

II. Regímenes Económicos del Matrimonio

A. Concepto:

Es el estatuto jurídico que regla las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y respecto de terceros.

En doctrina se señala que estamos frente a un régimen de disciplinamiento ya que se establece el sistema al cual se sujetarán las relaciones pecuniarias de los cónyuges.

Los regímenes económicos regulan las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y por lo tanto excluyen las relaciones económicas con los hijos.

B. Principales Regímenes Económicos:

I. La Comunidad de Bienes.

En este sistema todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio como aquellos que adquieren durante él pasan a constituir un fondo común que pertenece a ambos cónyuges y que se reparte entre ellos al tiempo de disolverse la sociedad conyugal, en nuestro sistema.

“Aporte” : Bienes que los cónyuges tenían al momento de contraer matrimonio. No es sinónimo del aporte que se hace a la sociedad colectiva.

El sistema de comunidad de bienes se puede clasificar en:

1. Comunidad Absoluta

2. Comunidad Restringida

1. Comunidad Absoluta:

Todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio o adquieren durante él ingresan al fondo común. Existe un solo patrimonio. 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.

B. Comunidad Restringida:

Solo algunos bienes pasan al fondo común, manteniéndose el resto en el patrimonio de cada uno de los cónyuges. Hay tres patrimonios: el común y el de cada uno de los cónyuges. 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

El sistema de comunidad restringida se sub.-clasifica en:

1. Sistema de muebles y ganancias:

Integran el fondo común:

- Los bienes muebles que los cónyuges aportan al matrimonio y los que adquieren a cualquier título durante el matrimonio.

- Además integran el fondo común los inmuebles adquiridos durante el matrimonio y a título oneroso y todas las demás ganancias adquiridas por los

cónyuges durante el matrimonio a título oneroso

No integran el fondo común: los bienes inmuebles de que los cónyuges eran titulares al tiempo de celebrar el matrimonio y los inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título gratuito.

2. Solo de Ganancias:

- Ingresan al haber común los bienes muebles e inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso
- Ingresan también los frutos que provengan de esos bienes y los que provengan de los bienes propios de los cónyuges
- 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.

II. Separación de bienes.

No existe un patrimonio común, existen solo dos patrimonios que son los propios de cada cónyuge y que son administrados libremente por cada uno de ellos.

III. Régimen de participación en los gananciales.

Consiste en que durante el matrimonio los cónyuges se miran como separados de bienes, pero al tiempo de terminar el matrimonio se mira como si hubiera existido entre ellos un régimen de comunidad.

Es un régimen que toma lo bueno de la separación de bienes (la administración autónoma de cada patrimonio) y rechaza lo negativo (la falta de solidaridad al terminar el matrimonio); a su vez de la comunidad se rechaza lo negativo, esto es, la falta de autonomía en la administración y se toma lo positivo, esto es, la solidaridad al terminar el matrimonio.

El régimen de participación en los gananciales puede ser:

1. De comunidad
2. Crediticio

1. De Comunidad: Al extinguirse el régimen se va a formar una comunidad integrada por todos los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio a título oneroso y se van a dividir por mitades.

2. Crediticio: Al extinguirse el régimen se van a comparar las ganancias obtenidas en cada patrimonio y luego se van a compensar generándose un crédito a favor del que obtuvo menos ganancias.

IV. Comunidad de Administración

No hay un haber común, lo único común es la administración de los bienes. 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.

V. Sistema Dotal.

Hay dos clases de bienes:

a) Dotales:

Aquellos que la mujer aporta al matrimonio y entrega al marido para que éste pueda hacer frente a las necesidades familiares.

b) Parafernales:

Aquellos que la mujer conserva en su poder, administra y goza a su arbitrio.

C. Régimen Chileno.

Originalmente el código civil consagró un sistema legal, obligatorio y único de comunidad, pudiendo pactarse solamente una separación parcial de bienes y además para acceder a la separación total de bienes se requería de una sentencia judicial en casos de fraude del marido en la administración de bienes.

- Primera modificación al sistema:

Año 1925 (decreto ley 328). El DL 328 permitió pactar separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales.

- Segunda modificación:

Año 1934, la ley 5521 creó el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal (actual artículo 150 c. c)

- A partir de 1943 con la ley 7.612 se permitió pactar por una sola vez durante el matrimonio la separación total de bienes.

- Con la ley 18.802 de 1989 se suprimió la incapacidad relativa que afectaba a la mujer casada en sociedad conyugal, no obstante, la administración de los bienes propios de la mujer casada en sociedad conyugal la mantuvo el marido.

- Con la ley 19.335 de 1994 se facultó a la mujer para concurrir y obtener del juez autorización para celebrar ciertos actos jurídicos cuando el marido se hubiere negado injustificadamente.

También con esta ley se introdujo en Chile el Régimen de Participación en los Gananciales en su modalidad crediticia y se estableció también un estatuto primario común a todos los regímenes económicos y que se llamó de los bienes familiares.

En la actualidad existe un sistema que puede calificarse de alternativo por cuanto permite optar entre tres regímenes, que a su vez es supletorio porque si nada se dice habrá sociedad conyugal, y que también es convencional de libertad restringida ya que durante el matrimonio los cónyuges pueden optar por ciertas alternativas que la ley da.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

A. Definición:

Pueden definirse como los pactos celebrados por los contrayentes o cónyuges antes del matrimonio, en el acto de su celebración o durante él, sobre aspectos patrimoniales.

B. Clasificación:

Estas convenciones matrimoniales pueden clasificarse en:

- 1) Capitulaciones
- 2) Convenciones

1) Capitulaciones: Son aquellas convenciones de carácter patrimonial que celebran los "esposos" antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración (1715).

2. Convenciones: Son pactos de carácter patrimonial que los cónyuges celebran durante el matrimonio.

C. Características:

1. Son una convención:

Es decir, un acto jurídico bilateral que tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Por ejemplo; será un contrato cuando el marido se obliga a dar a la mujer una determinada pensión periódica. Art. 1720 inciso 2 (crea derecho). Será solo una convención cuando modifica el régimen económico del matrimonio.

2. Las capitulaciones no solo obligan a los cónyuges sino también a los terceros que contratan con ellos. Ejemplo: Sociedad conyugal vende bien a un tercero la compraventa requiere también autorización de la mujer para la enajenación.

3. Se trata de un acto jurídico dependiente, es decir; es de la esencia de esta institución que exista matrimonio. Así lo dispone expresamente el Art. 1716 inc. 1 "Las capitulaciones matrimoniales solo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio".

