial respectivo en que la mujer casada pudiera acreditarlo, mientras que, aquellos que incurrieron en el vicio al contratar, se beneficiarían con el simple transcurso de diez años".

Leonor Etcheberry Court comenta favorablemente lo concluido por esta sentencia, señalando: "Nos parece que la Corte llega a la solución adecuada, ya que en un buen número de matrimonios la sociedad conyugal dura más de diez años, por lo cual cualquier contrato que el marido suscriba sin autorización de la mujer, se validaría, sin que a ningún posible titular le haya nacido la posibilidad siquiera de entablar la acción, esto es, el marido puede burlar libremente las limitaciones que tiene para administrar bienes sociales y bienes propios de la mujer, impuestos en los artículos 1749, 1754 y 1755, sin que reciba sanción alguna de parte del ordenamiento jurídico; está en lo correcto la Corte al señalar que la nulidad no puede quedar sujeta a la existencia de causales que permitan la disolución de la sociedad conyugal. Recordemos que los cónyuges pueden cambiar el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes, de acuerdo con el artículo 1723, siempre y cuando ambos estén de acuerdo en hacerlo, lo que en el caso de autos y en ninguno en que el marido

³⁹ Por ejemplo, una compraventa simulada o vende un inmueble a un hijo menor de edad (que no es de su cónyuge), quien compra representado por su madre.

⁴⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 122-124.

haya actuado sin el consentimiento de la mujer ocurriría; y en el otro supuesto la mujer puede solicitar la separación judicial de bienes, pero debe pedirla por algunas de las causales del artículo 155, entre ellas se podría utilizar la del inciso primero que señala: 'El juez decretará la separación de bienes en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido'; el término 'administración' evoca, por regla general, una serie de actos realizados por el marido: ¿qué pasa si es el único acto que realiza [y] se considerara por parte del tribunal que ese solo acto constituye una administración fraudulenta? Si es así, cosa que no es segura, la mujer tendrá que someterse al proceso judicial para poder, luego de la separación, pedir la nulidad del acto. El hecho de no tener interés según la recurrente, no se sostiene en la práctica, la acción de nulidad una vez acogida permite que las partes vuelvan al estado anterior; en este caso preciso, la venta realizada por el marido sin autorización quedaría sin efecto y el bien volvería a pertenecer al haber de la sociedad conyugal, donde la mujer tiene el 50% de ellos por concepto de gananciales; no es necesario, en este caso, accionar de reivindicatoria, ya que con los efectos de la nulidad la mujer consigue que el bien continúe en el haber social y que una vez que se disuelva la sociedad conyugal, pueda ser contabilizado dentro de los gananciales".⁴¹

La discusión en torno a si la mujer puede o no demandar la nulidad relativa encontrándose vigente la sociedad conyugal, se explica por los cambios que han experimentado los artículos 1749 y 1757 del Código Civil. Recordemos que en su texto original, el art. 1749 no contenía limitaciones en la administración ordinaria del marido (salvo las que pudieran emanar de las obligaciones que hubiere contraído en capitulaciones matrimoniales). Ello explica que el tenor originario del art. 1757, se refiriera a otra materia: las limitaciones que tenía el marido para arrendar los inmuebles de la mujer por más de ocho o cinco años, según si fueren rústicos o urbanos. Será la Ley N° 10.271, de 2 de abril de 1952 (misma que reformó, entre otros, el art. 1749, estableciendo una serie de limitaciones a la administración del marido), la que modifique el art. 1757, quedando su texto en los siguientes términos: "Los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754, 1755 y 1756, adolecerán de nulidad relativa. / El cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde que cese la incapacidad de la mujer". Posteriormente, la Ley N° 18.802, de 9 de junio de 1989 (que terminó con la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal), modificó nuevamente el art. 1757, fijando su texto actual, que reza: "Los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754 y 1755 adolecerán de nulidad relativa. En el caso del arrendamiento o de la cesión de la tenencia, el contrato regirá sólo por el tiempo señalado en los artículos 1749 y 1756. / La nulidad o inoponibilidad anteriores podrán hacerlas valer la mujer, sus herederos o cesionarios. / El cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde la disolución de la sociedad conyugal, o desde que cese la incapacidad de la mujer o de sus herederos. / En ningún caso se podrá pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato".

Personalmente, creemos que no se desprende del tenor actual del art. 1757 que la mujer esté imposibilitada de demandar la nulidad relativa, vigente la sociedad conyugal. La circunstancia que el plazo de prescripción para interponer dicha acción sólo comience a correr una vez disuelta la sociedad conyugal o desde que cese la incapacidad que la pudiere afectar, se explica para guardar la armonía entre este precepto y lo dispuesto en los arts. 2509 y 2520 del Código Civil, relativos a la suspensión de la prescripción. Una interpretación distinta, que concluya que carece la mujer de acción mientras esté vigente la sociedad conyugal, podría dejar a ésta en total indefensión, si hubieren transcurrido más de diez años desde la fecha del acto o

⁴¹ Etcheberry Court, Leonor, "Derecho de Familia, Sucesorio y Regímenes Matrimoniales", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19, 00. 215-220 [diciembre 2012], pp. 219-220.

contrato celebrado por el marido con infracción a lo previsto en los arts. 1749, 1754 y 1755.

b) Inoponibilidad.

Si el marido arrienda o cede la tenencia de un bien raíz por un plazo que exceda los máximos establecidos por el art. 1749, sin autorización de la mujer, el contrato será inoponible a la mujer en el exceso (artículos 1756, inc. 1º y 1757, inc. 1º). Considerando lo anterior, habría que preguntarse cuál debiera ser la acción de la mujer o de sus herederos o cesionarios para invocar la inoponibilidad. Creemos que debe demandarse la restitución del inmueble, por haber expirado el contrato. Ahora bien, estando vigente la sociedad conyugal, podría estimarse que carece la mujer o sus causahabientes de legitimación activa, pues ella no fue parte del contrato de arrendamiento y no puede tampoco considerársele dueña de una cuota en el inmueble, pues el art. 1750 del Código Civil le atribuye al marido el dominio de los bienes sociales, respecto de terceros. Por ello, parece prudente que previamente demande y obtenga la terminación de la sociedad conyugal, fundándose en la causal de separación de hecho –si fuere el caso- (art. 155, inc. 3º del Código Civil), o en la causal de administración fraudulenta del marido (art. 155, inc. 1º del Código Civil), cuyo sería el caso, en nuestra opinión, pues el marido, a sabiendas, ha procedido sin obtener la autorización de su mujer. Luego, disuelta la sociedad conyugal, será copropietaria del inmueble cuya restitución demanda, debiendo en tal hipótesis prosperar la acción.

Otra interpretación podría ser que excepcionalmente, el art. 1757 le otorga a la mujer acción para hacer valer la inoponibilidad del contrato de arrendamiento o de comodato, aunque no sea parte en el contrato ni copropietaria del bien. La acción de inoponibilidad, en este caso, también debiera ser la restitutoria. Pero subsiste la siguiente duda: ¿a quién debe restituirse el inmueble? Resulta evidente que el marido no exigirá tal restitución, pues él fue quien infringió el art. 1749. No quedaría otra posibilidad que entender que el inmueble debe ser restituido a la mujer.

En fin, si el marido constituye una caución personal o real sobre muebles para garantizar obligaciones de terceros sin obtener la autorización de la mujer, la sanción consiste en que sólo resultarán obligados sus bienes propios, no pudiendo hacerse efectiva la caución en los bienes sociales (art. 1749, inc. 5º). En otras palabras, la caución será inoponible a la sociedad conyugal. En este caso, no opera la confusión entre los bienes del marido y los de la sociedad conyugal, que consagra el art. 1750. En consecuencia, si el acreedor del marido embargare bienes de la sociedad conyugal, la mujer podrá interponer la pertinente tercería, con el objeto de que el embargo se deje sin efecto.

Cabe preguntarse qué ocurre si constituye una prenda, sobre un bien mueble de la sociedad, para garantizar la obligación de un tercero. Si el mueble prendado fuere de la sociedad conyugal, no podría en la práctica el acreedor hacer efectivo su derecho real sobre ella, debiendo limitarse a intentar el embargo de los bienes propios del marido, sobre los cuales, obviamente, carece de toda preferencia en el pago de su crédito. En los hechos, la prenda sería en tal caso completamente ineficaz.

6.- Efectos que se producen, cuando la mujer celebra un contrato que recae sobre un bien social con prescindencia del marido.

Cabe preguntarse qué consecuencias se producen, cuando la mujer, encontrándose vigente la administración ordinaria de la sociedad conyugal en manos del marido, celebra un contrato que recae sobre un bien de la sociedad conyugal, sin que haya mediado mandato de éste o autorización de la justicia, en los casos previstos en la ley. Así, por ejemplo, si la mujer vende un inmueble de la sociedad conyugal. La

hipótesis podría darse, especialmente cuando el inmueble se encontraba inscrito en el Conservador de Bienes Raíces a nombre de la mujer, pero formaba parte del haber de la sociedad conyugal (lo que ocurrirá, si la mujer lo compró durante la vigencia de la sociedad conyugal sin invocar existencia de patrimonio reservado, o si el marido lo compró "para su mujer": en ambos casos, aunque el inmueble se inscriba a nombre de la mujer, ingresa al haber de la sociedad conyugal y en realidad pertenece al marido, conforme al art. 1750, desde la óptica de los terceros).

Recordemos al efecto lo dispuesto en el art. 1752 del Código Civil: "La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145". Téngase presente, también, que la referencia al artículo 145 es errónea, y debe entenderse a los artículos 138 y 138 bis, a los que ya aludimos. A su vez, el artículo 1750 consigna, en su parte inicial: "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio..." Así las cosas, hay buenas razones para concluir que en el caso planteado, el contrato de compraventa celebrado entre la mujer y un tercero no será nulo, sino que inoponible al marido: estaremos ante una compraventa de cosa ajena, prevista en el artículo 1815 del Código Civil.

El mismo criterio, relativo a un contrato de hipoteca, plantea René Ramos Pazos, criticando de paso una sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de octubre de 2006, en la que se concluye que la hipoteca adolece de nulidad relativa. Expresa Ramos Pazos que "A nuestro juicio, la sentencia que venimos comentando es equivocada. En efecto, al tratarse de un inmueble social en que la mujer por sí sola no tiene derecho alguno durante la sociedad, según lo preceptúa el art. 1752 del Código Civil, quiere decir que al hipotecarlo está hipotecando una cosa ajena, y la doctrina entiende que en tal caso la hipoteca es válida pero inoponible al dueño".⁴² El profesor Hernán Corral Talciani adhiere también a esta tesis, en su blog jurídico, corraltalciani.wordpress.com (consultado en enero de 2015). Expresa al respecto el profesor Corral -comentando una sentencia de la Corte Suprema de fecha 9 de diciembre de 2014 (autos Rol N° 179-14), en la que se reitera que la sanción sería la de la nulidad relativa, dándose una lectura amplia al artículo 1757, que establece tal sanción- que dicha doctrina jurisprudencial no es la correcta⁴³: "No estamos

⁴² Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición actualizada, 2007, reimpresa en el año 2010, Tomo I, pp. 234 y 235.

⁴³ La sentencia de primera instancia se dictó con fecha 9 de septiembre de 2011 por el Juez del 6° Juzgado Civil de Santiago, en los autos Rol N° 13.039-2006. Se había demandado la nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado por la mujer y reivindicación en contra del tercero adquirente. En el caso, la mujer había adquirido un inmueble en el año 1993, en virtud del artículo 41 de la Ley N° 18.196. Los cónyuges se separaron de hecho en el año 1996, quedando el inmueble bajo la posesión de la mujer, quien, en el año 2006, lo vendió, sin que en dicho acto interviniera el marido. El artículo 41 citado se había dictado en su época, para que pudiera contratar la mujer, a pesar de que a la sazón -antes de la reforma del año 1989, Ley 18.802-, era relativamente incapaz; si bien en el año 1993 la mujer casada en sociedad conyugal ya era capaz, la discusión en torno a dicho artículo decía relación a si el inmueble por ella adquirido había ingresado a la sociedad conyugal o al haber propio de la mujer. Dice la norma en su inciso 2°: "La mujer casada beneficiaria del subsidio habitacional del Estado se presumirá separada de bienes para la celebración de los contratos de compraventa, mutuo e hipotecas relacionados exclusivamente con la adquisición de la vivienda para la cual se le haya otorgado dicho subsidio". Se ha entendido que el inmueble es social y no propio, pues como expresa la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 15 de noviembre de 2013, dictada en este mismo juicio, "El bien raíz vendido (por la mujer) era social en cuanto fue adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal y, según dispone el art. 1725 N° 5 del Código Civil, debe integrarse al haber social. La circunstancia de que el bien referido haya sido adquirido en conformidad al régimen dispuesto en el art. 41 de la Ley 18.196 en nada altera esa conclusión, desde que la presunción de separación de bienes que esa norma dispone lo es sólo para la adquisición de esa vivienda, no para su disposición posterior". En definitiva, el fallo de primera instancia acogió la demanda en cuanto a la nulidad absoluta, ordenando la cancelación de la inscripción hecha a nombre de quien había comprado a la mujer. La sentencia de segunda instancia revocó el fallo de primer grado, sosteniendo que la nulidad que correspondía demandar era la relativa y no la absoluta. La Corte Suprema, pronunciándose sobre un recurso de casación en el fondo interpuesto por el actor, lo desestimó y ratificó el criterio de la Corte de Apelaciones de Santiago.

convencidos de que esta tesis sea la correcta. Hay que considerar que si se aplicara el art. 1757 al caso en comento: actuación de la mujer por sí sola sobre bienes sociales, el marido no dispondría de legitimación, según esta norma, para demandar dicha nulidad. El inciso 2° del art. 1757 señala categóricamente que quienes disponen de esta acción de nulidad son la mujer, sus herederos o cesionarios. No menciona al marido. Pero tampoco coincidimos con el planteamiento del demandante de que se trate de la nulidad absoluta. El art. 1752 del Código Civil no contiene una prohibición absoluta de intervención de la mujer en la disposición de bienes de la sociedad conyugal, ya que admite excepciones. Lo que a nuestro juicio debiera aplicarse es la consecuencia de lo que se dispone en el art. 1750: 'El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio...' Si la mujer vende un bien social, lo que está haciendo es vendiendo una cosa que le es ajena. Se aplicará, por tanto, el art. 1815 del Código Civil, en cuanto a que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño. Es decir, la sanción no es la nulidad, sino la inoponibilidad al marido de la enajenación al tercero. El marido (dueño de los bienes sociales) podría reivindicar la cosa mientras el tercero no la haya adquirido por prescripción".

En la tesis que plantea la inoponibilidad y no la nulidad como sanción para el caso descrito, se enmarca una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 2 de septiembre de 1936, en la que se expresa: "es venta de cosa ajena la que hace la mujer de un bien que ella adquirió a título oneroso durante la sociedad conyugal, porque dicho bien entró al haber de ésta y respecto de terceros se considera como del marido y la mujer no tiene derecho alguno mientras subsiste la sociedad conyugal. En dicho caso el marido ejercita contra los terceros la acción reivindicatoria, sin necesidad de entablar la acción de nulidad del contrato, que no es nulo, porque la venta de cosa ajena es válida y sólo no afecta en dicho caso al marido".⁴⁴

Ciertamente, lo que se dice de la compraventa es también aplicable a cualquier otro contrato.

7.- Intervención de la mujer en el manejo de los bienes sociales.

No obstante la regla del art. 1752, que advierte que la mujer, por sí sola, "no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales" durante la vigencia de la sociedad conyugal, hay ciertos casos en que se le faculta para realizar algunos actos jurídicos que inciden en dichos bienes.

En efecto, aparte de la autorización que debe prestar la mujer en los actos precedentemente indicados, actúa ella por sí sola en los siguientes casos:

Según los fallos de segunda instancia y el de la Corte Suprema, procedía demandar la nulidad relativa de la compraventa, por las siguientes razones: a) La falta de comparecencia del marido a la venta de un bien adquirido por la mujer, y convenida sólo por ella, da lugar a la nulidad relativa del acto respectivo, acorde con el artículo 1757 e inciso final del artículo 1682 del Código Civil, en conexión con el inciso 3° de su artículo 1754, por cuanto, en tal caso, el vicio consiste en la omisión de una formalidad habilitante para la ejecución de un acto o contrato. En efecto, si se estimare que el predio objeto del negocio fue adquirido por aquélla para la sociedad conyugal, debe concluirse que, al enajenar más tarde a título oneroso ese mismo bien, se requería de la autorización del cónyuge, por ordenarlo así el artículo 1749 del Código Civil, so pena de incurrir en un vicio de nulidad relativa, salvo que la vendedora hubiese concurrido en calidad de mandataria de aquél, cuyo no es el caso de autos; b) Los artículos 1681 y 1682 del Código Civil preceptúan que la nulidad relativa ha de entenderse como la sanción que el compendio civil prevé para el caso de constatarse la omisión de requisitos legales entronizados en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) La nulidad relativa es la regla general en nuestro Derecho, porque la omisión de todo requisito exigido para la validez de un acto o contrato que no produzca nulidad absoluta, por no estar señalado así entre las causales que taxativamente mencionan los dos primeros incisos del artículo 1682, produce la nulidad relativa.

⁴⁴ *Repertorio de Derecho y Jurisprudencia del Código Civil*, Tomo VII, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 3ª edición, p. 262.

- a) Puede disponer de los bienes sociales, por causa de muerte (art. 1743). Si en la liquidación de la sociedad conyugal la especie legada se adjudica a los herederos del testador, el asignatario podrá reclamarla en especie; si se adjudica al otro cónyuge, el asignatario sólo podrá reclamar su valor. Este artículo constituye una excepción al art. 1107, que establece que el legado de cosa ajena no vale.
- b) La mujer sólo puede comprometer los bienes sociales cuando actúa con mandato general o especial del marido; si actúa a nombre propio, no obliga al marido respecto de terceros (art. 1751 con relación al art. 2151).
- c) La mujer obliga los bienes sociales, cuando actúa conjuntamente con su marido o se constituye en fiadora o en codeudora solidaria con el marido (art. 1751, inc. 3º).
- d) La mujer obliga a los bienes sociales, cuando compra al fiado, bienes muebles destinados al consumo ordinario de la familia, hasta concurrencia del beneficio que ella hubiere obtenido del acto. Queda comprendido dentro de este beneficio, el de la familia común, en la parte en que de derecho haya ella debido proveer a las necesidades de ésta (art. 137).
- e) Compromete finalmente la mujer los bienes sociales, conforme lo autoriza el art. 1752, cuando por impedimento del marido, que no sea de larga e indefinida duración, asume la administración ordinaria de los bienes sociales, los propios del marido y de los suyos que administre el marido, a fin de evitar los perjuicios que se sigan de la demora, actuando autorizada por el juez con conocimiento de causa (art. 138, inc. 2º, antiguo art. 145, al que erróneamente todavía alude el art. 1752). Será juez competente el civil.

8.- Correctivos y ventajas que corresponden a la mujer.

Frente a las facultades casi omnímodas que la ley confiere al marido, se otorgan a la mujer ciertas medidas de defensa, que constituyen una manifestación del principio de protección del cónyuge más débil. Son las siguientes:

- a) La mujer puede impedir los actos de mala administración o de administración fraudulenta, solicitando la separación judicial de bienes. Además, la Ley N° 19.335, modificó el art. 155, permitiendo a la mujer pedir la separación de bienes, ante el riesgo inminente del mal estado de los negocios del marido, a consecuencia de especulaciones aventuradas o de una administración errónea o descuidada. En este caso, el marido podrá sin embargo oponerse a la separación, caucionando suficientemente los intereses de la mujer. Se trata de un *correctivo*.
- b) Disuelta la sociedad conyugal, la mujer goza del llamado "beneficio de emolumento", en virtud del cual sólo responde de las deudas sociales hasta concurrencia de lo que recibe por gananciales (art. 1777). Se trata de una *ventaja*.
- c) La mujer puede renunciar a los gananciales y con ello, no responder de ninguna deuda social (arts. 1781 a 1785). Se trata de una *ventaja*.
- d) La mujer se paga antes que el marido de las recompensas que le adeude la sociedad, y este crédito aún puede hacerlo efectivo en los bienes propios del marido (art. 1773). Es una *ventaja*.
- e) La mujer goza de un crédito privilegiado de cuarta clase para perseguir la responsabilidad del marido, que le permite pagarse con preferencia a los acreedores valistas, con los bienes sociales y los de su marido (art. 2481 N° 3). Es una *ventaja*.
- f) La ley ha excluido de la administración del marido, ciertos bienes que por su naturaleza deberían ser sociales, sometiéndolos a un estatuto especial: ellos son los bienes que forman el patrimonio reservado de la mujer (art. 150) y los demás bienes respecto de los cuales la ley la considera parcialmente separada de bienes (artículos 166, 167, 252 y 1724, a los que haremos referencia al estudiar la separación de bienes). Es un *correctivo*.

g) Disuelta la sociedad conyugal, la mujer puede perseguir criminalmente a su marido por los actos dolosos de su administración, que constituyan delito, con la salvedad de lo dispuesto en el art. 489 del Código Penal⁴⁵; puede perseguir también civilmente la nulidad de los actos simulados o aparentes que el marido hubiera realizado para perjudicarla; y le corresponde ser indemnizada por los perjuicios que se le ocasionen por los delitos o cuasidelitos cometidos por el marido durante la administración. Es un *correctivo*.

II.- ADMINISTRACION ORDINARIA DE LOS BIENES PROPIOS DE LA MUJER Y DEL MARIDO.

1.- Facultades del marido en relación con sus bienes propios.

Conserva las mismas facultades que tenía sobre dichos bienes siendo soltero, con dos salvedades:

- a) Los frutos de esos bienes ingresan al haber social y quedan sujetos a las limitaciones de administración que se han señalado; y
- b) Algunos de sus bienes pueden quedar afectados como bienes familiares.

2.- Facultades de administración del marido en relación con los bienes propios de su mujer.

Conforme a lo dispuesto en el art. 1749, el marido también administra ordinariamente los bienes propios de su mujer. La mujer conserva el dominio, pero no tiene facultades de administración.

Históricamente, y atendiendo a las normas originarias del Código Civil, esta administración se explicaba señalando que siendo la mujer (en aquella época) relativamente incapaz, por ella debía actuar *su representante legal*. Tal calidad la tenía el marido, por regla general. Sin embargo, en virtud de la Ley N° 18.802, del año 1989, la mujer casada en sociedad conyugal dejó de ser incapaz. Se mantuvo, no obstante, la administración de sus bienes propios en manos del marido, lo que resulta un evidente contrasentido. Hernán Corral, refiriéndose a esta anómala situación actual, considera que estamos ante un caso de *representación legal especial*.⁴⁶

Las características de esta administración, podemos sintetizarlas en la siguiente forma:

- a) *El marido administra estos bienes con menos facultades que los bienes sociales, pero siempre con mayores que las de un administrador común.* Desde luego, no está obligado a rendir cuenta y sólo responde de los perjuicios que cause en los bienes de la mujer con dolo o culpa grave. En otras palabras, está exonerado de la responsabilidad de culpa leve, que compete a todo administrador.
- b) *Aun cuando la ley confiere al marido la facultad de administrar los bienes de su mujer, esta facultad no es de orden público y puede modificarse antes y durante el*

⁴⁵ Art. 489 del Código Penal: "Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

- 1.º Los parientes consanguíneos en toda la línea recta.
- 2.º Los parientes consanguíneos hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral.
- 3.º Los parientes afines en toda la línea recta.
- 4.º Derogado.
- 5.º Los cónyuges.
- 6.º Los convivientes civiles.

La excepción de este artículo no es aplicable a extraños que participaren del delito, ni tampoco entre cónyuges cuando se trate de los delitos de daños indicados en el párrafo anterior.

Además, esta exención no será aplicable cuando la víctima sea una persona mayor de sesenta años".

⁴⁶ Corral Talciani, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, ob. cit., p. 649.

matrimonio. En las capitulaciones matrimoniales pueden ampliarse o restringirse las facultades de administración del marido; puede asimismo facultarse a la mujer para administrar sus bienes propios en todo o en parte o para disponer libremente de una determinada pensión periódica (art. 167).

c) *Durante el matrimonio, los terceros pueden alterar este régimen de administración, haciendo donaciones a la mujer o dejándole una herencia o legado con la condición expresa de que no administre el marido* (art. 166).

d) *El marido también puede facultar o "autorizar" a su mujer, para que administre sus bienes propios, en todo o en parte*. Lo anterior se concretará confiriéndole un mandato el marido a la mujer.

e) *En caso de negativa injustificada del marido a realizar un acto que tenga por objeto alguno de los bienes de la mujer que administra, ésta podrá recurrir a la justicia, para que se la autorice a actuar por sí misma*. Lo anterior se estableció por la Ley N° 19.335, específicamente en el art. 138 bis agregado al Código Civil, remediándose la situación provocada por la Ley N° 18.802, que privó a la mujer de este derecho de recurrir a la justicia. La materia será conocida y resuelta por el juez civil (Ley N° 20.286).

Distingamos al efecto, entre aquellos casos en que la mujer obtiene la autorización judicial pertinente, y aquellos en que no lo hace. En el primer caso, el contrato que celebre será válido. En el segundo, será nulo (veremos que está dividida la doctrina acerca de la clase de nulidad de que se trata).

e.1) *La mujer actúa con autorización de la justicia*.

Precisemos que la mujer sólo puede recurrir al juez cuando se trate de actos que conciernen exclusivamente a sus bienes y no a los sociales (si se hubiere facultado a la mujer para recurrir a la justicia tratándose de bienes sociales, habría implicado que en la práctica la mujer sería coadministradora de la sociedad conyugal).

Vemos en esta facultad de la mujer, una excepción al art. 1754, inc. 4º, que prohíbe a la mujer realizar actos jurídicos sobre sus bienes propios, que administre su marido.

El art. 138 bis dispone también que podrá la mujer recurrir a la justicia en caso de negativa del marido para nombrar partidor, provocar la partición o concurrir a ella cuando la mujer tenga parte en la herencia. Llama la atención -al decir de Hernán Corral-, el que se permita a la mujer pedir autorización para "concurrir" a una partición -se entiende- ya provocada. Seguramente, la ley se está poniendo en el caso de una partición que ha sido provocada por otro coasignatario, y en la que el marido se niega a participar como administrador de los bienes propios de la mujer.

Agrega Corral que resulta criticable que el nuevo art. 138 bis se refiera sólo a la partición de bienes "hereditarios", sin que haya resuelto la situación de otras comunidades en las que participe la mujer. Por analogía, debiera propiciarse la misma solución, máxime si el art. 2313 somete la división de toda comunidad a las reglas de la partición de la herencia. Para nosotros, se trata de un caso en el que debe hacerse una interpretación extensiva de la ley, de manera de aplicar el precepto a toda clase de comunidades.

La mujer, al actuar autorizada por la justicia, pero contra la voluntad del marido, obligará sólo sus bienes propios, incluyendo los activos de sus patrimonios reservados o especiales de los arts. 150, 166, 167, 252 y 1724. Los bienes sociales y los bienes propios del marido sólo resultan obligados hasta concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieran obtenido del acto (art. 138 bis, inc. 2º), lo que tendrá que acreditar el acreedor.

Se trata por tanto de una deuda personal, que no corresponde pagar a la sociedad -a diferencia de lo que ocurre por regla general con las deudas personales de los cónyuges, que sí debe pagar la sociedad, conforme al art. 1740 N° 3-, ni respecto de terceros (obligación a las deudas) ni entre los cónyuges (contribución a las deudas). La

reforma de la Ley N° 19.335 omitió modificar en tal sentido el N° 2 del art. 1740 (también olvidado por la Ley N° 18.802), norma que sigue disponiendo que “la sociedad es obligada al pago: 2° De las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por (...) la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio...”. El numeral debiera decir: “la sociedad es obligada al pago: 2° De las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por (...) la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio, salvo en el caso del artículo 138 bis...”. A pesar del texto, opina Corral que debe prevalecer, por ser norma especial, el art. 138 bis, de manera que las deudas contraídas por la mujer con autorización judicial por negativa del marido, no serán sociales sino hasta concurrencia del beneficio que reporte la sociedad o el marido.

e.2) *La mujer actúa sin haber obtenido autorización previa de la justicia.*

A su vez, frente al tenor del art. 1754, inciso final (redactado por la Ley N° 18.802), *se ha discutido cual es la sanción de los actos realizados por la mujer sobre sus bienes propios sin autorización de la justicia.* Dispone dicho artículo: “No se podrán enajenar ni gravar los bienes raíces de la mujer, sino con su voluntad. / La voluntad de la mujer deberá ser específica y otorgada por escritura pública, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto. Podrá prestarse, en todo caso, por medio de mandato especial que conste de escritura pública. / Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad. / La mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis.” Respecto de la sanción, dos posiciones se han planteado en nuestra doctrina:

e.2.1) *Doctrina que plantea que la sanción es la nulidad relativa.* Es cierto, plantean quienes defienden esta doctrina, que algunos han sostenido que la sanción, para el caso de enajenar un inmueble de la mujer, sería la *nulidad absoluta* y no la *nulidad relativa*. Pero no es menos cierto que el fundamento de quienes sostienen esta doctrina, se apoya en afirmar que la norma del artículo 1754 sería, supuestamente, prohibitiva.

Sobre el particular, nos parece pertinente citar al profesor Pablo Rodríguez Grez, quien plantea al efecto: “Para determinar qué tipo de nulidad corresponde aplicar en caso de que la mujer enajene (...) sus bienes propios que administra el marido, debe precisarse, previamente, si el inciso final del artículo 1754, en el día de hoy, es una norma **prohibitiva** o **imperativa**. A juicio nuestro, antes de la reforma de la Ley número 19.335 dicha disposición era indudablemente una norma prohibitiva. Es cierto que la misma hacía posible que la mujer ejecutara actos jurídicos sobre los bienes de su propiedad que administra el marido, pero esto sucedía en los casos señalados en el artículo 145 (hoy 138), vale decir, cuando la mujer tomaba la **administración ordinaria** de la sociedad conyugal (por impedimento del marido que no fuere de larga o indefinida duración), o cuando tomaba la **administración extraordinaria** (impedimento del marido de larga e indefinida duración). Por consiguiente, en ambos casos el estatuto jurídico establecido para la sociedad conyugal cambiaba sustancialmente, puesto que era la mujer quien asumía la dirección de la sociedad conyugal. Por lo mismo, las hipótesis del artículo 145 no constituían un requisito para la ejecución del acto, sino una alteración de la situación regulada en la ley. La norma, entonces, era prohibitiva, ya que la mujer no podía ejecutar ninguno de los actos referidos en el inciso final del artículo 1754, bajo ningún supuesto (alude al período transcurrido entre 1989, al entrar en vigencia la Ley N° 18.802 y 1994, al modificarse el artículo por la Ley número 19.335)⁴⁷. La situación, en el día de hoy, ha variado,

⁴⁷ La Ley N° 18.802, de 9 de junio del año 1989, otorgó –al menos en teoría–, plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal. Conforme a lo anterior, derogó el art. 143 originario, que facultaba a la mujer para recurrir al juez en caso de que su marido negare sin justo motivo la autorización que la primera

fruto de la reforma introducida en el artículo 138 bis. En efecto, dicho artículo hace posible que la mujer, sin ejercer la administración ordinaria ni extraordinaria de la sociedad conyugal, ejecute actos o celebre contratos respecto de sus bienes propios, **por la negativa 'injustificada' del marido y previa autorización del juez**. De este modo, una norma prohibitiva ha devenido en imperativa y, por ende, la nulidad absoluta ha sido sustituida por la nulidad relativa.⁴⁸

Por su parte, Marco Antonio Sepúlveda Larroucau⁴⁹, sostiene (el subrayado es nuestro): "En todo caso, en el evento de aceptarse la tesis de la nulidad absoluta, estimamos que no puede ser llevada a extremos absurdos, ya que en algún momento se ha pretendido, por ejemplo, que si en una escritura de compraventa comparece como vendedora la mujer e interviene el marido dando su autorización, tal acto adolecería de nulidad absoluta porque se estaría invirtiendo el estatuto jurídico establecido en el artículo 1754 del Código Civil. **Pensamos que dicho acto es totalmente válido**, ya que en ese caso el marido da su autorización, no ya en su calidad de representante legal de la mujer, sino en su calidad de administrador de los bienes propios de ésta. De hecho, el marido, sin necesidad de intervenir directamente en la celebración del acto, conforme a las reglas generales, perfectamente, podría conferir un mandato a la mujer para que lo ejecute; en consecuencia, **con mayor razón, debe concluirse que el acto es válido si él interviene expresa y directamente dando su autorización o, mejor dicho, facultándola para celebrar el acto**. Estimamos que en este caso estamos en presencia de la hipótesis contemplada en el inciso 1° del artículo 1749 del Código Civil en relación con los incisos 1° y 2° del artículo 1754 del mismo Código, y no en la del inciso final de esta última norma. A mayor abundamiento, podemos agregar que la Corte Suprema, con fecha 11 de abril de 1994, ante la negativa del Conservador de Bienes Raíces de Quilpué a practicar la respectiva inscripción de dominio (la negativa se basó en que en la escritura de compraventa de un inmueble comparecieron como vendedoras las cónyuges, dando su autorización los respectivos maridos), acogió el recurso de queja presentado por la peticionaria de la inscripción, considerando que del tenor de los documentos presentados, se desprende que ha quedado claramente manifestada la voluntad del marido y de la mujer para la realización del acto celebrado; y que basta la presencia material y simultánea de ambos para la celebración del acto jurídico."

La opinión del profesor Sepúlveda es doblemente valiosa, pues más allá de sus argumentos, que compartimos, alude al criterio más reciente que en esta materia, sustenta nuestro más alto tribunal de justicia. Adicionalmente, aún en la hipótesis de aceptar que la sanción es la nulidad absoluta, llegaríamos a la conclusión que no habría personas con legitimación activa. En efecto, no podría demandar la nulidad absoluta la mujer que hubiere celebrado el contrato, pues a ella se le aplicaría la restricción establecida en el art. 1683, al advertirse ahí que no puede alegarse la nulidad absoluta por aquél que ha ejecutado o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. El marido tampoco podría accionar, pues si compareció al contrato ratificando lo actuado por su mujer, hizo suyo dicho contrato, y en consecuencia, le afectaría igual impedimento para demandar la nulidad. En cuanto a los herederos o cesionarios del marido o de la mujer, los tribunales han señalado, mayoritariamente,

requería para celebrar un contrato (conforme al antiguo art. 137). El problema fue que a pesar de conferírsele plena capacidad, continuó la mujer (y continúa hasta el presente) privada de la administración de sus bienes propios. Esta siguió (y sigue) radicada en el marido, pero ahora con el agravante que no tenía la mujer la facultad que le otorgaba el antiguo art. 143, derogado, como se dijo, por la Ley N° 18.802. Este error del legislador se subsanó cinco años después, por la Ley N° 19.335, de septiembre de 1994, que introdujo el art. 138 bis, precepto que restableció el derecho de la mujer para recurrir a la justicia, en caso de negativa injustificada del marido.

⁴⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 138-140.

⁴⁹ Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, *Derecho de Familia y su evolución en el Código Civil*, Santiago de Chile, Metropolitana Ediciones, 2000, p. 90.

que no pueden alegar la nulidad en la hipótesis planteada, por dos razones fundamentales: i) El causante o cedente no tenía tal derecho, y por lo tanto, mal pudo transmitirlo o transferirlo; ii) Se tiene presente también que cuando un incapaz incurre en dolo, ni éste ni sus herederos o cesionarios pueden alegar la nulidad (art. 1685 del Código Civil). Por ende, con mayor razón no podrían alegarla los herederos o cesionarios de una persona capaz.

La jurisprudencia mayoritaria se sintetiza en los siguientes términos: "Están inhabilitados para alegar la nulidad absoluta los herederos del que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Los herederos no podrían invocar por una parte el carácter de herederos para demostrar el interés que tienen para pedir la declaración de la nulidad absoluta del acto, y desentenderse de ese carácter para evitar que le alcance la prohibición que gravita sobre sus antecesores para alegar la nulidad. Los herederos representan y continúan la persona del difunto sin solución de continuidad alguna; le suceden en todos sus derechos y obligaciones contractuales y transmisibles con las mismas calidades y vicios; salvo ciertas situaciones personalísimas del de cuius, son la misma persona que él, no pueden ni más ni menos que éste en lo que actúan en su representación y sin derecho propio: el muerto vive en el heredero. No procede conferir al heredero un derecho que no sólo no radicaba en su causante, sino que le empechaba a él una expresa prohibición (...) Si se facultara a los herederos para alegar la nulidad por no haber tenido injerencia en el dolo que la origina, con la misma lógica habría que concederles la facultad para excepcionarse sosteniendo que la nulidad que se solicita en su contra es consecuencia de un dolo que no han cometido y no les debe perjudicar. Si aún tratándose de incapaces que han inducido con dolo al acto o contrato, no se les permite a ellos ni a sus herederos o cesionarios alegar la nulidad, con mayor razón debe sostenerse que tal prohibición abarca también a los herederos y cesionarios de los capaces"⁵⁰

Finalmente, el propio tenor del inciso tercero del art. 1757 del Código Civil, deja en claro, a nuestro juicio, que la acción es de nulidad relativa y por ende, sólo podrán hacerla valer la mujer (entendiéndose también que además de la posibilidad de accionar la mujer, podrá actuar por ella el marido, como administrador de sus bienes, cuando ella misma hubiere celebrado el contrato que adolece del vicio de nulidad relativa y precisamente por la causal de haber actuado personalmente la mujer y no el marido), sus herederos o cesionarios. Se trata de una norma similar a la del art. 1684 del Código Civil, que establece los titulares de la acción de nulidad relativa. Atendidos los argumentos expuestos, estimo que aquellos contratos celebrados directamente por la mujer casada en sociedad conyugal y que inciden en sus bienes propios, adolecen de nulidad relativa, saneable por la ratificación que de aquél contrato, pueda hacer el marido, entendiéndose que si éste compareció "presente al acto" o de cualquier otra forma, se ha purgado el vicio.

e.2.2) *Doctrina que plantea que la sanción es la nulidad absoluta*: postula en cambio la tesis contraria, esto es, que la sanción ha de ser la nulidad absoluta, el profesor René Ramos Pazos. Recoge los siguientes argumentos de Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, favorables a la tesis de la nulidad absoluta:

i.- No cabe aplicar la regla del art. 1757, porque dicha norma sanciona con nulidad relativa la falta de cumplimiento de *requisitos* del art. 1754, mientras que el inciso final del art. 1754 no establece requisito alguno, sino *una enfática orden*: la mujer, en principio, no puede celebrar contratos que incidan en sus bienes que administra el marido;

⁵⁰ *Repertorio de Derecho y Jurisprudencia del Código Civil*, Tomo VI, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, tercera edición, p. 240.

ii.- El art. 1754 contiene requisitos para aquellos casos en que es *el marido quien celebra el negocio* y ese requisito consiste en contar con la voluntad de la mujer. Luego, la nulidad relativa se produce cuando es el marido quien celebre el negocio sin el consentimiento de la mujer. *Pero en el caso que nos preocupa, el acto lo celebra la mujer.*

iii.- Finalmente, la nulidad relativa del art. 1757 está establecida en interés de la mujer y no de su marido. Ahora bien, si ahora la nulidad relativa del art. 1757 se concede a la mujer, no es posible aplicarla para el caso en que sea ella quien enajene sus bienes sin intervención del marido, porque se daría el absurdo de que quien concurre en el vicio sería la titular de la acción.⁵¹

Se enmarcan también en esta doctrina de la nulidad absoluta Fernando Rozas Vial y Hernán Troncoso Larronde. Rozas Vial concluye que la sanción es la nulidad absoluta "ya que el inciso final del artículo 1754 es una disposición prohibitiva. Si la enajenación la hace la mujer a través de una compraventa, ésta es nula por disponerlo así el artículo 1810, que prohíbe la compraventa de cosas cuya enajenación esté prohibida por la ley; y ese es el caso del inciso final del artículo 1754".⁵² Hernán Troncoso Larronde, por su parte, se inclina también por la nulidad absoluta, por razones similares a las expuestas por Domínguez padre e hijo:

i.- No cabe aplicar en este caso la sanción de nulidad relativa contemplada en el art. 1757, pues dicha sanción opera para el caso de haber omitido alguno de los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754 y 1755, y en el caso que analizamos, la sanción se aplica no por haber omitido un requisito, sino por haber vulnerado lo dispuesto en el inciso final del art. 1754; y,

ii.- La infracción a que se refiere el art. 1757 se aplica en el caso de que el marido enajene sin autorización de la mujer, no en el caso contrario.⁵³ Ramos Pazos, a su vez, declara que "En la primera edición de este libro nos pronunciamos por la tesis de la nulidad relativa. Hoy creemos mejor fundada la idea de que la sanción es la nulidad absoluta, a pesar de que el inciso final del art. 1754 fue modificado por la Ley N° 19.335, haciendo menos estricta la prohibición."⁵⁴

e.2.3) *Posición de la jurisprudencia:* tampoco es pacífica, existiendo fallos en uno u otro sentido. En efecto, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 28 de septiembre de 1994, causa Rol 14-94, se pronuncia por la nulidad absoluta⁵⁵: "la compraventa de derechos hereditarios que recaen en un inmueble perteneciente a la mujer casada en sociedad conyugal y hecha por ésta sin la intervención del marido, adolece de nulidad absoluta. El inciso final del artículo 1754 del Código Civil prohíbe a la mujer gravar, enajenar o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido y, por lo mismo, tratándose de una ley prohibitiva, su infracción produce la nulidad absoluta del negocio que la contraviene, por mandato de los artículos 10, 1466 y 1682 del Código Civil. Esta sanción aparece más conforme con los principios generales de la clasificación de las leyes, pues el artículo 1754 inciso final no permite a la mujer enajenar por sí sola sus bienes inmuebles bajo ningún pretexto".⁵⁶

Sin embargo, en una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 20 de marzo de 2006, autos Rol número 496-04, el máximo Tribunal concluye que la sanción es la nulidad relativa. La causa se inició ante el 3° Juzgado Civil de Antofagasta, por

⁵¹ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición actualizada, 2010, pp. 238 a 241.

⁵² Rozas Vial, Fernando, *Análisis de las reformas que introdujo la Ley N° 18.802*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 58, citado a su vez por Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 238.

⁵³ Citado por Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 238.

⁵⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 240.

⁵⁵ Cabe advertir, sin embargo, que ésta sentencia se dictó teniendo en consideración el tenor del art. 1754 antes de la reforma que le introdujo la Ley N° 19.335.

⁵⁶ Citada por Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 239.

demanda de nulidad absoluta que el marido dedujo en contra de su mujer y de quien le compró a ésta un inmueble de su propiedad. La acción de fundó en haber vendido la cónyuge un inmueble de su propiedad, sin intervención de su marido, administrador de los bienes propios de la vendedora. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda. Apelada la sentencia, la Corte de Antofagasta la revocó y en su lugar acogió la demanda, declarando la nulidad absoluta del contrato de compraventa. En contra de esta sentencia, la demandada dedujo casación en el fondo. La Corte Suprema expresa en algunos considerandos de su fallo: "CUARTO: Que la sentencia de segundo grado discurre a partir del supuesto de que pesa sobre la mujer casada la prohibición de enajenar bienes de su propiedad si la administración de la sociedad conyugal corresponde al marido (...); concluye de esa manera, en atención a que el inciso final del artículo 1754 establece que la mujer no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre, de lo que se sigue que la venta realizada sin concurrencia del marido sería nula absolutamente por contravención del artículo 1810 del Código Civil. QUINTO: Que la sentencia llega a esa conclusión sin tomar en consideración lo dispuesto por el artículo 1757 del Código Civil, en cuya virtud los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754 y 1755 del Código Civil adolecerán de nulidad relativa, ni por el artículo 1682 inciso final, que dispone que cualquier vicio del acto o contrato que no esté sancionado con nulidad absoluta, de lugar a nulidad relativa. SEXTO: Que los sentenciadores tampoco discurren acerca de la naturaleza jurídica de la norma del artículo 1754, a la que atribuyen el carácter de prohibitiva, en circunstancias de que es desde antiguo reconocido que los bienes de la mujer pueden ser enajenados por ésta con autorización del marido (Manuel Somarriva, Derecho de Familia, Santiago, Nascimento, 1946, página 254). En consecuencia, hay razones para entender la norma del artículo 1754 como imperativa, de lo cual se sigue que no resulta aplicable el art. 1810 del Código Civil que declara nula la compraventa de las cosas cuya enajenación está prohibida por la ley. SÉPTIMO: Que, finalmente, la norma del artículo 1810 se refiere inequívocamente a la cosa vendida, que debe ser comerciable, y no a la condición de las partes que convienen el contrato, de modo que no puede tenerse por aplicable a este caso, cuestión que tampoco es analizada en el fallo recurrido. OCTAVO: Que de las consideraciones anteriores se desprende que la sentencia impugnada ha incurrido en la causal de casación formal a que se refiere el art. 768 N° 5 en relación con el art. 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, porque su fundamentación es incompleta al omitir la relación de los fundamentos en cuya virtud no tiene por aplicables al caso los artículos 1682 inciso tercero y 1757 del Código Civil, que sancionan con nulidad relativa los actos ejecutados sin cumplir con las formalidades habilitantes que la ley establece en protección de los incapaces".⁵⁷

f) *El marido administra los bienes propios de la mujer, pero en opinión de Rossel no es usufructuario de los mismos.* Señala que no obstante que los arts. 810 y 2466 nombran al marido como usufructuario de tales bienes, no se ha reglamentado la institución en parte alguna, de manera que a este autor parece lógico concluir que el legislador pensó establecerla, pero no lo hizo.