4. Se trata de un acto jurídico solemne. El Art. 1716 inc. 1 señala que las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública y valdrán siempre que se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial. (Dos solemnidades)

5. Por regla general una vez celebrado el matrimonio estas capitulaciones son irrevocables e inmutables. Así por ejemplo el Art. 1722 c. c señala que las escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio no valdrán si no cumplen con las solemnidades propias de las capitulaciones. En el mismo sentido el Art. 1716 inciso 3 señala que celebrado el matrimonio las capitulaciones no podrán alterarse ni aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas, salvo en el caso del Art. 1723 inc. 1 .

La inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales tiene ciertas excepciones (muy importante):

- 1) Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán sustituir: Art. 1723 inc.1
 - a) El Régimen de Sociedad Conyugal por el de Participación en los Gananciales o el de Separación Total de bienes.
 - b) También podrán sustituir el régimen de Separación Total de Bienes por el de Participación en los Gananciales.
 - c) El régimen de Participación en los Gananciales puede sustituirse por el de Separación Total de Bienes. Art.1792-1 inc.2

Conclusión: Si el régimen inicial No es sociedad conyugal, no se puede pactar este régimen con posterioridad

2) 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. Art 135 in2¹⁸

3) Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes a menos que inscriban su matrimonio en el registro de la primera sección de la comuna de Santiago y pacten en ese acto sociedad conyugal o participación

¹⁸ Agregado enero 2022

en los gananciales dejándose constancia de ello en dicha inscripción . Art. 135 inciso 3, este artículo es doblemente excepcional:

1. Permite modificar durante el matrimonio una capitulación matrimonial.

2. **Permite pactar sociedad conyugal durante el matrimonio.**

6. Las capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio admiten modalidades. En cambio las que se celebran en el acto del matrimonio o durante el mismo deben ser puras y simples, así lo dice el Art.1723 inc. Final. Art.1715

D. Requisitos:

Requisitos generales de todo Acto Jurídico. Art.1445

Vamos a analizar en concreto dos:

1. La Capacidad:

a) Capitulaciones celebradas durante el matrimonio:

Solo pueden otorgarlas los cónyuges mayores de edad. 1723 inciso 1.

b) Capitulaciones:

La regla general es que las pueden celebrar todos aquellos que son hábiles para contraer matrimonio. A contrario sensu solo son inhábiles para otorgar una capitulación los incapaces absolutos. Sin perjuicio de ello la ley da ciertas reglas especiales en relación con quienes se encuentren sujeto a curaduría. En ese sentido el art. 1721, dispone que "el que se halla bajo curaduría necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales".

2. Las Solemnidades:

a) Capitulaciones anteriores al matrimonio (1716 inciso 1):

- 1) Deben otorgarse por escritura pública.
- 2) Deben subinscribirse al margen de la inscripción matrimonial.
- 3) La subinscripción debe efectuarse al tiempo de celebrarse el matrimonio o dentro de los 30 días siguientes.

Se trata de solemnidades de validez y en consecuencia si no se cumplen la capitulación adolece de nulidad.

Respecto del plazo de 30 días es un plazo fatal y de días corridos y en consecuencia si transcurre el término sin que se efectúe la subinscripción caducarán las capitulaciones. Art. 49-50 c.c.

En el caso del matrimonio celebrado en país extranjero el plazo de 30 días se contará desde la fecha de inscripción del matrimonio en Chile (1716 inciso 2).

b) Capitulaciones celebradas en el acto del matrimonio Art. 1716 inc. 1 parte final y 39 N° 11 Ley de Registro Civil. En este caso basta con que el pacto conste en la inscripción matrimonial, en caso contrario no tendrá valor alguno.

c) Convenciones durante el matrimonio:

Solemnidades:

- 1) Debe otorgarse por escritura pública.
- 2) La escritura debe subinscribirse al margen de la inscripción matrimonial.
- 3) La subinscripción solo puede practicarse dentro de los 30 días siguientes al de la fecha de la escritura, también es un plazo fatal y de días corridos y su sanción es la caducidad.

E. Contenido de la Capitulación matrimonial:

1. Capitulaciones anteriores al matrimonio:

Regla General: Prima la autonomía privada, puede hacerse todo aquello que no esté expresamente prohibido.

Puntos importantes:

A) Estipulaciones expresamente prohibidas:

1) Las capitulaciones no pueden contener estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. Por ejemplo no podría renunciarse a la acción de divorcio o a la acción de separación judicial de bienes, o pactos de sucesión futura. Art.1717

2) Aquellas que van en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes. Art.1717

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

- Estipulaciones en detrimento de los derechos 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).

3) No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse matrimonio.

4) Que los esposos del mismo sexo pacten régimen de sociedad conyugal.¹⁹

B) Estipulaciones expresamente permitidas:

1) Puede pactarse separación total o parcial de bienes o régimen de participación en los gananciales o excepcionalmente sociedad conyugal Arts. 1720 inc. 1, 1792 -1 inc. 1 y 135 inc. 3

2) Puede acordarse que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero o de una determinada pensión periódica. (1720 inciso 2). Importancia

□Esta estipulación origina o da lugar a la separación parcial de bienes.

3) Los esposos pueden hacerse donaciones de presente o de futuro las que reciben el nombre de donaciones por causa de matrimonio, las que no necesitan de insinuación toda vez que la ley a dispuesto un límite a su cuantía ya que no pueden exceder de la cuarta parte de los bienes que el esposo aportare. (1786 y 1788 c. c).

4) La mujer podrá renunciar su derecho en los gananciales que resulten de la administración de la sociedad conyugal por el marido siempre que esta renuncia se haga antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad. (1719 inc1)

5) Pueden los esposos eximir de la sociedad conyugal cualquiera parte de sus bienes muebles siempre que lo designen expresamente (1725 N° 4 inc 2). (no entrarán al haber relativo)

6) Pueden destinar valores propios de uno de los cónyuges para la adquisición de bienes raíces o muebles que no ingresarán a la sociedad conyugal (1727 N° 2).

2. Contenido de las capitulaciones que se celebren en el acto del matrimonio:

Solo podrá pactarse régimen de participación en los gananciales o separación de bienes.

Art.1715 inc.2

Los esposos del mismo sexo podrán celebrar capitulaciones matrimoniales, pero en caso alguno podrán pactar el régimen de sociedad conyugal. ²⁰

¹⁹ Agregado 2022

²⁰ Agregado enero 2022

3. Contenido de las convenciones que se otorgan durante el matrimonio:

Puede sustituirse el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes o de participación en los gananciales.

También puede sustituirse la separación total de bienes por la participación en los gananciales o puede sustituirse la participación en los gananciales por la separación total de bienes.

Los que hayan contraído matrimonio en el extranjero podrán sustituir la separación total de bienes por la sociedad conyugal o por el régimen de participación en los gananciales.

Art. 1720 inc. 1

Art. 1702 – 1 inc.1

135 inc.3

Estatuto Primario de los Bienes Familiares. Arts. 141 a 149

I. Generalidades

A. Concepto:

Son bienes muebles o inmuebles que por cumplir una función básica en relación con la convivencia de la familia son especialmente protegidos por el legislador, con independencia del régimen económico que exista entre los cónyuges.

La jurisprudencia ha fallado que la finalidad de esta institución es proteger **al cónyuge no propietario** de las eventuales enajenaciones o gravámenes que el dueño pueda hacer del inmueble que sirva de residencia principal a la familia y de los muebles que lo guarnecen.

Esta institución se creó por la ley 19335 (Año 1994)

B. Características:

1) Esta institución responde al deber del Estado de proteger y fortalecer a la familia. (Art. 1 Constitución), y al deber de ambos cónyuges de proveer a las necesidades de la familia común. Art. 134

- 2) Los bienes que pueden afectarse como familiares pueden ser cosas corporales como incorporales.
- 3) Se aplica **cualquiera que sea el régimen económico** del matrimonio que exista entre los cónyuges
- 4) La afectación de un bien como familiar no opera de pleno derecho. Por regla general se necesita de declaración judicial y por excepción basta la declaración unilateral de uno de los cónyuges.
- 5) La afectación es revocable ya sea por acuerdo de los cónyuges o por declaración judicial, en este último caso cuando el bien pierde el carácter de familiar.
- 6) El bien continúa siendo familiar aun cuando termina el matrimonio sin perjuicio del derecho a pedir la desafectación.
- 7) El bien familiar no puede existir sin matrimonio.
- 8) La calidad de familiar **no altera el dominio del bien.**
- 9) La declaración de bien familiar **no transforma al bien afectado en inembargable.**
- 10) Las normas que regulan esta institución son de orden público, y, por lo tanto, cualquier estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo son nulas (artículo 149).

II. Que bienes pueden ser declarados familiares.

- 1) El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal a la familia. Art. 141 c. c. Notas Importantes:
 - 1) Se trata de un inmueble por naturaleza (568)
 - 2) Puede ser urbano o rural. En este último caso, se plantean dudas en cuanto a si la afectación recae sobre todo el fundo o parcela, o solamente sobre la casa patronal, donde la familia efectivamente reside. Se ha señalado que la ley no contempla la afectación parcial de un inmueble.
 - 3) Puede ser uno solo, "el" inmueble
 - 4) Debe servir de residencia principal. Eso habrá que determinarlo caso a caso. Jurisprudencialmente se ha rechazado la declaración sobre una casa de veraneo. (aun cuando arrienden en Santiago). Un punto que resulta polémico, se refiere al caso, dentro del marco de la Ley sobre violencia intrafamiliar, en que la mujer, con sus hijos, abandonó el inmueble que servía de hogar a la familia y que pertenece al marido. ¿Podría en tal caso pedir la afectación de la vivienda abandonada, como familiar? René Ramos Pazos señala que, en esta

hipótesis, la mujer no puede demandar que esa vivienda sea declarada bien familiar.

- 5) También la Corte Suprema ha fallado que solo para los efectos de esta institución puede entenderse que hay familia aun cuando los cónyuges vivían separados y no tengan hijos. No dice la ley qué se entiende por “familia”, pero del contexto de las normas que regulan la institución, se desprende **que supone el matrimonio**, aunque no necesariamente la existencia de hijos. Se presentará un problema aquí, cuando marido y mujer vivan separados, cada uno de ellos con alguno de los hijos. En tal caso, ¿cuál de los dos inmuebles sirve de residencia principal para la familia? No habiendo ley que resuelva al punto, el juez debe integrar esta laguna legal, recurriendo en último término a la equidad (artículo 170 número 5, del Código de Procedimiento Civil).
- 6) Ambos cónyuges o uno de ellos, han de ser propietarios del inmueble. Para Hernán Corral, no se cumplirá este requisito si se trata de un bien de propiedad común de uno de los cónyuges y de un tercero. Habría que descartar, entonces, como inmueble susceptible de afectarse como familiar, aquél sobre el cuál uno de los cónyuges sólo es titular de una cuota en el dominio, cualquiera fuere el porcentaje de ella, cuando las restantes cuotas pertenecen a terceros. También debiéramos descartar la hipótesis consistente en que ambos cónyuges sean comuneros, junto con uno o más terceros. Por ende, el dominio debe ser exclusivo de uno de los cónyuges o ambos ser copropietarios exclusivos del mismo. Si se trata de un inmueble de la sociedad conyugal, deberá considerarse a la mujer como no propietaria (artículo 1749, inciso 1º).

2) Los muebles que guarnecen la residencia principal de la familia. Art.141 inc. 1 Notas Importantes:

- 1) La ley no hace referencia a la propiedad de estos bienes muebles, no obstante lo cual se concluye que ellos deben ser de propiedad de alguno de los cónyuges toda vez que el artículo 142 inc. 1 señala que para la celebración de ciertos actos jurídicos sobre estos bienes se requerirá de la autorización del cónyuge no propietario.
- 2) Para integrar el concepto de muebles que guarnecen el hogar la doctrina recurre a la definición, por exclusión, que el artículo 574 inc. 2 realiza de los muebles de una casa.
- 3) Se ha discutido si es necesario levantar un inventario solemne de estos bienes muebles. En general se estima que sí desde un punto de vista de prudencia, ya que otorga seguridad jurídica, pero un aspecto negativo de esto es que será difícil incorporar los muebles que se adquieran en el futuro.
- 4) La ley no exige que la afectación de los bienes muebles sea conjunta con la del inmueble que sirva de residencia principal a la familia. Los bienes muebles podrían afectarse como familiares, con independencia del inmueble que sirve de residencia principal de la familia. Además, la sola afectación del último, no

implica que también queden afectados los muebles que lo guarnecen, si ello no se pidió expresamente.