Si el marido percibe los frutos de estos bienes propios, lo hace como administrador de la sociedad conyugal, no por ser dueño de dichos bienes.

Agrega que el usufructo supone la existencia de dos derechos reales que giran en órbitas distintas: el del usufructuario y el del nudo propietario. En este caso, si sale el bien del dominio de la mujer, el marido deja de percibir sus frutos; luego, no tiene un derecho real independiente del dominio de la mujer.

⁵⁷ Sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Enrique Tapia W., Eleodoro Ortíz S. y Jorge Rodríguez A. y Abogados Integrantes Sres. Oscar Carrasco A. y Enrique Barros B. Redacción del último.

Este derecho especial del marido tampoco es embargable por sus acreedores, como acontecería si fuere un usufructo verdadero. Finalmente, el marido no está obligado a rendir caución ni hacer inventario, como deben hacerlo los usufructuarios.

3.- Actos de administración que el marido ejecuta por sí solo.

Para ejecutar o celebrar los siguientes actos o contratos, el marido no necesita la autorización de su mujer:

a) *Actos de mera administración*. Quedan comprendidos en éstos los actos de mera conservación de los bienes, como las reparaciones necesarias, cobro de rentas, contratación de seguros, la interrupción de prescripciones, el pago de impuestos y contribuciones, pago de gastos comunes, etc.

b) *Percepción de capitales* (art. 1579). El marido está facultado para recibir los pagos que a la mujer puedan hacerse, aún cuando fueren créditos que ésta tenía antes de su matrimonio.

c) *Adquisición de bienes raíces*. Puede el marido adquirir por sí solo bienes inmuebles para su mujer, que sean objeto de subrogación. De no haber subrogación, la adquisición será para la sociedad conyugal.

d) *Adquisición de bienes muebles*. Puede el marido adquirir bienes muebles para su mujer, por el precio y en las condiciones que estime convenientes (para ello, será necesario haber destinado una suma en las capitulaciones matrimoniales).

e) *Arrendamiento o cesión de la tenencia de bienes raíces*. Puede el marido arrendar o ceder la tenencia de los bienes raíces, los urbanos por menos de 5 años y los rústicos por menos de 8 años, incluidas las prórrogas pactadas. Si los plazos excedieren los señalados, el exceso será inoponible a la mujer.

Podrán arrendarse por mayor tiempo estos bienes, si el contrato es celebrado de consuno por marido y mujer, o si la mujer se encuentra imposibilitada y se suple su consentimiento por el de la justicia (art. 1757).

4.- Actos de administración que el marido no puede ejecutar por sí solo.

Hay ciertos actos o contratos que el marido no puede ejecutar o celebrar por sí solo, y que necesitan, para su validez, del consentimiento de la mujer o de la autorización de la justicia.

Son ellos los siguientes:

a) *Enajenación y gravamen de ciertos bienes muebles*.

Conforme a lo dispuesto en el art. 1755, el marido no puede enajenar los bienes muebles de la mujer, que esté o pueda estar obligado a *restituir en especie*, sin el consentimiento de la mujer o de la justicia cuando la primera se encuentra imposibilitada para prestarlo.

Aun cuando el art. 1755 no se refiere expresamente a los bienes muebles, se deduce lo anterior de relacionarlo con el art. 1754, que alude a los bienes inmuebles. Ello, al señalar el art. 1755: "Para enajenar o gravar otros bienes...".

El art. 1755 se refiere sólo a los bienes muebles que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, vale decir, aquellos que no han entrado a formar parte del haber social, pues los que ingresan pueden ser enajenados libremente por el marido.

Hoy, tales bienes muebles serían los siguientes:

i.- Los derechos de la mujer que, siendo socia de una sociedad civil o mercantil, se casó: art. 1749, inc. 2º.

ii.- Los muebles eximidos de la comunidad en las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio (art. 1725, N° 4, inc. 2º).

iii.- Los bienes muebles adquiridos en virtud de una subrogación real (si atendemos a la doctrina del profesor Rodríguez Grez).

Tales bienes muebles no pueden ser enajenados por el marido sin autorización de la mujer.

Dado que la ley no ha reglamentado la forma como ha de prestar dicha autorización la mujer, se concluye que puede hacerlo en cualquier forma.

La justicia puede suplir la autorización de la mujer, cuando ella está imposibilitada de prestarla por demencia, ausencia o enfermedad; pero si la mujer niega su autorización, la justicia no podrá suplirla. En efecto, nada dice el art. 1755 en cuanto al caso de que la mujer niegue su autorización, careciendo por ende el juez de texto legal que le permita otorgar una autorización subsidiaria.

Se requiere también la autorización de la mujer, para constituir gravámenes sobre estos bienes (constitución de prendas).

La sanción por la falta de autorización de la mujer o de la justicia cuando proceda, será la nulidad relativa del acto o contrato.

b) *Enajenación y gravamen de los bienes inmuebles.*

El marido no puede enajenar ni gravar los bienes inmuebles de la mujer, sino con su voluntad (art. 1754, inc. 1º).

El consentimiento de la mujer puede ser expreso o tácito y además específico (art. 1754, inc. 2º).

Dentro de la expresión "bienes raíces", deben comprenderse los bienes raíces corporales e incorporales, predios rústicos o urbanos, pertenencias mineras y acciones o derechos que comprendan o afecten bienes raíces.

Serán bienes inmuebles de la mujer:

i.- Los bienes raíces que tenía al momento de contraer matrimonio;

ii.- Los adquiridos durante el matrimonio a título gratuito;

iii.- Los que, habiéndose adquirido a título oneroso, han venido a subrogar algún bien raíz propio o valores de la mujer destinados a la subrogación en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio (art. 1733); y

iv.- Los adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero cuya causa o título fuere anterior al inicio de dicho régimen (art. 1736).

Para que el marido enajene o grave los bienes raíces de la mujer, requiere de su consentimiento (hasta la entrada en vigencia de la Ley Nº 18.802, requería además de la autorización de la justicia, exigencia que se suprimió, considerando la plena capacidad de la mujer). Dicho consentimiento ha de ser específico, vale decir, referido al acto o contrato que se ejecute o celebre. Se requiere entonces contar con la voluntad de la mujer, manifestada autorizando la enajenación o el gravamen. La voluntad de la mujer puede manifestarse en dos formas:

i.- O bien *expresamente*, caso en el cual la manifestación de voluntad debe constar por escritura pública;

ii.- O bien *tácitamente*, interviniendo la mujer expresa y directamente, de cualquier modo, en el acto jurídico.

En el caso de ser expresa, la voluntad puede prestarse personalmente o por mandato especial otorgado por escritura pública.

La sanción que tiene la omisión de la autorización de la mujer, es la nulidad relativa del acto o contrato, que puede hacer valer en el plazo de 4 años, contados desde la disolución de la sociedad conyugal, o desde que cese la incapacidad que la afecta o de sus herederos. Transcurridos 10 años, no podrá pedirse la declaración de nulidad (art. 1757).

La nulidad podrá hacerse valer por la mujer, sus herederos o cesionarios, y la acción prescribirá de acuerdo a lo dispuesto en los incisos 3º y 4º del art. 1757.

Si la mujer no puede manifestar su voluntad, por encontrarse imposibilitada para hacerlo, el juez podrá suplirla (art. 1754, inc. 3º).

c) *Arrendamiento o cesión de la tenencia de inmuebles de la mujer.*

Si el marido da en arrendamiento o cede la tenencia de bienes raíces de la mujer, por un plazo que excede los indicados en el art. 1756 y sin la autorización de ella, el arrendamiento o la cesión no le será oponible a la mujer, en el exceso del plazo.

La nulidad (en los casos de las letras a) y b) que preceden) e inoponibilidad podrán hacerse valer por la mujer, sus herederos o cesionarios, y la acción prescribirá de acuerdo a lo dispuesto en los incisos 3º y 4º del art. 1757.

Si la mujer no puede manifestar su voluntad, por encontrarse imposibilitada para hacerlo, el juez podrá suplirla (art. 1754, inc. 3º).

La inoponibilidad podrá hacerse valer por la mujer, sus herederos o cesionarios, y la acción prescribirá de acuerdo a lo dispuesto en los incisos 3º y 4º del art. 1757.

Si la mujer no puede manifestar su voluntad, por encontrarse imposibilitada para hacerlo, el juez podrá suplirla (art. 1754, inc. 3º).

El marido, en cambio, puede arrendar o dar en comodato los bienes muebles de la mujer sin que sea necesario que ella preste su autorización.

d) *Enajenación y gravamen de los derechos hereditarios de la mujer.*

De conformidad a lo dispuesto en el inc. 3º del art. 1749 del Código Civil, el marido no podrá enajenar o gravar los derechos hereditarios de la mujer, sin su autorización. Nótese que ha de ser de todas formas el marido quien enajene o grave los derechos hereditarios, y no la mujer, sin perjuicio que ésta debe autorizar el acto. En este caso, no se trata de enajenar o gravar bienes muebles o inmuebles, aunque la herencia sobre la que recae el derecho de herencia los contenga, sino que el derecho de herencia en sí mismo, es decir, considerado como una universalidad jurídica que escapa a la clasificación de muebles e inmuebles, pero a la que en definitiva debe aplicársele el estatuto jurídico de los muebles, según se refirió al estudiar el art. 1749.

e) *Partición en que tenga interés la mujer.*

El marido no puede provocar la partición en que tenga interés la mujer, sin su consentimiento (art. 1322, inc. 2º). Si la mujer se hallare impedida de prestarlo, será suplida por el juez. Esta regla rige para todos los bienes, raíces o muebles, en que la mujer sea comunera. La mujer puede prestar su consentimiento en cualquier forma.

La falta de este consentimiento anula la partición.

No será necesaria esta autorización, cuando la partición ha sido provocada por otro copartícipe, ya que la exigencia legal sólo opera cuando la iniciativa de la partición parte en la mujer.

f) *Nombramiento del partidor.*

El marido no puede proceder a nombrar partidor de los bienes en que su mujer sea comunera, sean raíces o muebles, sin el consentimiento de ella, que podrá ser suplido por el juez en caso de impedimento (art. 1326, inc. 2º).

Si fuere el juez quien nombra al partidor, este requisito será innecesario.

g) *Subrogación en los bienes de la mujer.*

La subrogación que haga el marido en los bienes propios de su mujer debe ser autorizada por ésta (art. 1733).

En relación a los casos señalados en las letras d), e) y f), nos remitimos a lo expuesto, en el caso regulado por el art. 138 bis, que dispone también que podrá la

mujer recurrir a la justicia en caso de negativa del marido para nombrar partidador, provocar la partición o concurrir a ella cuando la mujer tenga parte en la herencia.

SECCION SEGUNDA: DE LA ADMINISTRACION EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Cuándo procede.

La administración extraordinaria tiene lugar cuando por incapacidad o ausencia del marido, se nombra curador de su persona o bienes. En tal caso, se suspende la administración ordinaria y el curador (sea la mujer o un tercero), entra a administrar extraordinariamente (arts. 138, inc. 1º y 1758).

La administración extraordinaria puede ser ejercitada por la mujer o por un tercero. Si la mujer no puede ser curadora de su marido, no podrá ser administradora extraordinaria, porque dicha administración es una consecuencia de la calidad de curador. Por ello, no es necesario dictar un decreto o sentencia para conferir la administración; basta el discernimiento de la curatela, para que ella se produzca por el solo ministerio de la ley (el discernimiento es el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo. Dicho decreto judicial debe reducirse a escritura pública, que firmará el juez que lo concede, arts. 373, inc. 2º del Código Civil, en relación al 854 del Código de Procedimiento Civil).

Por su parte, el art. 4 N° 4 de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, ordena subinscribir al margen de la inscripción matrimonial, la sentencia que declare la interdicción del marido y que origine por ende la administración extraordinaria de la sociedad conyugal: "En el libro de los matrimonios se inscribirán: (...) 4º. las sentencias ejecutoriadas en que se declare la nulidad del matrimonio o se decrete el divorcio perpetuo o temporal; la simple separación de bienes de los cónyuges; los instrumentos en que se estipulen capitulaciones matrimoniales y las sentencias ejecutoriadas que concedan a la mujer o a un curador, la administración extraordinaria de la sociedad conyugal y las que declaren la interdicción del marido. Estas subinscripciones podrán solicitarse también del Conservador del Registro Civil, quien ordenará que se haga la subinscripción en el libro de la comuna que corresponda".

I.- ADMINISTRACION EXTRAORDINARIA EJERCIDA POR LA MUJER.

1.- Casos en que tiene lugar.

La mujer administra la sociedad conyugal, cuando se le nombra curadora de su marido. Ello ocurre en los siguientes casos:

- a) Cuando el marido ha sido declarado en interdicción por demencia (arts. 462 N° 1, 503 y 463).
- b) Cuando el marido ha sido puesto en interdicción por sordera o sordomudez (el art. 470 hace aplicable a este caso, los arts. 462 y 463).
- c) Cuando hay prolongada ausencia del marido (arts. 138, inc. 1º y 1758).

El art. 473 señala por su parte los requisitos necesarios para que un ausente sea sometido a curatela:

- i.- Ignorancia de su paradero;
- ii.- La falta de comunicación con los suyos;
- iii.- El perjuicio grave causado por esta ausencia al mismo ausente o a terceros; y
- iv.- El hecho de que el ausente no haya dejado apoderados o que sólo los haya constituido para negocios especiales. En otras palabras, que no haya dejado mandatarios generales.

Por su parte, el art. 475 confiere esta curatela, en primer lugar, a la mujer, al remitirse al art. 462.

En caso de que la ausencia no dure lo suficiente como para justificar la curatela, el art. 138, inc. 2º, prescribe que la mujer podrá actuar respecto de los bienes del marido, los sociales y los suyos que administra el marido, con autorización del juez, con conocimiento de causa, cuando de la demora se siguiere perjuicio. En este caso, como lo señalamos oportunamente, no hay administración extraordinaria sino ordinaria.

2.- Facultades administrativas de la mujer sobre los bienes sociales.

Distintas serán las facultades de la mujer administradora de la sociedad conyugal, según se ejerciten sobre los bienes sociales, sobre los bienes propios del marido y sobre su patrimonio personal, que, dentro de la administración ordinaria, era manejado por éste.

Con respecto a los bienes sociales, dispone el art. 1759, inc. 1º, que la mujer administrará con iguales facultades que el marido⁵⁸. De ahí que la mujer, en la administración de los bienes sociales, está sujeta a limitaciones análogas a las del marido en la administración ordinaria, estableciéndose que requiere autorización judicial (juez civil), con conocimiento de causa, en los casos en que el marido debe actuar autorizado por la mujer.

Tales casos son:

- a) Enajenar o gravar voluntariamente los bienes raíces sociales;
- b) Prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales;
- c) Disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo en el caso de donaciones de poca monta, atendidas las fuerzas del patrimonio social (art. 1735).
- d) Avalar o afianzar, obligarse solidariamente o rendir cualquier especie de caución respecto a obligaciones contraídas por terceros; y
- e) Arrendar o ceder la tenencia de los inmuebles sociales, por más de 8 años si son rurales y de 5 años si son urbanos (art. 1761). En este caso, para que el juez autorice a la mujer para arrendar o ceder la tenencia por plazos superiores a los indicados, deberá rendirse previamente información de utilidad.

La sanción que acarrea la omisión de esta formalidad habilitante, es la misma que afecta a los actos del marido realizados sin la autorización de la mujer: la nulidad relativa, salvo en los casos señalados en las letras d) y e). Tratándose del caso de la letra d), la mujer sólo obliga sus bienes propios y los que administra conforme a los arts. 150, 166, 167, 252 y 1724; tratándose del caso de la letra e), el exceso en el plazo será inoponible al marido y a sus herederos.

La acción de nulidad, en los tres primeros casos, corresponde al marido, sus herederos y cesionarios y prescribe en 4 años, *contados desde que cesa el hecho que motivó la curaduría* (art. 1759, inc. 4º).

En ningún caso se podrá solicitar la nulidad, transcurridos 10 años desde la celebración del acto o contrato.

3.- Facultades administrativas de la mujer sobre sus bienes propios.

Siendo plenamente capaz, administra libremente sus bienes propios, sean muebles o inmuebles⁵⁹.

4.- Facultades administrativas de la mujer sobre los bienes propios del marido.

⁵⁸ Lo que no es del todo cierto, desde el momento en que la mujer administra no como *dueña*, sino que como *curadora*, es decir, administra bienes ajenos.

⁵⁹ Rodríguez Grez, Pablo, "Regímenes Matrimoniales", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 152 y 153.

Los administra, sujetándose a las reglas de la curaduría (art. 1759, inc. final).

Por lo tanto, la mujer deberá rendir cuenta de su administración, al expirar, porque ella es curadora de su marido y como tal administra (arts. 415 y 417).

Cabe consignar que, por ser la mujer curadora de su marido, responde de culpa leve en la administración, a diferencia de lo que ocurre con el marido, que sólo responde del dolo o culpa grave.

Además, la mujer no se hace dueña de los frutos que produzcan los bienes propios del marido.

En cuanto curadora, podría la mujer obtener el pago de una remuneración por su gestión.

Así las cosas, se observan las siguientes diferencias entre el marido y la mujer, en lo tocante a la administración de la sociedad conyugal:

i.- El marido administra como si fuere dueño de los bienes sociales (art. 1750), aunque con algunas restricciones (art. 1749). La mujer en cambio administra no como dueña, sino conforme a las reglas de los curadores, o sea, como si administrare bienes ajenos (art. 1759, inc. 1º).

ii.- El marido no está obligado a rendir cuenta de su administración, al culminar ésta. La mujer sí debe hacerlo.

iii.- El marido se hace dueño de los frutos que producen los bienes sociales y también de aquellos generados por los bienes propios de la mujer. La mujer no adquiere el dominio de dichos frutos, los que ingresan al haber de la sociedad.

iv.- El marido sólo responde en su administración del dolo o culpa lata (arts. 1748 y 1771). La mujer responde hasta de culpa leve (art. 1759, inc. final).

v.- El marido no tiene derecho a obtener una remuneración por su administración, aunque el Código le confiere un derecho legal de goce sobre los frutos que generen los bienes sociales y los bienes propios de la mujer. Ésta, en cuanto curadora del marido, carece de tal derecho legal de goce, pero podría obtener el pago de una remuneración por su gestión.

Hay actos que la mujer no puede realizar por sí sola, requiriendo autorización judicial:

a) *Enajenación de bienes raíces o de los bienes muebles preciosos o con valor de afección, o constitución de gravámenes sobre los mismos.*

Cabe consignar que, en estos casos, la mujer, además de obtener autorización judicial, debe proceder a vender estos bienes en pública subasta, conforme lo disponen los artículos 393 y 394 del Código Civil, en las reglas de los curadores⁶⁰. De no cumplirse lo anterior, el acto adolecerá de nulidad relativa. Como se aplican, según expresamos, las reglas de la curaduría, *la acción del marido o de sus herederos (que no sean la mujer), prescribirá en 4 años, contados desde que haya cesado la interdicción* (art. 425).

b) *Arrendamiento o cesión de la tenencia de bienes raíces*, por más de 5 y 8 años, según se trate de predios urbanos y rústicos (art. 1761).

c) *Aceptación o repudiación de herencias o legados* (arts. 397, 398, 1225, 1236 y 1411).

A su vez, para aceptar una donación, herencia o legado, deberá sujetarse a las reglas de los arts. 397 y 398, en relación a los arts. 1225, 1250 y 1411. La mujer, entonces, debe aceptar las herencias que se defieran al marido, con beneficio de inventario (art. 397). Reiteran los arts. 1225 y 1250 que sólo podrá aceptar la mujer y no el marido personalmente, ni siquiera con beneficio de inventario. En cuanto a la

⁶⁰ Ramos Pazos, René, "Derecho de Familia", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Tomo I, Tercera Edición, p. 233.

aceptación de donaciones y legados (asimilados para estos efectos por el art. 1411), debemos distinguir:

- i) Si la donación o legado no impone gravámenes, la mujer acepta libremente;
- ii) Si los impone, no podrán aceptarse sin antes tasar las cosas donadas o legadas (art. 398)

Para repudiar una herencia o legado deferidos al marido, la mujer debe obtener autorización judicial (artículos 1225 y 1236). Las mismas reglas se aplicarán para repudiar una donación (art. 1411, inc. 3º).

5.- Efectos de los actos realizados por la mujer en ejercicio de la administración extraordinaria.

Distinguiamos según si la mujer actuó dentro o fuera de las limitaciones precedentemente estudiadas:

- a) *Si actúa dentro de las normas*, se considera equiparada al marido en cuanto a las consecuencias y efectos de los actos que ejecute. De tal forma, dichos actos se mirarán como ejecutados por el marido y obligarán a la sociedad y al marido, a menos que se pruebe que tales actos o contratos cedieron en utilidad de la mujer (art. 1760).
- b) *Si la mujer contraviene los arts. analizados*, sus actos adolecerán de nulidad relativa y su patrimonio quedará obligado a las indemnizaciones y restituciones derivadas de la nulidad (art. 1759, inc. 4º); o serán inoponibles (art. 1759, inc. 6º) al marido o a sus herederos, según los casos (art. 1761).

II.- ADMINISTRACION EXTRAORDINARIA EJERCIDA POR UN TERCERO.

1.- Casos en que procede.

- a) Respecto del marido interdicto por disipación, pues en tal caso la mujer no puede ser su curadora (art. 450).
- b) Cuando la mujer a quien le corresponde la guarda se excusa o es incapaz de desempeñarla.

En estos dos casos, el curador del marido administrará también la sociedad conyugal, conforme a las reglas establecidas para la administración de los curadores.

2.- Derecho de la mujer a pedir separación de bienes.

Cuando la administración de la sociedad conyugal es asumida por un tercero, la mujer tiene derecho a pedir la separación de bienes (art. 1762).

Este derecho de la mujer puede ejercitarse tanto cuando ella no desea someterse a la autoridad del curador, como cuando no quiere tomar la administración de la sociedad conyugal.

Tratándose del marido disipador, establece el derecho a pedir la separación de bienes el art. 450; en el caso del marido demente, el art. 463; tratándose del sordo o sordomudo, el art. 470; y en el caso del marido ausente, el art. 477, en relación con los arts. 1758 y 1762.

3.- Casos en que la administración es ejercida por el liquidador, en el procedimiento concursal de liquidación.

Dispone el art. 130 de la Ley N° 20.720, "Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas", que la administración de que es privado el deudor, pasa de pleno derecho al liquidador. Sin embargo, esta administración presenta caracteres especiales, pues si bien los bienes sociales y los bienes propios del marido son

administrados libremente por el liquidador, no acontece lo mismo con los bienes propios de la mujer, conforme lo previsto en el artículo 132 de la misma Ley.⁶¹ El marido conserva esta administración, pero intervenida por el liquidador, quien cuidará que los frutos de ella incrementen la masa, dejando una parte de dichos frutos para la congrua subsistencia del marido y su familia.

En este caso, tiene la mujer el derecho de pedir la separación de bienes, conforme lo dispuesto en el art. 155, inc. 1º (insolvencia del marido). En este caso, el liquidador podrá actuar como coadyuvante, en el juicio de separación de bienes.

4.- Término de la administración extraordinaria.

Cesa cuando desaparece la causa que la produjo, es decir:

- i.- Cuando el marido llega a la mayor edad;
- ii.- Cuando el marido interdicto por demencia, prodigalidad, sordera o sordomudez, es rehabilitado;
- iii.- Cuando el marido ausente regresa o fallece;
- iv.- Cuando se concede la posesión provisoria de sus bienes, en el marco del procedimiento de muerte presunta;
- v.- Cuando reaparece e instituye una persona con poder suficiente para que se haga cargo de sus negocios.

Cesando la causa de la administración extraordinaria, el marido recobra sus facultades de administración, previo decreto judicial (art. 1763). Será innecesario este decreto, cuando el marido cumpla 18 años.

En todos los casos anteriores, cesa la administración extraordinaria, pero no la sociedad conyugal.

Cesa también la administración extraordinaria cuando se extingue la sociedad conyugal, por cualquiera de las causas previstas en la ley, que seguidamente veremos.

CAPITULO VI: DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

I.- DE LAS CAUSALES DE DISOLUCION.

Se disuelve la sociedad conyugal por dos tipos de causales: aquellas propias que no afectan el vínculo matrimonial y aquellas que producen la disolución del matrimonio. De los arts. 1764 del Código Civil y 37 y 38 de la Ley de Matrimonio Civil, deducimos que las causales de disolución de la sociedad conyugal (sea que obren directamente o indirectamente a consecuencia de la disolución del matrimonio), son las siguientes:

- a) Muerte natural de cualquiera de los cónyuges.⁶²
- b) Muerte presunta de uno de los cónyuges.
- c) La sentencia de separación judicial de los cónyuges.
- d) La sentencia que declara la separación de bienes.
- e) El pacto de separación de bienes.
- f) El pacto de participación en los gananciales.

⁶¹ Dispone el art. 132 de la Ley N° 20.720: "Administración de bienes en caso de usufructo legal. La administración que conserva el Deudor sobre los bienes personales de la mujer o hijos de los que tenga el usufructo legal, quedará sujeta a la intervención del Liquidador mientras subsista el derecho del marido, padre o madre sujeto al Procedimiento Concursal de Liquidación. / El Liquidador cuidará que los frutos líquidos que produzcan estos bienes ingresen a la masa, deducidas las cargas legales o convencionales que los graven. / El tribunal, con audiencia del Liquidador y del Deudor, determinará la cuota de los frutos que correspondan a este último para su subsistencia y la de su familia, habida consideración de sus necesidades y la cuantía de los bienes bajo intervención. / El Liquidador podrá comparecer como parte coadyuvante en los juicios de separación de bienes y de divorcio en que el Deudor sea demandado o demandante".

⁶² Incluimos aquí la muerte comprobada judicialmente, prevista en los artículos 95 a 97 del Código Civil.

- g) La declaración de nulidad del matrimonio.
- h) La sentencia que declara el divorcio de los cónyuges.

Revisaremos seguidamente cada una de estas causales.

1.- Muerte natural de uno de los cónyuges.

Dispone el art. 1764 N° 1, que la sociedad se disuelve “por la disolución del matrimonio”. En realidad, alude aquí el artículo a la muerte natural y al divorcio, pues las otras causales de disolución del matrimonio, están contempladas en otros numerales del artículo.

Muerto uno de los cónyuges, termina la sociedad conyugal, sin perjuicio de su liquidación, entre el cónyuge sobreviviente y los otros herederos del cónyuge fallecido. Un régimen de comunidad, entendida como cuasicontrato, sustituirá al de sociedad conyugal.

No vale el pacto por el cual se estipule que la sociedad conyugal se mantendrá, no obstante la muerte de uno de los cónyuges. Tampoco se entenderá subsistir ésta, por el hecho de mantener en indivisión los bienes que pertenecían a la sociedad: su disolución se produce de modo definitivo e irrevocable, a la muerte de uno de los cónyuges.

2.- Declaración de muerte presunta.

Dispone el N° 2 del art. 1764 que la sociedad conyugal se disuelve “por la presunción de muerte de uno de los cónyuges”. La sociedad conyugal se disuelve, no obstante que el matrimonio perdure. Si el matrimonio termina, con mayor razón se disolverá la sociedad conyugal.

Distinguimos en esta hipótesis los siguientes casos:

- a) Dictado el decreto que concede la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, se disuelve la sociedad conyugal (art. 84). En este caso, el matrimonio subsiste.
- b) En los casos en que no proceda dictar decreto de posesión provisoria sino definitiva de los bienes del desaparecido. En estos casos, la sociedad conyugal se disuelve a consecuencia de la disolución del matrimonio. Regula la materia la Ley de Matrimonio Civil.

De conformidad con el art. 42 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, se disuelve también el matrimonio a consecuencia de la declaración de muerte presunta.

No basta sin embargo con la sola declaración de muerte presunta para que opere la disolución del matrimonio; se requiere, además, conforme al artículo 43 de la Ley de Matrimonio Civil:

- i.- Que hayan transcurrido cinco años desde las últimas noticias y setenta años desde el nacimiento del desaparecido (en relación con el artículo 82 del Código Civil, que establece que, en este caso, se concederá directamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido);
- ii.- Que hayan transcurrido cinco años desde que una persona recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, y no se ha sabido más de ella (en relación al art. 81 N° 7 del Código Civil, caso en el cual también se concederá de inmediato la posesión definitiva de los bienes del desaparecido)⁶³;

⁶³ Este caso no se encontraba contemplado en el antiguo art. 38 de la Ley de 1884, de manera que había que aplicar la regla general que ella contemplaba, esto es, que el matrimonio terminaba sólo después de haber transcurrido quince años, desde la fecha del desaparecimiento en la acción de guerra o peligro semejante.

iii.- Que hayan transcurrido diez años desde la fecha de las últimas noticias, fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte, cualquiera que fuese la edad del desaparecido si viviere (ahora, la disposición concuerda con la del art. 82 del Código Civil, que dispone que también se concederá la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, una vez transcurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias)⁶⁴. En este caso, la sociedad conyugal se disuelve al dictarse el decreto de posesión provisoria (transcurridos al menos cinco años desde la fecha de las últimas noticias).

iv.- Que haya transcurrido un año, desde el día presuntivo de la muerte, en el caso de la pérdida de una nave o aeronave que no apareciere dentro de tres meses (art. 81 N° 8 del Código Civil)⁶⁵; en este caso, la sociedad conyugal expirará al decretarse la muerte presunta, lo que podrá ocurrir cuando transcurrido el mencionado plazo de tres meses, cualquier interesado solicite la aludida declaración y así lo establezca la respectiva resolución judicial.⁶⁶

v.- Que haya transcurrido un año, desde el día presuntivo de la muerte, en el caso de la muerte presunta decretada después de seis meses de haber ocurrido un sismo o catástrofe; en este caso, la sociedad conyugal expirará al decretarse la muerte presunta, lo que podrá ocurrir cuando transcurrido el mencionado plazo de seis meses, cualquier interesado solicite la aludida declaración y así lo establezca la respectiva resolución judicial (art. 81 N° 9 del Código Civil)⁶⁷.⁶⁸

En los tres primeros casos, la disolución del matrimonio coincide con la dictación del decreto de posesión definitiva. En el cuarto, se puede conceder la posesión definitiva a los tres meses de desaparecida la persona y se disuelve el matrimonio transcurrido que sea un año desde el desaparecimiento. En el quinto, se puede conceder la posesión definitiva a los seis meses de desaparecida la persona y se disuelve el matrimonio transcurrido que sea un año desde el desaparecimiento.

Del tenor de los artículos 42 y 43 de la Ley de Matrimonio Civil, se deduce que la disolución del matrimonio opera *ipso iure*, cuando, declarada la muerte presunta, transcurren los plazos de uno, cinco y diez años, sin que sea necesario que se dicte el decreto de posesión definitiva o que se dicte otra resolución judicial que declare la disolución del matrimonio. El Servicio de Registro Civil e Identificación, por ende, a solicitud del interesado, deberá practicar la pertinente subinscripción, dejando constancia que terminó el matrimonio, si al presentar la solicitud, se prueba que han transcurrido los plazos legales.

La declaración de muerte presunta, usualmente, da lugar a una comunidad hereditaria formada por los hijos y el cónyuge sobreviviente.

Disuelta la sociedad conyugal en los casos señalados a propósito de la muerte presunta, se procede a su liquidación, es decir, a la enajenación y reparto ordenado de los bienes. Rossel señala que el patrimonio que se liquida no es el que existe al momento de la disolución del matrimonio, sino el existente al declararse la muerte presunta (art. 85 del Código Civil).

Si decretada la posesión provisoria reaparece el desaparecido antes de dictar el decreto de posesión definitiva, deberá reanudarse la sociedad conyugal. En cambio, los

⁶⁴ El art. 38 de la Ley de 1884, establecía que el plazo de disolución del matrimonio por muerte presunta, era de quince años, por regla general. La Ley N° 19.947 (Diario Oficial de fecha 17 de noviembre de 2004) redujo este plazo a 10 años.

⁶⁵ El art. 38 de la Ley de 1884, disponía que el plazo de disolución del matrimonio por muerte presunta, era de dos años contados desde la fecha presuntiva de muerte, cuando la persona había desaparecido a consecuencia de la pérdida de una nave o aeronave. La Ley N° 19.947 redujo este plazo a un año.

⁶⁶ Conforme a la modificación hecha al art. 81 N° 8 del Código Civil, por la Ley N° 20.577, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de febrero de 2012.

⁶⁷ Nada disponía, en este caso, la Ley de 1884, de manera que había que esperar que transcurrieran los quince años, conforme a la antigua regla general.

⁶⁸ Conforme a la modificación hecha al art. 81 N° 8 del Código Civil, por la Ley N° 20.577, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de febrero de 2012.

efectos del decreto que concede la posesión definitiva son irrevocables: el desaparecido recupera sus bienes en el estado en que se encuentran (art. 94 N° 4).⁶⁹

3.- Sentencia de separación judicial de los cónyuges.

Establece el art. 1764 N° 3 que la sociedad conyugal se disuelve por la sentencia de separación judicial.

Dispone al efecto el art. 173 del Código Civil, que "Los cónyuges separados judicialmente administran sus bienes con plena independencia uno del otro, en los términos del artículo 159" (más adelante aludiremos a este último precepto).

A consecuencia de esta sentencia, entonces, se restituyen a la mujer sus bienes (sus bienes propios que el marido estaba administrando) y se dispone de los gananciales como en el caso de la disolución por causa de muerte (bienes sociales).

En virtud de esta causal, el régimen de sociedad conyugal es sustituido por el régimen de separación total de bienes, lo que no ocurre en los dos casos anteriores, en los cuales una comunidad reemplaza a la sociedad conyugal.

4.- Sentencia de separación total de bienes.

Establece el art. 1764 N° 3 que la sociedad conyugal se disuelve por la sentencia de separación total de bienes. Conforme a lo dispuesto en el art. 158, inc. 2º, se procederá a la división de los gananciales y al pago de recompensas.

Al igual que en el caso anterior, el régimen de sociedad conyugal, será reemplazado por el de separación total de bienes.

5.- Declaración de nulidad del matrimonio.

Consigna el art. 1764 N° 4 que la sociedad conyugal se disuelve por la declaración de nulidad del matrimonio. Esta causal debemos relacionarla con el art. 51 de la Ley de Matrimonio Civil, en cuanto sólo se refiere al matrimonio putativo. El matrimonio simplemente nulo no origina sociedad conyugal.

Si sólo uno de los cónyuges está de buena fe, o sea si sólo respecto a él el matrimonio es putativo, podrá a su arbitrio pedir la liquidación, de acuerdo a las reglas de la sociedad conyugal o del cuasicontrato de comunidad.

6.- Pacto de participación en los gananciales.

Señala el art. 1764 N° 5 (en su actual texto, modificado por la Ley N° 19.335), que la sociedad conyugal se disuelve por el pacto de participación en los gananciales y en el caso del art. 1723. Conforme a lo preceptuado en el inc. 1º de este último artículo, durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán sustituir el régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales.

La condición de mayoría de edad es *sine qua non*, no pudiendo suplirse de modo alguno.

El pacto deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre los cónyuges ni respecto de terceros, sino desde que se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial, dentro de los 30 días siguientes a la escritura.

El requisito de la subinscripción constituye una solemnidad propiamente tal, exigida por la ley para la existencia del acto jurídico, de manera que, de omitirse o de practicarse fuera de plazo, el pacto se debe entender como inexistente ante la ley, continuando el régimen patrimonial que se pretendía substituir. José Maximiliano

⁶⁹ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 232, p. 159.

Rivera incluye este caso entre las *formalidades de publicidad*, concluyendo que la sanción es también la inexistencia del pacto de sustitución de régimen.⁷⁰ René Ramos Pazos, en cambio, sostiene que la subinscripción es una *solemnidad*: "Respecto de la exigencia de que la escritura pública se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial, el artículo 1723 es muy claro en el sentido de que el pacto 'no surtirá efectos *entre las partes* ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial'. Hemos destacado la frase 'entre las partes' pues ella demuestra que la subinscripción es una solemnidad y no un simple requisito de oponibilidad a los terceros. No obstante la claridad de la norma, la Corte de Santiago, en un par de oportunidades, ha dicho que la subinscripción es un requisito de publicidad".⁷¹ Rodríguez Grez también concluye que se trata de una solemnidad, afirmando, después de aludir al requisito de la subinscripción, que "Sin este requisito, dice la ley, el pacto 'no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros'. Se trata, entonces, de una solemnidad, no de un requisito de publicidad".⁷²

En la escritura pública en que se pacte participación en los gananciales, podrán los cónyuges liquidar la sociedad conyugal o celebrar otros pactos lícitos. Lo anterior sólo producirá efectos entre las partes y terceros, si se efectúa la subinscripción a que precedentemente se aludía, en tiempo y forma.

7.- Pacto de separación total de bienes.

Establece el art. 1764 N° 5 que la sociedad conyugal se disuelve por el pacto de separación total de bienes, en el caso del art. 1723.

Al respecto, rigen los mismos requisitos señalados en el caso anterior.

8.- Sentencia que declara el divorcio de los cónyuges.

Esta causal, está contemplada en el N° 1 del art. 1764, que alude a la "disolución del matrimonio". Terminado el matrimonio, se entiende que ha expirado también la sociedad conyugal. Recordemos que de conformidad al art. 60 de la Ley de Matrimonio Civil, "El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio...", y entre ellos, están los derivados de la sociedad conyugal.

II.- EFECTOS QUE PRODUCE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

1.- Nacimiento de una comunidad.

Disuelta la sociedad conyugal, marido y mujer, o los ex cónyuges (si hubo divorcio), o los ex presuntos cónyuges (si hubo nulidad), o uno de los anteriores y los

⁷⁰ Rivera Restrepo, José Maximiliano, *Tratado de Derecho Civil. Del Acto Jurídico*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2023, p. 665.

⁷¹ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, N° 349, pp. 262 y 263.

⁷² Rodríguez Grez, Pablo, *Regímenes patrimoniales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 167.

herederos del otro, pasan a ser codueños de los bienes sociales.⁷³ La comunidad comprende los siguientes bienes:

- a) Todos los bienes sociales, ahora "bienes comunes".
- b) Los bienes reservados de la mujer y los frutos de dichos bienes producidos hasta el día de la disolución (salvo que la mujer renuncie a los gananciales).
- c) Los frutos de los bienes sociales y los producidos por los bienes que la mujer administre como separada parcialmente de bienes. Estos últimos sólo son sociales hasta el día en que se produzca la disolución.

Si la causal de disolución es la muerte de uno de los cónyuges, la comunidad se forma entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido.

Como consecuencia de lo expuesto, el día de la disolución fija irrevocablemente el activo y pasivo de la sociedad, que será objeto de liquidación, sin que los actos o contratos ejecutados o celebrados con posterioridad, tengan influencia en él. De esta manera:

i.- Los bienes que se adquieran después de la disolución no serán de esta comunidad sino del cónyuge adquirente, salvo que la adquisición se haga de consuno. Sin embargo, el cónyuge adquirente deberá probar que nada le debe a la sociedad conyugal a raíz de la adquisición, atendida la presunción en favor de la sociedad conyugal, establecida en el último inciso del art. 1739, respecto de los bienes muebles o inmuebles que cualquiera de los cónyuges adquiera a título oneroso una vez disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación (recuérdese que la presunción consiste en entender que la cosa se adquirió "con bienes sociales", debiéndose a la sociedad conyugal la respectiva recompensa).

ii.- A su vez, las obligaciones contraídas por el marido o por la mujer después de la disolución sólo pueden perseguirse sobre los bienes que tenga el respectivo deudor y también sobre las cuotas que tengan en los bienes comunes.

iii.- En cuanto a los frutos producidos por los bienes propios, *pendientes* al tiempo de la restitución y todos los *percibidos* desde la disolución de la sociedad, pertenecerán al dueño de las respectivas especies (art. 1772, inc. 1º).

En este punto, nos parece que, respecto de los frutos civiles, existe una contradicción con lo dispuesto en el N° 2 del art. 1725, que señala que integran el haber de la sociedad "todos los frutos (...) sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio". Ahora bien, los frutos "devengados" son aquellos a los cuales se ha adquirido derecho por cualquier título; es decir, sería otra forma de aludir a los frutos pendientes. Así, estarán pendientes o devengadas, las rentas de arrendamiento de un contrato, que corresponden a los meses ya expirados, pero que no se han pagado, que el arrendatario adeuda al arrendador (cónyuge dueño del bien propio). Por ende, si por ejemplo al terminar la sociedad conyugal el arrendatario adeudaba seis meses de rentas (frutos civiles), éstas serán de la sociedad conforme al N° 2 del art. 1725. Sin embargo, conforme al art. 1772, pertenecerían al cónyuge dueño de la respectiva especie. ¿Cómo solucionar esta contradicción? Nos parece que en el caso planteado, las aludidas rentas de arrendamiento serán de la sociedad conyugal. Siendo así, la regla del art. 1772 que atribuye los frutos pendientes al cónyuge propietario, debiera entenderse referida sólo a los frutos naturales.

⁷³ Debe destacarse el diferente estatuto jurídico que se aplica a los bienes "sociales", mientras tenían tal calidad, y después a los bienes "comunes", nombre que pasan a tener los bienes sociales desde el momento en que se disuelve la sociedad conyugal (a menos que no se forme comunidad). En efecto, a los primeros se les aplicarán las normas especiales contenidas en el Título XXII del Libro IV del Código Civil, artículos 1715 a 1792, que hemos estudiado. A los segundos, se les aplicarán las normas del cuasicontrato de comunidad, contempladas en el Título XXXIV, párrafo 3, artículos 2304 a 2313.

iv.- En cuanto a los frutos de los bienes sociales, ahora bienes comunes, percibidos desde la disolución de la sociedad conyugal, pertenecerán al haber social o común (art. 1772, inc. 2º).

El art. 1772 no es más que una aplicación del principio general del art. 648, en cuanto a la atribución del dominio de los frutos al dueño de la cosa que los produce.

De lo dicho, se infiere que el derecho de la sociedad a percibir los frutos de los bienes propios de los cónyuges dura hasta el momento de la disolución.

No nace una comunidad, cuando a la muerte de uno de los cónyuges, no hubiere descendientes ni ascendientes del cónyuge fallecido ni herederos de la cuarta de libre disposición.

2.- Término de la administración ordinaria o extraordinaria.

Disuelta la sociedad, cesan las facultades administrativas que la ley confiere al marido o a su curador en caso de administración extraordinaria. A partir de la disolución de la sociedad, la administración se rige por las reglas de la comunidad, es decir, por el art. 2305, que aplica a la comunidad las reglas de la sociedad colectiva (art. 2081). Para vender cualquier bien de la comunidad, se requerirá la voluntad de ambos cónyuges o ex cónyuges. De no existir acuerdo de voluntades, cada cónyuge o ex cónyuge podrá vender su cuota en un bien determinado (art. 1812).

De lo señalado, se concluye que el marido o ex marido no podrá ya enajenar los bienes muebles de la comunidad y si lo hiciere, no venderá sino su cuota, quedando a salvo el derecho de la mujer o de sus herederos para reivindicar la cuota de ellos que no ha sido vendida por su dueño (art. 892).

Por su parte, la mujer podrá enajenar libremente sus bienes propios, cuya administración ha recuperado.

3.- Liquidación de la sociedad conyugal.

Este es en realidad un efecto eventual, que puede o no ocurrir. En efecto, se procederá a liquidar la sociedad conyugal, salvo que:

- i.- La mujer o sus herederos renuncien a los gananciales;
- ii.- Que los cónyuges, o ex cónyuges (si hubo divorcio) o ex presuntos cónyuges (si hubo nulidad del matrimonio), o demás miembros de la comunidad, de haberlos, enajenen de consuno los bienes comunes; y
- iii.- Cuando el único heredero de uno de los cónyuges sea el viudo o viuda.

4.- Época a que se retrotraen los efectos de las adjudicaciones, de haber liquidación.

Según veremos, los efectos declarativos de las adjudicaciones que se hagan en favor de los cónyuges, se retrotraen al momento en que quedó disuelta la sociedad conyugal, pues según vimos, tal es la época que marca el comienzo de la comunidad existente entre los cónyuges.

5.- En cuanto a la renuncia a los gananciales.

Conforme estudiaremos en el acápite que sigue, a partir de la disolución de la sociedad conyugal podrá la mujer o sus herederos, renunciar a los gananciales habidos durante la vigencia de la sociedad conyugal.

III.- DE LA RENUNCIA DE GANANCIALES.

1.- Concepto.

Entendemos por tal el acto jurídico unilateral mediante el cual la mujer manifiesta su voluntad de no llevar parte alguna de los gananciales habidos durante la sociedad conyugal.⁷⁴

2.- Oportunidades para renunciar a los gananciales.

La mujer tiene dos oportunidades para renunciar a los gananciales: en las capitulaciones matrimoniales y después de disolverse la sociedad conyugal (art. 1719). Mientras ésta se encuentre vigente, no podrá hacer tal renuncia.

3.- ¿Puede la mujer renunciar a los gananciales en la misma escritura pública en virtud de la cual se pacta separación total de bienes?

Cabe señalar que, si la sociedad conyugal expira por el pacto previsto en el art. 1723 del Código Civil, en nuestra opinión la renuncia a los gananciales no podrá hacerse sino una vez subscrita la escritura en el plazo de 30 días corridos previsto en dicho precepto. En efecto, el orden de los instrumentos debiera ser:

1. Escritura en virtud de la cual los cónyuges pactan separación total de bienes, conforme al art. 1723 del Código Civil.
2. Proceder a subinscribirla, dentro del plazo previsto en el citado artículo.
3. Otorgar una escritura pública mediante la cual la mujer renuncie a los gananciales. En esta escritura, si fuere el caso, deben singularizarse los muebles e inmuebles que ella adquirió en virtud del art. 150 del Código Civil.

La renuncia debe hacerse después del paso 2, pues el art. 1719 dice que la mujer podrá renunciar "después de la disolución de la sociedad", y ésta quedará disuelta una vez subscrita la escritura señalada en el punto 1 (el art. 1723, inc. 2º, deja en claro que la escritura de separación de bienes sólo surtirá efectos una vez subscrita; por ende, antes de ello no está disuelta la sociedad conyugal y no podría la mujer renunciar a los gananciales).

Sin embargo, otra opinión se ha sustentado en nuestra doctrina. En efecto, señala René Ramos Pazos que sería posible renunciar a los gananciales en el mismo pacto previsto en dicho artículo, fundado su opinión en el inc. 3º del art. 1723, que dice "En la escritura pública de separación total de bienes, o en la que se pacte participación en los gananciales, según sea el caso, podrán los cónyuges liquidar la sociedad conyugal o proceder a determinar el crédito de participación o *celebrar otros pactos lícitos*, o una y otra cosa; pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción a que se refiere el inciso anterior". Señala Ramos Pazos que "El ejemplo que siempre se pone sobre estos otros pactos lícitos es la renuncia de gananciales, que en esa oportunidad podría hacer la mujer".⁷⁵ La misma opinión sostiene Rodrigo Barcia Lehmann, al señalar que "La mujer

⁷⁴ Como refiere Manuel Somarriva, el origen de la renuncia a los gananciales y del derecho de la mujer a renunciar a ellos, se encuentra en la Edad Media: "El origen histórico de [la renuncia a] los gananciales es sumamente curioso y casual: en la época de las cruzadas los caballeros equipaban verdaderos ejércitos en los cuales invertían cantidades fabulosas de dinero que muchas veces salían de manos de los prestamistas de la época. Con el objeto de evitar que las mujeres cargaran con las enormes deudas de sus maridos, se ideó esta institución jurídica llamada renuncia de los gananciales. A causa de su origen, la renuncia de los gananciales se aplicó primero entre los nobles. Más tarde se hizo extensiva a todas las clases sociales (...) En los primeros tiempos, la renuncia era un acto en extremo solemne. Fallecido el marido, la mujer que quería renunciar a los gananciales debía hacerlo de la siguiente manera: tenía que llegar hasta la tumba de su marido, donde depositaba una llave y una bolsita. Hechas estas ceremonias, se presumía que renunciaba a los gananciales": Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1936, p. 309.

⁷⁵ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Tomo I, séptima edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial

o sus herederos pueden renunciar a los gananciales en los siguientes instantes: (...) b) En la escritura pública en que los cónyuges sustituyen el régimen de sociedad conyugal, por el de separación total de bienes, o de participación en los gananciales”.⁷⁶

La cuestión exige una explicación previa: antes de la reforma hecha al Código Civil por la Ley N° 10.271, del año 1952, se discutía en nuestra doctrina si era posible que en la misma escritura en que se pactaba separación de bienes,⁷⁷ se liquidara la sociedad conyugal. Manuel Somarriva respondía negativamente, pues la liquidación exigía que previamente se hubiera disuelto la sociedad conyugal, lo que ocurría sólo con la subinscripción del pacto.⁷⁸ El punto quedó zanjado con la Ley N° 10.271, al modificarse el inc. 3° del art. 1723, incorporando expresamente en éste la facultad de los cónyuges para liquidar la sociedad conyugal “...y celebrar entre ellos cualesquier otros pactos que estén permitidos a los cónyuges separados de bienes”. Posteriormente, la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, fijó el texto actual, reemplazándose la frase recién transcrita por “... o celebrar otros pactos lícitos...”. En la historia de la Ley N° 19.335, nada se indica en relación a este cambio.

En cuanto a la jurisprudencia, una sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de abril de 1959, admite la posibilidad de renunciar la mujer a los gananciales en la misma escritura de separación de bienes, entendiendo que en tal caso, el acto de renuncia que se incorpora como una cláusula del convenio de separación de bienes pasa a ser un acto accesorio de tal convenio, del cual no puede separarse, pues el consentimiento de las partes en los contratos recae sobre todos sus términos. Agrega la sentencia que la renuncia está incluida entre aquellas estipulaciones que el inc. 3° del art. 1723 permite expresamente convenir en el mismo contrato de separación total de bienes.⁷⁹ Otra sentencia, de fecha 18 de enero de 2002, de la Corte de Apelaciones de Santiago, concluye en los mismos términos.⁸⁰

No concordamos con la conclusión de los autores citados y de las sentencias mencionadas, por las siguientes razones:

1. La ley es clara: para que la mujer o sus herederos renuncien a los gananciales, la sociedad conyugal debe estar disuelta, y no lo estará sino con la subinscripción del pacto a que alude el art. 1723, no antes.
2. La reforma hecha al Código Civil por la Ley N° 10.271 no desmiente la conclusión anterior, sino que la refuerza, pues se limitó ella a admitir que en la misma escritura se liquide la sociedad conyugal, a pesar de que en verdad aún no está disuelta. Nada se dijo acerca de un acto jurídico diverso a la liquidación, como es el de renuncia a los gananciales.
3. La frase que se incorporó por la Ley N° 10.271 “...y celebrar entre ellos cualesquier otros pactos que estén permitidos a los cónyuges separados de bienes”, podría haber servido de fundamento para la tesis favorable a la renuncia en la misma escritura, pero no así su tenor actual, hoy expresado bajo la fórmula más neutra “... o celebrar otros pactos lícitos...” En nuestra opinión, no sería un pacto lícito aquél por el cual en la misma escritura de separación total de bienes, la mujer renuncie a los gananciales. Por lo demás, la sentencia del año 1959 se dictó cuando la frase vigente era la primera y

Jurídica de Chile, 2010, p. 270.

⁷⁶ Barcia Lehmann, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Santiago de Chile, Punto Lex Thomson Reuters, 2011, p. 187.

⁷⁷ Cabe advertir que en el Código Civil originario, la sociedad conyugal no podía disolverse por acuerdo de los cónyuges. Ello sólo fue posible con la reforma que se introdujo por la Ley N° 7.612, de 21 de octubre de 1943. Sin embargo, nada se dijo en esta oportunidad, acerca de la posibilidad de liquidar la sociedad conyugal por la misma escritura en virtud de la cual los cónyuges pactaban separación total de bienes.

⁷⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, *Evolución del Código Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1955, pp. 326 y 327.

⁷⁹ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo VII, tercera edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

⁸⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, N° 1-2002, marzo de 2002, pp. 1-5.

en razón de la misma podría haberse estimado ajustada a derecho (dicho sea de paso, la sentencia el año 2002 se limitó a reiterar los argumentos de la del año 1959). Sin embargo, como está dicho, la frase actual alude a "...celebrar otros pactos lícitos...".

4. El art. 1719 del Código Civil, señala con toda claridad en su inciso inicial: "La mujer, no obstante la sociedad conyugal, podrá renunciar su derecho a los gananciales que resulten de la administración del marido, con tal que haga esta renuncia antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad".

5. El párrafo 6 del título XXII del Libro IV, se titula, precisamente, "De la renuncia de los gananciales hecha por parte de la mujer después de la disolución de la sociedad". A su vez, el art. 1781, que encabeza dicho párrafo 6, establece: "Disuelta la sociedad, la mujer o sus herederos mayores tendrán la facultad de renunciar los gananciales a que tuvieren derecho".

6. El art. 1767, por su parte, expresa: "la mujer que no haya renunciado los gananciales antes del matrimonio o después de disolverse la sociedad, se entenderá que los acepta con beneficio de inventario".

7. La renuncia a los gananciales, según ha expresado de manera uniforme nuestra doctrina, es un acto jurídico puro y simple. Expresa al efecto Pablo Rodríguez Grez: "La renuncia debe hacerse pura y simplemente, sin que se admita condición, plazo ni modo. Así se desprende de lo prevenido en los artículos 1227 y 1228, que, aun cuando se refieren a las asignaciones por causa de muerte, obedecen a los mismos principios".⁸¹ Pues bien, si se admitiera la renuncia en la escritura que contiene el pacto de separación de bienes, aquella quedaría sujeta a dos modalidades: un plazo (hasta de treinta días) y una condición suspensiva (que efectivamente se inscriba la escritura dentro del expresado plazo). No se cumpliría entonces con la exigencia aludida, en orden a que el acto ha de ser puro y simple.

8. En fin, un último argumento, nos parece que por sí solo, puede esgrimirse para controvertir la doctrina imperante. Según hemos visto, la doctrina que admite la renuncia en la escritura de separación de bienes, se funda en la frase "o celebrar otros pactos lícitos". Ahora bien, ocurre que la renuncia es un acto jurídico unilateral, y mal podría, entonces, quedar comprendida dentro de la aludida frase. No estamos ante un pacto, sino ante un acto que emana de la voluntad de una persona, la mujer, o el heredero o los respectivos herederos, y en este último caso, cada uno de ellos otorga un acto jurídico unilateral. La palabra "pacto" no se encuentra definida en el Código Civil, de manera que debemos entenderla en su sentido natural y obvio, según el uso general de la locución, conforme al art. 20 del Código Civil. Al efecto, el Diccionario de la Lengua Española, define la voz "pacto", en su primera entrada, como "concierto o tratado entre dos o más partes que se comprometen a cumplir lo estipulado".⁸² Nada tiene que ver la expresión con un acto jurídico unilateral. Entonces, ¿cómo podría considerarse que la renuncia de los gananciales corresponde a un "pacto" celebrado entre los cónyuges? Evidentemente, no es así. Ello demuestra, a nuestro juicio, que el legislador nunca pensó en extender la frase en cuestión al acto unilateral que nos ocupa.

De esta manera, se aprecia que siempre, en cada una de las disposiciones que hemos citado, el legislador discurre sobre la base que, celebrado el matrimonio, la renuncia a los gananciales sólo puede realizarse, una vez disuelta la sociedad conyugal, y ello ocurrirá siempre y cuando el pacto previsto en el art. 1723, se subinscriba en el plazo legal. El elemento gramatical (tenor de los artículos 1719, 1723, 1767 y 1781) y el elemento lógico (relación entre estos preceptos), de interpretación de la ley, refrendan nuestra conclusión.

⁸¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 170.

⁸² *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española*, tomo II, 22ª edición, Buenos Aires, Espasa Calpe S.A., 2001, p. 1.645.

En virtud de la renuncia a los gananciales, la mujer pierde todo derecho a participar en las utilidades producidas por la administración del marido. Por eso, si la renuncia se hiciera en las capitulaciones matrimoniales, el marido será dueño de los bienes sociales no sólo respecto a terceros, sino también respecto a la mujer (art. 1783).

El derecho a renunciar a los gananciales compete solamente a la mujer o a sus herederos. Así lo ha entendido la mayoría de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia.⁸³

4.- Requisitos y características de la renuncia.

La renuncia es un acto jurídico unilateral, que debe reunir las siguientes características:

a) *Es solemne*, si se efectúa antes del matrimonio: la renuncia efectuada antes de contraer matrimonio, constituye una capitulación matrimonial y dado que ésta debe constar por escritura pública, concluimos que en este caso la renuncia es un acto solemne. Consistirá la solemnidad en el otorgamiento de escritura pública y en su inscripción al margen de la inscripción del matrimonio, al momento de su celebración o dentro de los 30 días siguientes.

Es consensual, si la renuncia se efectúa después de disuelta la sociedad conyugal, dado que la ley no ha establecido una solemnidad especial. Idealmente, la renuncia debiera constar en una escritura pública (que, según dijimos, no puede ser en

⁸³ Señala Alessandri que "La renuncia de los gananciales con el objeto señalado por la ley, de liberar a la mujer de toda responsabilidad por las deudas sociales, es una facultad que compete exclusivamente a ella, y, después de disuelta la sociedad conyugal, a ella o a sus herederos (art. 1781). El marido no puede renunciarlos. Si lo hiciera, su renuncia no lo liberaría de esa responsabilidad; el marido es deudor personal de las obligaciones sociales y el deudor no puede liberarse por su exclusiva voluntad. Por eso, el Código no la menciona. Los artículos que tratan de esta materia se refieren únicamente a la renuncia de los gananciales hecha por la mujer (arts. 1719, 1753, 1767 y 1781). Esto no obsta a que el marido pueda renunciar su mitad de gananciales en favor de la mujer o de los herederos de ésta; la ley no se lo prohíbe. Pero esta renuncia no tendría el efecto que la ley atribuye a la de la mujer. No obstante ella, el marido siempre sería responsable del total de las deudas de la sociedad y sólo valdría entre los cónyuges, como una liberalidad del marido para con la mujer: hecha antes del matrimonio, en las capitulaciones matrimoniales, sería una concesión otorgada a su favor; efectuada después de la disolución de la sociedad, sería una donación sometida a las reglas generales de las donaciones entre cónyuges": Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pp. 603 y 604. Manuel Somarriva, en su obra "Derecho de Familia", se pregunta también si el marido puede renunciar a los gananciales, señalando que, en principio, tal posibilidad podría desprenderse del artículo 1721, que alude al menor hábil para contraer matrimonio, sin distinguir entre varón o mujer, y permitiendo el precepto que dicho menor renuncie a los gananciales, con autorización de la justicia (cita también el antiguo artículo 1176, sobre la porción conyugal, hoy derogado, que aludía al "cónyuge sobreviviente" –es decir, tanto el marido como la mujer- que renunciare a su mitad de gananciales). Con todo, concluía que el marido no podía renunciar a los gananciales, por tres razones: a) Porque en el Derecho francés esta materia ni siquiera se discute, y bien sabemos que el Código francés fue la principal fuente del nuestro; b) Porque la renuncia de los gananciales es una institución que se ha establecido en todas las legislaciones en beneficio exclusivo de la mujer, para defenderla de los poderes omnímodos que la ley le confiere al marido; y c) Porque el párrafo 6º del Título XXII del Libro IV del Código Civil se intitula "De la renuncia de los gananciales hecha por parte de la mujer después de la disolución de la sociedad". Trata de la renuncia de los gananciales por la mujer y ni siquiera da a entender que se refiera al marido. De aceptar que el marido pueda renunciar a los gananciales, el único efecto que esta renuncia produciría sería el de considerarla como una donación revocable del marido a la mujer. No podría tener otro efecto, porque a pesar de la renuncia que hiciera el marido de los gananciales, no por eso quedaría exento del pago de las obligaciones sociales: pp. 310 y 311. Más recientemente, René Ramos Pazos llega a la misma conclusión: "Dada la finalidad de esta institución, no procede que el marido renuncie a los gananciales. Se podrá decir, sin embargo, que por qué no podría hacerlo, si es un derecho que sólo a él compete (art. 12 del Código Civil). Ello es cierto, el marido podría renunciar a los gananciales, pero tal renuncia no produce el efecto de liberarlo de responsabilidad por las deudas sociales. Hecha después de la disolución de la sociedad constituiría una donación revocable del marido a la mujer que no requiere de confirmación para que subsista después de la muerte del primero (artículo 1137)".: ob. cit., tomo I, pp. 294 y 295.

nuestra opinión aquella que contiene el pacto de separación total de bienes, sino que una otorgada después que dicho pacto sea subinscrito) especialmente otorgada para estos efectos. De esta forma, se evitan las dificultades probatorias que pudieren ocasionarse ante una renuncia que no consta documentalmente.

b) *Debe ser pura y simple*. Ello se desprende –refiere Ramos Pazos⁸⁴–, aplicando por analogía el art. 1227 del Código Civil, relativo a la repudiación de las asignaciones testamentarias.⁸⁵ Rossel también considera que es un acto puro y simple, pero no fundamenta su conclusión.⁸⁶ Otro tanto ocurre con el profesor Rodríguez Grez, ya citado al respecto.

c) *Debe ser hecha por persona capaz*. En consecuencia:

i.- La mujer, renuncia libremente;

ii.- Sólo podrán renunciar a los gananciales los herederos mayores de la mujer (art. 1781).

iii.- Si la mujer fuere incapaz, deberá proceder por medio de curador.

d) *Debe ser oportuna*: la renuncia puede hacerse en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio o después de disuelta la sociedad. En este último caso, se podrá renunciar siempre que no haya entrado al patrimonio de la renunciante parte alguna del haber social a título de gananciales (art. 1782, inc. 1º). Así, por ejemplo, si fallece el marido y la viuda y los hijos constituyen una sociedad aportando a ésta un inmueble transmitido por el causante, que había adquirido vigente la sociedad conyugal, ya no podrá la mujer renunciar a los gananciales, porque incorporó en su patrimonio bienes (derechos en el inmueble aportado) “a título de gananciales”. Otro tanto ocurrirá si los cónyuges hubiesen liquidado la sociedad conyugal y en el marco de dicha liquidación se adjudicaron los bienes a cada uno de ellos.

e) *Debe ser total, si quien renuncia es la mujer*. La mujer no puede renunciar a los gananciales por partes. Los herederos de la mujer, en cambio, pueden efectuar una renuncia *parcial* (art. 1785). Algunos herederos pueden renunciar a los gananciales y otros no; la parte de los que renuncian, acrece a la porción del marido. En realidad, usualmente, la renuncia de los herederos será parcial, pues si entre ellos se encuentra el viudo, éste no podrá jamás renunciar a los gananciales. En cuanto a los restantes herederos (normalmente, los hijos), podrán renunciar todos o sólo alguno o algunos de ellos.

f) *No hay plazo legal para renunciar*, mientras no se proceda a liquidar la sociedad conyugal o mientras no haya entrado al patrimonio de la mujer ningún bien a título de gananciales.

g) *Es irrevocable*. La mujer o sus herederos que renuncian, no pueden revocar dicho acto, entendiéndose que de manera definitiva, la totalidad de los gananciales se han radicado en el patrimonio del marido. Ello, sin perjuicio de que la renuncia se deje sin efecto en virtud de una sentencia judicial, según veremos, si se demanda su rescisión.

h) *No implica donación*. Cabe señalar –siguiendo a Arturo Alessandri– que la renuncia a los gananciales hecha por la mujer o sus herederos, no es una donación. Para que haya donación, es menester que exista disminución del patrimonio del donante y aumento del patrimonio del donatario (art. 1398). Esto no ocurre cuando la mujer renuncia a los gananciales en las capitulaciones matrimoniales, porque mediante ella no se desprende de un bien existente en su patrimonio, sino de un derecho futuro e incierto, de una mera expectativa.⁸⁷ Lo mismo ocurre si la mujer o sus herederos renuncian a los gananciales después de disuelta la sociedad conyugal, pues en tal caso, debemos entender que los gananciales siempre pertenecieron al marido o viudo

⁸⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., Tomo I, 7ª edición actualizada, p. 296.

⁸⁵ Art. 1227 del Código Civil: “No se puede aceptar o repudiar condicionalmente, ni hasta o desde cierto día”.

⁸⁶ Rossel Saavedra, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición actualizada, 1994, p. 165.

⁸⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 606.

y nunca a la mujer o a los herederos de ésta. En efecto, según consignaremos en el numeral que sigue, la renuncia opera retroactivamente, y sus efectos se retrotraen a la época de la disolución de la sociedad conyugal.⁸⁸

5.- Efectos de la renuncia.

A consecuencia de la renuncia, los bienes de la sociedad conyugal y del marido se confunden, aun respecto de la mujer (art. 1783).

La mujer pierde todo derecho a los gananciales y en general a todos los bienes sociales, incluso los frutos de sus bienes propios que se entienden conferidos al marido para el mantenimiento de la familia común (art. 1753). Este efecto se produce desde la disolución de la sociedad, aunque la renuncia de los gananciales sea posterior.

Pero si bien es cierto que por la renuncia, la mujer pierde todo derecho a los frutos de sus bienes propios, ello no significa:

- i.- Que pierda el dominio de tales bienes, los que oportunamente deberán ser restituidos por el marido;
- ii.- Tampoco pierde el dominio de sus bienes reservados ni los frutos que tales bienes produzcan, ni los bienes adquiridos con dichos bienes reservados;
- iii.- Tampoco pierde el derecho a cobrar las recompensas que le adeude la sociedad (art. 1784).

Desde otro punto de vista, con la renuncia la mujer se desliga de toda responsabilidad en el pasivo social, que sólo será cubierto por el marido, sin derecho a reintegro alguno contra la mujer. Lo anterior no significa que la mujer se libere:

- i.- De sus deudas personales;
- ii.- De las deudas que afecten sus bienes reservados; y
- iii.- De las recompensas que adeude a la sociedad o al marido.

6.- Rescisión de la renuncia.

Si bien la renuncia de gananciales es irrevocable, puede rescindirse en los siguientes casos:

- a) Si la renuncia se obtuvo por engaño, o sea dolosamente;
- b) Si hubo error al renunciar: reglamenta y califica el error el art. 1782, estableciendo que basta para rescindir la renuncia un justificable error⁸⁹ acerca del verdadero estado de los negocios sociales;
- c) Si hubo fuerza: aunque nada dice al respecto el art. 1782, viciaría la renuncia por tratarse de una declaración de voluntad como cualquier otra.
- d) Si la renuncia se hace sin las formalidades establecidas por la ley respecto de la mujer incapaz.

La acción para pedir la rescisión prescribe en 4 años, contados desde la disolución de la sociedad (art. 1782, inc. 3º).

Apunta Rossel que tal plazo es curioso, pues la renuncia puede hacerse mucho después de la disolución de la sociedad.⁹⁰ Podría ocurrir, entonces, que si la mujer o sus herederos renuncian después de transcurridos los cuatro años contados desde la disolución, no habría acción para intentar rescindir dicha renuncia, aunque ella se hubiere obtenido por dolo, fuerza o a consecuencia del error. En realidad, más lógico habría resultado que el plazo se hubiese contado desde la renuncia, pues en tal momento se produjo el vicio que afectó la voluntad.

⁸⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 613.

⁸⁹ La expresión "justificable error", es similar a la de "un justo error" empleada en el art. 706, respecto del error de hecho del poseedor. En ambos casos, se trata de un error plausible, en el cual, razonablemente, habría incurrido un hombre o mujer actuando con diligencia ordinaria.

⁹⁰ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 166.

IV.- DE LA ACEPTACION DE LOS GANANCIALES.

1.- Concepto.

Podemos definir la aceptación de los gananciales como el acto jurídico unilateral, en virtud del cual la mujer consiente en incorporar en su patrimonio los gananciales obtenidos durante la vigencia de la sociedad conyugal.

La voluntad de la mujer puede ser expresa, tácita o incluso presunta. En efecto, conforme al art. 1767, la mujer que no haya renunciado a los gananciales se entenderá que los acepta con beneficio de inventario. La expresión "se entenderá", implica que nos encontramos ante una presunción, en este caso simplemente legal.

2.- Características.

A pesar de que el Código Civil no reglamenta la aceptación de los gananciales y sus efectos (dado que se trata de la situación normal), pueden señalarse las siguientes características:

a) La aceptación puede ser expresa, tácita o presunta (art. 1767).

Puesto que la aceptación expresa no es un acto solemne, aplicando por analogía las reglas de la herencia, se podrá hacer en escritura pública o privada o en un acto de tramitación judicial (art. 1242).

La aceptación tácita resulta de la ejecución de actos que presupongan la calidad de socio de la sociedad conyugal, como por ejemplo si los cónyuges o ex cónyuges venden en conjunto un bien de la comunidad; o si cualquiera de ellos pide la liquidación de la misma; también implica aceptación tácita la incorporación al patrimonio de cualquiera parte de los gananciales (art. 1782).

La aceptación presunta resulta del solo hecho de no renunciar a los gananciales en las oportunidades establecidas por la ley; esta actitud negativa se presume aceptación (art. 1767).

b) La aceptación de los gananciales no requiere autorización judicial.

En todo caso, si la mujer fuere incapaz, no podrá aceptar los gananciales por sí misma; deberá actuar en la liquidación de la sociedad conyugal representada por su respectivo curador.

c) La aceptación debe ser pura y simple y referirse a la totalidad de los gananciales: se desprende lo anterior del art. 1782, que establece que, si entra al patrimonio de la mujer cualquier parte del haber social, ya no podrá renunciar a los gananciales. En otras palabras, se entienden totalmente aceptados.

d) La aceptación de los gananciales es irrevocable, aunque rescindible: no puede dejarse sin efecto por la sola voluntad de la aceptante, pero sí rescindir, si la aceptación adoleciera de un vicio de la voluntad.

3.- Efectos de la aceptación.

a) La aceptación opera retroactivamente: se entiende hecha el día de la disolución de la sociedad (lo mismo ocurre tratándose de la aceptación de una herencia: artículo 1239).

b) Los gananciales se entienden siempre aceptados por la mujer con beneficio de inventario: art. 1767. La mujer responde de las deudas sociales hasta el monto de lo que recibe a título de gananciales (art. 1777). Esta limitación de responsabilidad se denomina "beneficio de emolumento".

CAPITULO VII: DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

1.- Concepto.

Corresponde al conjunto de operaciones destinadas a separar los bienes de los cónyuges y los de la sociedad, dividir sus utilidades y pagar sus deudas.

2.- Operaciones que comprende.

Comprende el conjunto de operaciones destinadas a tres objetivos:

- i.- Separar los bienes de los cónyuges y de la sociedad;
- ii.- Dividir las utilidades llamadas gananciales; y
- iii.- Reglamentar el pago de las deudas.

Para los efectos de la liquidación de la sociedad conyugal, las normas dadas en el Título de la misma se complementan con las de la sucesión por causa de muerte (arts. 1317 y siguientes). Así lo establece el art. 1776.

Cabe consignar que si la mujer llega a ser heredera universal y exclusiva de su marido (dos condiciones que no necesariamente convergen), no hay necesidad de proceder a la liquidación de la sociedad, pues la mujer reúne en su persona la calidad de todos los interesados en la liquidación (lo mismo ocurrirá, a la inversa, si el marido fuere heredero universal y exclusivo de su mujer). Así lo resolvió la Corte Suprema. Tampoco se procederá a liquidar la sociedad conyugal, si la mujer o sus herederos renuncian a los gananciales, o si los cónyuges o el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido, enajenan todos los bienes comunes.

La liquidación comprende tres operaciones principales:

- a) Facción de inventario y tasación;
- b) Formación de la masa partible mediante las acumulaciones y deducciones legales; y
- c) División del activo y del pasivo comunes, entre los cónyuges o ex cónyuges (si hubo divorcio) o ex presuntos cónyuges (o si hubo nulidad) o sus herederos.

I.- FACCION DE INVENTARIO Y TASACION.

1.- Normas legales que la regulan.

Una vez disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a confeccionar un inventario y a tasar todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable la primera. Lo anterior, en el plazo y en la forma establecida en la sucesión por causa de muerte (art. 1765). En realidad, no hay plazo en esta última.

La norma se remite entonces al art. 1253⁹¹, el que a su vez se remite a los arts. 382⁹² y siguientes del Código Civil y a los arts. 858 a 865 del Código de Procedimiento Civil⁹³.

⁹¹ Art. 1253 del Código Civil: "En la confección del inventario se observará lo prevenido para el de los tutores y curadores en los artículos 382 y siguientes, y lo que en el Código de Enjuiciamiento se prescribe para los inventarios solemnes".

⁹² Tales artículos son los siguientes:

"Art. 382. El inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaría, particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad; sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad del guardador. / Comprenderá asimismo los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del pupilo de que hubiere comprobante o sólo noticia, los libros de comercio o de cuentas, y en general todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad, o que sea necesario destruir con algún fin moral".

"Art. 383. Si después de hecho el inventario se encontraren bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, o por cualquier título acrecieren nuevos bienes a la hacienda inventariada, se hará un inventario solemne de ellos, y se agregará al anterior".

"Art. 384. Debe comprender el inventario aun las cosas que no fueren propias de la persona cuya hacienda se inventaría, si se encontraren entre las que lo son; y la responsabilidad del tutor o curador se extenderá a las unas como a las otras".

"Art. 385. La mera aserción que se haga en el inventario de pertenecer a determinadas personas los objetos que se enumeran, no hace prueba en cuanto al verdadero dominio de ellos".

"Art. 386. Si el tutor o curador alegare que por error se han relacionado en el inventario cosas que no existían, o se ha exagerado el número, peso, o medida de las existentes, o se les ha atribuido una materia o calidad de que carecían, no le valdrá esta excepción; salvo que pruebe no haberse podido evitar el error con el debido cuidado de su parte, o sin conocimientos o experimentos científicos".

"Art. 387. El tutor o curador que alegare haber puesto a sabiendas en el inventario cosas que no le fueron entregadas realmente, no será oído, aunque ofrezca probar que tuvo en ello algún fin provechoso al pupilo".

"Art. 388. Los pasajes oscuros o dudosos del inventario se interpretarán a favor del pupilo, a menos de prueba contraria".

"Art. 389. El tutor o curador que sucede a otro, recibirá los bienes por el inventario anterior y anotará en él las diferencias. Esta operación se hará con las mismas solemnidades que el anterior inventario, el cual pasará a ser así el inventario del sucesor".

⁹³ Disponen los artículos 858 a 865 del Código de Procedimiento Civil, que integran el Título VII del Libro IV del señalado Código, que trata de los actos judiciales no contenciosos:

"Art. 858. (1037). Es inventario solemne el que se hace, previo decreto judicial, por el funcionario competente y con los requisitos que en el artículo siguiente se expresan. Pueden decretar su formación los jueces árbitros en los asuntos de que conocen".

"Art. 859. (1038). El inventario solemne se extenderá con los requisitos que siguen:

1°. Se hará ante un notario y dos testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y escribir y sean conocidos del notario. Con autorización del tribunal podrá hacer las veces de notario otro ministro de fe o un juez de menor cuantía;

2°. El notario o el funcionario que lo reemplace, si no conoce a la persona que hace la manifestación, la cual deberá ser, siempre que esté presente, el tenedor de los bienes, se cerciorará ante todo de su identidad y la hará constar en la diligencia;

3°. Se expresará en letras el lugar, día, mes y año en que comienza y concluye cada parte del inventario;

4°. Antes de cerrado, el tenedor de los bienes o el que hace la manifestación de ello, declarará bajo juramento que no tiene otros que manifestar y que deban figurar en el inventario; y

5°. Será firmado por dicho tenedor o manifestante, por los interesados que hayan asistido, por el ministro de fe y por los testigos".

"Art. 860. (1039). Se citará a todos los interesados conocidos y que según la ley tengan derecho de asistir al inventario. / Esta citación se hará personalmente a los que sean condueños de los bienes que deban inventariarse, si residen en el mismo territorio jurisdiccional. A los otros condueños y a los demás interesados, se les citará por medio de avisos publicados durante tres días en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, cuando allí no lo haya. / En representación de los que residan en país extranjero se citará al defensor de ausentes, a menos que por ellos se presente procurador con poder bastante. / El ministro de fe que practique el inventario dejará constancia en la diligencia de haberse hecho la citación en forma legal".

"Art. 861. (1040). Todo inventario comprenderá la descripción o noticia de los bienes inventariados en la forma prevenida por los artículos 382 y 384 del Código Civil. / Pueden figurar en el inventario los bienes que existan fuera del territorio jurisdiccional, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente".

"Art. 862. (1041). Si hay bienes que inventariar en otro territorio jurisdiccional y lo pide algún interesado presente, se expedirán exhortos a los jueces respectivos, a fin de que los hagan inventariar y remitan originales las diligencias obradas para unir las a las principales".

No señala plazo el Código Civil para hacer inventario, pero se deduce que habrá que hacerlo antes de las operaciones destinadas a liquidar la sociedad y en todo caso, apenas se produzca la disolución de la misma (el art. 1765 manda hacerlo "inmediatamente", cuestión que en la práctica suele no cumplirse).

2.- Forma del inventario.

Distinguimos según la condición de los partícipes de la sociedad que se liquidará:

a) Si hay herederos menores, dementes u otras personas inhábiles: deberá hacerse inventario solemne. Si así no se hiciere, el que omitió la formalidad responderá de todo perjuicio y además deberá legalizar el inventario lo antes posible; la omisión, como vemos, no invalida la liquidación, sin perjuicio de la sanción de indemnizar los perjuicios (art. 1766, inc. 2º).

b) Si los partícipes de la liquidación son capaces, no es necesario hacer inventario solemne; sin embargo, como el inventario simple no es más que un instrumento privado, sólo tendrá valor en juicio contra el cónyuge, los herederos y los acreedores que lo hubieren debidamente aprobado y firmado (art. 1766, inc. 1º).

De ahí la importancia del inventario solemne, pues si sólo hay inventario simple, la mujer no podría invocar el "beneficio de emolumento" que le confiere el art. 1777, sino sólo respecto del acreedor que hubiere aceptado el inventario. En cambio, si se hizo inventario solemne, podría oponerlo respecto de cualquier acreedor. Además, si el inventario fuere solemne, y se embargaren bienes adjudicados a uno de los cónyuges por las deudas del otro de los cónyuges, el primero podrá oponer eficazmente la respectiva tercería, en el juicio ejecutivo de que se trate. En cambio, si el inventario hubiere sido simple, tal tercería no prosperará.

En efecto, revisemos el tenor del art. 1766 del Código Civil: "El inventario y tasación, que se hubieren hecho sin solemnidad judicial, no tendrán valor en juicio, sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado".

¿En qué se traduce la frase "El inventario y la tasación...no tendrán valor en juicio...? Se ha entendido que no podría el cónyuge adjudicatario de ciertos bienes, oponer una tercería de dominio o de posesión, frente al embargo obtenido por los acreedores del otro de los cónyuges. Es decir, a pesar de que los bienes se adjudicaron al cónyuge no deudor, serán igualmente subastados, si formaban parte del patrimonio de la sociedad, al tiempo en que el cónyuge deudor contrajo su obligación.

La cuestión se vincula también con lo dispuesto en el inc. 2º del art. 1723, referido al pacto sustitutivo del régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes o por el de participación en los gananciales, en cuanto ahí se advierte que "El pacto (...) no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer ...".

Considerando lo expuesto, Claro Solar dice que "Si los cónyuges se hallaban casados bajo el régimen de sociedad conyugal y pactan separación total de bienes, los bienes que correspondan a la mujer y que formaban parte del haber social podrán ser perseguidos por los acreedores como si la separación de bienes no se hubiere pactado; y la mujer no podrá oponerles el nuevo pacto e invocar el nuevo régimen de bienes en

"Art. 863. (1042) Concluido el inventario, se protocolizará en el registro del notario que lo haya formado, o en caso de haber intervenido otro ministro de fe, en el protocolo que designe el tribunal. / El notario deberá dejar constancia de la protocolización en el inventario mismo".

"Art. 864. (1043). Es extensiva a todo inventario la disposición del artículo 383 del Código Civil".

"Art. 865. (1044). Cuando la ley ordene que al inventario se agregue la tasación de los bienes, podrá el tribunal, al tiempo de disponer que se inventarién, designar también peritos para que hagan la tasación, o reservar para más tarde esta operación. / Si se trata de objetos muebles podrá designarse al mismo notario o funcionario que haga sus veces para que practique la tasación".

él pactado para liberarse de la responsabilidad que afectaba a estos bienes, ni para desconocer los derechos reales que sobre ellos se hubieren constituido por el marido a favor de los terceros".⁹⁴

Esta postura de la doctrina, implica permitir el embargo de los bienes de la mujer, cuando se le han adjudicado, como si el pacto del art. 1723 no existiese. Ello, supone entender la inoponibilidad del pacto a los acreedores del marido como una sanción que opera de pleno derecho.⁹⁵

A dicha conclusión arriba también Ramos Pazos: "Conveniencia de practicar inventario solemne. Estando claro que sólo cuando hay incapaces debe realizarse inventario solemne, no se crea que en los demás casos da lo mismo realizar uno u otro. Claramente no da lo mismo, puesto que el inciso 1º del artículo 1766 señala que (...) De manera que el inventario simple no es oponible a los acreedores que no lo hubiesen firmado. Y existe variada y reciente jurisprudencia que ha desechado tercerías de dominio interpuestas por la mujer, cuando la tercería se funda en adjudicaciones hechas en una liquidación practicada sin inventario solemne. Dados los términos en que está redactada la norma 'no tendrá valor en juicio', pensamos que la oponibilidad (sic)⁹⁶ opera de pleno derecho. Finalmente conviene precisar que la 'sanción de inoponibilidad establecida en el inciso 1º del artículo 1766 del Código Civil sólo beneficia a aquel que tenga la calidad de acreedor al momento en que se efectúe el inventario y tasación de los bienes, que formaban parte del patrimonio de la sociedad conyugal'. También se ha fallado que 'la acción deducida por la tercerista será desestimada, por considerar que el pacto de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal en que se funda, le resulta inoponible al acreedor y ejecutante en estos autos, quien podrá perseguir el cobro de la deuda en los bienes embargados, como si no se hubiere celebrado el pacto y adjudicación mencionados".⁹⁷

Esta línea doctrinaria, ha tenido recepción en diversas sentencias, v. gr., fallo de la Corte Suprema de 6 de junio de 2006⁹⁸; sentencia de la Corte de Concepción de 6 de septiembre de 1994; fallo de la Corte Suprema de 23 de enero de 1990; sentencia de la misma Corte de 9 de abril de 2002;⁹⁹ sentencia de la Corte de Temuco de fecha 17 de octubre de 2006, autos Rol N° 1.423-2006.

Otra corriente, si bien también admite le persecución de bienes que fueron adjudicados a la mujer, por deudas del marido, exige que en forma previa se deduzca una acción de inoponibilidad, sosteniendo que, en dicho supuesto, el acreedor debe acreditar el perjuicio.¹⁰⁰ Vale decir, la inoponibilidad no operaría de pleno derecho. Pero más allá de este matiz, el resultado final puede ser el mismo: que se rechace la tercería de posesión o de dominio opuesta por la mujer a los acreedores de su marido.

Así las cosas, si por ejemplo se adjudica a la mujer un inmueble, el riesgo jurídico consiste en que, a la fecha de la liquidación de la sociedad conyugal, hayan existido acreedores del marido, que intentaren cobrar sus acreencias en el inmueble que se le adjudicó a la cónyuge. Como hemos visto, sus acciones tendrían soporte doctrinario y jurisprudencial.

En síntesis:

⁹⁴ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago de Chile, Universitarias, 1977, t. II, p. 273.

⁹⁵ Aedo Barrera, Cristián, "Algunos problemas relativos a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Una especial referencia al pacto de sustitución de régimen", en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Sección Estudios, Año 18, N° 2, 2011, p. 44.

⁹⁶ Entendemos que quiso decir "inoponibilidad".

⁹⁷ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, tomo I, pp. 278 y 279.

⁹⁸ Citada por Ramos Pazos, René, ob. cit.

⁹⁹ Citadas por Aedo Barrera, Cristián, ob. cit.

¹⁰⁰ Aedo Barrera, Cristián, ob. cit., p. 45.

i.- Si el inventario fuere simple, la mujer no podrá oponer eficazmente una tercería frente a los acreedores del marido, aduciendo la primera que a ella se le adjudicaron los bienes que se han embargado. Lo anterior, en el entendido, en nuestra opinión, que tales acreedores lo hayan sido al momento de la liquidación de la sociedad conyugal. Así se desprende del art. 1766 del Código Civil. Si se trata de obligaciones contraídas por el marido *después* de la liquidación de la sociedad conyugal y de la adjudicación de bienes, a nuestro juicio la tercería de la mujer debería acogerse, aunque el inventario haya sido simple, pues a la sazón no existía el acreedor del marido que lo hubiere aprobado y firmado. Con todo, admitimos que el punto podría discutirse, dados los términos tan amplios que emplea el art. 1766, en cuanto expresa que el inventario y la tasación que se hubieren hecho sin solemnidad judicial “no tendrán valor en juicio sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado”.

ii.- Si el inventario fuere simple o incluso solemne, pero al momento de liquidarse la sociedad conyugal y adjudicarse los bienes a la mujer el marido ya era deudor de cierto acreedor, el pacto de liquidación no será oponible al último, de conformidad a lo previsto en el art. 1723, inc. 2º, en cuanto expresa que “El pacto que en ella conste (en la escritura pública) no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer”. Uno de esos derechos del tercero, podría haber sido el derecho de prenda general que tenía sobre los bienes del marido. De esa manera, aunque ahora algunos de esos bienes estén radicados en el patrimonio de la mujer, tal circunstancia no podría afectar el mencionado derecho del acreedor. Sin embargo, la duda aquí, como se anticipó, consistiría en determinar si la inoponibilidad a que alude el art. 1723 opera de pleno derecho (y, por ende, por ejemplo, podría alegarse por el acreedor en un procedimiento ejecutivo), o, si por el contrario, si es necesario que el acreedor, previamente, deduzca una acción de inoponibilidad conforme al procedimiento ordinario, para que en él, probándose el perjuicio al acreedor, se declare que el pacto del art. 1723 le es inoponible.

3.- Contenido del inventario.

Debe comprender una relación completa de los bienes sociales y además de los bienes propios de los cónyuges. De ahí que el art. 1765 aluda a “todos los bienes que (la sociedad) usufructuaba o de que era responsable”.

Deberá comprender también los bienes reservados que pasan a ser gananciales, al disolverse la sociedad. No ingresarán sin embargo aquellos otros bienes que la mujer administra como separada de bienes, porque ellos no pueden formar parte de las operaciones de liquidación (por ejemplo, los bienes contemplados en los artículos 166 y 167).

4.- Sanciones.

Como señalábamos, la omisión del inventario solemne, en los casos en que es obligatorio, hace al infractor responsable de todo perjuicio.

Sanciona también la ley la omisión dolosa de bienes que debieron inventariarse. Si la omisión no constituye fraude, se completa el inventario con las partidas excluidas.

Por su parte, el art. 1768 sanciona la distracción¹⁰¹ u ocultación dolosa de bienes que deben ser objeto de la liquidación. La sanción consiste en que el cónyuge que incurrió en el dolo perderá su porción en dicha cosa, la que además deberá restituirla doblada.

La acción para reclamar la indemnización de perjuicios, prescribe en 4 años, contados desde que se consumó la ocultación, o sea, el dolo. En efecto, como expresa Alessandri, la ocultación o distracción dolosa de un bien social es un delito civil. La acción a que da origen es personal: sólo puede intentarse contra el autor de la ocultación o distracción o sus herederos. Agrega que como su objeto es obtener la restitución de los bienes, o su valor, y la pérdida de la porción que el culpable tenga en ellos, es de rigor que el cónyuge inocente demande su aplicación ante la justicia ordinaria o ante el partidor. Se trata de una cuestión que servirá de base para la repartición y que la ley no ha sometido de un modo expreso al conocimiento de aquélla (art. 651 del Código de Procedimiento Civil). No cabe tampoco invocar el art. 1331 del Código Civil para excluir la cuestión de la competencia del partidor, pues este precepto se refiere al caso en que se alegue que un bien no es partible, porque no forma parte de la sociedad conyugal, lo que aquí no sucede. Por el contrario, el bien es social, forma parte del haber partible, y si debe adjudicarse íntegramente a uno de los cónyuges es a título de pena y no porque tenga su dominio exclusivo. La acción podrán intentarla el cónyuge inocente, sus herederos (salvo el culpable) y los acreedores de la sociedad: todos ellos son perjudicados.¹⁰²

Hemos señalado que la acción prescribe en 4 años, plazo contemplado en el art. 2332, en las normas de los delitos y cuasidelitos civiles. Ahora bien, dicho precepto señala que los cuatro años se contarán "desde la perpetración del acto". Por ello, dice Alessandri que el plazo se contará desde que la ocultación o distracción se cometió, a menos que ésta se realice durante la sociedad. Como en este caso sólo la habrá si subsiste hasta su liquidación, ese plazo se contará desde que ésta termine o desde que se hizo el inventario en que la cosa se omitió, según la naturaleza del hecho constitutivo de la distracción u ocultación.¹⁰³ Ahora bien, recordemos que la prescripción en materia extracontractual no se suspende, habida cuenta que se trata de una prescripción de corto tiempo (art. 2524).