- 5) Es posible la afectación parcial. Pueden excluirse algunos de los bienes muebles que guarnecen la residencia principal de la familia.
- 6) Los muebles deben guarnecer la residencia principal de la familia, y no necesariamente un inmueble de propiedad de los cónyuges, ya que la ley alude a "la" residencia, no al inmueble de propiedad de uno de los cónyuges, pues en tal caso, debió decir "...y los muebles que lo guarnecen...". Podría ocurrir entonces que la familia tenga su residencia principal en un inmueble de propiedad de un tercero, caso en el cual también podrían afectarse como familiares los muebles que lo guarnezcan

3) Los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia. Art.146 inc.1

Notas Importantes:

- 1) Si bien la ley habla de "los cónyuges" basta que uno solo tenga estas acciones o derechos.
- 2) No importa el porcentaje de derechos ni el número de acciones ni el tipo de sociedad de que se trate.
- 3) El inmueble de propiedad de la sociedad debe servir de residencia principal a la familia.

III. Afectación de un bien como familiar.

La afectación es una declaración precisa en orden a que determinados bienes son familiares quedando, por lo tanto, ellos sujetos al estatuto especial que los regula.

La afectación de un bien como familiar puede ser de dos clases:

1) Afectación Judicial: Art.141 inc. 2

Esta forma de afectación se aplica respecto del inmueble que sirve de residencia principal a la familia y de los muebles que guarnecen el hogar.

a) Procedimiento. Art. 141 inc. 2

- El juez citará a los interesados a una audiencia preparatoria. Si en esa audiencia preparatoria no hay oposición el juez resolverá en la misma audiencia. En caso contrario o si el juez considerare que faltan antecedentes para resolver citará a las partes a la audiencia de juicio.

- Este procedimiento se rige conforme a las normas de los procedimientos ante tribunales de familia.

- El inciso 4 Art.141 agrega que para los efectos de la declaración judicial de

un bien como familiar los cónyuges gozarán de privilegio de pobreza.

- Respecto de la titularidad de la acción esta le corresponde únicamente al cónyuge no propietario, **excluyéndose al cónyuge propietario y a los hijos comunes**. Sin embargo, Orrego cree que le corresponde también al cónyuge propietario.

- Se ha discutido que ocurre si ambos cónyuges están de acuerdo en declarar un bien como familiar

i) Hernán Corral cree que en este caso de todas maneras se requiere declaración judicial, aunque podría seguirse un procedimiento no contencioso.

ii) Tomasello estima que el procedimiento siempre debe ser contencioso a fin de dar garantías a los terceros de que no se está actuando en fraude a la ley. (cátedra cree que esta es la posición correcta)

- Dado que se trata de un derecho privativo de los cónyuges, la muerte de uno de ellos hace **caducar el derecho a pedir la declaración** (con todo, en tal caso, el Código Civil confiere al viudo o viuda los derechos consagrados en la regla décima del artículo 1337). Pero la muerte de uno de los cónyuges no termina necesariamente con la afectación que se perfeccionó en vida de ambos cónyuges.

b) Declaración Provisoria como Bien Familiar. Art. 141 inc.

- Señala la ley que con la sola interposición de la demanda (es decir, desde que ingresa materialmente al tribunal competente) transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate. Para estos efectos en la primera resolución que dicte el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva esta circunstancia y el conservador practicará la subinscripción con el solo mérito del decreto que de oficio le notificara el tribunal. Esta inscripción es gratis a consecuencia del privilegio de pobreza. Nada se dispone sobre los inmuebles no inscritos (para algunos, como Leslie Tomasello, en este último caso no se exigirá la anotación, por tratarse de una formalidad de publicidad y no de una solemnidad; para otros, como Hernán Corral, sería necesario inscribir previamente el inmueble).

- Se ha criticado el tenor de la ley, señalándose que ella debió establecer medidas de publicidad respecto de los bienes muebles y que en relación a los inmuebles debió establecer la inoponibilidad de la afectación como bien familiar mientras ella no fuera recogida en el registro inmobiliario. Como no se establece lo anterior, en la práctica los acreedores hipotecarios, y en especial los Bancos que financian operaciones hipotecarias, así como cualquiera otra persona que pretenda contratar con el cónyuge propietario, exigen la comparecencia del cónyuge no propietario a la escritura de constitución de hipoteca o de compraventa o de arrendamiento, aunque no se trate del inmueble que sirve de residencia principal a la familia, con el propósito que el cónyuge no propietario declare no haber pedido la afectación del inmueble como bien familiar

- A raíz de esta declaración provisoria surgen problemas de constitucionalidad en orden a que se estaría vulnerando el debido proceso ya que el cónyuge propietario no es notificado de la afectación del bien como familiar. (Art. 298 c.p.c.) Como respuesta se dice que hay un interés superior, esto es, la familia.

- La afectación provisoria cesará, si la sentencia en definitiva rechaza la demanda. En tal caso, se estima que la declaración provisoria queda desprovista de todo efecto, de modo retroactivo. En consecuencia, se validarán todos los actos de disposición o administración realizados en el intertanto por el cónyuge

propietario.

2) Afectación por Declaración Unilateral:

De acuerdo al Art.146 inc 3 la afectación de derechos o acciones se hará por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública.

Si se trata de acciones en sociedades anónimas, la escritura pública de afectación debe inscribirse en el registro de accionistas de esa sociedad;

Si se trata de sociedades de personas mercantiles (sociedades de responsabilidad limitada y colectivas mercantiles), debe anotarse al margen de la inscripción del extracto de constitución de la sociedad, realizada en el Registro de Comercio; y

Si se trata de sociedades colectivas civiles, afirma Corral que los derechos pueden ser afectados sin que medie publicidad alguna, ya que respecto de ellas no existe inscripción. En este caso, podría solicitarse una anotación marginal, en la matriz de la escritura pública de constitución de la sociedad, si se hubiere celebrado el contrato con esta solemnidad, formalizando así un requisito de publicidad.

3) Declaración Fraudulenta: Art. 141 inc. Final:

El cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración a que se refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder. A igual conclusión se habría llegado aplicando las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual (artículos 2314 y siguientes del Código Civil).

Se ha discutido porque el inciso final del Art.141 dice "en los casos a que se refiere este artículo", es decir se referiría a los muebles e inmuebles, sin embargo es lógico que también se aplica en caso de declaración fraudulenta respecto de derechos y acciones. Art.141 se aplica también en el Art. 146

IV. Efectos de la declaración de un bien como familiar.

A. Titularidad del dominio:

Por la declaración de un bien como familiar **no se ve alterada la titularidad del dominio**, es decir, el bien familiar no se transforma en un bien común ni menos pasa a ser propiedad del cónyuge no propietario o de los hijos.