Sin embargo, en opinión de Pablo Rodríguez Grez, en un caso la prescripción de la acción emanada de un delito o cuasidelito, se suspendería: si se trata de la prescripción que correría entre los cónyuges, pues debe prevalecer el art. 2509, inciso final, en cuanto a que "La prescripción se suspende siempre entre cónyuges". En abono a su tesis, alude a los artículos 1748 y 1771 del Código Civil. El primero, se refiere a los delitos y cuasidelitos cometidos por uno de los cónyuges en perjuicio de la sociedad conyugal, caso en el cual el cónyuge autor del hecho ilícito "... deberá asimismo recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito"; el segundo, en su inciso inicial, dispone que respecto de los bienes propios de cada cónyuge, "Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos." Estos preceptos, dice Rodríguez Grez, "... son coherentes y excluyen la prescripción entre cónyuges o, por lo menos, no mencionan esta hipótesis. Por último,

¹⁰¹ La distracción, en términos estrictos, consiste en la desviación de bienes que corresponden a otra persona hacia el propio patrimonio. Arturo Alessandri Rodríguez, señala que "Hay distracción cuando alguno de los cónyuges o de sus herederos sustrae un bien social para apropiárselo o exclusivamente en perjuicio del otro, de sus herederos o de los acreedores sociales": *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, citado a su vez por Ramos Pazos René, ob. cit., p. 279.

¹⁰² Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 524.

¹⁰³ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pp. 524 y 525.

contraviene los valores amparados en la ley colocar a los cónyuges en situación confrontacional, obligando a cualquiera de ellos, durante el matrimonio, a iniciar demanda para interrumpir las prescripciones que pudieren estar corriendo. Lo anterior es contrario al espíritu que prevalece en la vida común y la unidad de la familia.”¹⁰⁴ Pues bien, a los dos casos que menciona Rodríguez Grez, ciertamente que podemos agregar el del art. 1768. Esta suspensión, conforme a lo estudiado en materia de prescripción, no podría extenderse más allá de diez años, a juicio de algunos, o se mantendría en forma indefinida, a juicio de otros (nos remitimos a los planteamientos expuestos al estudiar la suspensión de la prescripción, específicamente en lo tocante a la frase final del art. 2509, “La prescripción se suspende siempre entre cónyuges”).

Sin embargo, debe advertirse que la jurisprudencia nacional ha concluido que la norma del inciso final del art. 2509 es exclusiva de la prescripción adquisitiva, no correspondiendo aplicarla a la prescripción extintiva, pues el art. 2520, que se refiere a ésta última, sólo alude a las personas enumeradas en los números 1 y 2 del art. 2509, y no a quienes menciona el inciso final del mismo artículo, pues ellas (los cónyuges) no están detrás de un número.

5.- Tasación.

También debe procederse a tasar los bienes comprendidos en el inventario, de acuerdo a las reglas de la sucesión por causa de muerte (art. 1765). En principio y de conformidad al art. 1325, inc. 2º del Código Civil, la tasación debiera hacerse por peritos. Sin embargo, el art. 657 del Código de Procedimiento Civil, en las normas del juicio de partición, autoriza a los copartícipes para prescindir de la tasación a través de peritos, aunque entre ellos haya incapaces, si el valor de los bienes se fija de común acuerdo, con tal que existan en los autos antecedentes que justifiquen la apreciación. ¿Cuáles son estos antecedentes? Citamos a Pedro Lira: “La ley no los indicó pero se entiende que se trata de documentos públicos o privados que existan o se hayan incorporado al expediente particional. Tales son, entre otros, las tasaciones periciales hechas por instituciones bancarias o de previsión; el avalúo fiscal, el precio de venta de una propiedad similar y vecina, un contrato de arrendamiento de reciente fecha”.¹⁰⁵ Cabe indicar que la expresión “autos” no debemos entenderla sólo como referida al juicio de partición, sino que también a la propia escritura pública de partición, como ha concluido nuestra jurisprudencia. De esta manera, los cónyuges, excónyuges o ex presuntos cónyuges, podrán avaluar de común acuerdo los bienes sociales, cuya suma determinará el activo, correspondiendo a cada uno la mitad.

También puede omitirse la tasación pericial, si se quiere licitar bienes muebles o fijar un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños (o sea, vendiéndolos en pública subasta).

II.- FORMACION DEL ACERVO LÍQUIDO.

1.- Operaciones que comprende.

El acervo líquido es aquél que se dividirá entre los cónyuges. Se forma mediante una serie de operaciones, que consisten en formar un acervo bruto o común y después deducir los bienes propios de los cónyuges, los precios, saldos y recompensas y el pasivo social.

2.- Formación del acervo bruto.

¹⁰⁴ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 485 y 486.

¹⁰⁵ Lira Urquieta, Pedro, *La partición de bienes*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1948, p. 120.

Se forma acumulando imaginariamente los siguientes bienes:

a) Todos los bienes muebles e inmuebles que existan en poder de los cónyuges al disolverse la sociedad, sean propios, sociales o reservados de la mujer.

Con ello, se da aplicación práctica al art. 1739, que establece una presunción de dominio a favor de la sociedad respecto de toda cantidad de dinero y cosas fungibles y de toda especie de crédito o derecho que exista en poder de cualquiera de los cónyuges al disolverse la sociedad.

b) Los frutos de los bienes que los cónyuges parcialmente separados administran y las cosas adquiridas con dichos frutos.

c) Todos los créditos que se adeudan a la sociedad y las recompensas que los cónyuges puedan adeudarle o las indemnizaciones que procedan a su favor (art. 1769).

La acumulación procede, aunque ambos cónyuges adeuden recompensas a la sociedad. No cabe compensar entre ellos las recompensas y acumular sólo el saldo.

3.- Restitución de los bienes propios.

Para determinar el acervo líquido, deben deducirse del bruto los bienes propios de los cónyuges. Cada cónyuge, por sí o por sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa de bienes, las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan (art. 1770).

Esta restitución se refiere a los bienes propios de cada cónyuge, que la sociedad detentaba sólo para percibir sus frutos. En consecuencia, esta restitución, como lo ha resuelto la jurisprudencia, no constituye adjudicación.

La restitución de dichas especies deberá hacerse tan pronto fuere posible, después de terminarse el inventario y tasación. Los bienes se restituyen en el estado en que se encuentran a la época de la disolución de la sociedad.

Los aumentos que experimenten las especies por *causas naturales*, aprovechan al cónyuge propietario, sin que éste adeude indemnización alguna a la sociedad (art. 1771, inciso 2º). Esto es una justa contrapartida, al hecho de soportar el cónyuge propietario las pérdidas o deterioros, salvo que se debieren a dolo o culpa grave del otro cónyuge, caso en el cual el responsable deberá la correspondiente indemnización (art. 1771, inc. 1º).

Pero por los aumentos que se deban a la *industria humana* (es decir, por mejoras), se deberá recompensa a la sociedad (art. 1746).

4.- Liquidación y deducción de las recompensas.

Frecuentemente, la sociedad debe recompensa a los cónyuges y éstos también se la deben a la sociedad.

Si los cónyuges son en definitiva deudores de la sociedad, la deuda se acumulará imaginariamente al haber social (art. 1769).

Si el cónyuge es, en definitiva, acreedor de la sociedad, procede efectuar la correspondiente deducción del acervo bruto. La deducción se hace dentro de un año, contado desde que el inventario y la tasación concluyan (art. 1770). El juez puede ampliar o restringir este plazo a petición de los interesados, por motivos fundados y con conocimiento de causa.

La deducción se hace por el cónyuge en su calidad de acreedor de la sociedad, pudiendo ejecutarla sobre los bienes sociales que, disuelta la sociedad, son comunes de los cónyuges.

El art. 1773 establece un orden de prelación para hacer valer estos saldos. Se harán efectivos:

Primero: sobre los dineros y muebles de la sociedad;

Subsidiariamente: sobre los inmuebles de la misma.

La prelación indicada puede alterarse por acuerdo de los cónyuges.

En estos casos, el cónyuge recibe el bien como adjudicatario, siendo su título declarativo y no traslativo de dominio, pues se limita a singularizar el dominio del cónyuge sobre un bien perteneciente al patrimonio social del que pasó a ser comunero.

La ley consagra ciertos derechos especiales de la mujer para efectuar estas deducciones; se los otorgan en esta materia los arts. 1773 y 2481 y son los siguientes:

i.- Tiene derecho a efectuar estas deducciones antes que el marido. Por lo tanto, el marido cobrará su saldo de recompensa una vez que la mujer se haya pagado.

ii.- Si los bienes sociales son insuficientes, la mujer puede hacer efectivo su saldo de recompensas sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo o por el juez si discreparen. Si en definitiva el marido paga con sus bienes propios el crédito de la mujer, ésta adquirirá tales bienes por dación en pago, no por adjudicación. El título será entonces traslativo y no declarativo de dominio.

3º La mujer tiene un privilegio de cuarta clase para pagarse de este saldo (art. 2481 Nº 3).

Se ha impugnado el alcance de este privilegio, sosteniendo algunos que no puede hacerse efectivo sobre los bienes sociales, sino sólo sobre los bienes propios del marido. Opina Rossel que el privilegio se ejercita sobre ambas clases de bienes, como lo prueba la historia fidedigna del establecimiento de la ley. Además, disuelta la sociedad conyugal desaparecen los bienes sociales y los bienes son de la mujer y del marido, de manera que la ley, al hablar de "bienes del marido", involucra los que fueron bienes sociales en la parte que pasan a ser del marido. Así lo ha resuelto la jurisprudencia.¹⁰⁶

Recordemos que el derecho a cobrar las recompensas e indemnizaciones asiste a la mujer, aunque haya renunciado a los gananciales.

5.- Cálculo y deducción del pasivo.

Efectuadas las operaciones anteriores, se determinará la cuantía del pasivo de la sociedad conyugal y se deducirá del activo, para determinar si aquella es o no solvente.

Sólo se toman en cuenta las deudas sociales, no las personales de los cónyuges, pues éstas afectan el patrimonio de cada cual, no el de la sociedad.

No es necesario pagar el pasivo; basta con deducirlo imaginariamente. En la práctica, conviene pagarlo, pues en tal caso sólo se dividirán los bienes. Si no se paga, habrá que dividir también el pasivo entre los cónyuges.

6.- División de los gananciales.

Efectuadas las operaciones anteriores, háyanse o no pagado las deudas, y como en todo caso ellas estarán imaginariamente deducidas, se formará el haber líquido, que recibe el nombre de "gananciales". Estos se dividen por mitad entre los cónyuges (art. 1774).

a) *Excepciones a la división de gananciales por mitad:*

i.- Si en las capitulaciones matrimoniales los esposos hubieren convenido otra forma de división.

ii.- Si alguno de los cónyuges pierde su porción en una o más cosas, por haberla distraído u ocultado dolosamente (art. 1768).

b) *Naturaleza del título en virtud del cual los cónyuges reciben bienes en la liquidación de la sociedad conyugal.*

¹⁰⁶ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 175.

La liquidación de sociedad conyugal no es más que una forma especial de partición, a la que se le aplican las normas que respecto a ésta contempla el Código Civil en el Título X del Libro III, cuando se trata de la partición de la comunidad hereditaria (artículos 1317 a 1377). Así lo dispone el art. 1776: "La división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios".

Ahora bien, cabe preguntarse qué clase de título es el acto de adjudicación, que opera en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal. Recordemos que el Código Civil clasifica los títulos en el art. 703, en las normas de la posesión, distinguiendo entre títulos "constitutivos de dominio" y títulos "translativos de dominio". A estos dos, la doctrina y la jurisprudencia agregan una tercera clase, la de los "títulos declarativos de dominio", no explicitada en el art. 703. En este último artículo, después de definirse en su inc. 3º los títulos translativos de dominio, agrega el inc. 4º: "Pertencen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición". Pues bien, las adjudicaciones que operan en la liquidación de la sociedad conyugal, constituyen "actos legales de partición". Entonces, conforme al tenor del art. 703, las referidas adjudicaciones serían títulos translativos de dominio. Sin embargo, la cuestión se complica, si consideramos el tenor del art. 1344, en las normas de la partición de bienes hereditarios, aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal, según hemos visto, por mandato del art. 1776: "Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. / Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena". A su vez, el art. 718, también en las normas posesorias, consigna: "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión. / Podrá pues añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios". Estos dos artículos, junto al art. 2417 en la hipoteca, son los que permiten sostener que existe una tercera clase de títulos, llamados "declarativos de dominio". Y si los tenemos presente, resultaría que "los actos legales de partición" serían más bien un título declarativo y no translativo de dominio. ¿Cómo resolver este conflicto normativo? Hay tres respuestas:¹⁰⁷

i.- Algunos entienden que estamos ante un título declarativo de dominio: intentando explicar el alcance del art. 703 en esta materia, se ha dicho que el legislador quiso aludir a que pertenecen a los títulos "derivativos de dominio", en contraposición a los constitutivos, a los que se alude en los incisos 1º y 2º del artículo, entendiéndose que en el caso de los derivativos, existió un dominio anterior. Claro Solar expresa al respecto: "La adjudicación en las particiones de bienes comunes no es *atributiva* sino *declarativa* de propiedad; y por consiguiente, no puede decirse que sea un título translativo de dominio. La ley no dice que las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición sean títulos translativos de dominio; sino que pertenecen a esta clase, porque evidentemente no son constitutivos de dominio desde que se refieren a cosas ya apropiadas y el adjudicatario adquiere el dominio que tenía su antecesor a quien sucede inmediata y exclusivamente". El autor citado atribuye efecto declarativo a toda partición, sea aquella que se realiza en una comunidad hereditaria o

¹⁰⁷ Estos conceptos se exponen también en nuestro apunte relativo a "La Posesión", pero por razones didácticas, los reiteramos en esta materia.

cuando se trate de la partición de una cosa singular perteneciente proindiviso a varias personas, cualquiera sea el origen de la indivisión, como un legado, una compraventa, donación, etc. En todos estos casos, "cada uno de los partícipes se entiende haber sucedido directamente al anterior propietario en la parte que por la división le cupiere y no haber tenido parte alguna en lo que se adjudica a los otros partícipes".¹⁰⁸ Asimismo, se ha entendido que el legislador alude al caso en que el adjudicatario es un extraño y no uno de los comuneros, porque para éstos tales títulos sólo pueden ser declarativos de dominio. En este sentido, también se invoca la historia de la ley. El art. 836 del Proyecto de 1853, correspondiente al actual 703, establecía que entre los títulos traslativos de dominio se encontraba la "*adjudicación judicial*", expresiones con las cuales Bello habría querido aludir a una adjudicación en juicio ejecutivo, es decir a compraventa en remate, sin duda título traslativo. La Comisión Revisora habría tergiversado la idea al cambiar estas expresiones por la errónea fórmula actual.¹⁰⁹ Alessandri, refiriéndose específicamente a la adjudicación que opera en la liquidación de la sociedad conyugal, expresa: "Efecto declarativo.- La consecuencia más importante que deriva de aplicar a la división del haber social las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios, es que esa división, al igual que toda partición, produce efectos declarativos (arts. 1344 y 1776). Las adjudicaciones en los bienes sociales (muebles o inmuebles, corporales o incorpóreas) a favor de los cónyuges o sus herederos, aunque se hagan en pública subasta y su precio se pague al contado, no importan enajenación de un cónyuge a otro, sino la determinación o singularización de un derecho poseído en común".¹¹⁰

ii.- Otros concluyen que la adjudicación que opera en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal, es un título traslativo de dominio: se afirma que "... si las sentencias de adjudicación y los actos legales de partición son de la clase de los títulos traslativos, es porque sus efectos son los mismos. No existe fundamento de texto que permita la interpretación que han sostenido algunos de nuestros Tribunales y la aparente contradicción que con esta tesis se busca evitar, en la práctica no existe. Es así como el artículo 1344 se está refiriendo a la situación que se plantea en las comunidades que encuentran origen en las sucesiones por causa de muerte y en las cuales el modo de adquirir es precisamente la sucesión. Es en este ámbito en que las sentencias de adjudicación y los actos legales de partición no constituyen títulos traslativos ya que no existe tradición que efectuar. Es en este tipo de comunidades en las cuales las sentencias de adjudicación y los actos de partición son títulos meramente declarativos. En efecto, el dominio de estos comuneros deriva directamente del causante y no de la comunidad, que a su fallecimiento se forma".¹¹¹ En cambio, se agrega, en las comunidades que no encuentran razón en el fallecimiento de una persona, sino que se han formado por acto entre vivos, las sentencias de adjudicación y los actos de partición, serían efectivamente títulos traslativos de dominio. En otras palabras, habría que formular un distingo, según si se trata de la partición de bienes de una comunidad hereditaria, en cuyo caso las adjudicaciones serán título declarativo de dominio, por mandato del art. 1344, y si se trata de una partición de una comunidad de distinto origen, en cuyo caso las adjudicaciones serán título traslativo de dominio, por mandato del art. 703. A su vez, en el primer caso, el modo de adquirir para el heredero adjudicatario será la sucesión por causa de muerte,

¹⁰⁸ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, tomo 7º, "De los Bienes", II, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1932, pp. 480 y 481.

¹⁰⁹ El art. 836 del Proyecto de 1853, expresaba: "El título puede ser constitutivo o traslativo de dominio. / Son constitutivos de dominio la ocupación y la accesión. / Son traslativos de dominio los que consisten en un contrato idóneo para transferir el dominio, como la venta, la permuta, la donación, etc.; o en una adjudicación judicial".

¹¹⁰ Alessandri Rodríguez Arturo, ob. cit., p. 576.

¹¹¹ Acuña Fernández, Christian, *Estudio de los Bienes y Derechos Reales*, Santiago de Chile, Metropolitana Ediciones, 2000, p. 199.

mientras que, en el segundo caso, el modo será la tradición. Así, "En conclusión, las adjudicaciones y actos de partición serán títulos meramente declarativos cuando pretendan la disolución de una comunidad que encuentra su origen en la muerte de una persona, pero serán títulos traslaticios de dominio en el resto de los casos".¹¹²

iii.- Otros, en fin, sostienen un planteamiento en cierto modo ecléctico, distinguiendo según se trate del dominio y de la posesión: expresa Peñailillo que para aislar el problema, conviene precisar que respecto del dominio, debe prevalecer el art. 1344, que no tiene contradictor: "Respecto del dominio la adjudicación tiene sin duda un efecto declarativo (el adjudicatario es considerado dueño de lo que recibe en adjudicación desde el día en que se originó la comunidad y no desde el día en que se le adjudicó)". Distinto es el caso de la posesión: "Pero respecto de la posesión la calificación de estos actos queda como un problema, al menos aparente, al enfrentarse el citado inc. 4º del art. 703 con el art. 718. Según el 703, estos títulos pertenecen a los traslaticios, y según el 718 son declarativos. En definitiva, respecto de la posesión la adjudicación (sea proveniente de la sentencia del partidor o del acuerdo de los comuneros), ¿tiene un efecto traslaticio o declarativo? Se ha sostenido que si bien respecto del dominio el efecto declarativo es claro (por el art. 1344), en materia posesoria se le considera título traslaticio. Y es así por el tenor del 703, que simplemente la asimila a los traslaticios. Y en cuanto al 718, por los efectos que señala se estaría refiriendo, igual que el art. 1344, al efecto declarativo respecto del dominio. En contra se ha sostenido que, en materia posesoria, igual que en el dominio, la adjudicación tiene efecto declarativo (es título declarativo); es así por el tenor del art. 718. Y cuando el art. 703 la considera título traslaticio se estaría refiriendo a las 'adjudicaciones' efectuadas en el proceso particional a extraños. Esta última afirmación requiere una aclaración. En la práctica –y a veces en los textos legales– en el proceso particional suele emplearse impropriamente el término 'adjudicación' para designar a transferencias de bienes comunes a terceros (por ejemplo, por remate). Auténtica adjudicación existe sólo entre comuneros. Entonces, como el término suele usarse en ese sentido impropio, se estima que ése sería el sentido empleado en el 703 y se aplicaría, por tanto, sólo a esas 'adjudicaciones' a extraños. Por cierto, dirimir la disyuntiva trae consecuencias prácticas. Puede verse en el siguiente ejemplo: en 1980 A, B y C compran un mueble en común y lo reciben en tradición. En 1983 parten la comunidad y A se adjudica el bien. Ocurre que la cosa no era del vendedor y, en 1984, el dueño la reivindica. El reivindicante sostiene que la adjudicación es título traslaticio para poseer; de modo que el adjudicatario sólo es poseedor desde 1983, teniendo a la fecha de la demanda sólo un año de posesión. El demandado A sostiene que la adjudicación es título declarativo para poseer y, por tanto, él es poseedor exclusivo desde 1980 y que, por reunir los demás requisitos de la posesión regular, ya ha ganado la cosa por prescripción, de dos años, que cumplió en 1982".¹¹³

c) *Posición de la jurisprudencia*: en una sentencia de fecha 15 de diciembre de 1921 de la Corte Suprema, se concluye que "La sentencia de adjudicación dictada por el juez competente en un juicio de liquidación de la sociedad conyugal es un título traslaticio de dominio. Por tanto, y habiéndose ordenado judicialmente la inscripción de ese título para efectuar la tradición de la cosa raíz adjudicada y llenados en la inscripción todos los otros requisitos exigidos para las de su clase, la tradición se consuma y la adjudicataria adquiere desde ese momento el carácter de única y exclusiva dueña del fundo, quedando con ella también cancelada, legalmente, por resolución judicial, la inscripción que existía a favor del antiguo dueño, aunque en la nueva no se haya estampado el detalle reglamentario de haberse cancelado la antigua". Pero posteriormente, por sentencia de 29 de septiembre de 1938, se sostiene la tesis

¹¹² Acuña Fernández, Christian, ob. cit., p. 202.

¹¹³ Peñailillo Arévalo, Daniel, "Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 342 y 343.

contraria, atribuyéndose a la adjudicación el carácter de título declarativo, siguiendo los postulados ya citados de Claro Solar: "De acuerdo con el artículo 718, resulta que la adjudicación tiene un carácter meramente declarativo y no atributivo de propiedad. El artículo 703 se limita a declarar que las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, pertenecen a la clase de títulos traslaticios, pero sin incluirlos entre ellos y sin darles expresamente esa calidad ni reconocerles que por su naturaleza sirvan para transferir el dominio, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Si bien el artículo 703 expresa que pertenecen a la clase de títulos traslaticios de dominio, las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición, ello tiene aplicación respecto de los terceros que adquieren la posesión, derivándola de la sucesión del difunto; pero para los coasignatarios tales títulos sólo pueden ser declarativos o determinativos de dominio, si se atiende a que el artículo 718 dispone que cada uno de los copartícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión. Refuerza este aserto el artículo 1344".¹¹⁴

d) *Momento a partir del cual el cónyuge o ex cónyuge adjudicatario, se entiende propietario exclusivo del bien que se le adjudica. Efectos respecto de los embargos y prohibiciones.*

Aún aceptando que la adjudicación que opera en la liquidación de la sociedad conyugal fuere un título declarativo de dominio, cabe advertir, como expresa Alessandri, que "Los efectos declarativos de las adjudicaciones hechas en la liquidación de la sociedad conyugal se retrotraen a la fecha en que ésta se disolvió y no a aquella en que el bien adjudicado ingresó al haber social. Lo creemos así:

i.- Porque según el art. 718 del C.C., concordantes con el 1344, los efectos de la adjudicación se retrotraen a la época *en que comenzó la indivisión*; ésta, en materia de sociedad conyugal, principia a su disolución. Durante su vigencia, no hay indivisión, el marido y la mujer no son comuneros ni copropietarios de los bienes sociales. La mujer por sí sola no tiene *derecho alguno* sobre ellos *durante la sociedad* (art. 1752), lo que corrobora el propio Bello cuando dice: 'se ha descartado el dominio de la mujer en los bienes sociales durante la sociedad; ese dominio es una ficción que a nada conduce'. La mujer, durante la sociedad, sólo tiene la expectativa de llegar a ser comunera en los bienes que existan a su disolución.

ii.- Porque, de lo contrario, se desconocerían las facultades del marido y de la mujer respecto de la administración de los *bienes sociales y reservados*, respectivamente, y estas facultades derivan de disposiciones de orden público que las partes no pueden modificar".¹¹⁵

Dado este efecto declarativo, aunque acotado al momento en que se disolvió la sociedad conyugal y no antes, cabe tener presente las siguientes hipótesis:

i.- *Embargos y prohibiciones decretados sobre la cuota de uno de los cónyuges en los bienes comunes o sobre toda la cosa con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal y por obligaciones personales del cónyuge o contraídas cuando la sociedad conyugal ya había cesado.*

Señala Alessandri que "La adjudicación a favor de uno de los cónyuges o sus herederos es válida, aunque la cuota o los derechos del otro u otros estén embargados o prohibidos de enajenar *por obligaciones personales suyas o contraídas con posterioridad a la disolución de la sociedad*; efectuada la adjudicación, *caduca el embargo o la prohibición* y el adjudicatario puede solicitar su alzamiento mediante la correspondiente tercería de dominio o por la vía incidental, según el caso. El art. 1464

¹¹⁴ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Tomo III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 163 y 164.

¹¹⁵ Alessandri Rodríguez Arturo, ob. cit., p. 579.

del Código Civil es inaplicable: se refiere a la *enajenación* y la adjudicación entre comuneros no lo es”.¹¹⁶

En este caso, consigna Alessandri, “La eficacia de este embargo o prohibición depende del resultado de la partición, al igual que la de los derechos reales que los comuneros constituyan por sí solos sobre la cosa común durante la indivisión. Adjudicada la cosa al otro cónyuge, se reputa que el deudor, al decretarse ese embargo o prohibición, no tenía su dominio; no ha podido, por lo tanto, ser objeto de embargos o de medidas precautorias para asegurar el pago de sus obligaciones personales: unos y otras sólo pueden recaer sobre bienes del deudor y no de terceros”.¹¹⁷

Así, por ejemplo, se disuelve la sociedad conyugal el 15 de marzo de 2020. El 30 de julio del mismo año, el marido obtiene un préstamo en cierto Banco. Después de caer en mora en el pago de la obligación el 10 de febrero de 2021, el Banco acreedor embarga el 31 de julio de 2021 un inmueble inscrito en el Registro de Propiedad a nombre del deudor. El 10 de septiembre de 2021, los cónyuges proceden a liquidar la sociedad conyugal, adjudicándose a la mujer dicho inmueble. El dominio exclusivo de la mujer se retrotrae al 15 de marzo de 2020. En consecuencia, en el momento en que se produjo el embargo (31 de julio de 2021), debe entenderse que el marido no tenía derecho alguno sobre dicho bien. El embargo, entonces, deberá dejarse sin efecto.

ii.- *Embargos y prohibiciones decretados sobre bienes sociales durante la vigencia de la sociedad conyugal.*

A su vez, refiere Alessandri, los embargos y prohibiciones que se decreten *durante la sociedad* no obstan a la adjudicación de los bienes sobre que recaen ni a su inscripción en el Registro Conservatorio; el art. 1464 no la comprende. La adjudicación que se haga al otro cónyuge del bien embargado o prohibido de enajenar es válida; *pero el embargo o la prohibición subsiste*, no obstante la adjudicación, a diferencia de lo que ocurre cuando el embargo o la prohibición se hubieren decretado *después* de disuelta la sociedad.¹¹⁸ Ello será así, pues según se expresó, el efecto declarativo de la adjudicación no se retrotrae al momento en que el cónyuge respectivo hubiere adquirido el bien, sino que al momento en que la sociedad se disolvió y nació la comunidad.

Así, por ejemplo, el 30 de enero del año 2019, el marido obtiene un préstamo en cierto Banco. Después de caer en mora en el pago de la obligación el 10 de septiembre de 2019, el Banco acreedor embarga el 30 de octubre de 2019 un inmueble inscrito en el Registro de Propiedad a nombre del deudor. Se disuelve la sociedad conyugal el 15 de marzo de 2020. El 10 de septiembre de 2021, los cónyuges proceden a liquidar la sociedad conyugal, adjudicándose a la mujer dicho inmueble. El dominio exclusivo de la mujer se retrotrae al 15 de marzo de 2020. En consecuencia, en el momento en que se produjo el embargo (30 de octubre de 2019), el marido era propietario de dicho bien. El embargo, entonces, seguirá vigente.

iii.- *Embargos y prohibiciones decretados sobre bienes sociales después de disuelta la sociedad y antes de la liquidación, por deudas contraídas antes de la disolución.*

Por otra parte, y tal como ya se refirió al aludir al inventario de los bienes sociales, subsistirán también los embargos y prohibiciones que se hubieren decretado sobre los bienes sociales *con posterioridad a la disolución de la sociedad y antes de su adjudicación*, cuando las obligaciones que los motivaron se hubieren contraído *antes* de la disolución de la sociedad. Todos los bienes de la sociedad –dice Alessandri- estarán afectos al pago de estas deudas y su disolución no los releva de esta responsabilidad ni altera el derecho de los acreedores. Y agrega: “Por el contrario, esa responsabilidad subsiste, como lo prueba los arts. 1777 y 1778, que hacen responsable al marido del

¹¹⁶ Alessandri Rodríguez Arturo, ob. cit., p. 577.

¹¹⁷ Alessandri Rodríguez Arturo, ob. cit., p. 582.

¹¹⁸ Alessandri Rodríguez Arturo, ob. cit., p. 581.

total de las deudas de la sociedad y a la mujer, hasta concurrencia de su mitad de gananciales, es decir, de la parte de bienes sociales que, a título de tales, ingresen a su patrimonio. Admitir que por la adjudicación caduquen los embargos o prohibiciones que se hayan decretado sobre los bienes sociales con posterioridad a la disolución, a petición de acreedores de la misma, sería abrir puerta al fraude y permitir que los cónyuges los birlaren fácilmente, y aunque los acreedores podrían perseguirlos en su poder, si la mujer fuere responsable por las deudas sociales con arreglo al art. 1777, podrían llegar tarde, ya que en el intervalo la mujer habría podido enajenarlos a un tercero”.¹¹⁹

Otro artículo que debe tenerse presente en esta tercera hipótesis, es el 1723, inc. 2º, referido al pacto por el cual los cónyuges acuerdan poner término a la sociedad conyugal, en aquella parte que expresa: “El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer”.

Así, por ejemplo, el marido recibe un préstamo en noviembre de 2019. La sociedad conyugal expiró el 20 de abril de 2020. El deudor cae en mora el 15 de julio de 2020, y el acreedor obtiene el embargo de un inmueble el 20 de septiembre de 2020. El 15 de noviembre de 2020, los cónyuges disuelven la sociedad conyugal y se adjudica a la mujer el inmueble. El embargo subsistirá sin embargo, pues aunque al momento de producirse el embargo el inmueble debe entenderse que pertenecía a la mujer, la disolución de la sociedad conyugal no puede perjudicar a los acreedores que tenían los cónyuges, de conformidad a los arts. 1723, 1777 y 1778.

7.- División del pasivo.

Si el pasivo no hubiere sido pagado, debe también dividirse entre los cónyuges de conformidad a las siguientes reglas:

a) Desde el punto de vista de *la obligación a las deudas*, el marido es responsable frente a terceros del total de las deudas sociales (art. 1778). Esta regla tiene las siguientes excepciones:

i.- Las deudas personales de la mujer pueden perseguirse en los bienes propios de ésta;

ii.- Si se trata de una obligación indivisible, el acreedor podrá perseguir su pago indistintamente en el patrimonio del marido y en el de la mujer.

iii.- La obligación caucionada con hipoteca o prenda, se hará efectiva en contra del cónyuge adjudicatario del bien gravado (art. 1779).

b) Desde el punto de vista de *la contribución a las deudas*, los cónyuges deben soportarlas por mitad. Así se establece en el art. 1778, norma que no obstante responsabilizar al marido por el pago total de las deudas, deja a salvo su acción contra la mujer para que ésta le reembolse la mitad.

Tal principio de la división de las deudas por mitad sufre alteraciones:

i.- Si los cónyuges acuerdan otra forma de división de las deudas; y

ii.- En el caso del beneficio de emolumento de que goza la mujer, en cuya virtud soportará las deudas sociales sólo hasta concurrencia de su mitad de gananciales.

Esta división no es obligatoria para los terceros acreedores, quienes podrán cobrar sus créditos con las mismas facultades que tenían antes de disolverse la sociedad. Por ende, el marido seguirá siendo responsable de todas las deudas sociales (art. 1778). La mujer también podrá ser demandada y estará obligada a pagarlas hasta su mitad de gananciales (art. 1777).

Observamos que el acreedor no está obligado a respetar la división que los cónyuges hagan de las deudas sociales, porque la liquidación de la sociedad conyugal

¹¹⁹ Alessandri Rodríguez Arturo, ob. cit., p. 582.

no es un modo de extinguir las obligaciones ni supone una especie de novación por cambio de deudor¹²⁰.

8.- Beneficio de emolumento.

Establecido en favor de la mujer, mediante este beneficio ella sólo responde de las deudas sociales frente a terceros, hasta concurrencia de su mitad de gananciales (art. 1777).

Este beneficio puede ser opuesto por la mujer contra los terceros acreedores que pretendan exigir de la mujer una contribución mayor. En este caso, corresponderá a la mujer probar el exceso de la contribución que se le exige sobre su mitad de gananciales, sea por el inventario y tasación, sea por otros documentos auténticos. Al respecto, se ha fallado que es documento auténtico la sentencia del juez árbitro que liquidó la sociedad conyugal. Si la sociedad conyugal se hubiere liquidado de común acuerdo por los cónyuges, sería necesario, sin embargo, que el inventario fuere solemne, de conformidad a lo expuesto al tratar del art. 1766.

El beneficio también puede ser opuesto por la mujer contra el marido, como excepción, cuando éste, después de cancelar el pasivo social, pretende exigirle el reembolso de la mitad de lo pagado conforme al derecho que le otorga al marido el art. 1778, pero esta mitad excede los gananciales que le correspondieron a la mujer.

Este beneficio no puede renunciarse en las capitulaciones matrimoniales, pero nada impide que la mujer lo renuncie después de disuelta la sociedad.

9.- La liquidación de la sociedad conyugal es un acto que no admite resciliación.

¿Admite resciliación la liquidación de la sociedad conyugal? El art. 1723 del Código Civil, al referirse al pacto sustitutivo del régimen de bienes, advierte que una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges. Pero el mismo artículo alude a la liquidación de la sociedad conyugal que se hubiere hecho por el mismo pacto en el inciso siguiente, de manera que podríamos entender que la sustitución del régimen es irrevocable (aunque hoy no es absoluto, dados los términos de los artículos 165 del Código Civil y 40 de la Ley de Matrimonio Civil), pero la liquidación de la sociedad conyugal podría en teoría resciliarse. Ahora bien, -siempre a modo de hipótesis-, dado que la resciliación es un modo de extinguir obligaciones, sería necesario que subsistiera alguna obligación entre los cónyuges, para que aquella pudiese operar. Así las cosas, de lo que llevamos razonado, sería posible resciliar la liquidación de la sociedad conyugal, a menos que al liquidar la sociedad no hubiere subsistido obligación alguna entre los cónyuges o si se hubieren originaron, todas las obligaciones contraídas entre los cónyuges con motivo de la liquidación se hubiere con posterioridad extinguido. Sin embargo, una conclusión como esta, pugna con lo dispuesto en los artículos 1781 a 1785 del Código Civil, párrafo 6 del Título XXII del Libro IV, "De la renuncia de los gananciales hecha por parte de la mujer después de la disolución de la sociedad". En efecto, advierte el inc. 1º del art. 1782 que "Podrá la mujer renunciar mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales". Pues bien, desde el momento en que se liquidó la sociedad conyugal e ingresó a su patrimonio a título de gananciales el inmueble objeto de la misma, se extinguió el derecho que hasta ese momento tenía la mujer para renunciar a los gananciales. Ello, habida cuenta que medió por parte de la mujer aceptación de los gananciales. Y tanto la renuncia como la aceptación son actos jurídicos irrevocables, lo que es lo mismo, para nuestros efectos,

¹²⁰ El mismo principio opera tratándose de las deudas hereditarias.

que afirmar que no es posible resciliar la liquidación de la sociedad conyugal, pues ella contiene precisamente el acto de aceptación de los gananciales por parte de la mujer. En la especie, se trató de una aceptación expresa de los gananciales. Dice Alessandri al efecto: "Aceptación expresa. La aceptación es expresa cuando la mujer o sus herederos declaran en forma explícita su voluntad de aceptar los gananciales o toman la calidad de comuneros en escritura pública o privada obligándose como tales, o en un acto de tramitación judicial, como si demandan el pago del crédito social".¹²¹ Y agrega: "Irrevocabilidad. La aceptación, una vez efectuada, es *irrevocable*. No puede rescindirse sino por error, fuerza o dolo o por incapacidad del aceptante, en conformidad a las reglas generales".¹²² La propia definición dada por nuestra doctrina de la liquidación de la sociedad conyugal, denota que ella es el paradigma de la aceptación de los gananciales: "Podríamos decir que es el conjunto de operaciones que tienen por objeto establecer si existen o no gananciales, y en caso afirmativo, partirlo por mitad entre los cónyuges; reintegrar las recompensas que la sociedad adeude a los cónyuges o que éstos adeuden a la sociedad; y reglamentar el pasivo de la sociedad conyugal".¹²³

Por las razones expuestas, consideramos que la liquidación de la sociedad conyugal no es un acto jurídico susceptible de resciliación.

Si de hecho se resciliare, tal convención adolecería de un vicio de nulidad absoluta, siendo causal de la misma el objeto ilícito, conforme a lo previsto en la parte final del art. 1466 del Código Civil ("hay asimismo objeto ilícito (...) generalmente en todo contrato prohibido por las leyes", debiendo entenderse que la expresión "contrato" alude también a una convención que no tenga naturaleza contractual), en relación con los artículos 10 y 1682 del mismo cuerpo legal, pues de las normas que hemos citado, se desprende que la ley prohíbe dejar sin efecto por la sola voluntad de los cónyuges, tanto la renuncia, cuando la aceptación de los gananciales. Y el haber liquidado la sociedad conyugal, supuso aceptación de los gananciales por parte de la mujer, acto jurídico que fijó de manera irrevocable el destino de los bienes que integraron el haber de la sociedad conyugal.

10.- Esquema de escritura de separación de bienes y de liquidación de sociedad conyugal y de escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición de bienes.¹²⁴

a) Escritura de separación de bienes y de liquidación de sociedad conyugal.

En Santiago de Chile, a _____, ante mí, _____, abogado, Notario Público, Titular de la _____ Notaría de Santiago, con oficio en _____, comparecen: don _____, chileno, casado, _____, cédula nacional de identidad número _____ y doña _____, chilena, casada, _____, cédula nacional de identidad número _____, ambos con domicilio en esta ciudad, calle _____ número _____, Comuna de _____, a quienes conozco por haber exhibido sus cédulas de identidad y exponen lo siguiente: **PRIMERO:** Los comparecientes con fecha _____ de _____ del año _____, contrajeron matrimonio ante el Oficial del Registro Civil de la Circunscripción _____, inscribiéndose su matrimonio bajo el número _____, bajo el régimen de sociedad conyugal.- **SEGUNDO:** Conforme lo _____

¹²¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 485.

¹²² Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 486.

¹²³ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1936, p. 313.

¹²⁴ Si los cónyuges ya se encontraban separados de bienes, la escritura sólo será de liquidación de sociedad conyugal.

autoriza el artículo mil setecientos veintitrés del Código Civil, por el presente instrumento los comparecientes vienen en sustituir el régimen patrimonial de sociedad conyugal por el de separación total de bienes.- **TERCERO:** En este mismo acto, los comparecientes vienen en liquidar de común acuerdo la sociedad conyugal existente hasta la fecha, en la forma que pasa a expresarse.- **CUARTO:** La sociedad conyugal referida era dueña de los siguientes bienes, de que ahora son comuneros los comparecientes: **A) BIENES RAÍCES.- 1)** Inmueble ubicado en calle _____ número _____, Comuna de _____, que corresponde a _____. Los deslindes del inmueble son según sus títulos, los siguientes: **AL NORTE,** _____; **AL SUR,** _____, **AL ORIENTE,** _____; y, **AL PONIENTE,** _____. El dominio del inmueble se adquirió por compraventa que se hizo a _____ según consta de la escritura pública de fecha _____ del año _____, otorgada en la Notaría de Santiago de don _____, Repertorio número _____. El título rola inscrito a fojas _____ número _____ del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de _____, correspondiente al año _____. Rol de Avalúo Fiscal número _____ de la comuna de _____. **2)** Inmueble ubicado en calle _____ número _____, Comuna de _____, que corresponde a _____. Los deslindes del inmueble según sus títulos, son los siguientes: **AL NORTE,** _____; **AL SUR,** _____; **AL ORIENTE,** _____; y **AL PONIENTE,** _____. El dominio del inmueble se adquirió por compraventa que se hizo a _____ según consta de la escritura pública de fecha _____ de _____, otorgada en Notaría de Santiago de don _____, Repertorio número _____. El título rola inscrito a fojas _____, número _____ del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de _____, correspondiente al año _____. **B) AUTOMOVILES.-** (DATOS QUE APARECEN EN EL PADRÓN DEL AUTO) Automóvil marca _____; modelo _____; Año: _____; Número de motor: _____; Número de chasis: _____; Color: _____; Número de inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados: _____ guión _____. **C) BIENES MUEBLES.-** La totalidad de los bienes muebles que guarnecen el inmueble singularizado en la letra A) 1), precedente, que se detallan conforme a inventario que las partes suscriben conjuntamente con la presente escritura pública y que se protocoliza con el número _____, con esta misma fecha y bajo el mismo repertorio. **QUINTO:** Los bienes antes referidos se avalúan entre las partes, de común acuerdo, en las siguientes sumas: **A).- BIENES RAICES.-** El inmueble singularizado en la cláusula cuarta, numero uno precedente, en la suma de _____ pesos. El inmueble singularizado en la cláusula cuarta, numero dos precedente, en la suma de _____ pesos- **B).- AUTOMOVILES.-** El automóvil marca _____, singularizado con la letra B de la cláusula cuarta precedente, en la suma de _____ pesos. **C).- BIENES MUEBLES.-** La totalidad de los bienes muebles que guarnecen el inmueble singularizado en la cláusula precedente en la suma de _____ pesos.- Las partes dejan constancia que han considerado, para avaluar los bienes inmuebles su avalúo fiscal, incrementando en un treinta por ciento. Para los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 657 del Código de Procedimiento Civil, se insertan al final de la presente escritura, sendos certificados de avalúo fiscal referidos a dichos inmuebles. Asimismo, han avaluado de común acuerdo los bienes

muebles que poseen en comunidad según su avalúo y tasación comercial a la fecha de otorgamiento del presente instrumento. **SEXTO:** Como consecuencia de lo expuesto en las cláusulas precedentes, el haber de la sociedad conyugal asciende a la suma de _____ pesos. Por lo tanto, a cada cónyuge corresponde la mitad del referido haber que asciende a la suma de _____ pesos.- **SEPTIMO:** La hijuela de la cónyuge doña _____ se completa de la manera siguiente: **A)** Con la adjudicación del inmueble singularizado en la cláusula Cuarta número uno del presente instrumento, avaluado en la suma de _____. **B)** Con la adjudicación del inmueble singularizado en la cláusula Cuarta número dos del presente instrumento, avaluado en la suma de _____ pesos. El valor total de esta adjudicación es la suma de _____ pesos.- Queda completada esta hijuela.- **OCTAVO:** La hijuela de don _____, se entera de la siguiente manera: **A)** Con la adjudicación del automóvil singularizado en la letra B de la cláusula Cuarta del presente instrumento, avaluados en la suma de _____ pesos. **B)** Con la adjudicación de los bienes muebles que guarnecen el inmueble de calle _____ número _____, referidos en la cláusula Cuarta del presente instrumento y que se encuentran detallados en el Inventario de Bienes Muebles que las partes suscriben conjuntamente con la presente escritura pública y que se protocoliza con esta misma fecha y bajo el repertorio número _____, avaluados en la suma de _____ pesos. El valor total de estas adjudicaciones es la suma de _____ pesos.- Queda completada esta hijuela. **NOVENO:** Las partes aceptan las adjudicaciones en la forma relacionada y declaran haber recibido conforme los bienes adjudicados.- **DECIMO:** Las adjudicaciones se hacen como cuerpos ciertos, en el estado en que se encuentran los bienes, estado que es conocido de los adjudicatarios, con todos sus usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas. Declaran los cónyuges que los bienes inmuebles singularizados en la cláusula cuarta no han sido declarados bien familiar y que no han presentado ninguna petición en tal sentido.- **UNDECIMO:** No se forma hijuela de frutos porque estos se han consumido en la subsistencia de la familia común, no existiendo reclamo ni alcance alguno que formular por este concepto ni por ningún otro.- **DUODECIMO:** Los gastos de esta escritura y demás inscripciones se harán por iguales partes entre los comparecientes.- **DECIMO TERCERO:** Se faculta al portador de copia autorizada de esta escritura para requerir las inscripciones y anotaciones que procedan.- En comprobante y previa lectura, firman los comparecientes, conjuntamente con el funcionario de esta Notaría, don _____. Se da copia. Se deja constancia que la presente escritura se anotó con el Repertorio número _____. Doy fe.-

b) Escritura de liquidación de sociedad conyugal y de partición de bienes.

En el caso de que la sociedad conyugal hubiere expirado por la muerte de uno de los cónyuges, será necesario que el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge premuerto, hagan la liquidación de los bienes sociales, y después, la correspondiente partición de bienes, todo en una misma escritura. Ello, porque el cónyuge sobreviviente tiene –por así decirlo– un doble derecho sobre los bienes sociales: tiene derecho a la mitad de ellos, a título de gananciales de la sociedad conyugal, y después, tiene derecho a la cuota que le corresponda en su calidad de legitimario, en la sucesión de su marido o mujer. El esquema de la escritura, es el que sigue (viudo y cuatro hijos):

En Santiago, República de Chile, a ____ de _____ de dos mil _____, ante mí: _____, Abogado, Notario Público, Titular de la _____ notaría de Santiago, con oficio en _____, Santiago, comparecen: Don _____, chileno, _____, viudo, cédula nacional de Identidad _____, domiciliado en esta ciudad, calle _____ número _____, comuna de _____; Don _____, chileno, _____, casado bajo el régimen de separación total de bienes, cédula nacional de Identidad _____, domiciliado en _____, calle _____, número _____, comuna de _____; Don _____, chileno, _____, soltero, cédula nacional de Identidad _____, domiciliado en esta ciudad, calle _____ número _____, comuna de _____; Doña _____, chilena, _____, soltera, cédula nacional de Identidad _____, domiciliada en esta ciudad, calle _____ número _____, comuna de _____, y Don _____, chileno, _____, casado bajo el régimen de separación total de bienes, cédula nacional de Identidad _____, domiciliado en calle _____ número _____, comuna de _____; los comparecientes mayores de edad, quienes acreditan su identidad con las cédulas mencionadas y exponen: **PRIMERO:** que por la presente escritura han convenido en proceder a la liquidación de la sociedad conyugal que existió entre el compareciente don _____ y doña _____, fallecida con fecha ____ de _____ de 20____, y a la partición de su herencia. La posesión efectiva fue concedida por el Director Regional, Región Metropolitana del Servicio del Registro Civil e Identificación de Chile, por Resolución Exenta de Posesión Efectiva número _____, de fecha ____ de _____ de 20____, inscripción nacional número _____. La posesión efectiva se inscribió a fojas _____ número _____ del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, correspondiente al año dos mil _____, y en ella consta que los comparecientes son los únicos herederos de la causante. La referida se declaró exenta del pago del impuesto a las Herencias y Donaciones. **SEGUNDO:** La masa común de bienes de la sociedad conyugal habida entre don _____ y doña _____ está constituida por los bienes inventariados en la citada posesión efectiva, y que se singularizan en la cláusula cuarta de esta escritura. **TERCERO:** Ninguno de los cónyuges aportó bienes al matrimonio, de modo que todos los bienes existentes al tiempo del fallecimiento e inventariados como queda dicho, pertenecen a la sociedad conyugal. **CUARTO:** La sociedad conyugal referida era dueña de los siguientes bienes, de que ahora son comuneros los comparecientes: _____ (similar a lo expuesto en la cláusula 4ª de la escritura precedente). **QUINTO:** Los referidos bienes se avalúan entre las partes de común acuerdo en las siguientes sumas: _____ (similar a lo expuesto en la cláusula 5ª de la escritura precedente). **SEXTA:** Declaran los comparecientes que no existen bajas que deducir del acervo de bienes antes singularizados. **SEPTIMO:** Los gananciales ascienden en consecuencia a la suma de \$ _____, correspondiendo a don _____, su mitad en ellos, esto es la suma de \$ _____. **OCTAVO:** La herencia propiamente tal quedada al fallecimiento de doña _____ asciende a su vez a la suma de \$ _____. Siendo la sucesión intestada y aplicándose

las reglas contenidas en el Libro II, Título III, artículos 980 y siguientes del Código Civil, los porcentajes que corresponden a cada uno de los herederos en la sucesión, son los siguientes: dos sextos de la herencia para el heredero don _____, equivalentes a \$ _____; y un sexto de la herencia para cada uno de los siguientes herederos: _____, _____, _____ y _____, todos de apellidos _____, ya individualizados, estos es la suma de \$ _____.- para cada uno de ellos.

NOVENO: No se forma hijuela de frutos, pues los bienes comunes han sido usufructuados por todos los comuneros en su proporción correspondiente, y el saldo ha sido repartido, de modo que no hay saldo crédito ni cargo de ninguna especie.

DECIMO: De este modo a don _____ corresponde la suma total de \$ _____.- por concepto de gananciales y de herencia; a _____, _____, _____ y _____, todos de apellidos _____, ya individualizados, para cada uno la suma de \$ _____.- por concepto de herencia.

UNDECIMO: La hijuela de don _____, se entera y paga de la siguiente manera: A) adjudicándole en dominio pleno el inmueble singularizado en la letra A de la cláusula Cuarta precedente, en su valor de tasación de \$ _____.-. B) adjudicándole en dominio pleno _____ (etc.). Conforme a lo expuesto la hijuela de don _____ queda enterada y pagada a su completa satisfacción.

DUODECIMO: Las hijuelas correspondientes a los herederos _____, _____, _____ y _____, todos de apellidos _____, ya individualizados ascienden para cada uno de ellos a la suma de \$ _____.-, es decir en total a la suma de \$ _____.-, que se enteran y pagan adjudicándoles en dominio pleno y en partes iguales, el inmueble singularizado en la letra B) de la cláusula Cuarta precedente, en su valor de tasación de \$ _____.- De esta manera quedan enteradas y pagadas las hijuelas de los herederos _____, _____, _____ y _____, todos de apellidos _____, ya individualizados a su entera conformidad.

DECIMO TERCERO: Las adjudicaciones se hacen como cuerpos ciertos, en el estado en que se encuentran los bienes que es conocido de las partes, con todos sus usos, costumbres y servidumbres, libres de todo gravamen, prohibición y embargo.

DECIMO CUARTO: Las partes aceptan las adjudicaciones en la forma relacionada.

DECIMO QUINTO: Se deja expresa constancia que la entrega material de los bienes adjudicados, se efectuó a cada uno de los adjudicatarios con anterioridad a este acto, a su entera conformidad.

DECIMO SEXTO: Los comparecientes se otorgan recíproco y completo finiquito respecto de esta liquidación de sociedad conyugal y partición, declarando que nada se adeudan por tal concepto.

DECIMO SEPTIMO: Mandato. Las partes comparecientes vienen en otorgar mandato irrevocable al abogado don _____ para que suscriba en su representación todos los instrumentos públicos o privados, escrituras o minutas necesarias que se requieran para rectificar los términos de la presente escritura pública, de manera de subsanar los errores u omisiones en los que involuntariamente se hubieren incurrido, sin alterar la esencia y la naturaleza de esta convención. El mandatario queda especialmente facultado para suscribir todos los instrumentos públicos y privados que fueren necesarios para el cumplimiento de su cometido, como para requerir del Conservador de Bienes Raíces, Notario Público y Archivero Judicial respectivos, todas las inscripciones, subinscripciones y anotaciones que procedan.

DÉCIMO OCTAVO: Todos los gastos, derechos e impuestos a que se encuentren afectos el otorgamiento y la inscripción del presente instrumento serán de cargo de los comparecientes, en la proporción de sus cuotas.

DECIMO NOVENO: Para todos los efectos de este contrato, las partes constituyen domicilio en la ciudad y

Comuna de SANTIAGO, prorrogando expresamente competencia a sus Tribunales de Justicia. **VIGESIMO**: Se faculta al portador de copia autorizada de la presente escritura para requerir y firmar inscripciones, subinscripciones, anotaciones, alzamientos y cancelaciones que fueren procedentes en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente.-

NOTA: INSERTAR EN NOTARIA CERTIFICADO DE AVALUO FISCAL.

CAPITULO VIII: DE LOS BIENES RESERVADOS DE LA MUJER CASADA.

I.- GENERALIDADES.

1.- Concepto.

Establece el art. 150 que la mujer casada, de cualquier edad, puede dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria y que se mira como separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos adquiera.

El patrimonio que la mujer forma en tales condiciones se denomina "patrimonio reservado". Se ha dicho que esta expresión es más general que la de "peculio profesional o industrial" que puede tener un menor adulto, porque el patrimonio reservado no sólo está compuesto por el producto del trabajo de la mujer, sino también por los bienes adquiridos por ésta con dichos productos.¹²⁵

Podríamos definir en consecuencia el patrimonio reservado como aquel patrimonio especial que se forma con los bienes que la mujer adquiere con el producto de su trabajo, con aquellos que adquiere con dichos bienes y con los frutos de unos y otros, y que ella administra con autonomía del marido, como si fuere separada de bienes.

El art. 150 supuso una modificación al régimen de sociedad conyugal, puesto que hasta antes de entrar en vigencia (Decreto Ley N° 328 de 1925, que después fue reemplazado por la Ley N° 5.521, del año 1934) los bienes que lo componen ingresaban al haber de la sociedad conyugal (art. 1725 N° 1), percibiéndolos el marido como representante de la sociedad (artículos 1758 N° 1 y 1759) y administrándolos libremente (art. 1749).

2.- Condiciones de existencia del patrimonio reservado.

Para que exista, deben concurrir las siguientes circunstancias respecto de la mujer casada:

a) La mujer debe ejercitar o haber ejercitado un trabajo.

Cabe señalar que no ingresarán a este patrimonio, los bienes que la mujer adquiera por ocupación ni las utilidades que perciba por las acciones que posea en sociedades anónimas, pues no provienen de su trabajo (salvo que se trate de acciones adquiridas con el producto de su trabajo, pues en tal caso, los dividendos que se devenguen ingresarán al patrimonio reservado).

Pero no todos los trabajos de la mujer están comprendidos en el art. 150. Así, tampoco forman parte del patrimonio reservado las remuneraciones que reciba la mujer como guardadora o albacea, porque estas actividades no constituyen empleos, oficios, profesiones o industrias.

b) El trabajo que la mujer realiza debe ser separado del de su marido. No ingresan a este patrimonio, lo que obtenga la mujer al colaborar con su marido en cualquier actividad productiva.

¹²⁵ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., N° 260, p. 178.

- c) El trabajo debe realizarse durante el matrimonio y durante la vigencia de la sociedad conyugal.
- d) El trabajo debe ser remunerado o generar honorarios o rentas.

3.- No es condición de existencia del patrimonio, la autorización del marido.

La mujer puede dedicarse libremente a cualquier profesión, oficio, industria o comercio, sin requerir del consentimiento del marido. Hoy la mujer no tiene limitaciones en este campo, después que la Ley N° 18.802 de 1989 suprimió la facultad del marido para solicitar al juez que prohibiera desempeñar a la mujer un determinado oficio o profesión¹²⁶ (esta misma ley, modificó el inc. 5º del art. 150, de manera que hoy día los actos que realiza la mujer en la gestión de su patrimonio reservado, obligan no sólo los bienes que lo conforman, sino también aquellos que administra como separada de bienes conforme a lo dispuesto en los arts. 166 y 167).

4.- Características del patrimonio reservado.

- a) Sólo corresponde a la mujer.
- b) Existe por el solo ministerio de la ley y las disposiciones que lo establecen son de orden público. Por lo tanto, los cónyuges no pueden pactar que dejen de ser bienes reservados bienes que tienen tal calidad, y a la inversa, no pueden estipular que la adquieran bienes que no tienen tal calidad.
- c) Sólo se concibe en el régimen de sociedad conyugal.
- d) Da origen a una separación sui generis, pues durante la vigencia de la sociedad conyugal la mujer administra estos bienes y dispone de ellos como si fuere separada de bienes, pero al disolverse dicha sociedad, nace para la mujer un derecho de opción, en virtud del cual puede conservarlos renunciando a los gananciales de la sociedad conyugal o abandonarlos. Si opta por lo segundo, entran a confundirse con los gananciales y se dividirán por mitad entre el marido y la mujer.

II.- ACTIVO DEL PATRIMONIO RESERVADO.

Integran el haber del patrimonio reservado los siguientes bienes:

- a) *Todas las remuneraciones o emolumentos* que provengan del trabajo realizado por la mujer, separado del trabajo de su marido, incluyéndose las remuneraciones propiamente tales, honorarios, comisiones, etc. También quedan comprendidos en este concepto los desahucios, indemnizaciones por accidentes de trabajo o por término de contrato de trabajo; las utilidades que obtenga la mujer con una explotación minera o agrícola. Si el fundo o la mina fueren de la sociedad conyugal, de todas formas la utilidad que obtenga la mujer, si ella está a cargo de la explotación, será un bien reservado de ella.
- b) *Todos los bienes muebles e inmuebles que la mujer adquiera con dineros obtenidos en su actividad productiva.* Igualmente, la cantidad que se le pague por concepto de seguros, en caso de destrucción de un bien reservado; y el precio que reciba por la venta o expropiación de los mismos.
- c) *Los frutos naturales y civiles que produzcan los bienes reservados,* conforme al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

¹²⁶ Decía el art. 150 originario del Código Civil: "Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión o industria cualquiera, (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza), se presume la autorización jeneral del marido para todos los actos i contratos concernientes a su profesión o industria, mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratare con la mujer."

III.- PASIVO DEL PATRIMONIO RESERVADO.

Afectan al patrimonio y por ende pueden perseguirse en él, las siguientes obligaciones:

a) Las deudas contraídas por la mujer durante su administración separada (art. 150, inc. 5º).

Estas obligaciones no pueden perseguirse en los bienes propios de la mujer, que administra el marido como jefe de la sociedad conyugal. Si la ley así lo hubiera autorizado, el derecho de administración y usufructo del marido sobre tales bienes, se tornaría ilusorio.

Sí pueden perseguirse estas obligaciones en los bienes que la mujer administra como separada de bienes: art. 150, inc. 5º, art. 166, art. 167.

b) Las deudas personales de la mujer.

Son tales:

i.- Las contraídas antes del matrimonio;

ii.- Las que provengan de un delito o cuasidelito;

iii.- Las que vengan anexas a una donación, herencia o legado deferido a la mujer en los casos contemplados en el art. 166.

Estas deudas pueden perseguirse tanto en los bienes propios de la mujer que administra el marido, como en los bienes que integran su patrimonio reservado y en los demás bienes que ella administra como separada parcialmente de bienes (artículos 166, 167 y 252).

Por ende, el acreedor de una deuda personal de la mujer, está en mejor posición que el acreedor que ella tenga por una deuda de su patrimonio reservado, en lo que respecta al abanico de bienes sobre los cuáles hacer efectivo su crédito.

IV.- ADMINISTRACION DEL PATRIMONIO RESERVADO.

a) *Regla general: administra la mujer.*

Corresponde dicha administración exclusivamente a la mujer. Las facultades de administración son las que corresponden a la mujer separada de bienes (art. 159).

Por lo tanto, puede la mujer ejecutar libremente cualquier acto de mera administración y enajenar sus bienes reservados, a cualquier título.

Con todo, una limitación puede originarse para la disposición o constitución de gravámenes sobre un inmueble perteneciente al patrimonio reservado, cuando dicho bien raíz se declare "bien familiar", a petición del marido, en la medida que sirva de residencia principal de la familia. En tal caso, se requerirá el consentimiento del marido, para enajenar o gravar o arrendar el inmueble. Igual puede acontecer con los muebles que guarnecen el hogar común.

En el ámbito judicial, la mujer puede comparecer libremente en juicio en defensa de su patrimonio reservado, sea como demandante o como demandada. Los acreedores deberán dirigir su acción contra la mujer.

b) *Situaciones excepcionales.*

Por regla general, ningún acto del marido puede afectar al patrimonio reservado. A la inversa, ningún acto de la mujer puede afectar el patrimonio social o el del marido. Las salvedades son las siguientes:

i.- Actos del marido que afectan el patrimonio reservado: cuando la mujer le haya conferido poder: en cuyo caso, el acto o contrato realizado por el marido afectará al patrimonio reservado, lo que es lógico, pues en realidad es un acto jurídico de la mujer, de manera que estamos ante una excepción aparente (art. 1448).

ii.- Actos de la mujer que afectan el patrimonio social o el del marido:

- i) Que se haya constituido el marido fiador o codeudor solidario de una obligación contraída por su mujer.
- ii) Que él o la familia común haya reportado beneficio del acto o contrato celebrado por la mujer (art. 150, inc. 5º, que se remite al art. 161).

En estos dos últimos casos, el acto o contrato realizado por el marido o por la mujer, respectivamente, afectará al patrimonio social o al del marido.

Considerando que el marido no tiene injerencia en el patrimonio reservado, ninguna obligación originada en el ejercicio de dicho patrimonio puede afectarlo en sus bienes, salvo en los dos últimos casos señalados precedentemente.

V.- PRUEBA DEL PATRIMONIO RESERVADO.

1.- Importancia y objeto de la prueba.

a) Importancia de la prueba.

La prueba del patrimonio reservado es un elemento de gran importancia. Sin un sistema de prueba adecuado, los terceros no contratarían con la mujer, o exigirían la concurrencia del marido en el acto o contrato, tornando ineficaz la institución.

Interesa la prueba de la existencia del patrimonio reservado y de los actos o contratos en él ejercidos, tanto a los cónyuges como a los terceros.

Interesará al marido, cuando se pretenda hacer gravitar sobre la sociedad conyugal deudas que afectan los bienes reservados.

Interesará a la mujer, cuando el marido pretenda ejercitar sobre los bienes reservados derechos que no le corresponden o cuando se desconozca por los terceros su facultad para actuar y contratar por sí sola.

Interesará a los terceros, cuando se pretenda por la mujer o el marido atacar la validez del acto realizado al amparo del art. 150, alegándose la supuesta insuficiencia de las facultades de la mujer o la inexistencia de su patrimonio reservado.

b) Objeto de la prueba.

La prueba puede referirse:

- i.- A la facultad de la mujer para ejercitar determinados actos o contratos sobre su patrimonio reservado;
- ii.- A la existencia del patrimonio reservado; o
- iii.- A la calidad de reservado de determinado bien.

Distintas normas reglan la prueba de estas situaciones.

2.- Prueba de las facultades de la mujer y de la existencia del patrimonio reservado.

Si la mujer necesita concluir un acto o contrato (por ejemplo, abrir una cuenta corriente, hipotecar, etc.), pueden suscitarse dudas sobre si puede o no ejecutar el acto jurídico.

Diferentes serán las reglas probatorias, según si la prueba es producida por la mujer o por el tercero.

a) Prueba producida por la mujer: deberá hacerlo cuando se desconocen sus facultades para gestionar los bienes reservados. Como la regla general es que la mujer casada en sociedad conyugal carezca de facultades de administración y disposición sobre sus bienes, acreditar la existencia del patrimonio reservado es una situación excepcional, que debe ser probada por la mujer. Usualmente, la prueba se producirá con documentos que acrediten la actividad separada del marido (contratos de trabajo, liquidaciones mensuales de remuneraciones, patentes profesionales, comerciales o industriales, declaraciones de pago de impuestos, etc.).

b) Prueba producida por un tercero: puede verse obligado a probar que la mujer actuó en el ámbito de su patrimonio reservado, cuando ésta o su marido pretendan desconocer la validez del acto concluido dentro de su actividad separada. Concurriendo las siguientes circunstancias, la ley ampara al tercero con una *presunción de derecho*:

i.- Que el bien objeto del contrato no sea un bien propio de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie (es decir, que no sea de aquellos indicados en los arts. 1754 y 1755). Así, el tercero deberá concluir que el bien no puede ser reservado, cuando, por ejemplo, fue adquirido a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal o a título oneroso antes del matrimonio, o si se trata de bienes muebles excluidos de la comunidad en las capitulaciones matrimoniales.

ii.- Que la mujer acredite, mediante *instrumentos* públicos o privados, que ejerce o ha ejercido una profesión, industria o comercio separado de su marido.

iii.- Que el acto se otorgue por escrito y en él se haga referencia a los documentos anteriormente indicados (en la práctica, ellos se insertan al final del instrumento).

Concurriendo estos requisitos, se presume de derecho la suficiencia de facultad de la mujer para ejecutar o celebrar el acto jurídico y no podrá prosperar la acción de nulidad en la que pretenda invocarse que la mujer actuó fuera del ámbito de su patrimonio reservado.

De faltar alguno de los requisitos, el tercero, si bien no estará favorecido por la presunción, podrá acudir a los medios ordinarios de prueba para acreditar que el acto fue realizado por la mujer dentro del ámbito de su patrimonio reservado.

3.- Prueba sobre la calidad de reservado de determinado bien.

Corresponde ordinariamente a la mujer o sus herederos, dada la naturaleza excepcional de los bienes reservados. Para acreditar esta calidad excepcional, la mujer podrá recurrir a cualquier medio de prueba y acreditar que el bien en cuestión fue adquirido con el producto de su trabajo profesional o industrial.

Será inadmisibles, sin embargo, la confesión de los cónyuges (art. 1739).

VI.- SUERTE DE LOS BIENES RESERVADOS A LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

La situación del patrimonio reservado será distinta, según que la mujer acepte o renuncie los gananciales.

1.- Aceptación de los gananciales.

Los bienes reservados pasan a formar parte de dichos gananciales y se dividirán entre los cónyuges de conformidad con las reglas generales (art. 150, inc. 7º).

Los actos ejecutados por la mujer, mientras administró los bienes reservados, se miran como válidos, pudiendo ahora los acreedores perseguir sus créditos no sólo sobre la parte de los bienes reservados que recibe la mujer, sino sobre todos los demás bienes que le correspondan en la liquidación. Lo anterior es una consecuencia del hecho de no existir ya división de bienes propios y sociales. Los bienes propios y reservados se confunden.

El marido, por su parte, que recibe su cuota de bienes reservados, también se hace responsable de las deudas que afectaban al patrimonio reservado, pero sólo hasta concurrencia de lo que haya recibido por tal motivo. Si se le exigiere mayor cantidad, puede oponer el beneficio de emolumento de que goza la mujer (art. 1777), beneficio que el marido podrá renunciar (art. 150, inc. final).

2.- Renuncia de los gananciales.

Si la mujer o sus herederos renuncian los gananciales, conservarán la totalidad de sus bienes reservados (art. 150, inc. 7º), respondiendo con ellos de la totalidad de las obligaciones que afecten al patrimonio reservado. El marido no tendrá responsabilidad alguna en dichas obligaciones.

La mujer, por su parte, no tendrá derecho alguno a los gananciales de la sociedad conyugal.

Los acreedores del marido o de la sociedad no podrán perseguir los bienes reservados, a menos que la obligación contraída por el marido, hubiere cedido en utilidad de la mujer.

3.- Liquidación del pasivo del patrimonio reservado en el caso de la aceptación de los gananciales.

Al aceptar la mujer o sus herederos los gananciales, los bienes reservados ingresan al haber de la sociedad conyugal. Cabe determinar aquí qué derecho asiste a los acreedores de dicho patrimonio reservado, por las deudas contraídas por la mujer durante su administración. La situación puede resumirse de la siguiente forma:

- a) La mujer responde con todo su patrimonio del pasivo del patrimonio reservado; el marido, responde de dicho pasivo hasta concurrencia de la mitad del haber del patrimonio reservado que entró a la liquidación.
- b) El derecho de emolumento que se confiere al marido por el art. 150, inc. 8º, puede ser hecho valer como acción o como excepción, y a él le corresponderá probar el exceso de contribución que se le exige, conforme al art. 1777.

En los siguientes casos, podrá exigirse al marido una cuota mayor en las obligaciones del pasivo del patrimonio reservado:

- i.- Cuando no pueda probar el exceso de contribución que se le exige;
- ii.- Cuando renuncia al beneficio de emolumento;
- iii.- Cuando se ha constituido fiador o codeudor solidario de su mujer;
- iv.- Cuando garantizó la obligación de la mujer con prenda o hipoteca; o
- v.- cuando dicha obligación cedió en su exclusivo beneficio o en el de la familia común.

DE LA SEPARACION DE BIENES.

CLASIFICACIÓN.

Ante el régimen normal de bienes del matrimonio, esto es la sociedad conyugal, la separación es un régimen de excepción. Puede pactarse para sustituir al régimen de comunidad, emanando a veces de la ley o de una sentencia judicial. La separación podrá ser entonces convencional, legal o judicial. Dispone al efecto el art. 152 del Código Civil: "Separación de bienes es la que se efectúa sin separación judicial, en virtud de decreto del tribunal competente, por disposición de la ley, o por convención de las partes".

Como se desprende del precepto citado, no debemos confundir la separación de bienes, con la separación judicial, mucho más radical que la primera, y que estudiamos en el capítulo relativo a La Familia y el matrimonio.

Puede estar referida la separación de bienes a todo el patrimonio de los cónyuges o puede abarcar sólo determinados bienes, siendo entonces la separación de bienes total o parcial.

La separación convencional de bienes puede ser total o parcial; igual cosa ocurre con la separación legal. La judicial es siempre total.

CAPÍTULO I: DE LA SEPARACION JUDICIAL DE BIENES.

I.- GENERALIDADES.

1.- Concepto.

Es la que se produce en virtud de una sentencia, a petición de la mujer, en los casos determinados por la ley.

2.- Características.

- a) Sólo compete a la mujer, si hay sociedad conyugal.
- b) La facultad es irrenunciable, en forma anticipada (art. 153).
- c) Es imprescriptible: en cualquier momento la mujer, habiendo causa legal, puede pedir la separación de bienes.
- d) Sólo procede por las causales taxativamente establecidas por el legislador. Los cónyuges no pueden solicitar de común acuerdo la separación judicial. Tampoco lo necesitan, pues bastaría con pactar separación convencional.
- e) Esta forma de separación es siempre total, es decir, pone fin al régimen de sociedad conyugal.

II.- CAUSALES QUE AUTORIZAN LA SEPARACION JUDICIAL DE BIENES.

1.- Ante la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

Conforme al art. 1762, la mujer podrá solicitarla, cuando:

- a) No quisiere tomar sobre sí la administración de la sociedad conyugal;
- b) No quisiere someterse a la dirección de un curador que entrará a administrar la sociedad conyugal.

Para ejercer este derecho, la mujer ha de ser mayor de edad, ya que, en caso contrario, necesitaría un curador para administrar sus bienes (art. 450, relativo al marido disipador, que aplicamos aquí por analogía).

La cuestión se tramitará ante el juez de familia (art. 8, N° 14, letra a), Ley N° 19.968).

La mujer podrá renunciar a su derecho, pero siempre *a posteriori*.

2.- Ante el no pago de pensiones alimenticias.

Conforme al art. 19 de la Ley N° 14.908, en caso de haberse decretado en contra del alimentante, por dos veces, alguno de los apremios señalados en el artículo 14 del mismo cuerpo legal, podrá solicitarse la separación de bienes de los cónyuges. Procederá "a petición del titular de la acción respectiva". Por ende, si se trata del régimen de sociedad conyugal, sólo podrá demandar la separación de bienes la mujer (considerando lo dispuesto en los artículos 152 y siguientes del Código Civil); si en cambio se trata del régimen de participación en los gananciales, cualquiera de los cónyuges tendrá legitimación activa. No es necesario que los apremios hayan sido consecutivos.

3.- Ante el riesgo inminente del mal estado de los negocios del marido.

Hasta la dictación de la Ley N° 19.335, la causal exigía "el mal estado" de los negocios del marido. Después de la modificación efectuada al art. 155 por dicha ley, la mujer puede solicitar la separación judicial ante el "riesgo inminente" del mal estado de los negocios del marido, pero sólo por dos causas, aunque la segunda es genérica:

- a) Por especulaciones aventuradas; o
- b) Por administración errónea o descuidada (art. 155, inc. final).

La carga probatoria, es ambos casos, es de la mujer.

Esta causal es irrenunciable (art. 153).

El marido podrá oponerse a la separación prestando garantías suficientes a los intereses de la mujer, consistentes en fianzas o hipotecas (nada dice la ley de las prendas. En opinión de E. Rossel, porque dado el principio de la especialidad de la prenda, sólo pueden garantizarse con ellas obligaciones determinadas, mientras que en este caso, debe caucionarse una gestión que envuelve responsabilidades ilimitadas).¹²⁷

Parece lógico concluir que la caución del marido, si fuere una hipoteca, debe constituirse sobre un inmueble propio de éste, y no social.

La garantía ha de ser suficiente: no sólo debe asegurar la restitución de los bienes propios de la mujer que administra el marido, sino las recompensas y posibles gananciales.

El juicio se tramitará ante el juez de familia (art. 8, N° 14, letra a), Ley N° 19.968) y no se admitirá como medio de prueba la confesión del marido (art. 157).

4.- Ante la insolvencia del marido.

Está en insolvencia quien no puede cumplir sus obligaciones por insuficiencia de su activo. No es necesaria la resolución de liquidación, en un procedimiento concursal (art. 155, inc. 1º). También deberá probar la insolvencia la mujer.

Se aplican las reglas precedentes, en cuanto a la capacidad para pedir la separación y la tramitación del juicio.

En este caso, el marido no podrá impedir la separación constituyendo cauciones.

Conocerá el juez de familia (art. 8, N° 14, letra a), Ley N° 19.968).

Tampoco se admitirá en este caso como medio de prueba la confesión del marido.

5.- Ante la administración fraudulenta.

Procederá la separación, cuando el marido administra fraudulentamente, ya sean los bienes sociales o los bienes propios de la mujer (art. 155, inc. 1º). Actos fraudulentos serán aquellos realizados por el marido con el fin de perjudicar a la mujer en sus intereses actuales o en sus expectativas de gananciales.

La cuestión se tramitará ante el juez de familia (art. 8, N° 14, letra a), Ley N° 19.968). Podrá invocarse en este caso la confesión del marido, pues el art. 157 no se refiere a la administración fraudulenta.

Esta causal es irrenunciable. Si la mujer renunciare a pedir separación de bienes por esta causal, estaríamos ante la condonación del dolo futuro, prohibida por la ley (art. 1465).

Tampoco puede el marido en este caso enervar la acción de la mujer, rindiendo cauciones para asegurar sus intereses.

6.- Ante el incumplimiento culpable del marido, de los deberes o de las obligaciones que le imponen los artículos 131 y 134 del Código Civil.

¹²⁷ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 195.

Esta causal fue creada por la Ley N° 18.802, modificándose el art. 155, inc. 2°. Se trata especialmente de los deberes establecidos en relación a la persona de los cónyuges: fidelidad, socorro mutuo, respeto.

7.- Si el marido incurre en alguna de las causales de separación judicial según los términos de la Ley de Matrimonio Civil.

Así lo dispone el art. 155, inc. 2°. Nos remitimos a lo estudiado a propósito de la separación judicial.

8.- Ante la ausencia injustificada del marido, por más de un año.

Conforme lo establece el art. 155, inc. 3° del Código Civil. La ausencia del marido implica que se desconoce su paradero.

9.- Ante la separación de hecho de los cónyuges.

Esta es una causal introducida por la Ley N° 19.335, modificando el último inciso del art. 155, hoy inc. 3°.

En este caso, se ha concluido que la separación de hecho ha de haberse prolongado también por un año al menos.

10.- Ante la interdicción del marido por disipación.

La Ley N° 19.585 agregó un inciso 2° al art. 450, estableciendo que la mujer casada en sociedad conyugal cuyo marido disipador sea sujeto a curaduría tendrá derecho para pedir separación de bienes, si es mayor de 18 años o después de la interdicción los cumpliere.

- Medidas precautorias durante los juicios de separación de bienes.

Durante la tramitación del juicio de separación de bienes, el juez puede adoptar todas las providencias necesarias para asegurar los intereses de la mujer mientras dure el juicio (art. 156). Incluso, tratándose de las causales establecidas en el inciso 3° del art. 155, la mujer podrá pedir que se decreten tales medidas, con carácter prejudicial, exigiendo el juez caución de resultas, si lo estimare conveniente (art. 156, 2°).

III.- EFECTOS DE LA SEPARACION JUDICIAL DE BIENES.

1.- Disolución de la sociedad conyugal.

Es el primer efecto (arts. 1764 y 158). En virtud de esta disolución, se entregarán a la mujer sus bienes y aportes, se dividen los gananciales, se pagan las recompensas y entra la mujer a administrar sus bienes, con independencia del marido (art. 158).

La disolución se produce el día en que queda ejecutoriada la sentencia de separación y no opera con efecto retroactivo.

La sentencia que decreta la separación de bienes, debe inscribirse al margen de la respectiva partida de matrimonio (art. 4°, Ley de Registro Civil).

2.- Subsistencia del vínculo matrimonial.

La separación de bienes no afecta el vínculo matrimonial, quedando vigentes todos los derechos, los deberes y las obligaciones inherentes al estado de casados.

Sólo sufre alteración el deber de asistir a la familia común. Dado que ya no existe el patrimonio social, el marido ya no será el primero que está obligado a la subsistencia de la familia, y cada cónyuge contribuye con una cuota en proporción a sus facultades. De no haber acuerdo entre los cónyuges, el juez reglará la respectiva contribución (art. 160).

3.- Efectos en relación a los bienes.

El art. 159 establece que los cónyuges separados de bienes, administrarán con plena independencia:

a) Aquellos bienes raíces que tenían antes del matrimonio; y
b) Los bienes que adquieran durante éste, a cualquier título (inciso 1º). Aquí quedarían comprendidos los bienes que adquieran los cónyuges después de la separación, o aquellos que se les haya adjudicado, en el caso de haberse liquidado la sociedad conyugal (inciso 2º).

Pueden por tanto los cónyuges, ejecutar cualquier acto de administración y enajenación de bienes muebles o inmuebles.

Todo lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas relativas a los bienes familiares.

4.- Efectos de las obligaciones contraídas por la mujer.

Los actos y contratos que la mujer ejecute o celebre, estando separada de bienes, obligan su propio patrimonio (art. 161, inc. 1º).

Excepcionalmente, los bienes del marido pueden obligarse en los siguientes casos:

a) Si el marido se constituyó fiador o codeudor solidario o conjunto (art. 161, inc. 2º).
b) En virtud de la acción *in rem verso*, cuando el contrato celebrado por la mujer ha cedido en utilidad del marido (art. 161, inc. 3º).
c) Cuando el contrato ha cedido en utilidad de la familia común (art. 161, inc. 3º). A la inversa, en el evento que las obligaciones contraídas por el marido cedan en beneficio de la mujer o de la familia común, los bienes de ésta resultarán obligados en virtud del mismo principio que rige los casos anteriores: nadie puede enriquecerse a costa ajena (art. 161, inc. final).

5.- Imposibilidad de que un cónyuge sea curador del otro.

Dispone el inc. 1º del art. 503 del Código Civil que "El marido y la mujer no podrán ser curadores del otro cónyuge si están separados totalmente de bienes".

Sin embargo, conforme el inc. 2º del mismo precepto, esta inhabilidad no regirá en los siguientes casos:

i.- En el caso del art. 135 (es decir, tratándose de los matrimonios celebrados en el extranjero, en los que los cónyuges se entienden separados totalmente de bienes, a menos que al inscribir su matrimonio en Chile pactaren sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales).
ii.- En el caso de que los cónyuges se hubieren separado convencionalmente de bienes.
iii.- Si los cónyuges estuvieren casados bajo el régimen de participación en los gananciales.

Considerando estas tres salvedades, la regla del inc. 1º sólo operará si la separación judicial de bienes se decretare en virtud de una sentencia judicial que así lo

disponga o en el caso de que la sentencia declare a los cónyuges separados judicialmente, conforme a las normas de la Ley de Matrimonio Civil.

IV.- IRREVOCABILIDAD DE LA SEPARACION JUDICIAL DE BIENES.

La ley N° 18.802, suprimió la posibilidad de volver al régimen de sociedad conyugal, habiendo operado la separación judicial de bienes, al derogar el art. 164 y establecer el art. 165 la irrevocabilidad de dicha separación, la que no podrá quedar sin efecto ni por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial.

Con todo, la cuestión reconoce dos excepciones, que derivan del art. 40 de la Ley N° 19.947, y del propio art. 165 del Código Civil, modificado por la Ley de Matrimonio Civil.

En efecto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil, la reanudación de la vida en común no revive la sociedad conyugal ni el régimen de participación en los gananciales, que hubiere existido entre los cónyuges, al momento de producirse la separación judicial. Los cónyuges quedan irrevocablemente separados de bienes. Sin embargo, respecto al segundo régimen, los cónyuges podrán volver a pactarlo, con sujeción a lo dispuesto en el art. 1723 del Código Civil, vale decir, estipulándolo a través de una escritura pública, que deberá subinscribirse al margen de la inscripción de matrimonio, en el plazo fatal de treinta días, contado desde la celebración del pacto. De no cumplirse con este requisito, la estipulación no surtirá efectos ni entre las partes ni respecto de terceros. Dicho pacto no podrá dejarse sin efecto por acuerdo de los cónyuges. Esta situación configura una excepción al principio que se desprende del art. 1723 del Código Civil, en orden al cual, el pacto contemplado en ese precepto, sólo puede estipularse por una sola vez, agotándose la posibilidad de los cónyuges para recurrir nuevamente a dicha norma con la intención de sustituir el régimen patrimonial del matrimonio. Excepcionalmente, en el caso del art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, podrá emplearse por segunda vez, el art. 1723 del Código Civil, para pactar nuevamente el régimen de participación en los gananciales. La excepción se justifica, pues el primero de los pactos no expiró por voluntad de los cónyuges, sino a consecuencia de la sentencia que los declaró separados judicialmente.

Como una consecuencia de lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, se modificó el art. 165 del Código Civil, que consagraba la irrevocabilidad de la separación de bienes. Al modificar este precepto, se agregó una segunda excepción al principio en virtud del cual el art. 1723 sólo puede emplearse por una sola vez, pues a la excepción ya referida, que se desprende del art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, se adiciona el caso en que la separación de bienes hubiere sido convencional, caso en el cual, los cónyuges podrán dejarla sin efecto, adscribiéndose, por una sola vez, al régimen de participación en los gananciales.

Las reglas pueden sintetizarse en los siguientes términos:

- i.- Si se trata de la separación de bienes efectuada en virtud de decreto judicial, ésta, en principio, es irrevocable. No podrá quedar sin efecto por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial;
- ii.- Si se trata de la separación de bienes efectuada por disposición de la ley, será irrevocable;
- iii.- Si se trata de una separación convencional de bienes, los cónyuges, por una sola vez, podrán pactar el régimen de participación en los gananciales, en conformidad a lo dispuesto en el art. 1723 del Código Civil;
- iv.- Lo mismo ocurrirá, en el caso del art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, conforme ya lo explicamos.

CAPÍTULO II: DE LA SEPARACION LEGAL DE BIENES.

I.- GENERALIDADES.

Se produce la separación de bienes por el solo ministerio de la ley, cuando concurren las circunstancias para que opere la respectiva causal. A diferencia de la separación judicial, la legal puede ser total o parcial.

Es total, cuando se declara la separación judicial de los cónyuges (art. 1764 N° 3) y en los casos contemplados en los artículos 84 y 135, inc. 2°.

Es parcial, en los casos del art. 150, del art. 166, del art. 252 (establecido por la Ley N° 19.585), del art. 1724, todos del Código Civil, y del art. 37 del Decreto Ley N° 2.695 de 1979.

II.- CAUSALES DE SEPARACION LEGAL TOTAL.

1.- La sentencia que declara a los cónyuges judicialmente separados.

El art. 1764 establece que la sentencia de separación judicial, disuelve la sociedad conyugal. Dado que en este caso el matrimonio subsiste, la sociedad es sustituida por el régimen de separación de bienes.

En una primera impresión, podría estimarse que estamos aquí ante otro caso de separación judicial de bienes. Sin embargo, la separación es legal y no judicial, pues el juez no decreta la separación de bienes, sino la separación judicial de los cónyuges. La separación de bienes es una consecuencia de la separación judicial.

Cabe prevenir que aun cuando la separación judicial termine por reanudación de la vida en común de los cónyuges, subsistirá la separación de bienes (art. 178, el que se remite al art. 165, ya visto). Con todo, reiteramos que este principio tiene hoy dos excepciones, derivadas del art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil y del mismo art. 165 del Código Civil.

2.- Separación de bienes establecida en el art. 135, inc. 2 del Código Civil.

Dispone esta norma que si contraen matrimonio dos personas del mismo sexo, éstas, "por el hecho del matrimonio, se entenderán separadas totalmente de bienes", sin perjuicio de la facultad que les confiere el art. 1715 de optar por el régimen de participación en los gananciales en las capitulaciones matrimoniales estipuladas antes del matrimonio o de sustituir, durante la vigencia del matrimonio, el régimen de separación total de bienes por el régimen de participación en los gananciales, de conformidad al art. 1723.

3.- Separación de bienes establecida en el art. 135, inc. 3° del Código Civil.

Se miran como separados de bienes aquellos casados en el extranjero, a menos que al inscribir su matrimonio en el Registro Civil, Primera Sección de la Comuna de Santiago, pacten sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de dicho pacto en la inscripción. Pero si quienes se casaron en el extranjero fueron personas del mismo sexo, sólo podrán pactar régimen de participación en los gananciales.

Con todo, advertimos que fallos recientes de la Corte Suprema han circunscrito esta hipótesis al caso de cónyuges extranjeros, y no chilenos. Respecto a éstos, se ha dicho que cabe aplicarles el art. 15 del Código Civil, y por ende, si nada dicen al momento de inscribir su matrimonio en Chile, se entenderán casados bajo el régimen de sociedad conyugal.¹²⁸

¹²⁸ En sentencia de fecha 31 de marzo de 2008 de la Corte Suprema, autor Rol N° 16-2008, después de

4.- Separación de bienes a consecuencia de la sentencia que declara la muerte presunta de uno de los cónyuges.

Uno de los efectos de la sentencia que declara presuntivamente muerta a una persona, a partir de la cual por regla general se inicia el período de posesión provisoria, es poner término al régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales que haya existido en el matrimonio del desaparecido (art. 84 del Código Civil). Por ende, durante todo este período de posesión provisoria, y hasta que se produzca el término del matrimonio, el régimen de bienes será, por el solo ministerio de la ley, el de separación total. Al igual que en el primer caso, este es un caso de separación legal y no judicial, porque si bien existe una sentencia, ella no tiene como objetivo declarar la separación de bienes, siendo ésta una consecuencia legal de aquella.

III.- CAUSALES DE SEPARACION LEGAL PARCIAL.

1.- Caso establecido en el art. 166 del Código Civil.

Dispone este precepto que se produce una separación parcial de bienes, cuando se hace a la mujer una donación, herencia o legado, con la condición precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas no tenga la administración el marido.

La ley, interpretando la voluntad del causante o donante, genera un estado de separación parcial de bienes.

Dado que el efecto de la manifestación de voluntad del causante o donante es determinado por la ley, estamos ante un caso de separación legal de bienes.

A su vez, la separación es parcial, porque sólo comprende una parte de los bienes de la mujer: los comprendidos en la donación, herencia o legado.

La mujer, naturalmente, deberá aceptar esta liberalidad.