- Restricciones relativas a las facultades de administración y disposición del bien familiar:

1. La ley restringe la realización de ciertos actos. Debemos distinguir:

A) Respecto del bien inmueble que sirve de residencia principal a la familia y de los muebles que guarnecen el hogar:

Se aplica el Art.142 inc. 1 y por consiguiente:

- a) Estos bienes no se pueden enajenar ni gravar voluntariamente.
- b) No se puede prometer gravar o enajenar.
- c) No se puede celebrar un contrato que conceda derechos personales de uso

o goce sobre un bien familiar (ejemplo: arrendamiento y comodato).

B) Respecto de los derechos o acciones que uno de los cónyuges tenga en una sociedad que sea propietaria del inmueble que sirve de residencia principal de la familia. Se aplica el Art.146 inc. 2 y por consiguiente:

Se impide realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar. Ejemplo: Se cita a reunión de directorio en que se tratará la enajenación del bien familiar que sirve de residencia principal a la familia; el socio cónyuge debe abstenerse de participar.

La doctrina se ha preguntado si a esta situación de los derechos y acciones son o no aplicables las reglas del Art.142 inc. 1. La respuesta es que sí son aplicables las restricciones del inciso primero del Art.142, esto por dos razones:

1) Porque el Art.146 inc. 1 señala "lo previsto en este párrafo se aplica a los derechos y acciones", y en consecuencia las restricciones analizadas son también aplicables.

2) El Art. 146 inc. 2 señala que producida la afectación, se "requerirá a si mismo", es decir, se requerirá además para la realización de este acto en particular.

B. Forma de celebrar estos actos.

1) Con la autorización del cónyuge no propietario (142 inc1 parte primera).

- Esta autorización debe ser específica y otorgada por escrito o por escritura pública si el acto lo requiriera.

- Esta autorización puede darse también interviniendo el cónyuge no propietario directa y expresamente de cualquier modo en el mismo acto.

- Por último, esta autorización puede otorgarse por mandato el que debe ser especial y constar por escrito o en escritura pública según sea el caso. (142 inciso 2). No sirve mandato general de administración de bienes.

2) Autorización judicial en subsidio.

El Art. 144 señala que en los casos del Art.142 la voluntad del cónyuge no propietario puede ser suplida por el juez en caso de **imposibilidad o negativa del cónyuge no propietario**.

Existe una limitación en el sentido que la negativa del cónyuge no podrá ser revocada por el juez cuando se haya fundado en el interés de la familia.

Rene Ramón Pazos estima que la autorización judicial subsidiaria no se aplica a los derechos y acciones ello porque el Art. 144 es taxativo en orden a remitirse a los casos del Art. 142 c. c.

Sanción:

- En el caso en que falte la autorización. El Artículo 143 inc. 1 señala que el cónyuge no propietario cuya voluntad no se haya expresado en conformidad a lo

previsto en el artículo 142 podrá pedir la **rescisión (nulidad relativa)** del acto.

- También podría adolecer de nulidad relativa el acto sobre derechos y acciones que no se haya autorizado, o sea el Art.143 inc.1 también se aplica a los derechos y acciones. (Porque el Art.142 se aplica por Art. 146) De todos modos de acuerdo a las reglas generales habría nulidad relativa. Art. 146 en relación al Art. 1682

- El artículo 143 inciso 2 agrega que el adquirente de derechos sobre un bien familiar cuando este es el inmueble que sirve de residencia principal de la familia estará de mala fe (caso excepcional; presume la mala fe) para efecto de las restituciones a que haya lugar por la declaración de nulidad. A juicio de Hernán Corral es **una presunción de derecho**. Se presume la mala fe ya que la afectación consta en la inscripción de dominio, consta en un registro público, por lo tanto, no podía desconocerla. Por este motivo algunos autores sostienen que esta presunción de mala fe también tiene lugar tratándose de derechos y acciones inscritos en un registro público. En contrario se ha sostenido que como la presunción de mala fe es excepcional y, por ende, no puede aplicarse por analogía el tercero no estaría afectado por ella.

- No señaló la ley desde cuándo se debe contar el cuadrienio para alegar la nulidad relativa. El punto suscita dificultades, pues a diferencia de la nulidad absoluta, donde hay una regla general (artículo 1683, 10 años contados desde la fecha del acto o contrato), no existe una regla uniforme para el cómputo de los 4 años, tratándose de la nulidad relativa (artículo 1691). Ramos Pazos estima que el plazo de prescripción correría desde la celebración del contrato, aunque no fundamenta su conclusión. Eduardo Court, en cambio, opina que en esta materia, debería seguirse la misma fórmula consagrada en el artículo 1792-4, para el régimen de participación en los gananciales y se contaría desde el día en que el cónyuge que alega la nulidad, tomó conocimiento del acto, rigiendo también la limitación de 10 años, que contempla el artículo mencionado.

- Corral sintetiza los alcances del artículo 143, en los siguientes términos:

Los terceros que contratan con el cónyuge propietario, aunque hayan procedido de buena fe (ignorando excusablemente que un bien tiene calidad de familiar, por ejemplo si ella no consta en el registro inmobiliario), son alcanzados por la acción de nulidad del acto o contrato;

Declarada la nulidad, el tercero quedará sujeto a las prestaciones o restituciones mutuas y para ellas se le considerará de buena fe, salvo prueba en contrario;

Sólo en el caso de que el tercero hubiere adquirido un inmueble cuya declaración de familiar constaba en el registro inmobiliario, se le reputará de mala fe, sin que se admita prueba en contrario.

La nulidad judicialmente declarada dará acción reivindicatoria contra el tercero subadquirente cuyo título derive del tercero que contrató a su vez con el cónyuge propietario (aplicación de la regla general, de la nulidad, contenida en el artículo 1689). **En este caso, estaríamos, sin embargo, ante una hipótesis que permitiría deducir acción reivindicatoria no por el dueño (cónyuge propietario) sino por quien no es dueño (cónyuge no propietario)**, lo que suscita dudas en cuanto a la factibilidad de tal acción, pues pugnaría con el

sistema general del Código, que exige, como titular de dicha acción, al propietario.

C. Constitución de derechos de usufructo, uso y habitación sobre bienes familiares.

- Art. 147 inc. 1 señala que durante el matrimonio el juez podrá constituir prudencialmente a favor del cónyuge no propietario derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. Es requisito indispensable que previamente se haya declarado como bien familiar. En ciertos casos, podría ser útil. Así, por ejemplo, si el inmueble afectado como bien familiar contiene cabañas de turismo y el cónyuge no propietario que pidió dicha afectación, tiene interés en explotarlo. Lo mismo podría ocurrir, si se trata de un predio agrícola, ganadero o forestal.

- En la constitución de esos derechos y en la fijación del plazo que les ponga término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges. El juez podrá, en estos casos, fijar otras obligaciones o modalidades si así pareciere equitativo.