- Efectos que produce esta forma de separación de bienes.

aludir a los artículos 15 y 135, inciso 2º del Código Civil, se concluye (el énfasis es nuestro): "6º) Que de acuerdo a las normas citadas los chilenos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero, quedan sujetos al estatuto personal que establecen las leyes patrias en cuanto a las obligaciones y derechos que nacen de sus relaciones de familia, situación que en este caso afecta a ambos cónyuges, por haber nacido en territorio nacional como se acredita con el mérito del certificado de matrimonio debidamente traducido que rola a fojas 175. 7º) Que un efecto del matrimonio, según la legislación patria, salvo acuerdo en contrario, es la formación de una sociedad de bienes o sociedad conyugal, como lo disponen los artículos 135 inciso primero y 1718 del Código Civil. 8º) Que si bien es efectivo que el inciso segundo del citado artículo 135, preceptuaba que tratándose de un matrimonio celebrado en país extranjero en donde no impere el sistema de comunidad de bienes, se mirará a los cónyuges como separados de bienes, no lo es menos, que la legislación nacional impone a los contrayentes como régimen legal, el de la sociedad conyugal, **de lo que se infiere que el señalado inciso segundo no tiene aplicación entre cónyuges chilenos, quienes por aplicación del artículo 15 del Código del ramo, no pueden quedar en una situación diversa a la que hubiesen tenido de casarse en Chile**, pues la interpretación contraria llevaría al absurdo de aceptar que los nacionales pueden incurrir en fraude a la ley por el solo hecho de contraer nupcias en el extranjero, sobre todo si se considera el sistema imperante en el país a esa data. 9º) Que, de lo que se viene razonando, es dable concluir que al caso de autos correspondía aplicar la norma del inciso primero del artículo 135 del Código Civil y al no decidirlo así y por el contrario, al resolver los sentenciadores el conflicto sobre la base de una disposición establecida para el matrimonio de extranjeros fuera del territorio nacional, han incurrido en falsa aplicación de la ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, desde que tal error de derecho condujo a los jueces a estimar a los cónyuges chilenos como casados en separación de bienes, lo que como ya se dijo, no es efectivo. 10º) Que, en estas condiciones, corresponde anular la sentencia de segunda instancia dictada en estos autos para la corrección necesaria". Sin embargo, una sentencia de la misma Corte Suprema, de fecha 3 de octubre de 2016, autos Rol Nº 31.455-2016, concluye en sentido opuesto, es decir, en ella se afirma que el art. 135, inc. 3º, también se aplica a los chilenos casados en el extranjero.

- a) Las cargas anexas a la liberalidad, no afectan a la sociedad conyugal.
- b) La mujer se mira como separada de bienes, para la administración y goce de los bienes que constituyen la liberalidad, aplicándose los arts. 159 y 163. Por lo tanto:
 - i.- La mujer puede disponer libremente de estos bienes;
 - ii.- Los acreedores de la mujer no podrán ejercitar sus derechos sino sobre el patrimonio separado, mientras subsista la sociedad conyugal;
 - iii.- Si la mujer adoleciere de alguna causal de incapacidad, se le dará curador para la administración de este patrimonio.
- c) Los acreedores del marido no tendrán acción sobre este patrimonio, a menos que acrediten que el contrato celebrado cedió en utilidad de la mujer o de la familia común (art. 166 N° 2).
- d) Los frutos de los bienes que administra la mujer, y todo lo que con ellos adquiera, le pertenecerán; pero disuelta la sociedad conyugal, dichos frutos y bienes incrementarán el haber social, a menos que la mujer renuncie a sus gananciales. Lo anterior, dado que se aplican al efecto las mismas reglas que respecto del patrimonio reservado (art. 166 N° 3).

En todo caso, cabe advertir que la regla anterior sólo se aplica a los frutos y a las cosas que con ellos adquiera, pero no afecta a los bienes donados, heredados o legados, los que permanecerán en el dominio de la mujer: se trata de bienes propios, que no entran al haber social, aunque la mujer acepte los gananciales.

2.- Caso de separación parcial de bienes, establecido en el art. 252, inc. 3º del Código Civil.

Si la patria potestad se ejerciere por la madre y en virtud de la misma ejerciera el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo, establecido en los artículos 250 y siguientes del Código Civil, y si ésta estuviere casada en sociedad conyugal, se considerará separada parcialmente de bienes respecto de su ejercicio y de lo que en él obtenga. Esta separación se regirá por las normas del art. 150.

3.- Caso de separación parcial de bienes, establecido en el art. 150 del Código Civil.

Nos remitimos a lo expuesto en su oportunidad a propósito del patrimonio reservado.

4.- Caso de separación parcial de bienes, establecido en el art. 1724 del Código Civil.

Establece el art. 1724 que si a cualquiera de los cónyuges se hiciera una donación o se dejare una herencia o legado con la condición impuesta por el donante o testador de que *los frutos* de las cosas donadas, heredadas o legadas no pertenezcan a la sociedad conyugal, valdrá la condición, con una excepción: no valdrá, si los bienes han sido donados o asignados a título de legítima rigorosa (lo que se explica, ya que esta asignación forzosa no puede ser objeto de condición, plazo, modo o gravamen alguno, conforme lo establece el art. 1192).

Así las cosas, dado que los frutos no ingresarán al haber de la sociedad conyugal, forman un patrimonio separado, que administra el cónyuge beneficiario de la liberalidad. Se trata de una excepción a la regla general, en virtud de la cual los frutos de los bienes propios de los cónyuges, ingresan al haber real de la sociedad conyugal.

5.- Caso contemplado en el art. 37 del Decreto Ley N° 2.695.

El Decreto Ley N° 2.695, de 1979, sobre regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz, dispone en su art. 37: "La mujer casada se considerará separada de bienes para los efectos de ejercitar los derechos que establece esta ley en favor de los poseedores materiales, y para todos los efectos legales referentes al bien objeto de la regularización".

De esta manera, si fuere una mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal quien regulariza su posesión ante el Ministerio de Bienes Nacionales, acogiéndose al procedimiento administrativo consagrado en el citado Decreto Ley, administrará con independencia de su marido el inmueble cuyo dominio adquiera por prescripción. Así, por ejemplo, podrá arrendarlo, gravarlo o enajenarlo, sin que se requiera la intervención de su cónyuge, habida cuenta de la frase "y para todos los efectos legales referentes al bien objeto de la regularización".

Para el profesor Hernán Corral, el inmueble se regiría por el art. 166 del Código Civil, ya estudiado. En efecto, el art. 37, en su tenor original, expresaba: "La mujer casada se considerará separada de bienes en los términos del artículo 150 del Código Civil para los efectos de ejercer los derechos que establece esta ley en favor de los poseedores materiales". La norma fue modificada por la Ley N° 19.455, de 25 de mayo de 1996. Señala el profesor Corral que la idea de modificar el art. 37, tenía como propósito dejar en claro "que la mujer se consideraría separada de bienes conforme al art. 150, no sólo para ejercer el derecho a regularizar un bien raíz, sino 'para todos los efectos legales referentes al bien objeto de la regularización". Así fue aprobado el proyecto por el Senado. Quedaba claro entonces que el estatuto que se aplicaría al bien regularizado era el del patrimonio reservado. Pero en segundo trámite (...) se acordó además suprimir en el art. 37 la referencia al art. 150 del Código Civil. El Informe de la Comisión no entrega luces sobre cuál fue el propósito de esta eliminación; sólo nos dice en general que 'la sustitución [del art. 37] se funda en el hecho de que la tendencia actual es dar plena capacidad a la mujer casada' (Informe de 4 de abril de 1995). Más adelante, esta alteración introducida por la Cámara, será aceptada por el senado sin mayor discusión, y así se convirtió en ley. Tratando de salvar la torpeza de esta supresión habría que convenir que el legislador no quiso que se aplicara al bien regularizado por la mujer casada en sociedad conyugal el estatuto de la separación legal parcial regulada por el artículo 150 del Código Civil y que, no habiendo otra separación legal parcial más que la del art. 166 del mismo Código, la regularización originaría un nuevo supuesto de este tipo de separación legal parcial. El inmueble pertenecerá a la mujer sin que pueda exigírsele que repudie los gananciales para que mantenga el dominio. La mujer, por tanto, puede enajenar o gravar el inmueble por sí sola, sin necesidad de autorización del marido o de la justicia en subsidio. No se trata de un bien propio administrado por el marido, sino de un bien separado de la mujer que se rige por el art. 166 del Código Civil".¹²⁹

En lo sustantivo, concuerdo con el profesor Corral. Sólo difiero en aplicar el art. 166 del Código Civil a esta especie de separación legal parcial de bienes. Pienso que derechamente la fuente de este caso de separación legal parcial de bienes, es el art. 37 del decreto Ley 2.695, sin necesidad de vincularlo con precepto alguno del Código Civil. Adicionalmente, el art. 166 no es el único otro caso de separación legal parcial, pues también lo son los arts. 252 y 1724.

Por cierto, tratándose del marido, en cambio, si regulariza la posesión de un inmueble adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal, el bien en cuestión ingresará al haber real o absoluto de la sociedad conyugal. Empero, si la posesión fue adquirida a título gratuito o iniciada antes de la vigencia de la sociedad conyugal, el inmueble será propio de él (art. 1736 del Código Civil). La Corte Suprema, sin embargo, ha sostenido que si el marido entró en posesión durante la vigencia de la

¹²⁹ <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/haber-propio>. Blog "Derecho y Academia".

sociedad conyugal (sin importar si el título posesorio fue oneroso o gratuito), el inmueble será social. No estamos de acuerdo con esta conclusión.¹³⁰

CAPÍTULO III: DE LA SEPARACION CONVENCIONAL DE BIENES.

Clasificación.

Puede ser total o parcial, y puede originarse por pactos celebrados antes del matrimonio o durante su vigencia.

I.- SEPARACION CONVENCIONAL TOTAL.

1.- Separación total convenida en las capitulaciones matrimoniales.

Conforme al art. 1720, los esposos pueden pactar, en las capitulaciones matrimoniales, separación total de bienes.

Esta separación convencional produce los efectos de la separación judicial total, atendidas las normas que hace aplicables el art. 1720.

Recordemos que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1715, el pacto de separación total de bienes puede hacerse en el momento de celebrarse el matrimonio, bastando para ello hacerlo constar en la respectiva inscripción.

2.- Separación total convenida durante el matrimonio.

a) Naturaleza y características del pacto.

La separación total también puede pactarse durante el matrimonio. Dicho pacto sólo puede ser concluido por los cónyuges mayores de edad. El art. 1723 regula este pacto.

El contenido del pacto es el establecimiento entre los cónyuges del régimen de separación total de bienes, el que sustituye al de sociedad conyugal, a un estado de separación parcial o al régimen de participación en los gananciales.

El pacto ha de ser puro y simple; no cabe a su respecto pactar modalidades.

b) Solemnidades del pacto.

El pacto es solemne, en dos aspectos:

i.- Ha de constar por escritura pública;

ii.- Dicha escritura debe subinscribirse al margen de la respectiva inscripción de matrimonio, en el plazo de 30 días, contado desde la fecha de la escritura pública.

La omisión de estas solemnidades produce la nulidad absoluta del pacto o la inexistencia del mismo, según la doctrina que se acepte (art. 1723, inc. 2º).

c) Efectos del pacto.

Produce la disolución de la sociedad conyugal o el término del régimen de participación en los gananciales. En la misma escritura de separación total de bienes, se podrá liquidar la sociedad conyugal o proceder a determinar el crédito de participación o celebrar otros pactos lícitos (art. 1723, inc. 3º).

En todo caso, las convenciones sólo serán válidas y eficaces desde el momento en que se subinscriba la escritura dentro de plazo. El pacto, por ende, en cuanto a sus efectos, no se retrotrae a la fecha en que se estipuló. Los efectos sólo se producirán a partir de la fecha de subinscripción.

El pacto de separación de bienes no admite modalidades y es irrevocable, en lo que respecta a la imposibilidad de volver a la sociedad conyugal. No es irrevocable sin

¹³⁰ Cfr. lo que al afecto señalamos en el apunte de "Los Modos de Adquirir" (www.juanandresorrego.cl) y nuestro trabajo "¿A qué haber ingresa el inmueble que uno de los cónyuges adquiere por prescripción vigente la sociedad conyugal?", en *Estudios de Derecho Civil X*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014, Thompson Reuters, 2015, pp.207-214.

embargo, en lo que respecta a sustituir la separación de bienes por el régimen de participación en los gananciales, o en lo que respecta a volver a pactar el régimen de participación en los gananciales, cuando dicho régimen hubiere expirado a consecuencia de la sentencia que declaró judicialmente separados a los cónyuges (art. 165 del Código Civil y art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, ya analizados).

Los actos o contratos ejecutados por el marido o por la mujer durante la vigencia de la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, son válidos, sin que los afecte en modo alguno el pacto de separación de bienes que sustituya a cualquiera de dichos regímenes patrimoniales.

II.- SEPARACION CONVENCIONAL PARCIAL.

Tiene lugar en dos casos:

1º.- **En las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio, cuando se estipula que la mujer dispondrá libremente de una suma de dinero o de una pensión periódica** (art. 1720, inc. 2º).

2º.- **En las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio, se puede estipular que la mujer administre separadamente una parte de sus bienes** (art. 167).

En ambos casos, la mujer se mira como separada de bienes, rigiéndose esta separación parcial por el art. 166 (por ende, por las normas del art. 150).

PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES

La Ley Nº 19.335, publicada en el Diario Oficial de fecha 23 de septiembre de 1994, y que entró en vigencia respecto a la materia que analizaremos el 24 de diciembre del mismo año, incorporó en nuestro Derecho de Familia un nuevo régimen patrimonial matrimonial, alternativo al de sociedad conyugal, denominado régimen de participación en los gananciales.

Se encuentra normado en los artículos 1792-1 a 1792-27 del Código Civil.

I.- DEFINICIÓN.

Pablo Rodríguez Grez, lo define como "aquel en el cual ambos cónyuges conservan la facultad de administrar sus bienes, sin otras restricciones que aquellas consagradas expresamente en la ley, debiendo, al momento de su extinción, compensarse las utilidades que cada uno obtuvo a título oneroso, configurándose un crédito en numerario a favor de aquel que obtuvo menos gananciales, de modo que ambos participen por mitades en el excedente líquido".¹³¹

En términos más sucintos, se define también como una combinación del régimen de sociedad conyugal y el de separación total de bienes y consiste en que durante el matrimonio los cónyuges se miran como separados de bienes, pero a la época de su disolución, las utilidades que cada uno produjo forman un fondo común

¹³¹ Rodríguez Grez, Pablo, *Regímenes Patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 236.

que se divide entre ellos en partes iguales.¹³² Sin embargo, debemos advertir que en esta definición, se incurre en un error, al aludir que forma "un fondo común", pues ello no es efectivo en la legislación chilena, según lo estudiaremos.

Permite este régimen la plena capacidad de la mujer, con lo que se eliminan los inconvenientes de la comunidad. Asimismo, da participación a la mujer en las utilidades producidas por el marido. Con ello, se elimina el inconveniente más grave del régimen de separación, en el cual en ocasiones la mujer, por estar impedida de producir por sus afares domésticos, pierde toda expectativa en participar en las utilidades obtenidas por el marido, las que no pocas veces la mujer contribuyó a formar.

Existe en Suecia y Colombia, y con carácter convencional, en Francia, Uruguay y Chile.

Se afirma que si bien este régimen es el que más ventajas ofrece desde un punto de vista abstracto, en la práctica coloca en peor situación al cónyuge que trabaja, produce y ahorra, frente al que consume, mal o bien, el producto de su actividad. El primero deberá contribuir con la mitad de sus bienes a sustentar la vida del que nada tiene. Puede constituir, por ende, un seguro a favor de la desidia y de la imprevisión.¹³³

II.- OPORTUNIDAD EN QUE PUEDE PACTARSE Y CARACTERÍSTICAS.

1.- Oportunidad en que se puede pactar el régimen.

Hernán Corral distingue entre un acceso ordinario y otro extraordinario¹³⁴.

1.1. Acceso ordinario.

Establece el art. 1792-1, que los esposos y los cónyuges podrán pactar el régimen:

- a) En las capitulaciones matrimoniales pactadas con anterioridad al matrimonio.
- b) En las capitulaciones matrimoniales pactadas al momento de contraer matrimonio (recordemos que este pacto, y aquél mediante el cual se estipula separación total de bienes, son los únicos susceptibles de acordar en las capitulaciones coetáneas al matrimonio).
- c) Por escritura pública, de acuerdo al art. 1723 del Código Civil, durante el matrimonio, sustituyendo el régimen de sociedad conyugal o el de separación total de bienes.

1.2. Acceso extraordinario.

Las personas casadas en el extranjero pueden acceder al régimen de participación en los gananciales, mediante un pacto formalizado al momento de inscribir su matrimonio en la Primera Sección de la Comuna de Santiago del Registro Civil (art. 135, inc. 3º del Código Civil).

¹³² Rossel Saavedra Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago, 1994, p. 87.

¹³³ Rossel Saavedra, Enrique, ob. cit., p. 88.

¹³⁴ Corral Talciani, Hernán, "Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la Ley Nº 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 99 y siguientes.

Esta norma debe armonizarse con la del art. 1723, inc. 4, que permite pactar participación en los gananciales o separación total de bienes por escritura pública subinscrita al margen de la inscripción matrimonial, a matrimonios celebrados en el extranjero. Se observa, en consecuencia, una discordancia, pues el art. 135, inc. 3º deja en claro que aquellos casados en el extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, si no pactaron, al momento de la inscripción del matrimonio, otro régimen, mientras que, según el art. 1723 inc. 4º, sería necesario que pactaren separación total de bienes. Intentando resolver esta discordancia, debemos entender, dice Hernán Corral, que el art. 1723 se refiere a aquellos **matrimonios celebrados en el extranjero, pero entre chilenos**, a los cuales se les aplica la ley nacional, atendida la extraterritorialidad personal consagrada al respecto en el art. 15 del Código Civil, chilenos que, si nada dicen, se entienden casados en sociedad conyugal, atendido lo dispuesto en el art. 135, inc. 1, y en el art. 1718. El art. 135, inc. 3º, se aplicaría entonces, a juicio de Corral, exclusivamente a **los matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros o entre un chileno y un extranjero**. Sólo con esta interpretación, agrega Corral, tendría sentido el inc. 4 del art. 1723¹³⁵. De la misma forma se ha concluido en algunas sentencias: así, en un fallo de la Corte Suprema, de fecha 31 de marzo de 2008, se afirma que: "...los chilenos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero, quedan sujetos al estatuto personal que establecen las leyes patrias en cuanto a las obligaciones y derechos que nacen de sus relaciones de familia, situación que en este caso afecta a ambos cónyuges, por haber nacido en territorio nacional (...) 7º) Que un efecto del matrimonio, según la legislación patria, salvo acuerdo en contrario, es la formación de una sociedad de bienes o sociedad conyugal, como lo disponen los artículos 135 inciso primero y 1718 del Código Civil; 8º) Que si bien es efectivo que el inciso segundo del citado artículo 135, preceptuaba que tratándose de un matrimonio celebrado en país extranjero en donde no impere el sistema de comunidad de bienes, se mirará a los cónyuges como separados de bienes, no lo es menos, que la legislación nacional impone a los contrayentes como régimen legal, el de la sociedad conyugal, de lo que se infiere que el señalado inciso segundo no tiene aplicación entre cónyuges chilenos, quienes por aplicación del artículo 15 del Código del ramo, no pueden quedar en una situación diversa a la que hubiesen tenido de casarse en Chile, pues la interpretación contraria llevaría al absurdo de aceptar que los nacionales pueden incurrir en fraude a la ley por el solo hecho de contraer nupcias en el extranjero".

Sin embargo, nos parece discutible tal planteamiento, pues el artículo 135 no distingue entre chilenos y extranjeros, refiriéndose genéricamente a "Los que se hayan casado en país extranjero...". Creemos por tanto que el art. 135, inc. 2 [hoy inc. 3º], prevalece sobre el art. 15. Por ende, podrían los cónyuges, chilenos o extranjeros, recurrir al art. 1723, para sustituir el régimen de separación total de bienes por el de participación en los gananciales, o éste último o el de sociedad conyugal (si hubieren pactado cualquiera de tales regímenes al momento de inscribir el matrimonio en Chile), por el de separación total de bienes. Tampoco creemos que en este caso sea pertinente aludir a un eventual fraude a la ley, pues tal ocurre cuando se elude el cumplimiento de una norma imperativa, y no es éste el caso, pues quienes se casan en Chile, pueden o no casarse bajo el régimen de comunidad de bienes.

2.- Características del régimen.

Sus características fundamentales, son las siguientes, a juicio de Corral¹³⁶:

¹³⁵ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 102, quien, a su vez, cita a Guzmán Latorre, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 1989, pp. 484 y siguientes.

¹³⁶ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 98.

- a) Es un régimen económico matrimonial de carácter legal o de regulación predeterminada: los cónyuges no pueden alterar las normas legales que regulan el régimen (se trata por ende de normas de orden público).
- b) Se trata de un régimen alternativo y subsidiario a la sociedad conyugal.
- c) Es un régimen de acceso convencional: requiere de pacto expreso de los cónyuges.
- d) Su mutabilidad está prevista en la ley: mudará, por voluntad de los cónyuges, en los casos y con las limitaciones que indicaremos.
- e) Consiste en un régimen de participación restringida de ganancias y adquisiciones: por regla general, sólo son considerados como gananciales, los bienes muebles e inmuebles, adquiridos a título oneroso durante el matrimonio.
- f) Es un régimen de participación en su modalidad crediticia: al finalizar el régimen, no se forma comunidad de bienes entre los cónyuges, sino que la participación se traduce en el surgimiento de un crédito.
- g) Durante su vigencia, los cónyuges están separados de bienes: dispone el artículo 1792-2 que durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales, los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados. En consecuencia, cada uno de los cónyuges administra libremente lo suyo (con la limitación que apuntaremos respecto al otorgamiento de cauciones personales y teniendo presente la institución de los bienes familiares).
- h) Al finalizar el régimen, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges. Hecha la compensación, la mitad del excedente, se reparte en partes iguales.

III.- DE LA ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS CÓNYUGES.

1.- Principio fundamental.

En su funcionamiento, el régimen de participación en los gananciales se identifica con el de separación total de bienes. La administración, goce y disposición de los bienes corresponde al cónyuge propietario de dichos bienes.

No es extraño por tanto que se haya modificado la Ley de la Renta, para disponer que los cónyuges casados en este régimen deben declarar sus rentas en forma independiente (art. 53º, inc. 1º de la Ley de la Renta, modificado por la Ley Nº 19.347).

Las restricciones a la administración individual que contempla el régimen de participación en los gananciales son las que provienen de la existencia de bienes declarados familiares y de la limitación para otorgar cauciones personales, punto al que nos referimos a continuación.

2.- Limitación para otorgar cauciones personales.

Establece el art. 1792-3 una limitación a los cónyuges: ninguno podrá otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros, sin el consentimiento del otro cónyuge. Según estudiaremos, la razón de esta limitación estriba en impedir que cualquiera de los cónyuges abulte sus deudas indirectas, "licuando" o rebajando

mañosamente su activo, lo que incidirá directamente en la existencia de gananciales y en la obligación de pagar al cónyuge más pobre, el crédito de gananciales.

La autorización deberá otorgarse de conformidad a los artículos 142 a 144 del Código Civil, referidos a los bienes familiares (es posible, por lo tanto, en caso de imposibilidad o negativa no fundada "en el interés de la familia", que el juez supla la autorización). Si la autorización se otorga a través de mandatario, el mandato ha de ser especial y solemne, pues debe constar por escrito o por escritura pública, según lo requiera el acto que debe autorizarse.

Dado que la limitación se refiere a las cauciones personales, los cónyuges pueden constituir cauciones reales sin restricciones, incluso para caucionar obligaciones de terceros. En este punto, encontramos una nueva diferencia entre el régimen de participación en los gananciales y la sociedad conyugal, pues en la última, la limitación también abarca la constitución de cauciones reales, cuando se garantizan deudas de terceros.

3.- Sanción por la infracción de la limitación de otorgar cauciones personales.

En caso de otorgarse la caución personal infringiendo el art. 1792-3, el acto adolecerá de **nulidad relativa**, a diferencia de lo dispuesto en los incisos 5º y 6º del art. 1749 del Código Civil respecto de la sociedad conyugal, en los cuales la sanción es la **inoponibilidad** respecto a los bienes de la sociedad y de la mujer, obligando al marido sólo sus bienes propios (art. 1792-4). Otra diferencia con la sociedad conyugal, consiste en que en ésta, la restricción sólo opera para las cauciones que constituye el marido, mientras que en el régimen de participación en los gananciales, la limitación afecta a los dos cónyuges; finalmente, en la sociedad conyugal la restricción abarca toda clase de cauciones que el marido constituya para garantizar obligaciones de terceros, tanto personales (que usualmente se otorgan para caucionar obligaciones de terceros¹³⁷) como reales (que pueden otorgarse para caucionar obligaciones propias o de terceros).

El cuadrienio dentro del cual debe entablarse la acción rescisoria se cuenta desde que el cónyuge que alega la nulidad, **tuvo conocimiento del acto o contrato** ejecutado o celebrado por el otro cónyuge (art. 1792-4, inc. 2º). Esta fórmula para computar el plazo ha sido criticada por la doctrina, pues "introduce un nuevo factor de incertidumbre jurídica"¹³⁸. Distinta es la solución, tratándose de la sociedad conyugal, pues en ella, la mujer o sus herederos deben accionar dentro del plazo de cuatro años, contado desde la disolución de la sociedad conyugal o desde que cesa la incapacidad que pueda afectar a la mujer o a sus herederos (art. 1757, inc. 3º). En todo caso, igual que en la sociedad conyugal, pasados diez años desde la ejecución o celebración del acto o contrato, no podrá perseguirse la rescisión (art. 1792-4, inc. 3º).

4.- Los patrimonios de los cónyuges se mantienen siempre separados.

Ratifica el art. 1792-5 que, al término del régimen, los patrimonios se mantienen separados, determinándose a la misma fecha los gananciales.

IV.- MUTABILIDAD DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES Y DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES EN GENERAL.

Debemos distinguir entre aquellas mutaciones admisibles y aquellas inadmisibles.

¹³⁷ Tratándose de una cláusula penal, la caución puede garantizar obligaciones propias o ajenas.

¹³⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 278, quien cita a su vez a César Parada Guzmán, quien expuso la crítica en un Seminario organizado por el Colegio de Abogados de Chile, el 13 de octubre de 1994.

1.- Mutaciones admisibles.

Las variaciones del régimen de participación en los gananciales son las siguientes:

- a) La sociedad conyugal puede ser sustituida por un pacto de separación total o de participación en los gananciales (art. 1723, inc. 1º y art. 1792-1; art. 1764 N° 5);
- b) La separación total pactada antes o en el acto del matrimonio puede ser sustituida por el régimen de participación en los gananciales pactado durante el matrimonio (art. 1723, inc. 1º y art. 1792-1);
- c) El régimen de participación en los gananciales pactado antes o en el acto del matrimonio puede ser sustituido por un pacto de separación total de bienes acordado durante el matrimonio (art. 1792-1, inc. 3º y art. 1792-27).
- d) La sociedad conyugal vigente en un matrimonio celebrado en el extranjero, puede sustituirse por el régimen de separación total de bienes (en el silencio de los cónyuges) o por el régimen de participación en los gananciales, si así se pactare, al momento de inscribir el matrimonio en Chile. En la misma oportunidad, podría sustituirse el régimen de participación en los gananciales vigente en el matrimonio celebrado en el extranjero, por el régimen de separación total de bienes (en el silencio de los cónyuges) o por el régimen de sociedad conyugal (art. 135, inc. 3º), si así se pactare.

A estos casos, debemos agregar dos nuevos, dado lo dispuesto en la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil:

- e) El régimen de participación en los gananciales que hubiere expirado a consecuencia de la sentencia que declaró a los cónyuges separados judicialmente, podrá volver a pactarse por una sola vez, de conformidad al art. 1723 del Código Civil, si los cónyuges reanudan la vida en común (art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil); aquí, entonces, hubo régimen de participación en los gananciales, después separación total de bienes (como una consecuencia de la sentencia que declaró la separación judicial de los cónyuges) y, finalmente, otra vez régimen de participación en los gananciales, si los cónyuges así lo estipulan (la secuencia descrita podría ser de cuatro fases, si el régimen de inicio hubiere sido el de sociedad conyugal);
- f) El régimen de separación total de bienes, acordado convencionalmente por los cónyuges durante el matrimonio, podrá sustituirse por una sola vez, por el régimen de participación en los gananciales, de conformidad al art. 1723 del Código Civil (art. 165, inc. 2º del Código Civil).

2.- Mutaciones inadmisibles.

No se admiten por la ley las siguientes mutaciones:

- a) No puede sustituirse el régimen de separación total por el de sociedad conyugal (con la salvedad del art. 135, inc. 3º);
- b) No puede sustituirse el régimen de participación en los gananciales por el de sociedad conyugal (con la salvedad del art. 135, inc. 3º);

c) No puede sustituirse por ningún otro el régimen de separación total pactado durante el matrimonio, salvo si se trata de pactar el régimen de participación en los gananciales, por una sola vez;

d) No puede sustituirse por ningún otro el régimen de participación en los gananciales pactado durante el matrimonio (salvo, si se declara la separación judicial de los cónyuges).

Los casos señalados en las letras a) y b), responden al principio de que la sociedad conyugal, sólo es **un régimen de inicio**, o sea, o existe desde un comienzo, o ya no puede existir (salvo, si se trata de aquellos que habiéndose casado en el extranjero bajo el régimen de separación total de bienes o de participación en los gananciales u otro no consagrado en la ley chilena, pactaren sociedad conyugal al momento de subinscribir el matrimonio en Chile, de acuerdo al inc. 3º del art. 135 del Código Civil).

Los casos señalados en las letras c) y d), responden al principio de que el régimen que se estipule **durante el matrimonio**, en ejercicio del art. 1723, ya no puede alterarse, por regla general. Esta conclusión, como admite Hernán Corral, podría discutirse sobre la base del art. 1792-1, que faculta para sustituir la separación total de bienes por participación en los gananciales y viceversa, sin entrar en mayores distinciones. Pero agrega Corral –en lo que concordamos– que debe considerarse que la sustitución se permite “...con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1723”, norma que perentoriamente establece que este pacto “una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”. Por ello, una vez celebrada la convención a que alude el art. 1723, que debe estar destinada a pactar cualquiera de los regímenes alternativos mencionados, su contenido queda irrevocablemente fijo, sin que se permita un nuevo pacto entre los cónyuges para transitar de la separación total de bienes a la participación en los gananciales o de ésta a aquella¹³⁹. En otras palabras, empleado que sea el art. 1723 por los cónyuges, se **agotan** las posibilidades de recurrir a él nuevamente.

Distinta es la opinión de René Ramos Pazos. Al plantear la hipótesis de los cónyuges casados en régimen de sociedad conyugal y posteriormente hubieren hecho separación de bienes (se entiende durante el matrimonio, a través del pacto previsto en el artículo 1723), se pregunta a continuación: “¿podrían sustituir esa separación por el régimen de participación en los gananciales? (se entiende, recurriendo ahora por segunda vez al pacto consagrado en el artículo 1723) Hay dos soluciones posibles al problema:

a) Una primera, según la cual ello no se puede hacer en razón de que el artículo 1723 inciso 2º prescribe que este pacto ‘no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges’. Abona esta tesis el principio de la inmutabilidad del régimen matrimonial consagrado en el artículo 1716 inciso final.

b) Pero también puede estimarse que ello sería factible, en razón de que para la recta interpretación de la frase final del inciso 2º del art. 1723 –‘no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges’– debe tenerse presente que ella ya se encontraba en el art. 1723 con anterioridad a la Ley 19.335, siendo entonces su significación muy clara en orden a que si los cónyuges habían sustituido la sociedad conyugal por el pacto de separación total de bienes, les estaba vedado volver al régimen de sociedad conyugal. Pero en el caso que nos ocupa el problema es distinto: los cónyuges se casaron en régimen de sociedad conyugal, hicieron uso del artículo 1723 y sustituyeron ese régimen por el de separación de bienes. Ahora, encontrándose casados en separación de bienes, desean sustituirlo por el de participación en los

¹³⁹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 105.

gananciales. Como se ve, no se trata de dejar sin efecto el pacto anterior volviendo al régimen de sociedad conyugal, sino de celebrar un nuevo pacto en conformidad al artículo 1723 para reemplazar el régimen de separación de bienes por el de participación en los gananciales. Y esta situación no está prohibida por la ley”.¹⁴⁰

Pablo Rodríguez Grez, por su parte, concluye en iguales términos que Ramos Pazos, aunque reconociendo que ello podría perjudicar a los terceros. Afirma al efecto: “...es posible que los cónyuges hayan hecho uso de la facultad conferida en el artículo - se refiere al 1723- (...) y hayan sustituido el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes. ¿Pueden posteriormente ejercer esta facultad para pactar ‘participación en los gananciales’? Parece evidente que ello puede ocurrir sin obstáculo alguno, no obstante el hecho de que se afecta gravemente la inmutabilidad del régimen patrimonial, lo cual está consagrado en beneficio de los terceros que hayan contratado con el marido o con la mujer.”¹⁴¹

Acerca del mismo punto, Francisco Merino indicaba las ventajas y los inconvenientes de adoptar la tesis contraria a Corral y favorable a Ramos y a Rodríguez Grez: “posee la ventaja que hace accesible al nuevo régimen de participación en los gananciales a los actuales matrimonios que hoy se encuentran casados bajo el régimen de separación total como consecuencia de haber ya optado por él luego de haberse casado en sociedad de bienes, lo que sería imposible si damos a la oración ‘no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges’ un alcance más amplio que el señalado”. En cuanto a las desventajas, agrega Merino que dicha interpretación “presenta como contrapartida que atentaría contra el principio de la estabilidad conveniente en todo régimen matrimonial, en cuya virtud se debe propender a otorgar al sistema adoptado por los cónyuges la mayor fijeza posible, en atención a los múltiples intereses que en ellos se conjugan y que trascienden a los particulares del marido y de la mujer”.¹⁴²

Hay sin embargo, dos excepciones al principio en virtud del cual los cónyuges sólo pueden recurrir por una sola vez al art. 1723. Son los casos contemplados en el art. 165 del Código Civil y en el art. 40 de la Ley de Matrimonio Civil, que estudiamos a propósito de la Separación de Bienes, de manera que nos remitimos a lo allí consignado.

Ciertamente, el pacto de participación en los gananciales, aún el realizado durante el matrimonio, será sustituido por la separación total de bienes, en el caso de dictarse una sentencia de separación judicial de los cónyuges o de separación de bienes (art. 1792-27 números 4 y 5). Pero en estos supuestos, la sustitución no opera por voluntad de los cónyuges, sino por mandato de la ley, a consecuencia de una resolución judicial.

V.- DETERMINACIÓN Y CÁLCULO DE LOS GANANCIALES.

1.- Concepto de gananciales, en el marco de este régimen matrimonial.

El art. 1792-6, inc. 1º, define qué se entiende por gananciales. Establece que consisten en la **diferencia de valor neto** entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge.

¹⁴⁰ Ramos Pazos, René, Derecho de Familia, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 294.

¹⁴¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 242.

¹⁴² Ramos Pazos, René, ob. cit., pp. 294 y 295, quien a su vez cita a Merino Scheihing, Francisco, “Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales en el derecho chileno”, contenido en el libro de homenaje a Fernando Fueyo Laneri, “Instituciones Modernas del Derecho Civil”, Editorial Jurídica ConoSur, 1996.

Dada esta definición, resulta imprescindible determinar qué se entiende por patrimonio originario y qué por patrimonio final.

2.- Determinación del patrimonio originario.

El art. 1792-6, inc. 2º, define el patrimonio originario. Los artículos 1792-7 al 1792-10, se refieren a la determinación del patrimonio originario.

a) Concepto de patrimonio originario.

Se entiende por patrimonio originario de cada cónyuge, el existente al momento de optar por el régimen de participación en los gananciales (artículo 1792-6, inciso 2º).

b) Bienes que lo integran.

Todos los bienes que integran el patrimonio de cada uno de los cónyuges al momento de iniciarse el régimen, integran el patrimonio originario (artículo 1792-7).

Se excluyen, en principio, todos los bienes o derechos cuya adquisición es posterior al inicio del régimen.

Precisó la ley que **los frutos**, incluso los que provengan de bienes originarios, no se incorporarán al patrimonio originario (art. 1792-9). La solución no podía ser distinta, ya que los frutos son ganancias producidas durante la vigencia del régimen. Se entiende que se trata de los frutos percibidos durante la vigencia del régimen.

Destaca también la ley que no se incorporan al patrimonio originario, **las minas** denunciadas por uno de los cónyuges (art. 1792-9). Se entiende que se trata de las minas denunciadas durante la vigencia del régimen y no antes de su inicio, ya que estas últimas se incorporarán en el patrimonio originario.

c) Agregaciones.

Al patrimonio originario, deben agregarse algunos bienes que, aunque adquiridos después del inicio del régimen, no son propiamente ganancias obtenidas durante su vigencia. Tales son:

c.1) **Bienes adquiridos a título gratuito.**

Establece el art. 1792-7, inc. 2º, que se agregarán al patrimonio originario las adquisiciones a título gratuito efectuadas durante la vigencia del régimen.

Si se trata de liberalidades con gravámenes (una donación con cargas o un legado con un modo, por ejemplo), la agregación debe hacerse deduciendo el valor de las cargas con que estuvieren gravadas (art. 1792-7, inc. 2º, última parte). Por ende, sólo se considerará el valor de aquello que es propiamente una liberalidad. Dentro de la expresión "cargas", entendemos las cargas modales propiamente tales, las deudas hereditarias o testamentarias, los impuestos, y en general, todo otro valor que debe pagar el cónyuge beneficiado con la liberalidad.

A su vez, si la adquisición a título gratuito hubiere sido hecha por ambos cónyuges, los derechos se agregarán a los respectivos patrimonios originarios en la proporción que establezca el título respectivo, o en partes iguales, si el título nada estableció al respecto (art. 1792-10).

Excepcionalmente, **las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida**, no se agregan al patrimonio originario (art. 1792-9). La ley debió precisar que no se agregan hasta concurrencia

del valor efectivo de los servicios, pues en el exceso hay una verdadera liberalidad (art. 1738)¹⁴³.

c.2) Bienes cuya causa o título de adquisición es anterior al inicio del régimen.

Dispone el art. 1792-8 que los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales se agregarán al activo del patrimonio originario del respectivo cónyuge, aunque la adquisición hubiere sido a título oneroso, **cuando la causa o título de la adquisición sea anterior al inicio del citado régimen de bienes.**

Señala el precepto que se agregarán en consecuencia al activo del patrimonio originario, sin que la enumeración que sigue sea taxativa, los siguientes bienes (se trata de una enumeración similar a la del art. 1736, en la sociedad conyugal):

1º Los bienes que estaban en posesión de un cónyuge antes del régimen, adquiridos durante su vigencia por prescripción o transacción (art. 1792-8 N° 1, que reproduce el art. 1736 N° 1). La norma se explica, porque tanto la prescripción como la transacción que recaen en la cosa de la que se estaba en posesión, operan con efecto retroactivo, pues la sentencia que declara la primera, se retrotrae al momento en que se inició la posesión (este efecto retroactivo no está expresamente enunciado por la ley, pero se deduce, por ejemplo, del mismo art. 1736 N° 1, según ha señalado nuestra doctrina), mientras que la transacción, cuando recae en el objeto disputado, constituye un título declarativo (art. 703, parte final).

2º Los bienes que se poseían antes del régimen de bienes por un título vicioso, cuando el vicio se ha purgado durante la vigencia del régimen por la ratificación o por otro medio legal (art. 1792-8 N° 2, norma idéntica a la del art. 1736 N° 2, respecto de la sociedad conyugal). La ratificación, que como sabemos opera tratándose de la nulidad relativa, sana el contrato, entendiéndose que éste nunca adoleció de vicio alguno. La expresión "...o por otro medio legal", la entendemos referida a la prescripción de las acciones de nulidad, tanto absoluta como relativa, que "purgan" el vicio que afectaba al contrato o título respectivo.

3º Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato o por haberse revocado una donación (art. 1792-8 N° 3, norma idéntica a la del art. 1736 N° 3, respecto de la sociedad conyugal). Sabemos que decretada que sea la nulidad o la resolución del contrato, el actual poseedor debe restituir la cosa al demandante, retrotrayéndose las partes al estado previo al del contrato (art. 1687, respecto de la nulidad y art. 1487, respecto de la resolución). La revocación es un medio en virtud del cual, excepcionalmente, una de las partes puede dejar sin efecto un contrato, en este caso el donante, recuperando entonces el dominio de la especie que había sido objeto de la gratuidad (art. 1428 del Código Civil).

4º Los bienes litigiosos, cuya posesión pacífica haya adquirido cualquiera de los cónyuges durante la vigencia del régimen (art. 1792-8 N° 4, norma idéntica a la del art. 1736 N° 4, respecto de la sociedad conyugal). Se entiende por "bienes litigiosos", para estos efectos, aquellos cuya propiedad era objeto de un juicio, que ha sido ganado en definitiva por uno de los cónyuges.

5º El derecho de usufructo que se haya consolidado con la nuda propiedad que pertenece al mismo cónyuge (art. 1792-8 N° 5, norma idéntica a la del art. 1736 N° 5, respecto de la sociedad conyugal). Extinguido el usufructo, el uso y goce se

¹⁴³ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 122.

radican ahora en el patrimonio del cónyuge nudo propietario, quien pasa a ser pleno propietario.

6º Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes de la vigencia del régimen. Lo mismo se aplicará a los intereses devengados antes y pagados después (art. 1792-8 Nº 6, norma idéntica a la del art. 1736 Nº 6, respecto de la sociedad conyugal). El pago que recibe el cónyuge debe ser:

- Por concepto de capital, y no de intereses, por regla general;
- Excepcionalmente lo será a título de intereses, pero siempre y cuando se trate de intereses que se devengaron antes del inicio del régimen (o sea, que se hicieron exigibles), pero que se pagan después de iniciado éste; si se trata de intereses devengados después de comenzado el régimen, deben incorporarse al patrimonio final, según ya lo expresamos (art. 1792-9).

7º La proporción del precio pagado con anterioridad al inicio del régimen, por los bienes adquiridos de resultas de contratos de promesa (art. 1792-8 Nº 7, norma similar a la del art. 1736 Nº 7, respecto de la sociedad conyugal). Como bien señala Hernán Corral, la redacción de este numeral es poco feliz. Es obvio que con él se pretende que se computen en el patrimonio originario los bienes adquiridos durante el régimen en virtud de contratos de promesa de compraventa suscritos con anterioridad a él. Pero la norma resulta de difícil interpretación, pues habla de agregar "la proporción del precio" y no especifica a qué proporción se refiere. Lo más simple hubiera sido –concluye Corral– acumular el valor de la parte del precio pagada con anterioridad, pero la ley habla de "proporción" y no de "porción". Una interpretación que a juicio de Corral pueda respetar esta exigencia, y que parece razonable, sería entender que lo que se acumula no es el valor total del bien adquirido, sino el valor proporcional de éste en relación con la parte del precio que hubiere sido pagada con anterioridad al inicio del régimen. Es decir, si se pagó anticipadamente un tercio del precio, al patrimonio originario deberá acumularse un tercio, pero no del precio, sino del valor del bien a la fecha de su adquisición efectiva¹⁴⁴.

Cabe indicar que la ley no exige, como en el art. 1736 Nº 7 respecto de la sociedad conyugal, que la promesa conste de instrumento público o privado cuya fecha sea oponible a terceros, pero ello debe entenderse implícito, a juicio de Hernán Corral, atendido el requisito general de toda promesa de constar por escrito (art. 1554 Nº 1) y la norma probatoria general del art. 1703, en cuanto a la fecha cierta de los instrumentos privados¹⁴⁵. René Ramos Pazos no concluye en términos tan categóricos, limitándose a advertir que "llama la atención, sin embargo, que el Nº 7 (del art. 1792-8) no haya adoptado en el caso de las promesas, la precaución –que sí tomó el art. 1736 Nº 7– de que tuvieran que constar en un instrumento público o en un instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros".¹⁴⁶ Personalmente, no creemos posible exigir estos requisitos, en el caso del régimen de participación en los gananciales, pues se trata de formalidades, y estas son de derecho estricto, no admiten interpretación y aplicación por analogía. Por lo demás, el art. 1792-8 es posterior al art. 1736, y si en el primero el legislador optó por no insistir en los requisitos contenidos en el segundo, debe entenderse que la voluntad de aquél fue descargar la promesa de las aludidas formalidades. Por ende, tratándose del régimen de participación en los gananciales, no nos parece razonable excluir las promesas que consten por instrumento privado, cuya fecha no sea oponible a terceros en los términos del art. 1703 del Código Civil. Lo anterior, sin perjuicio de considerar que

¹⁴⁴ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 123.

¹⁴⁵ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 124.

¹⁴⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 301.

dicho instrumento privado, en principio, carecerá de mérito probatorio, de acuerdo a las reglas generales estudiadas en la Teoría de la Prueba, mientras no sea reconocido o se mande tener por reconocido.

Otra diferencia que cabe destacar entre el N° 7 del art. 1736 y el N° 7 del art. 1792-8, dice relación a que el primero, se refiere sólo a los bienes inmuebles (atendido lo dispuesto en el último inciso del art. 1736), mientras que el segundo se refiere tanto a los bienes muebles como inmuebles (pues el precepto no hace distingo alguno).

d) Deducciones.

Conforme a lo dispuesto en el art. 1792-7, para determinar el patrimonio originario debemos deducir, del valor total de los bienes de que el cónyuge sea titular al momento de iniciarse el régimen, **el valor total de las obligaciones** de que el cónyuge sea deudor, en la misma fecha.

Cabe precisar que dentro del "valor total" de los bienes de que era titular el cónyuge, se entienden incorporados los bienes que deben agregarse a los bienes iniciales, conforme a lo referido.

No detalló la ley si las obligaciones debían ser civiles o también naturales, líquidas e ilíquidas, directas e indirectas, puras y simples y sujetas a modalidades, etc.

Estima Hernán Corral que podría inferirse que la norma se refiere sólo a deudas líquidas, actualmente exigibles y avaluables en dinero. De lo contrario, no podría efectuarse la deducción ordenada por la ley. Pero el mismo autor agrega que también debe tenerse en cuenta que una deuda que al momento de iniciarse el régimen era ilíquida o no exigible, puede llegar a serlo durante la vigencia de él y tal determinación operar con efecto retroactivo. De este modo, si se cumple la condición suspensiva, la obligación nacerá con efecto retroactivo y se reputará existente al momento de celebrarse el contrato. Lo mismo acontece con una deuda ilíquida que posteriormente es liquidada¹⁴⁷.

También se deducen del activo, como se indicó, las deudas que constituyen cargas de las adquisiciones a título gratuito realizadas durante la vigencia del régimen (art. 1792-7, inc. 2º).

Deducidas las obligaciones, el monto que resulte será el valor del patrimonio originario.

Si el valor de las obligaciones excede al valor de los bienes, el patrimonio originario se estimará carente de valor.

De lo anteriormente expuesto, podemos visualizar dos patrimonios originarios: uno, que podríamos denominar como patrimonio originario "**preliminar**", existente al inicio del régimen, y otro que podríamos llamar patrimonio originario "**consolidado**", existente al término del régimen, compuesto por el patrimonio originario "preliminar", más las agregaciones que manda hacer la ley y menos la deducción de las deudas que se hicieron líquidas después del inicio del régimen, pero que existían al momento en que éste comenzó.

e) Prueba del patrimonio originario.

Establece el art. 1792-11 la obligación de cada cónyuge, de hacer **inventario simple** de los bienes que componen el patrimonio originario. Tal inventario será **el medio normal** de probar la composición del patrimonio originario.

¹⁴⁷ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 125.

Aunque la ley no lo dice expresamente, se entiende que cada inventario será suscrito por ambos cónyuges; también podría tratarse de un solo instrumento para ambos, desglosando el inventario de cada uno¹⁴⁸.

A falta de inventario, el patrimonio originario puede probarse por **otros instrumentos**, como registros, facturas, títulos de créditos, etc.

Subsidiariamente, a falta de otros instrumentos y si se acredita que atendidas las circunstancias, el esposo o cónyuge no estuvo en situación de procurarse un instrumento, serán admitidos otros medios de prueba.

Observamos entonces, como señala René Ramos Pazos, una jerarquía de pruebas, que operan conforme al siguiente orden:

1º El inventario;

2º A falta de inventario, otros instrumentos;

3º Si se prueba que no fue posible procurarse un instrumento, por cualquier medio de prueba, sin limitaciones.¹⁴⁹

Como es obvio, el inventario no podrá servir de prueba, tratándose de aquellos bienes adquiridos durante la vigencia del régimen y que no obstante se incorporan al patrimonio originario (por ejemplo, según veíamos, los adquiridos a título gratuito). En este caso, para probar su adquisición, se deberán ocupar las pruebas supletorias que acabamos de mencionar. Dicho de otra forma, el inventario servirá para acreditar la composición del patrimonio originario "preliminar", pero no la composición del patrimonio originario "consolidado", respecto del cual habrá que recurrir a los otros medios de prueba.

Las normas probatorias, que afectan sin duda a los cónyuges, parecieran no ser oponibles a terceros. Desde ya, consignemos que el inventario sólo sería oponible a los terceros que lo hayan aprobado y firmado (aplicando el mismo principio que para la liquidación de la sociedad conyugal, consagra el art. 1766).

En cuanto a la confesión del otro cónyuge, advierte Hernán Corral que la ley no la excluye expresamente, de manera que, en su opinión, sería procedente **entre cónyuges** (se aplicaría por ende un criterio diverso al de la sociedad conyugal: art. 1739, inc. 2º). En cambio, la confesión no sería plena prueba, **contra los eventuales acreedores**, por aplicación del art. 2485, que establece, en cuanto al privilegio de cuarta clase reconocido al crédito de gananciales, que la confesión de alguno de los cónyuges no hará prueba por sí sola contra los acreedores¹⁵⁰.

3.- Determinación del patrimonio final.

a) Concepto.

Se entiende por patrimonio final, el que exista al término del régimen de participación en los gananciales (art. 1792-6, inc. 2º).

b) Bienes que lo componen.

Integran el patrimonio final, en principio, todos los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen (art. 1792-14).

La ley se preocupa de disponer que **las comunidades entre los cónyuges** sobre ciertos bienes deben ser consideradas para establecer el patrimonio final. En una norma de redacción defectuosa (art. 1792-10), dispone la ley que los cónyuges son comuneros, según las reglas generales, de los bienes adquiridos en conjunto, a título oneroso. Como señala Hernán Corral, la norma es inútil y perturbadora, ya que da pie

¹⁴⁸ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 126.

¹⁴⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 303.

¹⁵⁰ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 127.

para preguntarse, a contrario sensu, si los bienes adquiridos en comunidad a título gratuito, no se rigen por las reglas generales. Como la conclusión anterior sería absurda, debe concluirse que toda comunidad, cualquiera sea el título de adquisición, gratuito u oneroso, se computará también, si subsiste al término del régimen en el patrimonio final de cada cónyuge en la parte que de derecho corresponda¹⁵¹. Dado que el mismo art. 1792-10 ordena computar la parte adquirida gratuitamente en el patrimonio originario, el cónyuge no presentará gananciales por este concepto.

c) Agregaciones.

El Código Civil, en su art. 1792-15, ordena acumular imaginariamente al patrimonio final de cada cónyuge, el valor de ciertos bienes enajenados por éste y que por lo tanto ya no subsisten a la fecha del término del régimen. Esta acumulación en valor tiene por objeto precaver que un cónyuge distorsione voluntariamente su patrimonio final para eludir el pago de gananciales, enajenando bienes con ese fin, así como considerar gananciales gastos que hayan sido realizados en utilidad exclusiva de uno de los cónyuges y no de la familia común.

c.1) Montos que deberán agregarse imaginariamente.

1º Los montos de las donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario.

Se exceptúan sólo las liberalidades de uso (por ejemplo, regalos de cumpleaños, matrimonio, etc.) y las que tuvieron por objeto el cumplimiento de deberes morales (la norma es muy amplia, abarcando desde una donación efectuada a una institución de caridad, hasta aquella que se realiza a quien en el pasado, ayudó significativamente al donante, cuando se encontraba desprovisto de fortuna). De todas formas, la ley se refiere "al cumplimiento proporcionado" de los deberes morales o de los usos sociales, de manera que, según el caso, habrá que considerar la fuerza del patrimonio del donante y las circunstancias que expliquen el acto de liberalidad.

2º Los montos correspondientes a cualquier especie de actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge.

Conforme a las reglas generales, será necesario probar el fraude, pues el dolo no se presume (art. 1459). Lo mismo acontecerá con la ocurrencia de perjuicios.

En cuanto a los actos de dilapidación, es decir de administración imprudente o irracional, corresponderá al juez determinar si estamos o no ante tal hipótesis. El juez podrá utilizar los criterios que el art. 445 establece en relación con la interdicción del pródigo.

3º Los montos correspondientes al pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos.

Hace excepción a lo anterior, las rentas vitalicias convenidas al amparo del Decreto Ley Nº 3.500, salvo la cotización adicional voluntaria en la cuenta de capitalización individual y los depósitos en cuentas de ahorro voluntario, los que deberán agregarse imaginariamente conforme a la regla general.

No habrá lugar a la agregación imaginaria, si el acto hubiere sido autorizado por el otro cónyuge.

¹⁵¹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 129.

Como indica René Ramos Pazos, "La explicación de agregar cada uno de estos valores es proteger al otro cónyuge de actos que impliquen indebida generosidad (artículo 1792-15 número 1), fraude (artículo 1792-15 número 2) o que persiguen sólo la utilidad del cónyuge que los hace (artículo 1792-15 número 3). Y por esta misma razón, no se siguen estas reglas si el otro cónyuge los autoriza".¹⁵²

c.2) Requisitos de la agregación.

Para que proceda la agregación imaginaria de valores, es necesario:

1º Que se produzca una disminución del activo del patrimonio final de uno de los cónyuges, como consecuencia de alguno de los actos precedentemente indicados;

2º Que el acto haya sido ejecutado durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales;

3º Que el acto no haya sido autorizado por el otro cónyuge, expresa o tácitamente.

c.3) Valor acumulable.

Las agregaciones serán efectuadas considerando el estado que tenían las cosas al momento de su enajenación. En otras palabras, el importe acumulable será el valor en dinero que tendrían las cosas al momento del término del régimen, pero considerando su estado en la época en que fueron enajenadas.

d) Sanción por la distracción u ocultación de bienes o por la simulación de obligaciones.

Establece el art. 1792-18 una sanción, para el cónyuge que intenta hacer aparecer sus gananciales como de menor valor que el real.

Tres son las conductas sancionadas por la ley:

- Distraer bienes;
- Ocultar bienes;
- Simular obligaciones.

La ocultación consiste en hacer desaparecer un bien del patrimonio propio. La distracción, en términos estrictos, consiste en la desviación de bienes que corresponden a otra persona hacia el propio patrimonio¹⁵³, situación que no parece corresponder a la palabra empleada en el art. 1792-18, pues resultaría absurdo que uno de los cónyuges aumente artificialmente su patrimonio y con ello sus gananciales, pues en tal caso, se verá perjudicado, frente al otro cónyuge. Por ende, parece lógico concluir que en este caso, la expresión "distraer" no es más que un sinónimo de "ocultar". La simulación de obligaciones no es más que la creación ficticia de una deuda, a fin de disminuir el activo del patrimonio.

En los dos primeros casos, se pretende exhibir un activo menor al que en realidad existe. En el tercer caso, se pretende abultar el pasivo, para que de esta forma, disminuya el activo neto, es decir, los gananciales.

La sanción prevista por la ley para el cónyuge infractor, consiste en obligarlo a sumar, a su patrimonio final, el doble del valor de los bienes que se distraen u ocultan

¹⁵² Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 304.

¹⁵³ Arturo Alessandri Rodríguez, señala que "Hay distracción cuando alguno de los cónyuges o de sus herederos sustrae un bien social para apropiárselo o exclusivamente en perjuicio del otro, de sus herederos o de los acreedores sociales": "Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada", citado a su vez por Ramos Pazos René, ob. cit., p. 255.

o de las supuestas deudas. Se trata de una norma similar a la del art. 1768, respecto de la sociedad conyugal, aunque en este último caso, la sanción es más rigurosa, pues además de la restitución doblada, dispone la pérdida de los derechos que correspondían al culpable en la cosa distraída u ocultada.

Aunque el art. 1792-18 se refiere sólo a los cónyuges y no menciona a los herederos (a diferencia del art. 1768), es razonable estimar que la sanción también procederá si son éstos los que intentan disminuir los gananciales del difunto en perjuicio del cónyuge sobreviviente.

En cuanto a la prescripción de la acción destinada a hacer efectiva la sanción, Ramos Pazos opina que debiera aplicarse el art. 2332, esto es, la regla concerniente a la responsabilidad extracontractual, pues estaríamos ante un hecho ilícito¹⁵⁴. Por ende, prescribiría la acción en cuatro años, contados desde el acto que supuso la distracción, ocultación o simulación.

e) Deduciones.

Del valor del activo del patrimonio final, debemos deducir el valor de todas las obligaciones que el cónyuge tenga a la fecha de terminación del régimen (art. 1792-14). Puesto que la ley no distingue, debemos deducir tanto las obligaciones directas como las indirectas (respecto a éstas últimas, cobra importancia lo que expresamos, en cuanto a la limitación para constituir cauciones personales, que pesa sobre los cónyuges, sin autorización del otro).

Siguiendo el mismo criterio aplicado respecto del patrimonio originario, Hernán Corral estima que se deducirán las obligaciones avaluables en dinero que sean líquidas y actualmente exigibles al momento de la finalización del régimen. Las obligaciones que sean liquidadas o se hagan exigibles con posterioridad a esa fecha podrán ser computadas sólo si existían al término del régimen, y siempre que ello ocurra antes de su liquidación y la determinación del crédito de participación.

Se deducen, incluso, las obligaciones que un cónyuge tenga respecto del otro, ya que conforme al art. 1792-19, inciso final, la existencia del crédito de participación "*será sin perjuicio de otros créditos y obligaciones entre los cónyuges*".

f) Prueba del patrimonio final.

f.1) Obligación de hacer inventario.

El art. 1792-16 establece la obligación de cada cónyuge, de proporcionar, al término del régimen de participación en los gananciales, un **inventario simple valorado** de su patrimonio final, esto es, de sus bienes y obligaciones. Tal será el medio de prueba primordial de la composición del patrimonio final.

Si el régimen termina por muerte de uno de los cónyuges, la obligación pesará sobre sus herederos o causahabientes.

f.2) Plazo para la facción de inventario.

Para cumplir esta obligación, los cónyuges tienen un plazo de **tres meses**, siguientes al término del régimen. Este plazo podrá ser ampliado por el juez, por una sola vez y hasta tres meses más.

f.3) Valor probatorio del inventario.

¹⁵⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 306.

El inventario simple, firmado por el cónyuge, hace prueba a favor del otro en cuanto al patrimonio final del primero. En todo caso, de conformidad a las normas generales acerca del valor probatorio de los instrumentos privados en juicio, el inventario deberá estar reconocido o mandado tener por reconocido (art. 1702 del Código Civil y art. 346 del Código de Procedimiento Civil).

f.4) Objeción del valor probatorio del inventario.

El cónyuge que recibe el inventario puede objetarlo, alegando que no es fidedigno. La objeción podría fundarse en haberse omitido bienes, o haberse subvalorado algunos bienes, o haber sobrevalorado deudas, etc. Aunque la ley se refiere sólo a esta hipótesis ("no es fidedigno"), no habría inconveniente, aplicando reglas generales, para objetar el inventario por falta de autenticidad o por defectos de confección (por ejemplo, si no estuviere firmado).

Objetado que sea el inventario, total o parcialmente, la composición o valoración efectiva del patrimonio final podrá probarse con todos los medios de prueba admisibles.

En cuanto a la confesión de uno de los cónyuges, habría que aplicar la misma fórmula que respecto a la prueba del patrimonio originario.

f.5) Petición de facción de inventario solemne.

Dispone el art. 1792-16, inc. 3º, que cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la facción de inventario de conformidad con las reglas del Código de Procedimiento Civil (vale decir, aquellas contenidas en los artículos 858 a 865 del citado Código). En este caso, el inventario constituirá plena prueba, por tratarse de un instrumento público. Se trata de un inventario solemne.

4.- Evaluación de los patrimonios originario y final.

a) Criterios de valoración del patrimonio originario.

Se valoran los bienes que lo integran según su estado al momento de la entrada en vigencia del régimen de bienes (art. 1792-13, inc. 1º). A su vez, los bienes que se adquieren durante el régimen pero que se agregan al patrimonio originario (los adquiridos a título gratuito y los que tienen una causa de adquisición anterior al inicio del régimen), se valoran según el estado en que se encontraban al momento de su adquisición.

El precio (en realidad "el valor") que tenían los bienes al momento de incorporarse al patrimonio originario, será prudencialmente actualizado a la fecha de terminación del régimen (art. 1792-13, inc. 1º).

La valoración podrá ser hecha:

- Por los cónyuges, lo que por cierto constituye la hipótesis usual;
- Por un tercero designado por ellos (norma similar a la determinación del precio, en la compraventa); o
- Por el juez, en subsidio. En este último caso, debemos entender que la valoración judicial se efectuará en el juicio incoado para la determinación del crédito de participación en los gananciales, de acuerdo al art. 1792-26.

Las mismas reglas rigen para la valoración del pasivo.

b) Criterios de valoración del patrimonio final.

La evaluación de los bienes y las deudas que componen el patrimonio final, se realiza con similares criterios a los indicados respecto del patrimonio originario (artículo 1792-17). Los bienes deben evaluarse según el estado en que se encuentren, al término del régimen. Respecto de los bienes que se deben agregar imaginariamente al patrimonio final (artículo 1792-15), deben evaluarse considerando el estado de aquellos al momento de la enajenación.

5.- Comparación de los patrimonios originario y final.

Valorados los patrimonios originario y final, pueden darse dos eventos:

- El valor del patrimonio originario es igual o superior al valor del patrimonio final, en cuyo caso el cónyuge no habrá logrado ganancias; o
- El valor del patrimonio final es superior al del patrimonio originario, en cuyo caso este excedente será reputado gananciales.

Determinada la situación de cada cónyuge (de ganancia o pérdida), la ley ordena comparar estas dos situaciones, produciéndose distintos efectos. Las hipótesis que pueden presentarse son tres:

a) **Ambos cónyuges presentan pérdidas.**

Ejemplo: el cónyuge A tiene un patrimonio originario avaluado en \$15.000.000.- y un patrimonio final de \$ 13.000.000.- El cónyuge B tiene un patrimonio originario avaluado en \$14.000.000.- y un patrimonio final de \$10.000.000.- En este caso, **las pérdidas no se comparten**; cada cónyuge deberá enfrentar separadamente las obligaciones que contrajo durante la vigencia del régimen. En este aspecto, el régimen parece menos solidario que el de la sociedad conyugal, en el cual, sin perjuicio del beneficio de emolumento de que goza la mujer, el pasivo social es soportado por ambos cónyuges.

b) **Uno de los cónyuges presenta ganancias y el otro presenta pérdidas.**

En este caso, aquél de los cónyuges que obtuvo ganancias, deberá compartir con el otro la mitad de las mismas. Así, por ejemplo, el cónyuge A tiene un patrimonio originario de \$15.000.000.- y un patrimonio final de \$10.000.000.-; y el cónyuge B tiene un patrimonio originario de \$20.000.000.- y un patrimonio final de \$40.000.000.- Las ganancias obtenidas por el cónyuge B, ascendentes a \$20.000.000.-, deberán compartirse con el cónyuge A, quien tiene un crédito de \$10.000.000.- contra el cónyuge B.

c) **Ambos cónyuges presentan ganancias.**

En este caso, compensamos las ganancias obtenidas por los cónyuges, y la diferencia, correspondiente al cónyuge que obtuvo mayores utilidades, se reparte por mitades.

Ejemplo: el cónyuge A tiene un patrimonio originario de \$20.000.000.- y un patrimonio final de \$ 80.000.000.- El cónyuge B tiene un patrimonio originario de \$10.000.000.- y un patrimonio final de \$30.000.000.- Para determinar a cuánto asciende el crédito de participación en los gananciales, ejecutamos la siguiente operación:

- Sumamos los gananciales obtenidos por cada cónyuge, de manera que obtenemos \$80.000.000.- Debemos compensar primero los gananciales obtenidos por ambos, es decir, la suma de \$60.000.000.- obtenidos por el cónyuge A con la suma de \$20.000.000.- obtenidos por el cónyuge B.

- Efectuada la compensación, surge una diferencia de \$40.000.000.-, que corresponde a las mayores ganancias obtenidas por el cónyuge A;
- El cónyuge B, entonces, tiene derecho a la mitad de esta diferencia, esto es, tiene derecho a \$20.000.000.-
- De esta forma, ambos cónyuges obtienen, en definitiva, gananciales por \$ 40.000.000.- El cónyuge A había ganado \$ 60.000.000.-, pero baja a \$40.000.000.-, pues debió entregar \$20.000.000.- al cónyuge B. Este, a su vez, había ganado \$20.000.000.-, pero obtiene otros \$20.000.000.- del cónyuge A.

Se pregunta Hernán Corral si es o no posible que los cónyuges, de común acuerdo, puedan alterar la participación por iguales partes, al momento de pactar el régimen. Del tenor imperativo de los artículos 1792-2 y 1792-19, pareciera, dice este autor, que la respuesta ha de ser negativa¹⁵⁵. Parece razonable tal conclusión, considerando además que prohibió el artículo 1792-20 la renuncia anticipada por alguno de los cónyuges a su crédito de participación, renuncia que total o parcialmente podría operar de manera anticipada, si los cónyuges tuvieran la libertad para alterar la regla de distribución de los gananciales prevista en el Código Civil. Se trataría entonces de una norma de orden público. Pablo Rodríguez Grez concuerda con Corral, señalando al efecto: "¿Pueden los cónyuges, en este caso (se refiere al caso en que se celebra por los cónyuges el pacto consagrado en el artículo 1723) alterar la participación paritaria dispuesta en la ley? Es indudable que ello no es posible, atendido el inciso final del artículo 1723 (que reza: "Los pactos a que se refiere este artículo y el inciso 2º del artículo 1715, no son susceptibles de condición, plazo o modo alguno"). En consecuencia, los pactos que se celebren entre los cónyuges que sustituyen la sociedad conyugal o la separación de bienes por la participación en los gananciales deben ser puros y simples y no afectar las bases del sistema".¹⁵⁶

Recordemos que distinta es la solución en el ámbito de la sociedad conyugal, en la que la mujer puede renunciar a los gananciales al pactar capitulaciones matrimoniales; y en la que también se podría pactar una distribución no paritaria de gananciales, siempre que ello conste en las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio.

VI.- DEL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES.

1.- Concepto.

Ramos Pazos lo define en los siguientes términos: "es el que la ley otorga al cónyuge que a la expiración del régimen de participación en los gananciales ha obtenido gananciales por monto inferior a los del otro cónyuge (o, agregamos nosotros, no los ha obtenido), con el objeto de que este último le pague, en dinero efectivo, a título de participación, la mitad del exceso" (o la mitad de lo que obtuvo, si el primero nada obtuvo).¹⁵⁷

2.- Cuando se origina el crédito.

Dispone el artículo 1792-20 que el crédito de participación en los gananciales se origina al término del régimen. Estamos ante un derecho cuya fuente es la ley (artículo 578 del Código Civil).

Durante el régimen, el crédito no existe (la ley lo califica de "eventual", expresión que en estricto rigor no es correcta, estima Hernán Corral, pues no cabe

¹⁵⁵ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 147.

¹⁵⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 243.

¹⁵⁷ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 307.

impetrar medidas conservativas, como las que se permite invocar a todo acreedor condicional).¹⁵⁸

En todo caso, sí podrían solicitarse medidas conservativas, cuando el régimen de participación en los gananciales esté llegando a su término en virtud de un juicio de separación de bienes (artículos 156 y 158).

No se admite por la ley convención alguna respecto de este crédito "eventual", antes del término del régimen. La infracción a esta prohibición, conforme a las normas generales (artículos 10, 1466 y 1682) ocasionará nulidad absoluta.

Después de terminado el régimen, es posible cederlo, renunciarlo, etc.

3.- Características del crédito de participación.

a) Se trata de un crédito ilíquido, que deberá determinarse por los procedimientos establecidos por la ley.

b) Es un derecho renunciabile y transferible: lo anterior, siempre y cuando hubiere finalizado el régimen.

c) Es un derecho transmisible: y lo es, aún cuando sea la muerte del titular la que produzca la disolución del régimen.

d) El crédito es susceptible de extinguirse por prescripción: operarán las normas generales.

e) Es un crédito puro y simple, en principio. Excepcionalmente, puede someterse a un plazo, por resolución judicial.

f) Por regla general, sólo puede pagarse en dinero. Excepcionalmente, podrá pagarse en especie.

g) Es un crédito independiente de otros créditos u obligaciones existentes entre los cónyuges.

h) Goza de una preferencia de cuarta clase.

i) No constituye renta, para los efectos de la Ley de Impuesto a la Renta (artículo 17 N° 30 de la Ley de la Renta).

4.- Liquidación del crédito.

Se efectuará, **en primer lugar, por acuerdo entre los cónyuges**. Si el régimen termina en virtud de un pacto de separación total de bienes, de conformidad al artículo 1723, los cónyuges podrán determinar el crédito de participación en la misma escritura pública en la que se pacte la separación total.

En caso **de no haber acuerdo, la liquidación se efectuará por el juez**, en juicio sumario (artículo 1792-26). Esta materia, no se incluyó por el artículo 8° de la Ley 19.968, en aquellas que son de competencia de los Tribunales de Familia.

¿Puede someterse la liquidación del crédito al conocimiento de jueces árbitros? Nada dijo la ley al respecto. En verdad, nada impediría que los cónyuges se acojan a un arbitraje voluntario, ya que no se trata de una materia incluida entre aquellas de arbitraje prohibido (artículos 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales). Cabe

¹⁵⁸ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 148.

indicar que encontramos aquí una nueva diferencia con la sociedad conyugal, pues en ésta, la liquidación es materia de arbitraje forzoso (artículo 227 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales)¹⁵⁹. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de pedir los cónyuges, de común acuerdo, la liquidación del crédito, en el respectivo juicio de separación judicial, de divorcio o de nulidad de matrimonio (artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil y artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales).

El juez determinará y valorará los patrimonios originales y finales de cada cónyuge y fijará la existencia y cuantía del crédito de participación.

Establece la ley que si se hubieren constituido derechos reales sobre bienes familiares en conformidad al artículo 147 (derechos de usufructo, uso o habitación), ellos serán valorados prudencialmente por el juez (artículo 1792-23). Esto se verificará en la medida en que los derechos reales constituidos se mantengan después de la expiración del régimen de participación.

5.- Prescripción de la acción para pedir la liquidación del crédito de participación en los gananciales y de la acción para cobrar el crédito ya determinado.

5.1. Acción para pedir la liquidación del crédito de participación en los gananciales.

La acción para pedir la liquidación del crédito prescribe en el plazo de **cinco años**, contados desde la terminación del régimen. En cuanto a la eventual suspensión del plazo de prescripción extintiva antes señalado, cabe distinguir:

- **No se suspende entre cónyuges**¹⁶⁰ (con todo, antes de la reforma hecha por la Ley N° 21.515, la doctrina se preguntaba si operaba la suspensión, cuando se trataba de un cónyuge menor de edad; en principio, se decía, la respuesta debía ser negativa, considerando que la ley no distinguía. Sin embargo, tampoco era razonable concluir que la prescripción corría contra un incapaz, pues ello habría contravenido el principio fundamental que se desprende del art. 2509, en cuanto a que "al impedido o incapaz no le corre plazo". Por ello, César Frigerio afirmaba que "si puede suspenderse a favor de los herederos menores del cónyuge fallecido, con mayor razón debiera suspenderse también a favor del cónyuge menor de edad, lo cual es perfectamente posible, atendida la edad mínima exigible para contraer matrimonio. En tal caso, el cónyuge menor deberá estar bajo curaduría y entonces cabría a su respecto la suspensión de la prescripción, conforme lo dispuesto en el artículo 2520 en relación con el N° 1 del artículo 2509".¹⁶¹

- **Sí se suspende respecto de los herederos menores de edad** (artículo 1792-26). En este último caso, no aclara la ley si la suspensión será indefinida hasta que los herederos alcancen la mayoría de edad, de manera que pareciera procedente aplicar las reglas generales, no extendiéndose más allá de los diez años, contados desde el término del régimen (artículo 2520).

5.2. Acción para cobrar el crédito ya determinado.

Nada dijo la ley respecto de la prescripción de la acción para exigir el pago del crédito ya determinado convencional o judicialmente, pero aplicando las reglas generales de la prescripción, se concluye que el plazo será de cinco años. El plazo se contará:

¹⁵⁹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 151.

¹⁶⁰ Nótese que el artículo 1792-26 altera el principio general consagrado en el último inciso del artículo 2509, que establece: "La prescripción se suspende siempre entre cónyuges".

¹⁶¹ Frigerio, César, "Regímenes Matrimoniales", Editorial ConoSur, 1995, p. 142, citado a su vez por Ramos Pazos, ob. cit., p. 307.

- En el caso de liquidación judicial, desde que quede a firme la sentencia que liquidó el crédito;
- En el caso de liquidación convencional, desde el vencimiento del plazo que se haya fijado para su pago.

En otras palabras, desde que la deuda se haya hecho exigible.

6.- Cumplimiento de la obligación de pago del crédito de participación.

a) Forma de pago.

El pago del crédito debe hacerse **en dinero** (artículo 1792-21, inciso 1º). Excepcionalmente, dispone el artículo 1792-22 que para solucionar la deuda, el cónyuge deudor podrá convenir con el cónyuge acreedor o con sus herederos, **daciones en pago**. Si la cosa dada en pago fuere evicta, renacerá el crédito, salvo que el cónyuge acreedor hubiere tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo (norma similar al artículo 1852, en la compraventa). Al decir la ley expresamente que renace el crédito en caso de evicción de la cosa que se dio en pago, se zanja, para los efectos de esta institución, la duda planteada por la doctrina en esta hipótesis. Recordemos que aquellos que ven en la dación en pago una **novación por cambio de objeto**, concluyen que la evicción sobreviviente no puede hacer renacer el primitivo derecho, irrevocablemente extinguido. En cambio, para los efectos de la institución en estudio, se ve en la dación en pago una **modalidad del pago**, de manera que si la cosa con que se pagó no pertenecía al deudor y fue evicta estando en manos del acreedor, el crédito sigue vigente, para todos los efectos legales, con todos sus accesorios (así, por ejemplo, si el marido era deudor del crédito de participación en los gananciales y pactó con su mujer un plazo de seis meses para pagar, y al hacerlo, el suegro de ésta se constituyó en codeudor solidario de su hijo, tal condición se mantiene después de producida la evicción, pues la obligación no ha sido extinguida; distinto habría sido el resultado, si la dación en pago hubiere supuesto una novación objetiva por cambio de objeto, habida cuenta de lo dispuesto en los artículos 1519 y 1645 del Código Civil). Importa también la solución a que llega la ley, porque se mantiene el carácter preferente del crédito de participación en los gananciales.

b) Oportunidad del pago.

Establece el artículo 1792-21 que el crédito de participación en los gananciales es puro y simple. Por ende, ha de pagarse **inmediatamente**, una vez determinado, culminada que sea la liquidación.

Excepcionalmente, el juez podrá fijar un plazo no superior a **un año** para el pago del crédito, cumpliendo los siguientes requisitos copulativos:

- 1º Si se probare que el pago inmediato causa grave perjuicio al cónyuge deudor o a los hijos comunes (se trata de una manifestación del interés superior de los hijos);
- 2º Que el crédito se exprese en unidades tributarias mensuales;
- 3º Que se asegure por el deudor o un tercero, que el crédito del cónyuge acreedor quedará indemne. Tocaré al juez determinar la caución que deberá rendirse; y
- 4º Que el plazo no sea superior a un año. El término se contará desde que quede firme la resolución judicial que liquida el crédito.

c) Ejecución del crédito.

Si la obligación no se cumple espontáneamente por el deudor, el pago se realizará conforme a las reglas generales, de manera forzada. Establece el artículo 1792-24 un **orden de prelación** para perseguir bienes del cónyuge deudor:

- 1º En el dinero del deudor;
- 2º En los muebles;
- 3º En los bienes inmuebles; y
- 4º En los bienes donados entre vivos (donaciones irrevocables) sin consentimiento del cónyuge acreedor o en los bienes enajenados en fraude de sus derechos. Nos referiremos a este caso en la letra siguiente.

En los tres primeros casos, la norma es similar a la del artículo 1773, en la sociedad conyugal.

Si se ejerciere la acción sobre un bien que tuviere la calidad de familiar, se plantea la duda de si el cónyuge deudor puede oponer el beneficio de excusión al cónyuge acreedor (artículo 148). Este beneficio no pareciera aplicable a los créditos entre cónyuges, por lo que no procedería invocarlo en contra de la demanda que persigue el pago del crédito de participación.

d) Acción revocatoria especial (Corral) o acciones de inoficiosa donación y pauliana (Ramos Pazos y Rodríguez Grez).

Además de los derechos auxiliares que competen a todo acreedor, dispone el artículo 1792-24, inciso 2º, una acción, que Corral llama **revocatoria especial**¹⁶², o dos acciones, la **de inoficiosa donación** y la **pauliana**, a juicio de Ramos Pazos¹⁶³ y de Rodríguez Grez¹⁶⁴, todas ellas para obtener el pago del crédito de participación en los gananciales. Establece la ley que a falta de otros bienes, podrá el cónyuge acreedor perseguir su crédito en los bienes donados entre vivos, o enajenados en fraude de sus derechos.

Si se persiguen bienes donados, debe procederse contra los donatarios en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, o sea, primero accionando para revocar las donaciones más recientes. La acción presenta semejanzas con la pauliana (artículo 2468) y con la de inoficiosa donación (artículo 1187), aunque en esta última, no se persiguen "*bienes*", sino los valores de lo excesivamente donado.

Aunque la ley nada dijo, es razonable estimar que los terceros adquirentes en virtud de actos onerosos, sólo resultarán afectados cuando se compruebe su mala fe (aplicando por analogía el artículo 2468 número 1).

En cuanto a las donaciones, debería aplicarse también por analogía el artículo 1187, inciso 2º, que establece que la insolvencia de un donatario no gravará a los otros.

Armonizando los artículos 1792-24 y 1792-15, debe concluirse que la revocación que permite el primer precepto, sólo procederá para obtener la acumulación real de lo que ya fue computado imaginariamente en virtud del artículo 1792-15.

La acción revocatoria especial del artículo 1792-24, señala Hernán Corral, **prescribe** siempre en **cuatro años**, contados desde la fecha del acto que se pretende revocar, según se deja en claro en la parte final del precepto¹⁶⁵. No se suspende el plazo, atendido a que se trata de una prescripción de corto tiempo (artículo 2524). Ramos Pazos, por su parte, coincide con Corral en cuanto al plazo de prescripción de la acción de inoficiosa donación –**cuatro años** contados desde la fecha del contrato de donación- pero no en cuanto al plazo de prescripción de la acción pauliana, pues ella, conforme a la regla general del artículo 2468 N° 3, prescribiría en **un año**, contado

¹⁶² Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 156.

¹⁶³ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 310.

¹⁶⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 246.

¹⁶⁵ Un plazo de prescripción distinto de aquél que opera tratándose de la acción de inoficiosa donación del artículo 1187 del Código Civil, pues en este caso, los cuatro o cinco años (según la doctrina que adoptemos) se cuentan desde el fallecimiento del donante.

desde la fecha del acto o contrato¹⁶⁶. Cabe consignar que estas acciones podrían encontrarse prescritas, al momento de liquidarse el crédito de participación en los gananciales.

7.- Concurrencia con otros acreedores.

a) Acreedores anteriores al término del régimen.

El artículo 1792-25 constituye una norma destinada a proteger a los terceros acreedores. Establece que los créditos contra el cónyuge deudor, anteriores al término del régimen, prefieren a los generados por éste. Esta preferencia general viene a complementar la enunciación del artículo 1723 inciso 2º, en cuanto a que no se perjudicará los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto de uno de los cónyuges.

Para que opere la preferencia, basta que la **causa del crédito anteceda a la fecha de término del régimen**. También se aplicaría a los créditos que posea un cónyuge en contra del otro, ya que el artículo 1792-19, inciso final, dispone que el crédito de participación será sin perjuicio de otros créditos entre los cónyuges.

b) Acreedores posteriores al término del régimen.

El cónyuge acreedor del crédito de participación, es protegido por la ley frente a aquellos acreedores cuyos créditos tengan una **causa posterior** al término del régimen (a contrario sensu, el privilegio será inoponible a los créditos cuyas causas sean anteriores al término del régimen). Se previene así que el cónyuge acreedor no vea perjudicado su derecho por las deudas que pueda contraer el cónyuge deudor, después de la terminación del régimen y la determinación del crédito de participación.

En este caso, dispone el artículo 2481 N° 3 que el crédito de participación en los gananciales tendrá una **preferencia de cuarta clase**. Cabe notar que aquí, la preferencia no corresponderá sólo a la mujer, como acontece en la sociedad conyugal, sino a cualquiera de los cónyuges.

VII.- PACTOS LÍCITOS Y PACTOS PROHIBIDOS, EN EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES.

A juicio de Pablo Rodríguez Grez¹⁶⁷, los siguientes serían, respectivamente, pactos lícitos y pactos prohibidos, en relación al régimen de participación en los gananciales.

1.- Pactos lícitos.

a) Los cónyuges pueden convenir que **un determinado bien, que por disposición de la ley, debe incorporarse al patrimonio originario, sea, sin embargo, considerado ganancial**. Así, por ejemplo, cualquiera de los bienes a que se refiere el artículo 1792-8, que se incorporan, conforme a dicho precepto, al patrimonio originario, por ser la causa o título de la adquisición anterior al inicio del régimen, podrían incorporarse al patrimonio final del cónyuge respectivo. De igual forma, podrían convenir los cónyuges que un bien adquirido a título gratuito, durante la vigencia del régimen, se incorpore al patrimonio final del cónyuge adquirente, en lugar

¹⁶⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 310.

¹⁶⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 271 y siguientes.

de ingresar al patrimonio originario, como lo establece el artículo 1792-7, inciso 2º. Tres razones da Rodríguez Grez, para reconocer la legitimidad de este pacto:

- * No está prohibido por la ley;
- * No afecta derechos de terceros; y
- * No altera el régimen de dominio, durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales.

b) Los esposos o cónyuges pueden establecer el patrimonio originario de cada uno, mediante la facción de un **inventario realizado de consuno**. Nada impide hacerlo, habida cuenta del tenor del artículo 1792-11.

c) Los cónyuges pueden pactar que **alguno de los actos a que se refiere el artículo 1792-15, -casos de inoponibilidad-, no tengan este carácter**. El inciso final del precepto, señala, en efecto, que "Lo dispuesto en este artículo no rige si el acto hubiese sido autorizado por el otro cónyuge". Un pacto de esta naturaleza, supondría entonces que el acto quedaría a firme, y que los bienes enajenados no se agregarían imaginariamente al patrimonio final del cónyuge que los hubiere enajenado. Con todo, hay una importante limitación en esta materia: ninguno de los cónyuges puede renunciar anticipadamente -antes de la celebración del contrato- a pedir la declaración de nulidad de que pueda adolecer la respectiva enajenación.

d) Pueden los esposos o cónyuges pactar que **la valoración del patrimonio** originario y del patrimonio final, sea hecha por una determinada persona, o siguiendo un determinado procedimiento (artículos 1792-13 inciso 2º y 1792-17 inciso 3º).

e) Pueden los esposos o los cónyuges pactar que **al término del régimen de participación en los gananciales, se levantará inventario solemne o simple por un tercero**, quien podrá haberse designado previamente o al momento de concluir el régimen.

f) Pueden los esposos o cónyuges someter a arbitraje toda cuestión que se promueva durante la vigencia del régimen o a su terminación, sin limitación alguna. El pacto podría celebrarse antes o después del término del régimen.

2.- Pactos nulos.

a) Aquellos en que los esposos o los cónyuges convengan en que la participación sea anterior al matrimonio o se extienda más allá del matrimonio. Dicho pacto sería ilícito, por dos razones:

- * Tratándose de un régimen patrimonial, éste sólo puede tener fuerza vinculante a condición que los afectados estén ligados por el vínculo matrimonial; y
- * La misma consecuencia se establece en el artículo 1721, inciso final, respecto a las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio, cuando su régimen patrimonial es la sociedad conyugal. Aunque no lo dice Pablo Rodríguez, entendemos que aquí se aplica el aforismo "donde existe la misma razón, rige la misma disposición", operando una interpretación por analogía.

b) No pueden los esposos o cónyuges, alterar el porcentaje de participación en los gananciales, esto es, la mitad del excedente para cada uno. El artículo 1792-19 es de orden público, a diferencia de lo que acontece en la sociedad conyugal, donde nada impide que los esposos convengan, en las capitulaciones previas al matrimonio, que la mujer renuncia a los gananciales (artículo 1719), aunque conviene aclarar, señala Rodríguez Grez, que en la sociedad conyugal no se puede fijar una distribución distinta

de los gananciales, porque la renuncia que hace la mujer siempre es total. Hemos visto que otra es nuestra opinión, pues si se trata de las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio, podría convenirse una distribución no paritaria de los gananciales.

c) No pueden los esposos o cónyuges convenir que quedan autorizados para otorgar cauciones personales, sin que sea necesario el consentimiento del otro cónyuge. Ello, porque esta autorización está sometida a los artículos 142, inciso 2º y 144, normas correspondientes a "Los Bienes Familiares", de orden público.

d) No puede convenirse que el patrimonio originario sea diverso del configurado en los artículos 1792-7, 1792-8, 1792-9 y 1792-10. Así, por ejemplo, es ilícito estipular que los frutos de los bienes que componen el patrimonio originario se incorporen a éste y no al activo final. A propósito de este pacto, Rodríguez Grez, según entendemos, pareciera decir que no puede aumentarse, por voluntad de los esposos o cónyuges, el patrimonio originario, en desmedro del patrimonio final, pero sí podría ocurrir lo contrario, esto es, que a consecuencia de un pacto, disminuya el patrimonio originario y aumente el patrimonio final, según se desprende del primer caso de pacto lícito, señalado en la letra a) del Nº 1 precedente.

e) No puede estipularse válidamente, en forma anticipada, que los actos a que se refiere el artículo 1792-15 serán considerados oponibles y/o no estarán afectos a nulidad. Ello implicaría, además, en el caso del Nº 2 del artículo 1792-15, una condonación anticipada del dolo futuro, lo que, bien sabemos, constituye un caso de objeto ilícito. Pero nada impide que la estipulación sea posterior a la celebración del acto o contrato, pacto lícito, según lo expresado en la letra c) del Nº 1.

f) No puede convenirse que se deja a una de las partes:

- * La facultad de establecer los bienes que componen el patrimonio originario;
- * La facultad de establecer los bienes que componen el patrimonio final;
- * La valoración de los patrimonios originario y final;
- * La determinación de los gananciales; o
- * La determinación del crédito de participación.

g) No puede pactarse que se renuncia anticipadamente a la facción de inventario solemne al terminar el régimen de participación en los gananciales (artículo 1792-16, inciso 3º). Se trata del cónyuge que no está conforme con el inventario simple presentado por el otro de los cónyuges. Nada dice Rodríguez Grez acerca del eventual pacto, en virtud del cual se renuncia anticipadamente a impetrar medidas precautorias, según lo indicado en el mismo inciso recién citado, pero nos parece que también sería ilícito, pues dichas medidas precautorias, al igual que el inventario solemne, apuntan a asegurar la integridad del patrimonio final del cónyuge de quien se duda acerca de la información que ha proporcionado.

h) No puede pactarse que se renuncia anticipadamente a la presunción consagrada en el artículo 1792-12, concerniente a que se presumen comunes, los bienes muebles adquiridos durante el régimen.

i) No puede estipularse válidamente y en forma anticipada que se renuncia a pedir que se imponga la sanción consagrada en el artículo 1792-18, cuando uno de los cónyuges ocultó o distrajo bienes o simuló obligaciones, porque ello implicaría la condonación del dolo futuro.

j) No puede celebrarse pacto alguno, durante la vigencia del régimen, concerniente al crédito de participación en los gananciales (artículo 1792-20, inciso 2º).

k) No puede estipularse modalidad alguna respecto del crédito de participación en los gananciales, antes de su determinación (artículo 1792-21, inciso 1º).

l) Aunque no lo señala Rodríguez Grez, tampoco sería lícito el pacto en virtud del cual se estipule, anticipadamente, que el crédito no se pagará en dinero (artículo 1792-21, inciso 1º).

m) No se puede pactar que el cónyuge deudor, renuncia anticipadamente a su derecho a pedir un plazo –no superior a un año y cuando se cumplan las circunstancias previstas en el artículo 1792-21-, para el pago del crédito de participación en los gananciales.

n) No puede convenirse que no serán valoradas las atribuciones de derechos sobre bienes familiares (artículo 1792-23).

ñ) No puede renunciarse anticipadamente la acción de inoficiosa donación (artículo 1792-24, inciso 2º).

o) No pueden los esposos ni los cónyuges alterar los plazos de prescripción establecidos en la ley.

VIII.- TÉRMINO DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES.

1.- Causales de disolución.