Este efecto tiene los siguientes aspectos relevantes:

1. La declaración judicial que efectúa el tribunal servirá como título para todos los efectos legales.

Art.147 inc.3 Esta resolución deberá inscribirse en el registro de hipotecas y gravámenes (32 inc. 2 y 52Nº 1 del reglamento del conservador de bienes raíces). En el caso que se decrete un usufructo sobre derechos o acciones la resolución deberá inscribirse en el registro de comercio o de accionistas, según corresponda.

2. El gravamen puede constituirse después de declarada la nulidad o el divorcio, pero siempre la afectación del bien como familiar deberá realizarse durante el matrimonio.

Se ha estimado que si el matrimonio termina por muerte no habría lugar a la constitución de los derechos de usufructo, uso o habitación ya que en vez de este beneficio el artículo 1337 Nº 10 c. c

establece una atribución especial de un inmueble que ha servido de residencia principal a la familia a favor del cónyuge sobreviviente, caso en el cual, a diferencia de lo dispuesto en el título de los bienes familiares, esos derechos serán vitalicios.

3. Se trata de gravámenes limitados en el tiempo ya que el artículo 147 inciso 1 señala que la resolución deberá fijar el plazo que les pone término.

4. Respecto de los acreedores Art. 147 inciso 4

- Respecto de los acreedores que **el cónyuge propietario** tenía al tiempo de la constitución de estos gravámenes ellos no se verán perjudicados. Por ende, estos derechos reales de goce serán inoponibles a los acreedores cuyos créditos habían nacido con antelación a la constitución de aquellos. Es razonable la hipótesis de inoponibilidad, pues en caso contrario, los cónyuges podrían coludirse, para hacer ilusorio, en la práctica, el crédito del acreedor; en cuanto a los acreedores cuyos créditos hubieran nacido después de la constitución de estos derechos, éstos les serán oponibles, provocando en la práctica, como señala

Rosso, una inembargabilidad fáctica. En efecto, "...de ser embargados los bienes familiares sobre los cuales recaen los derechos reales (...) sólo podría subastarse la nuda propiedad de los mismos, más no los derechos desmembrados que pudieran existir a su respecto. Ante tal hipótesis, será muy improbable en la práctica que existan postores con interés de adquirir el bien gravado. De esta manera, a pesar de no haber declarado la ley inembargable los bienes familiares, la constitución judicial de un derecho real sobre ellos produce una inembargabilidad fáctica, y a la vez velada, al menos durante el plazo de duración que el tribunal haya establecido para los respectivos derechos".

- a su vez la constitución de estos gravámenes no aprovechará a los acreedores que el cónyuge **no propietario** tuviere en cualquier tiempo. Se descarta por ende el embargo de estos derechos (2465) y la posibilidad de ejercer, sobre ellos, la acción oblicua o subrogatoria (artículo 2466).

5. Se ha discutido en doctrina si la constitución de estos gravámenes tiene o no el carácter de alimentos.

- Hay autores que estiman que no porque el artículo 11 de la ley 14.908 ya regulaba en materia de alimentos la constitución de estos gravámenes y por lo tanto no sería lógico que se volviera a regular con el mismo fin.

- Hay autores, como Pablo Rodríguez, que estiman que estos gravámenes **si tienen una naturaleza alimenticia** ya que expresamente el Art. 147 inc 1 señala que el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos y las fuerza patrimoniales de los cónyuges.

- Problema de esta tesis según la cátedra : se podría pedir la terminación de estos gravámenes dependiendo de la situación económica de los cónyuges, lo cual pugna con la institución de los bienes familiares.

6. Por aplicación de las reglas generales el cónyuge beneficiado debe rendir caución y levantar inventario solemne (813 y 775 c. c).

7. El derecho de uso y habitación es personalísimo y por lo tanto **no puede cederse ni transferirse**. En cuanto al usufructo, de acuerdo con las reglas generales y salvo que se haya dispuesto lo contrario (lo prohíbe el juez petición del propietario), éste puede cederse y transferirse. El problema es que el cónyuge propietario podrá pedir la desafectación del bien como familiar por cuanto el inmueble perdió o cambio su destinación.

8. Para determinar los créditos de participación en los gananciales las atribuciones de derechos sobre bienes familiares efectuadas a uno de los cónyuges conforme al artículo 147 serán valoradas prudencialmente por el juez. (1792-23 c. c).

9. Pueden sujetarse a otras obligaciones o modalidades, si así pareciere equitativo al juez. Así, señala Eduardo Court, el juez podría establecer, por ejemplo, que el cónyuge beneficiario pague una renta al cónyuge propietario o a sus herederos. Por ende, podría haber aquí una nueva diferencia con la hipótesis del artículo 1337, regla 10ª, pues ahí, los derechos que se constituyan a favor del cónyuge sobreviviente, son gratuitos

10. Por regla general, son derechos que no generan contraprestación, pero

pueden ser remunerados, si el juez así lo establece.

V. Beneficio de excusión a favor del cónyuge beneficiado con la destinación del bien como familiar.

Art.148

La constitución de un bien como familiar no lo transforma en inembargable sin perjuicio de lo cual, con el objeto de proteger al cónyuge beneficiado, la ley le confiere beneficio de excusión de manera tal que si el es reconvenido por un acreedor del cónyuge propietario puede exigir que antes de proceder contra el bien familiar se persiga el crédito en otros bienes del deudor (148 c. c)

Las normas de la fianza son aplicables a este caso cuando corresponda.

Quien puede oponer el beneficio de excusión:

1. Cónyuge propietario. El acreedor se va a dirigir en contra de su deudor, que es el cónyuge propietario. Por ello el artículo 148 inc 1 c. c habla de "los cónyuges" reconvenidos.

2. Cónyuge no propietario. Hay que distinguir si la acción deducida es ejecutiva u ordinaria.

a) Acción Ejecutiva: La solución la da el Art.148 inciso 2 en virtud del cual el legislador ordena al juez que disponga la notificación personal del mandamiento de ejecución y embargo al cónyuge no propietario.

b) Acción Ordinaria: También se exige la notificación del cónyuge no propietario por aplicación del Art. 148 inc.1 que se refiere a "los cónyuges reconvenidos".

- Los cónyuges podrán oponer el beneficio de excusión a cualquier acreedor que persiga bienes familiares. Como la ley no precisa el punto, Corral sostiene que incluso podrá oponerse el beneficio a aquellos acreedores cuyos créditos se constituyeron con anterioridad a la afectación de un bien del deudor como familiar.

- En cuanto a la hipótesis de que el acreedor ejecutante sea el cónyuge no propietario, pareciera que sería improcedente la oposición del beneficio por el cónyuge propietario, atendido el tenor del artículo 148, inciso 2º, que alude a "un tercero acreedor", frase que excluiría, a juicio de Corral, a los cónyuges. En otras palabras, en las demandas entre cónyuges, no procedería el beneficio de excusión.

- Cabe plantearse qué acontece con el acreedor hipotecario o prendario. ¿Puede oponérseles el beneficio de excusión? Del solo tenor de la ley, indica Corral, podría concluirse positivamente, aunque las hipotecas o las prendas fueren anteriores a la afectación del bien como familiar. Pero esta conclusión desnaturalizaría por completo estas garantías reales, pues dejarían de ser "especiales", al no poder hacerse efectivas en los bienes específicos a los que afectan. Frente al absurdo al que conduce la conclusión anterior, Hernán Corral señala que "...no queda más remedio que excluir el beneficio de excusión cuando se trate de ejecutar garantías reales, como la prenda o la hipoteca. Para ello invocaremos la especialidad de las normas que configuran estos derechos reales, normas que deben prevalecer sobre un precepto más general como el que

establece el beneficio de excusión para los bienes familiares”

- Finalmente, en esta materia, Corral opina que el beneficio de excusión, tal como está planteado en el artículo 148, pareciera no tener cabida en los juicios ejecutivos especiales, cuyas regulaciones restringen al máximo las excepciones o defensas de los ejecutados (por ejemplo, procedimientos de requerimiento hipotecario de la Ley General de Bancos o el juicio ejecutivo para realizar la prenda industrial o la prenda sin desplazamiento, etc

Oportunidad para oponer el beneficio:

Juicio Ordinario □ Art.303 N.º 5 c.p.c. (dilatatoria)

Juicio Ejecutivo □ en la oposición a la ejecución Art. 464 N.º 5 c.p.c.

VI. Desafectación de un bien como familiar.

A) Convencional Art. 145 inciso 1

Los cónyuges de común acuerdo podrán desafectar un Bien Familiar y si se trata de un inmueble dicha desafectación deberá constar por escritura pública anotada al margen de la inscripción de dominio.

Si bien la ley no lo dice en el caso de los derechos y acciones, del Art.146, la doctrina está de acuerdo en que deberán cumplirse las mismas solemnidades que para su constitución o afectación e inscribirse en el registro de comercio o de accionistas según sea el caso.

Tratándose de los bienes muebles, resulta indispensable que haya certeza respecto al momento en que se produjo la desafectación, la que no es otorgada ni por el retiro material de los muebles de la vivienda, ni por el simple acuerdo de los cónyuges. Dicha certeza se obtendría por una escritura privada, en la que conste la desafectación de los muebles.

B) Judicial Art. 145 inciso 2 y 3

1. El cónyuge propietario puede pedir la desafectación del bien familiar fundado en que ya no está destinado a los fines a que se refiere el artículo 141, lo que deberá probar.

2. No se refiere el artículo 145 a los derechos y acciones en sociedades, pero Corral estima que, por analogía, debemos entender que podrá pedirse su desafectación cuando se compruebe que la sociedad no es ya propietaria del inmueble o que éste ya no sirve de residencia principal de la familia

3. Lo mismo se aplica en el caso que el matrimonio haya sido declarado nulo o haya terminado por muerte o divorcio caso en el cual el propietario del Bien Familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá efectuar al juez la petición correspondiente. Entonces, en cuanto a quiénes pueden pedir la desafectación, distinguimos:

□ Si el matrimonio está vigente: sólo la puede pedir el cónyuge propietario (artículo 145, inciso 2º);

□ Si el matrimonio ha sido declarado nulo o ha terminado por sentencia de divorcio: puede solicitar la desafectación el propietario del bien familiar o

cualquiera de sus causahabientes (artículo 145, inciso 3º);

☐ Si el matrimonio se ha disuelto por muerte: pueden pedir la desafectación los herederos o causahabientes del cónyuge fallecido (artículo 145, inciso 3º). La ley se pone en el caso que el fallecido es el cónyuge propietario, caso en el cual sus causahabientes estarán interesados en solicitar la desafectación. Aunque nada dijo la ley en la otra hipótesis, o sea cuando muere el cónyuge no propietario, es evidente que en tal supuesto el cónyuge sobreviviente estará interesado en obtener la desafectación.

C) Caso especial de desafectación. No está en la ley, esta tercera forma la agrega Hernán Corral. Consiste en la enajenación total, voluntaria (con autorización del cónyuge no propietario) o forzada del bien familiar. **Se pierde ipso facto la calidad de bien familiar.** Esta desafectación especial pudo haberse evitado si la ley hubiera establecido una subrogación real (\$ recibido por bien).

Señala Corral que la ley no impide que haya una reafectación del bien como familiar.

SOCIEDAD CONYUGAL

I. Generalidades.

A. Definición:

1. Pablo Rodríguez: Régimen patrimonial de bienes establecido en la ley que se contrae por el solo hecho del matrimonio si no se pacta otro régimen diverso y que tiene por objeto consagrar una comunidad de gananciales entre los cónyuges.

2. Arturo Alessandri: Sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el solo hecho del matrimonio.

Ambas definiciones tienen como elemento común y se obtienen de conjugar los Artículos:

- 135 inc. 1, y
- 1718.

En consecuencia, la Sociedad Conyugal comienza con el matrimonio siendo cualquier estipulación en contrario nula. Excepción: único caso en que no comienza con el matrimonio está en el Art. 135 inc.2

B. Naturaleza Jurídica de la Sociedad Conyugal.

1. La sociedad conyugal no es un contrato de sociedad por los siguientes motivos:

a) La Sociedad conyugal no tiene origen contractual, sino que legal.

b) En la sociedad conyugal solo pueden haber 2 "socios" y de distinto sexo.

c) No es un elemento de la esencia de la sociedad conyugal que los "socios" efectúen

un aporte.

- d) La Sociedad, por regla, general es solo administrada por el marido.
- e) En la sociedad conyugal las utilidades que se producen, llamadas gananciales, por regla muy general se reparten por mitades.
- f) La Sociedad Conyugal se inicia siempre con el matrimonio, no admite modalidades y finaliza siempre por la muerte de uno de los cónyuges
- g) La sociedad conyugal, aunque no exactamente, es una suerte de sociedad a título universal.
(Las que están prohibidas respecto de la sociedad convencional)

2. La Sociedad Conyugal no es una comunidad:

- a) El marido respecto de terceros es dueño de los bienes sociales como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio.
- b) La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145 c. c. \square debería decir 138 (Art.1752).