Están establecidas en el artículo 1792-27. Algunas ponen término al régimen a consecuencia de la extinción del matrimonio (muerte de uno o ambos cónyuges, sentencia de divorcio y declaración de nulidad). Otras suponen la subsistencia del matrimonio, pero bajo otro régimen patrimonial matrimonial: el de separación total de bienes (y no otro).

Son pues tales causales:

a) **Muerte de uno de los cónyuges** (artículo 1792-27 N° 1). Se refiere a la muerte natural y a la declarada judicialmente.

b) **Presunción de muerte de uno de los cónyuges** (artículo 1792-27 N° 2).

En virtud del decreto de posesión provisoria, terminará el régimen de participación en los gananciales (art. 84). Con mayor razón termina el régimen, cuando se decreta la posesión definitiva en los casos en que se omitió el período de posesión provisoria. Se discute en la doctrina (igual que acontece respecto de la sociedad conyugal) cual es el momento exacto en que debe liquidarse el régimen patrimonial matrimonial: si a la fecha del decreto que otorga la posesión provisoria o definitiva, según corresponda, o si a la fecha presuntiva de muerte fijada por la sentencia que declara el fallecimiento presunto.

c) **Declaración de nulidad del matrimonio** (artículo 1792-27 N° 3).

Cabe señalar (al igual que respecto de la sociedad conyugal) que esta causal de término sólo puede operar cuando el matrimonio que se declara como nulo haya producido efectos civiles por considerársele putativo, en los términos del artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil. Si el matrimonio no produjo efectos civiles, no nació régimen patrimonial alguno y por ende nada se disuelve. En todo caso, considerando la presunción general de buena fe en el Código Civil (artículo 707) y lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Matrimonio Civil, se entiende que el matrimonio declarado nulo, será "putativo", a menos que la sentencia declare que no hubo buena fe ni justa causa de error de los cónyuges, al celebrar el matrimonio.

d) **Sentencia de separación judicial de los cónyuges** (artículo 1792-27 N° 4).

La terminación tendrá lugar cuando quede ejecutoriada la sentencia. Los cónyuges separados judicialmente se considerarán separados totalmente de bienes. Tal régimen será irrevocable, en principio (según hemos estudiado, excepcionalmente podrán volver a pactar el régimen de participación en los gananciales, artículo 165 del Código Civil y artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil) y no se alterará aunque medie reanudación de la vida en común que extinga el estado de separación judicial (artículos 40 de la Ley de Matrimonio Civil y 178 y 165 del Código Civil).

e) **Sentencia que declara la separación de bienes** (artículo 1792-27 N° 5).

Tratándose del régimen de participación en los gananciales, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la separación judicial (a diferencia de lo que acontece con la sociedad conyugal, donde sólo puede solicitarla la mujer), aplicándose las mismas causales que rigen para la sociedad conyugal (artículo 158, inciso 1°).

f) **Pacto de separación total de bienes** (artículo 1792-27 número 6).

Nos remitimos a lo expuesto con anterioridad, al estudiar el artículo 1723 del Código Civil.

g) **Por la sentencia que decreta el divorcio** (artículo 1792-27 número 3).

El divorcio pone fin al matrimonio, y consecuentemente, al respectivo régimen de bienes que lo regulaba.

2.- Efectos del término del régimen.

Se producen las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Continuasión de la separación patrimonial.

Los cónyuges o sus causahabientes conservarán plenas facultades de administración y disposición de sus bienes.

Lo anterior, sin perjuicio de las restricciones derivadas de la existencia de bienes familiares, los que mantienen su calidad aunque se sustituya un régimen patrimonial por otro (artículo 141 del Código Civil) e incluso aunque el matrimonio se haya disuelto (artículo 145, inciso 3° del Código Civil).

b) Comunidad sobre bienes muebles.

Al término del régimen, se presumen comunes los bienes muebles adquiridos durante él, salvo los que son de uso personal de los cónyuges (artículo 1792-12). Recordemos que en la sociedad conyugal, existe una norma parecida, pues el artículo 1739, inciso 1º, establece que "Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges durante la sociedad o al tiempo de su disolución, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario".

Se aplica la presunción de comunidad a los bienes muebles adquiridos durante la vigencia del régimen y que existan al momento de su terminación en poder de cualquiera de los cónyuges.

Se trata de una presunción simplemente legal, pero la prueba en contrario debe fundarse en **antecedentes escritos** (artículo 1792-12), por lo que no bastará ni la prueba testifical ni la confesión (cabe señalar que en la sociedad conyugal, el artículo 1739 no exige que la prueba se funde en antecedentes escritos). La prueba contraria debe ser producida por el cónyuge (o sus causahabientes) que aleguen dominio exclusivo o por los terceros que invoquen derechos sobre dichos bienes derivados de actos del cónyuge que suponían propietario.

Si la presunción no es destruida, se formará un cuasicontrato de comunidad, que deberá liquidarse de conformidad a las reglas generales.

c) Fijación de los gananciales de cada cónyuge.

Así lo dispone el artículo 1792-5, inciso 2º. Los bienes que componen el patrimonio de los cónyuges a la fecha de disolución del régimen, deducidas las deudas existentes, constituyen el patrimonio final que se comparará con el originario, para determinar entonces el monto de los gananciales.

Los bienes adquiridos y las deudas contraídas con posterioridad, no se tomarán en cuenta para la determinación de dichos gananciales.

d) Compensación del valor de los gananciales.

Artículo 1792-2. Nos remitimos a lo expuesto.

e) Crédito de participación.

Puede surgir un crédito a favor de uno de los cónyuges que obtuvo menos ganancias (artículo 1792-20, inciso 1º). Una parte de la doctrina critica esta "salida" del régimen, señalando que habría sido más adecuado y conforme con nuestra tradición jurídica, que el régimen de participación diere origen a una comunidad de bienes. Habría una mayor protección al cónyuge que tiene menos bienes, si fuere copropietario de los bienes finales, en lugar de ser un simple acreedor.

En efecto, en la doctrina y en el derecho comparado, los regímenes de participación en los gananciales suelen tener dos "salidas":

- Una salida, concebida como una **comunidad de bienes** que se forma al momento de disolverse el régimen. Se entiende que los cónyuges (o los causahabientes) son comuneros en todos los gananciales obtenidos por uno y otro. Ramos Pazos habla de un sistema de comunidad diferida, pues la comunidad se posterga hasta la extinción del régimen¹⁶⁸. Sobre tal comunidad se efectúa luego la pertinente atribución en el dominio, en términos igualitarios. La Ley N° 19.335 no optó por esta vía, especialmente por los problemas que se habrían originado en relación a los derechos de los terceros sobre los bienes que cada cónyuge obtuvo durante la vigencia del

¹⁶⁸ Ramos Pazos, René, ob. cit., pp. 295 y 296.

régimen (en cierta medida, como compensación por no haber optado por la comunidad, se creó la institución de los bienes familiares, estatuto comunitario en la práctica).

• Otra salida, concebida como un **mero crédito o derecho personal** que tiene el cónyuge más pobre contra el más rico. Tal es la salida por la que opta nuestro Código Civil (artículos 1792-20 a 26). Esta salida del régimen ha sido criticada por parte de nuestra doctrina. En ese sentido, César Parada ha señalado que ella adolece de tres defectos: "a) Se aparta de nuestras tradiciones jurídicas, ya que para mantenerlas tal como hoy se concibe, al disolverse la sociedad conyugal, era preferible establecer un régimen de comunidad y no de compensación y de crédito de gananciales (...); b) Que (...) al momento de terminar el régimen, los cónyuges o sus herederos no tendrán ningún derecho real sobre los bienes objeto de la ganancia, sino que sólo tendrán un derecho personal o de crédito, que, a nuestro juicio, es notoriamente más débil que tener un derecho real; y c) Además el régimen de comunidad final parece más acorde con lo que es el matrimonio, que constituye una comunidad espiritual y sólo por consecuencia, una comunidad patrimonial..."¹⁶⁹ Otros autores, disienten de las conclusiones de Parada. Así, Carlos Peña afirma que "desde el punto de vista del derecho común y constitucional, tanto los derechos reales como los personales están igualmente garantidos". No cree tampoco Peña que exista una tradición de comunidad fuertemente arraigada, como afirma Parada. Ramos Pazos, igual que Peña y en contra de Parada, se pronuncia también por la variante crediticia, señalando al efecto que "si los cónyuges adoptaron el régimen de participación en los gananciales y no el de sociedad conyugal, es porque desean que los bienes que cada uno adquiera sean de su dominio exclusivo y ello en forma definitiva, idea que se desvirtúa en la alternativa de la comunidad diferida".¹⁷⁰

IX.- ALGUNAS CRÍTICAS FORMULADAS AL RÉGIMEN.

Algunos autores han formulado críticas al régimen de participación en los gananciales, poniendo énfasis en el hecho que no se obtiene con su normativa, la finalidad que tuvo en cuenta el legislador, al promulgarla: mejorar la situación de la mujer casada, desde un punto de vista patrimonial o al menos maximizar el principio de igualdad entre los cónyuges.

En efecto, frente a la interrogante acerca de si el régimen en comento beneficia realmente a la mujer casada, se ha sostenido:

a) El régimen beneficiaría sólo a la mujer casada que posee bienes al momento de contraer matrimonio o que durante el matrimonio los adquiera, especialmente por un título lucrativo. Dichos bienes, propios, podrán ser administrados y enajenados libremente por la mujer que se acoja al régimen de participación en los gananciales. En cambio, en el ámbito de la sociedad conyugal, dichos bienes son administrados por el marido (artículo 1754).

b) ¿Beneficia el régimen a la mujer casada que se dedica exclusivamente a las labores del hogar común? Sí, porque al término del régimen, tendrá derecho a la mitad de las ganancias que obtenga el marido. No, a juicio de algunos, porque al término del régimen, sólo tendrá contra su marido un crédito o derecho personal, las más de las veces ilusorio.

c) ¿Beneficia el régimen a la mujer que realiza una actividad remunerada separada de su marido? No, porque si actúa en el ámbito del artículo 150, puede renunciar a los

¹⁶⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 297, quien a su vez cita a Parada César, Conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Chile.

¹⁷⁰ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 298.

gananciales y optar por conservar para su exclusivo peculio los bienes que hubiere adquirido por su trabajo. En el régimen de participación en los gananciales, en cambio, los bienes que hubiere adquirido a título oneroso integrarán su patrimonio final, sin posibilidad de sustraerlos a dicha determinación. En otras palabras, no puede renunciar a los gananciales.

d) Se enfatiza que el régimen adolece de poco sentido de solidaridad patrimonial, al estar ausentes las recompensas. Además, a su término transforma a un cónyuge en acreedor del otro, lo que no se condice con la naturaleza de la institución matrimonial, en la que se genera una comunidad de bienes y de vida. Asimismo, se hace presente la inconveniencia de haber permitido que el crédito del cónyuge por la parte no compensada de gananciales, pueda cederse, lo que implica admitir a un tercero como eventual acreedor, en un ajuste patrimonial que sólo debería involucrar a los cónyuges.

e) ¿Protege el régimen a los terceros acreedores? No, puesto que el artículo 1792-12, al término del régimen, presume comunes los bienes muebles adquiridos durante él, salvo aquellos de uso personal de los cónyuges. Para romper la presunción, los terceros deberán acreditar, en base a un antecedente escrito, que el bien mueble de que se trate es de uno u otro cónyuge, exclusivamente. Se visualiza la dificultad probatoria.

f) Para quienes creen que el artículo 1723 puede utilizarse más de una vez –opinión que no compartimos-, la instauración del régimen de participación en los gananciales “ha alterado gravemente el principio fundamental, que exige que en materia de regímenes patrimoniales exista **inmutabilidad** de los mismos. Al permitirse que los cónyuges sustituyan la sociedad conyugal por el régimen de separación de bienes y éste por el de participación, se ha afectado la certidumbre que requieren las relaciones con los terceros acreedores”.¹⁷¹

X.- DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES Y EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL.

Conviene, para concluir este capítulo, revisar las diferencias más notorias, entre ambos regímenes:

a) El régimen de participación en los gananciales puede adoptarse al inicio del matrimonio o con posterioridad; la sociedad conyugal, sólo al inicio del matrimonio (con la salvedad de lo contemplado en el inciso 2 del artículo 135).

b) Durante el régimen de participación en los gananciales, los cónyuges están separados de bienes. Cada cónyuge, por regla general, administra su patrimonio con plena libertad. Durante la sociedad conyugal, se forma un haber común, que impone restricciones a la administración de los bienes que lo integran.

c) Distinto es el concepto de gananciales en uno y otro régimen. En el régimen de participación en los gananciales, vimos que lo son la diferencia entre el patrimonio originario y el patrimonio final; en la sociedad conyugal, de conformidad a los artículos 1770 a 1774, se entiende por gananciales, el acervo líquido o partible, conformado por los bienes ingresados al haber social, y habiendo retirado previamente del acervo bruto

¹⁷¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 277, quien recoge una opinión de César Parada Guzmán.

los bienes propios de los cónyuges, pagado las recompensas que la sociedad adeudaba a los cónyuges y el pasivo común¹⁷².

d) Distinta es la sanción en uno y otro régimen, para el caso de que se constituyan cauciones personales, sin autorización del otro cónyuge. En el régimen de participación en los gananciales, la sanción será la nulidad relativa; en la sociedad conyugal, será la inoponibilidad.

e) En el régimen de participación en los gananciales, los cónyuges no tienen restricciones para constituir cauciones reales, incluso para caucionar obligaciones de terceros. En la sociedad conyugal, se requiere autorización del otro cónyuge, si la caución se constituye para garantizar deudas de terceros.

f) En el régimen de participación en los gananciales, para probar la composición del patrimonio originario, la ley no excluye expresamente la confesión del otro cónyuge, de manera que sería procedente entre cónyuges. En cambio, se aplica un criterio diverso en la sociedad conyugal, pues el artículo 1739, inciso 2º, excluye explícitamente esta prueba, para acreditar la composición de los patrimonios de cada cónyuge.

En todo caso, según lo estudiamos, en el régimen de participación en los gananciales la confesión no sería plena prueba, contra los eventuales acreedores, por aplicación del artículo 2485, que establece, en cuanto al privilegio de cuarta clase reconocido al crédito de gananciales, que la confesión de alguno de los cónyuges no hará prueba por sí sola contra los acreedores.

g) En el régimen de participación en los gananciales, la sanción prevista por la ley para el cónyuge que intenta hacer aparecer sus gananciales como de menor valor mediante la distracción u ocultación de bienes o la simulación de deudas, consiste en obligarlo a sumar, a su patrimonio final, el doble del valor de los bienes que se distraen u ocultan o de las supuestas deudas. Si bien se trata de una norma similar a la del artículo 1768, respecto de la sociedad conyugal, en este último caso, la sanción es más rigurosa, pues además de la restitución doblada, dispone la pérdida de los derechos que correspondían al culpable en la cosa distraída u ocultada.

h) Según lo estudiamos, pareciera que del tenor imperativo de los artículos 1792-2 y 1792-19, los cónyuges no pueden, de común acuerdo, alterar la participación en los gananciales por iguales partes, una vez efectuada la compensación. Conclusión que se refuerza, afirmábamos, considerando además que prohibió el artículo 1792-20 la renuncia anticipada por alguno de los cónyuges a su crédito de participación, renuncia que total o parcialmente podría haber operado de manera anticipada, si los cónyuges hubieran tenido la libertad para alterar la regla de distribución de los gananciales prevista en el Código Civil. Se trataría entonces de una norma de orden público. Distinta es la solución en el ámbito de la sociedad conyugal, en la cual la mujer puede renunciar a los gananciales al pactar capitulaciones matrimoniales.

i) En el régimen de participación en los gananciales, el artículo 1792-24, inciso 2º, otorga al cónyuge más débil una acción revocatoria especial, semejante a la acción pauliana o a la acción de inoficiosa donación, mediante la cual pueden dejarse sin efecto las donaciones efectuadas por el cónyuge deudor o dejar sin efecto los actos y contratos que se refieran a los bienes enajenados en fraude de los derechos del cónyuge más débil. En la sociedad conyugal, el artículo 1773 no confiere una acción

¹⁷² Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 299, quien cita a Schmidt Hot, Claudia, "Nuevo Régimen Matrimonial", Editorial ConoSur, 1995, p. 31.

semejante a la mujer, para obtener el pago de los créditos que tenga en contra del marido.

j) Como lo señalamos, el cónyuge acreedor del crédito de participación, es protegido por la ley frente a aquellos acreedores cuyos créditos tengan una **causa posterior** al término del régimen. En este caso, vimos que el artículo 2481 N° 3 establece que el crédito de participación en los gananciales tendrá una **preferencia de cuarta clase**. Esta preferencia, tratándose del régimen de participación en los gananciales, no corresponderá sólo a la mujer, como acontece en la sociedad conyugal, sino a cualquiera de los cónyuges.

k) Tratándose del régimen de participación en los gananciales, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la separación judicial de bienes, a diferencia de lo que acontece con la sociedad conyugal, donde sólo puede solicitarla la mujer. En todo caso, según lo expresamos, al régimen de participación en los gananciales se aplicarán las mismas causales que rigen para la sociedad conyugal (artículo 158, inciso 1°).

l) En el régimen de participación en los gananciales, no operan las recompensas, que sí pueden presentarse en la sociedad conyugal.

m) El régimen de participación en los gananciales parece menos solidario que el de la sociedad conyugal, en el cual, sin perjuicio del beneficio de emolumento de que goza la mujer, el pasivo social es soportado por ambos cónyuges.

n) En lo concerniente a las agregaciones que deben hacerse al patrimonio originario, cuando la causa o título de la adquisición es anterior al inicio del régimen, cabe indicar que el artículo 1792-8 número 7, no exige, tratándose del régimen de participación en los gananciales, como en el artículo 1736 N° 7 respecto de la sociedad conyugal, que la promesa conste de instrumento público o privado cuya fecha sea oponible a terceros.

ñ) Difieren además el número 7 del artículo 1736 y el número 7 artículo 1792-8, en que el primero, se refiere sólo a los bienes inmuebles (atendido lo dispuesto en el último inciso del artículo 1736), mientras que el segundo se refiere tanto a los bienes muebles como inmuebles (pues el precepto no hace distinción alguno).

o) En la sociedad conyugal, la acción de nulidad que la ley franquea en algunos casos a la mujer o a sus herederos, prescribe en cuatro años, contados desde la disolución de la sociedad conyugal o desde que cesa la incapacidad que pueda afectar a la mujer o a sus herederos (artículo 1757). En el régimen de participación en los gananciales, la acción de nulidad que puede deducir cualquiera de los cónyuges cuando el otro constituyó cauciones personales sin la autorización del demandante, prescribe en cuatro años, contados desde el día en que el cónyuge que alega la nulidad, tuvo conocimiento del acto (artículo 1792-4). En todo caso, en ambos regímenes, la acción no prosperará, transcurrido que sean diez años, contados desde la ejecución o celebración del acto o contrato.

p) En el régimen de participación en los gananciales, los muebles adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen no son gananciales, pues se agregan al patrimonio originario (a menos que se trate de las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida, pues según lo expresamos, no se agregan al patrimonio originario -artículo 1792-9-, hasta concurrencia del valor efectivo de los servicios). En cambio, en la sociedad conyugal,

los muebles adquiridos a título gratuito ingresan al haber relativo y constituyen por ende gananciales (sin perjuicio de la recompensa que opere al liquidarse la sociedad conyugal).

q) Es posible repactar el régimen de participación en los gananciales, cuando los cónyuges separados judicialmente, reanudan la vida en común. Jamás puede repactarse la sociedad conyugal, que se entiende haber expirado irrevocablemente, al dictarse la sentencia que declara a los cónyuges separados judicialmente (artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil).

XI.- DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES Y EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN TOTAL DE BIENES.

Aunque el artículo 1792-2 dispone que en el régimen de participación en los gananciales los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra el suyo, hay dos diferencias sustanciales entre ambos regímenes:

a) En el régimen de separación total de bienes, la ley no contempla ninguna clase de compensación de utilidades obtenidas por los cónyuges al concluir el régimen, ni tampoco reconoce crédito alguno, por tal concepto, a favor de un cónyuge y en contra del otro.

b) En el régimen de separación total de bienes, no existen restricciones para constituir cauciones, reales o personales, y aunque ellas garanticen deudas de terceros.

BIBLIOGRAFÍA:

- CORRAL Talciani, Hernán, "Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la Ley N° 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996).
- FRIGERIO, César, "Regímenes Matrimoniales" (Santiago, Editorial ConoSur, 1995).
- RAMOS Pazos, René, "Derecho de Familia" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), Tomo I, Tercera Edición.
- RODRIGUEZ Grez, Pablo, "Regímenes Patrimoniales" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996).
- ROSSEL Saavedra, Enrique, "Manual de Derecho de Familia" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994), séptima edición.
- SCHMIDT Hot, Claudia, "Nuevo Régimen Matrimonial" (Santiago, Editorial ConoSur, 1995).

CUESTIONARIO:

- 1.- ¿Cómo se define, en general, un régimen matrimonial? ¿Cuáles son los regímenes matrimoniales contemplados en nuestro Código Civil?
- 2.- ¿Qué variantes ofrecen los regímenes de comunidad en el Derecho comparado? ¿Cuáles son sus principales diferencias, en cuanto a los bienes que se entienden comunes en cada caso?
- 3.- ¿Qué caracteriza al régimen de separación total de bienes?

- 4.- ¿Qué caracteriza al régimen de participación en los gananciales? ¿Qué posibles salidas puede tener este régimen en el Derecho comparado? ¿Qué ventajas tiene y qué críticas se le han formulado?
- 5.- ¿A qué régimen cabe asimilar la sociedad conyugal? ¿Cuál es el destino de los bienes aportados al matrimonio y cuál el de los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal?
- 6.- ¿Cómo se definen las convenciones o capitulaciones matrimoniales? ¿De qué clases pueden ser?
- 7.- ¿Qué reglas de capacidad se establecen respecto de las convenciones o capitulaciones matrimoniales?
- 8.- ¿Qué solemnidades deben cumplirse al celebrarse convenciones o capitulaciones matrimoniales?
- 9.- ¿Qué estipulaciones se permiten, tratándose de convenciones o capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio? ¿Qué se puede estipular, si se pactaren al contraer matrimonio?
- 10.- ¿Qué estipulaciones se prohíben pactar, al convenir capitulaciones matrimoniales?
- 11.- ¿A partir de qué momento producen efecto las convenciones o capitulaciones matrimoniales?
- 12.- ¿Pueden modificarse las estipulaciones contenidas en las convenciones o capitulaciones matrimoniales?
- 13.- ¿Cómo puede definirse la sociedad conyugal?
- 14.- ¿Qué se establece en el inc. 3º del art. 135 del Código Civil? ¿Por qué afirmamos que esta norma es doblemente excepcional?
- 15.- ¿Por qué se afirma que la sociedad conyugal tiene dos aspectos?
- 16.- Señale siete diferencias entre el contrato de sociedad y la sociedad conyugal.
- 17.- ¿Puede afirmarse que la sociedad conyugal es una persona jurídica? Fundamente su respuesta en los preceptos del Código Civil que corresponda.
- 18.- ¿Puede afirmarse en nuestro Derecho que la sociedad conyugal, mientras está vigente, constituye una comunidad? Fundamente su respuesta.
- 19.- ¿Cuáles son las características más relevantes de la sociedad conyugal?
- 20.- ¿Qué haberes y qué pasivos se distinguen en el patrimonio de la sociedad conyugal?
- 21.- ¿Qué se entiende por haber real o absoluto?
- 22.- Enumere los bienes que forman parte del haber real o absoluto.
- 23.- ¿Qué requisitos deben cumplirse, para que los ingresos de los cónyuges formen parte del haber real o absoluto?
- 24.- ¿Qué excepción contempla el art. 150 del Código Civil, respecto de los ingresos que se obtengan durante la vigencia de la sociedad conyugal? ¿Cuál puede ser el destino de los bienes a que se refiere esta excepción?
- 25.- ¿Dónde ingresan las rentas que obtenga un cónyuge por trabajos iniciados antes del matrimonio y concluidos una vez celebrado?
- 26.- ¿Cómo se definen las donaciones remuneratorias? ¿Qué ejemplo podría proporcionar?
- 27.- ¿Qué solemnidades deben cumplirse, para encontrarnos ante una donación remuneratoria? De no cumplirse estas solemnidades, ¿qué debemos entender?
- 28.- ¿Qué requisitos deben cumplirse, para que una donación remuneratoria hecha a un cónyuge ingrese al haber real de la sociedad conyugal?
- 29.- El art. 1736 establece varios casos en los que el bien adquirido por uno de los cónyuges no ingresa al haber real. Al respecto: ¿A qué haber ingresará el bien? ¿Cuál es la razón en virtud de la que no ingresará al haber real? ¿Cuáles son estos casos? ¿De qué clase de bienes se trata?
- 30.- Los arts. 1728 y 1729 del Código Civil establecen dos excepciones a la regla general, en virtud de la cual el bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la

sociedad conyugal ingresa al haber real de la misma. Explique brevemente los dos casos.

31.- ¿Qué frutos ingresan al haber real de la sociedad conyugal? ¿Qué modos de adquirir operarán, según el caso?

32.- El Código Civil dispone que el marido es titular de un usufructo legal sobre los bienes propios de su mujer, vigente la sociedad conyugal. Mencione al menos cinco razones, en virtud de las cuales puede concluirse que no nos encontramos ante un verdadero usufructo. ¿Cómo sería más correcto denominar a este derecho?

33.- ¿Qué parte de un tesoro ingresa al haber real de la sociedad conyugal?

34.- ¿Cómo se define el haber aparente o relativo de la sociedad conyugal?

35.- Enumere los bienes que forman parte del haber aparente o relativo de la sociedad conyugal.

36.- ¿Qué bienes muebles se entienden adquiridos a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal y por ende a qué haber ingresarán?

37.- ¿Qué donaciones remuneratorias ingresan al haber aparente o relativo de la sociedad conyugal?

38.- ¿Qué parte del tesoro ingresa al haber aparente o relativo de la sociedad conyugal?

39.- Explique brevemente las presunciones que establece el art. 1739 del Código Civil y señale en cada caso en favor de quién.

40.- ¿Qué se entiende por haber propio de cada cónyuge?

41.- Enumere los bienes que conforman el haber propio de cada cónyuge, vigente la sociedad conyugal.

42.- ¿Dónde ingresan los aumentos experimentados por los bienes propios de cada cónyuge? ¿Qué distingo cabe formular al efecto?

43.- ¿Cómo se define la subrogación real? ¿La subrogación de qué clase de bienes reguló el Código Civil en el art. 1733? ¿Qué plantea el profesor Pablo Rodríguez Grez, a partir de lo expuesto en el art. 1727, N° 2 del Código Civil?

44.- ¿Bajo qué formas puede operar la subrogación real?

45.- ¿De qué clases puede ser la subrogación de inmueble a inmueble?

46.- ¿Qué requisitos deben cumplirse para que opere la subrogación por permuta?

47.- ¿Qué requisitos deben cumplirse para que opere la subrogación por compra?

48.- ¿Qué requisitos deben cumplirse para que opere la subrogación de inmueble a valores?

49.- ¿Qué margen de desproporción acepta la ley, como elemento común a toda clase de subrogación?

50.- ¿Qué obligaciones dan acción sobre los bienes sociales y sobre los bienes propios del marido?

51.- ¿En qué casos la mujer que actúa como mandataria de su marido, compromete también sus bienes propios y sus bienes reservados?

52.- ¿Qué obligaciones dan acción sobre los bienes sociales, sobre los bienes propios del marido y además sobre los bienes propios de la mujer?

53.- ¿Cómo se define el pasivo definitivo?

54.- ¿Qué deudas, una vez pagadas, deben imputarse al pasivo definitivo o absoluto de la sociedad conyugal?

55.- ¿Qué deudas, una vez pagadas, deben imputarse al pasivo provisional o relativo de la sociedad conyugal?

56.- ¿Qué se entiende por recompensas? ¿Qué objeto tienen? ¿Cómo se clasifican?

57.- ¿Qué recompensas debe la sociedad a los cónyuges?

58.- ¿Qué recompensas deben los cónyuges a la sociedad conyugal?

59.- ¿Qué donaciones no generan recompensa en favor de la sociedad conyugal?

60.- ¿Qué recompensas se deben los cónyuges entre sí?

- 61.- ¿De qué clases puede ser la administración de la sociedad conyugal? ¿A quién corresponde por regla general? ¿Qué bienes se comprenden en esta administración?
- 62.- ¿Qué requisitos deben cumplirse para que la mujer, excepcionalmente, asuma la administración ordinaria de la sociedad conyugal?
- 63.- ¿Hasta cuándo se extiende la administración ordinaria de la sociedad conyugal, por regla general? ¿En qué casos se altera dicha regla general?
- 64.- ¿Qué responsabilidad tiene el marido por la administración ordinaria de la sociedad conyugal?
- 65.- ¿Para qué actos jurídicos necesita el marido la autorización de la mujer o de la justicia en subsidio?
- 66.- ¿De qué clases puede ser la autorización de la mujer al marido, para que éste pueda realizar alguno de los actos jurídicos indicados en el art. 1749 del Código Civil? ¿En qué momento podría otorgarla?
- 67.- ¿Qué carácter tiene la autorización expresa? ¿Cómo debe otorgarse?
- 68.- ¿Qué quiere decir que la autorización dada por la mujer al marido sea "específica"? Explique brevemente este requisito.
- 69.- ¿Cuándo nos encontramos ante una autorización tácita de la mujer al marido?
- 70.- Si la mujer presta su autorización a través de un mandatario, ¿cómo debe otorgarse este mandato?
- 71.- ¿En qué casos la autorización de la mujer puede ser suplida por la justicia? Explique brevemente la hipótesis.
- 72.- ¿Qué sanciones cabe aplicar, para el caso de que el marido otorgue o celebre un acto o contrato, sin haber obtenido la pertinente autorización?
- 73.- ¿En qué plazo prescribe la acción para que la mujer, sus herederos o sus cesionarios demanden la rescisión del contrato celebrado por el marido infringiendo el art. 1749 del Código Civil? ¿Desde cuándo debe computarse dicho plazo? ¿Cuál es el plazo máximo y desde cuándo debe computarse?
- 74.- ¿Qué escenarios podrían plantearse, respecto de la posibilidad de que la mujer puede deducir acción reivindicatoria, conjuntamente con la acción de nulidad?
- 75.- ¿Qué opiniones se han planteado, acerca de la posibilidad de que la mujer demande la nulidad relativa del contrato celebrado por su marido, mientras está vigente la sociedad conyugal?
- 76.- Tratándose de la inoponibilidad a la mujer del contrato de arrendamiento celebrado por el marido en contravención al art. 1749 del Código Civil, A) ¿cuál debiera ser la acción que la mujer o sus herederos o cesionarios para invocar la inoponibilidad? B) Eventualmente, ¿qué sería necesario hacer antes de deducir la acción en la que se haga valer la inoponibilidad?
- 77.- ¿Qué efectos se producen, cuando la mujer celebra un contrato que recae en un bien social, con prescindencia del marido?
- 78.- ¿En qué casos puede intervenir la mujer en el manejo de los bienes sociales?
- 79.- ¿Qué correctivos y ventajas se establecen en favor de la mujer, tratándose del régimen de sociedad conyugal?
- 80.- ¿Qué facultades tiene el marido, vigente la sociedad conyugal, en la administración de sus bienes propios?
- 81.- ¿Qué características tiene la administración por parte del marido de los bienes propios de su mujer?
- 82.- ¿Qué puede hacer la mujer, en caso de negativa de su marido a realizar un acto jurídico que tenga por objeto alguno de los bienes propios de la primera, que están bajo la administración del segundo? ¿Qué artículo regula esta situación?
- 83.- ¿Qué efectos se producen, si la mujer, previa autorización judicial, celebra un contrato que recae sobre un bien de su propiedad que administra el marido?

- 84.- ¿Qué efectos se producen, si la mujer, sin previa autorización judicial, celebra un contrato que recae sobre un bien de su propiedad que administra el marido? Resuma los postulados de la doctrina.
- 85.- ¿Qué actos de administración que se refieren a bienes propios de la mujer, pueden celebrarse por el marido por sí solo?
- 86.- ¿Qué actos de administración que se refieren a bienes propios de la mujer, no pueden celebrarse por el marido por sí solo?
- 87.- ¿Cuándo tiene lugar la administración extraordinaria de la sociedad conyugal? ¿Quiénes pueden ejercitarla?
- 88.- ¿En qué casos corresponde designar a la mujer como curadora de su marido, con preferencia a cualquier otra persona? ¿En qué caso puede ser designada, pero sólo si las personas que la ley llama con preferencia a la mujer no aceptan asumir como curadores? ¿En qué caso jamás podrá ser designada la mujer curadora de su marido?
- 89.- A) ¿Qué facultades tiene la mujer sobre los bienes sociales, como administradora extraordinaria de la sociedad conyugal? B) ¿Qué sanciones dispone la ley, para el caso de que la mujer infrinja lo dispuesto en el art. 1759 del Código Civil? C) ¿Quiénes pueden accionar en este caso y en qué plazo?
- 90.- ¿Qué facultades tiene la mujer sobre sus bienes propios, como administradora extraordinaria de la sociedad conyugal?
- 91.- ¿Qué facultades tiene la mujer sobre los bienes propios de su marido, como administradora extraordinaria de la sociedad conyugal?
- 92.- ¿Qué diferencias se observan entre el marido y la mujer, en lo tocante a la administración de la sociedad conyugal?
- 93.- ¿Qué actos que recaen sobre los bienes propios de su marido, no puede realizar la mujer por sí sola, sino que con previa autorización judicial?
- 94.- Refiérase a los efectos de los actos realizados por la mujer en ejercicio de su administración extraordinaria de la sociedad conyugal.
- 95.- ¿En qué casos procede que un tercero asuma la administración extraordinaria de la sociedad conyugal?
- 96.- ¿Qué derecho le asiste a la mujer, cuando un tercero asume la administración extraordinaria de la sociedad conyugal? ¿En qué caso no tiene este derecho?
- 97.- ¿Qué dispone la Ley Nº 20.720 sobre "Insolvencia y Reemprendimiento", en relación a la administración de la sociedad conyugal?
- 98.- ¿En qué casos termina la administración extraordinaria de la sociedad conyugal?
- 99.- Enumere las causales de disolución de la sociedad conyugal.
- 100.- En el marco de la declaración de muerte presunta, ¿en qué casos se disuelve la sociedad conyugal existente entre la persona presuntivamente muerta y su cónyuge?
- 101.- ¿Qué efectos produce la disolución de la sociedad conyugal?
- 102.- Una vez disuelta la sociedad conyugal, ¿qué bienes tienen el carácter de comunes?
- 103.- El día de la disolución de la sociedad conyugal fija irrevocablemente el activo y pasivo de la sociedad, sin que los actos celebrados con posterioridad influyan en ellos. ¿Qué consecuencias se derivan de lo anterior?
- 104.- ¿En qué casos no procederá liquidar la sociedad conyugal?
- 105.- ¿Qué se entiende por renuncia de gananciales?
- 106.- ¿Quién o quiénes pueden renunciar a los gananciales y en qué oportunidades?
- 107.- ¿Puede la mujer renunciar a los gananciales en la misma escritura pública en virtud de la cual se pacta separación total de bienes? Explique brevemente la opinión de la cátedra y la de la doctrina tradicional.
- 108.- Señale y explique brevemente los requisitos y las características de la renuncia a los gananciales.
- 109.- Refiérase a los efectos que se producen cuando la mujer o sus herederos renuncian a los gananciales.

- 110.- ¿En qué casos puede rescindirse el acto por el cual la mujer o sus herederos renuncian a los gananciales? ¿En qué plazo prescribe la acción? ¿Qué crítica se ha formulado a esta regla de prescripción?
- 111.- Señale las reglas concernientes a la aceptación de los gananciales.
- 112.- ¿Cómo puede definirse la liquidación de la sociedad conyugal? Incluya en tal definición los objetivos de la liquidación. ¿Qué normas la regulan?
- 113.- ¿Qué operaciones principales se comprenden en la liquidación de la sociedad conyugal?
- 114.- Refiérase a las normas que regulan la facción de inventario y tasación que deben practicarse, en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal.
- 115.- Refiérase a la forma del inventario, según los casos, en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal.
- 116.- ¿Qué importancia tiene el inventario solemne, practicado en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal? ¿De qué manera se vinculan los arts. 1766 y 1723 del Código Civil?
- 117.- ¿Qué contenido debe tener el inventario que se practique en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal?
- 118.- A) ¿Qué conductas sanciona el art. 1768 del Código Civil, en relación con el contenido del inventario practicado en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal? B) En el mismo caso, ¿en qué plazo prescribe la acción y qué puede reclamarse por intermedio de la misma? C) A juicio del profesor Pablo Rodríguez Grez el plazo de prescripción se suspendería. ¿En virtud de qué argumentos llega a esta conclusión?
- 119.- ¿Qué se dispone en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, acerca de la tasación de los bienes objeto de la liquidación de la sociedad conyugal?
- 120.- ¿Qué bienes deben acumularse para formar el acervo bruto, en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal?
- 121.- ¿Qué operaciones deben realizarse para pasar del acervo bruto al acervo líquido, en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal? Explique brevemente cada una de estas operaciones.
- 122.- ¿Cuál es la regla general acerca de la división de los gananciales, en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal? ¿Cuáles son las excepciones?
- 123.- Respecto de la naturaleza del título en virtud del cual los cónyuges reciben bienes en adjudicación la liquidación de la sociedad conyugal, resuma los tres planteamientos formulados en la doctrina. ¿Cuál de estos ha prevalecido?
- 124.- En cuanto al momento a partir del cual el cónyuge adjudicatario se entiende propietario exclusivo del bien que se le adjudica en la liquidación de la sociedad conyugal, ¿qué importancia tiene determinar dicho momento, respecto de los embargos y de las prohibiciones decretados sobre el bien adjudicado? Formule los distingos del caso.
- 125.- Respecto del pago del pasivo de la sociedad conyugal, explique las reglas que operan desde el punto de vista de la "obligación a las deudas".
- 126.- Respecto del pago del pasivo de la sociedad conyugal, explique las reglas que operan desde el punto de vista de la "contribución a las deudas".
- 127.- Refiérase al beneficio de emolumento consagrado en favor de la mujer casada en sociedad conyugal.
- 128.- ¿Puede resciliarse la liquidación de la sociedad conyugal? Fundamente su respuesta.
- 129.- ¿En qué términos consagran los incisos 1º y 2º del art. 150 del Código Civil el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal?
- 130.- ¿Por qué se afirma que el patrimonio reservado de la mujer casada es más amplio que el peculio profesional o industrial que pueda tener un menor adulto?

- 131.- ¿Por qué se afirma que la consagración en nuestra legislación del patrimonio reservado supuso una modificación al régimen de sociedad conyugal?
- 132.- ¿Qué condiciones se requieren para que exista patrimonio reservado?
- 133.- ¿Es condición de existencia del patrimonio reservado la autorización del marido? Fundamente su respuesta.
- 134.- ¿Qué características tiene el patrimonio reservado?
- 135.- ¿Qué bienes integran el activo del patrimonio reservado?
- 136.- ¿Qué deudas pueden cobrarse en el patrimonio reservado? Formule los distinguos del caso.
- 137.- Refiérase a la administración del patrimonio reservado. ¿Qué limitaciones podrían presentarse al respecto?
- 138.- ¿Qué acto jurídico del marido puede afectar al patrimonio reservado de la mujer? ¿Qué actos jurídicos de la mujer pueden afectar al patrimonio social o al del marido?
- 139.- Refiérase a la importancia de la prueba acerca del patrimonio reservado.
- 140.- ¿Qué objeto puede tener la prueba del patrimonio reservado?
- 141.- ¿Cuándo debe probar la mujer la existencia de su patrimonio reservado? ¿Cómo puede probar la mujer la existencia de su patrimonio reservado?
- 142.- ¿Cuándo debe probar un tercero la existencia del patrimonio reservado de la mujer? ¿Qué circunstancias deben concurrir para que pueda operar la presunción de derecho que consagra el art. 150 del Código Civil en favor de dicho tercero?
- 143.- Refiérase a la prueba sobre la calidad de reservado de un determinado bien.
- 144.- Refiérase a la suerte de los bienes reservados, una vez disuelta la sociedad conyugal.
- 145.- Refiérase a la liquidación del pasivo del patrimonio reservado, en el caso de la aceptación de los gananciales.
- 146.- ¿Cómo se clasifica la separación de bienes atendiendo a su origen? ¿Cómo se clasifica atendiendo a su extensión? ¿Cómo se combinan ambas clasificaciones?
- 147.- ¿Cómo se define la separación judicial de bienes? ¿Cuáles son sus características?
- 148.- Enumere las causales que autorizan demandar la separación judicial de bienes.
- 149.- ¿Cuándo puede la mujer demandar la separación judicial de bienes, ante la administración extraordinaria de la sociedad conyugal?
- 150.- ¿Cuándo puede la mujer demandar la separación judicial de bienes, ante el incumplimiento de la obligación de alimentos?
- 151.- ¿Cuándo puede la mujer demandar la separación judicial de bienes, ante el riesgo inminente del mal estado de los negocios del marido? ¿Qué podría hacer el marido en este caso?
- 152.- Refiérase a la demanda de separación judicial de bienes de la mujer, tratándose de la insolvencia del marido.
- 153.- Refiérase a la demanda de separación judicial de bienes de la mujer, tratándose de una administración fraudulenta del marido.
- 154.- Señale y explique brevemente los efectos de la separación judicial de bienes.
- 155.- Decretada la separación por bienes por sentencia judicial, ¿cómo pueden sintetizarse las reglas acerca del carácter irrevocable que por regla general tiene dicha resolución judicial?
- 156.- Señale y explique brevemente las causales de separación legal total de bienes.
- 157.- Señale y explique brevemente las causales de separación legal parcial de bienes.
- 158.- Señale y explique brevemente los casos de separación convencional total de bienes.
- 159.- Señale y explique brevemente los casos de separación convencional parcial de bienes.
- 160.- Proporcione una definición de régimen de participación en los gananciales.

- 161.- Señala cuáles son las hipótesis de "acceso ordinario" al régimen de participación en los gananciales, a juicio del profesor Hernán Corral.
- 162.- Indique cuál es la hipótesis de "acceso extraordinario" al régimen de participación en los gananciales, a juicio del profesor Hernán Corral.
- 163.- Enumere las características del régimen de participación en los gananciales.
- 164.- ¿Cuál es el principio fundamental en materia de administración, tratándose del régimen de participación en los gananciales?
- 165.- ¿Cuáles son las dos limitaciones que pueden operar respecto de la administración, tratándose del régimen de participación en los gananciales?
- 166.- ¿Cuál es la única limitación que tienen los cónyuges casados bajo el régimen de participación en los gananciales, que se establece en las normas que regulan dicho régimen? ¿Cuál es la sanción para el caso de infringir dicha limitación?
- 167.- ¿En qué plazo prescribe la acción rescisoria prevista para el caso de que un cónyuge otorgue una caución personal sin haber sido autorizado, tratándose del régimen de participación en los gananciales? ¿Desde cuándo debe computarse este plazo de prescripción?
- 168.- ¿Qué mutaciones son admisibles entre los distintos tipos de regímenes patrimoniales del matrimonio?
- 169.- ¿Qué mutaciones no son admisibles entre los distintos tipos de regímenes patrimoniales del matrimonio?
- 170.- ¿Qué se entiende por "gananciales" en el régimen de participación en los gananciales?
- 171.- ¿Qué se entiende por "patrimonio originario" en el régimen de participación en los gananciales? ¿Qué bienes lo integran?
- 172.- ¿Qué bienes deben agregarse al patrimonio originario en el régimen de participación en los gananciales?
- 173.- ¿Qué debe deducirse del patrimonio originario, en el régimen de participación en los gananciales?
- 174.- ¿Qué se entiende por patrimonio originario "preliminar"? ¿Qué se entiende por patrimonio originario "consolidado"?
- 175.- ¿Cómo puede probarse el patrimonio originario?
- 176.- ¿Qué se entiende por patrimonio final? ¿Qué bienes lo componen?
- 177.- ¿Qué montos deben agregarse imaginariamente al patrimonio final?
- 178.- ¿Qué requisitos deben cumplirse para que se agreguen imaginariamente al patrimonio final ciertos montos? ¿Cómo deben valorarse estos montos?
- 179.- ¿Qué conductas están sancionadas en el art. 1792-18 del Código Civil? ¿Cuál es la sanción?
- 180.- ¿Qué debe deducirse del patrimonio final?
- 181.- ¿Qué dispone el Código Civil acerca de la prueba del patrimonio final?
- 182.- ¿Cuáles son los criterios de valoración del patrimonio originario?
- 183.- ¿Cuáles son los criterios de valoración del patrimonio final?
- 184.-