En el proyecto de ley del código civil de 1853 Andrés Bello expresamente señaló que se descartaba el dominio por parte de la mujer de los bienes sociales durante la sociedad conyugal.

- c) La comunidad nace precisamente al tiempo en que se disuelve la sociedad conyugal.

3. La sociedad Conyugal no forma una persona jurídica:

- a) No se constituye una entidad distinta a los cónyuges.
- b) Frente a los terceros solo existe el patrimonio del marido (1750-1752) y por lo tanto no puede un tercero demandar directamente a la sociedad conyugal, aunque sea ella la que en definitiva soporte la deuda.

4. ¿Qué es entonces la Sociedad Conyugal?

Es una institución sui generis; con característica propias, similar a un patrimonio de afectación, esto es un conjunto de bienes determinados que se encuentran aplicados a un fin preciso que en el caso es la satisfacción de las necesidades económicas de la familia común existiendo un activo y un pasivo.

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. 3º y 1715, inc. 3º).²¹

²¹ Agregado enero 2022.

II. Haber o Activo de la Sociedad Conyugal

A. Generalidades:

En nuestro derecho la sociedad conyugal es un sistema de ganancias y adquisiciones, es decir, se trata de un sistema de comunidad restringida, de manera que existen tres patrimonios:

- el de la sociedad
- y el de cada uno de los cónyuges.

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. 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 absoluto 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".

Se entiende por activo (o haber) de la sociedad conyugal los bienes que la integran, clasificándose de la siguiente manera:

- a) Haber Absoluto: Lo forman todos aquellos bienes que ingresan a la sociedad conyugal en forma definitiva e irrevocable y que no dan derecho a recompensa.
- b) Haber Relativo: (aparente o transitorio) Ingresan los bienes en forma provisional generando a favor del cónyuge aportante un crédito por el valor del bien aportado y se hace valer al tiempo de liquidarse la sociedad conyugal y se denomina, ese crédito, recompensa.

Previo a estudiar que bienes en particular ingresan a cada uno de los haberes de la sociedad conyugal es importante tener en cuenta los siguientes **principios generales:**

1) *Al haber absoluto de la sociedad conyugal ingresan todos los bienes (muebles e inmuebles) que se adquieren durante el matrimonio producto del trabajo o a título oneroso, razón por la cual se llama "sociedad de ganancias"*

2) *Los bienes que se adquieren durante el matrimonio sin esfuerzo o a título gratuito no ingresan al haber absoluto, sino que hay que distinguir:*

- a) ***Si se trata de un bien mueble ingresa al haber relativo generándose***

la respectiva recompensa.

b) Los bienes inmuebles ingresan al haber propio del cónyuge que corresponda.

3) Los bienes adquiridos antes del matrimonio no ingresan al haber absoluto, sino que se aplican las reglas antes vistas (muebles e inmuebles)

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. El pasivo se encuentra reglamentado, esencialmente, en el artículo 1740.

B. Haber Absoluto de la Sociedad Conyugal.

Que bienes en particular ingresan al Haber Absoluto:

1. Todos los bienes que son producto del trabajo de los cónyuges. Artículo 1725 N° 1 c. c

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.

Aspectos importantes del Art.1725 N° 1

a) ¿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.

Una remuneración se encuentra devengada cuando existe el derecho a cobrarla aun cuando ella no sea exigible. Agrega Pablo Rodríguez que el derecho a obtener el pago de la prestación económica debe constituirse jurídicamente estando vigente la sociedad conyugal.

El hincapié que hace la ley es en cuanto a la existencia de la remuneración o emolumento y no a su exigibilidad. Así por ejemplo: al momento de contraer el matrimonio un abogado tiene una gestión terminada y se la pagan durante la vigencia de sociedad conyugal, esa remuneración no va a ingresar al haber

absoluto de la sociedad conyugal porque el emolumento se devengó antes de la sociedad conyugal.

Este ejemplo sirve para afirmar que el trabajo que origina el emolumento debe desarrollarse durante la sociedad conyugal. Esto último lleva a plantearse el problema de que sucede cuando el trabajo es continuo y entonces se inicia antes del matrimonio y concluye durante él.

Para dar respuesta a esto hay que distinguir:

- a) Trabajos Divisibles
- b) Trabajos Indivisibles.

a) Si el trabajo es divisible: corresponderá a la sociedad conyugal el honorario devengado durante su vigencia y corresponderá al cónyuge aquella parte del honorario devengado cuando era soltero, entrando al haber relativo, puesto que es un bien mueble aportado al matrimonio.

Ejemplo: Juicio se cobra por tramos

- Una parte del dinero se cobra al presentarse demanda (se encuentra soltero): haber relativo.
- Se casa en tiempo intermedio
- Otra parte del honorario se cobra cuando se cita a las partes a oír sentencia: sociedad conyugal.

b) Trabajos indivisibles: En esta situación el honorario se entenderá devengado cuando el trabajo haya concluido, sin importar la existencia de anticipos y por lo tanto esta remuneración ingresará al haber social o al haber propio dependiendo del momento en que haya concluido el trabajo encomendado. (Anticipos: parte del precio final)

b) ¿Qué ocurre con las donaciones remuneratorias? Artículo 1433

Se entenderán por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que estos sean de los que suelen pagarse. La donación remuneratoria es aquella liberalidad hecha en consideración a servicios prestados al donante, generando estos servicios una deuda exigible en razón de haberse prestado gratuitamente (por ejemplo, el abogado que realiza una gestión gratis y que recibe un regalo de su cliente).

La solución a las donaciones remuneratorias da el artículo 1738 c. c, para comprender este artículo se debe distinguir entre donaciones remuneratorias de bienes muebles e inmuebles, y si éstas daban acción o no.

1) Donación Remuneratoria de Bienes Inmuebles:

- a) Si ella daba acción: ingresará al haber absoluto hasta concurrencia de lo que hubiere habido acción para pedir por ella y no más.
- b) Si no daba acción: Ingresa al haber propio.

2) Donación Remuneratoria de Bienes Muebles:

- a) Si daba acción: Ingresa al haber absoluto.
- b) Si no da acción: Ingresa al haber relativo de la sociedad conyugal y por lo tanto se va a generar la correspondiente recompensa a favor del

cónyuge donatario.

3) Por último el artículo 1738 c. c agrega que si los servicios que fueron objeto de la donación se prestaron antes del matrimonio entonces la donación no ingresa al haber absoluto.

- a) Si es inmueble: patrimonio del cónyuge que corresponda
- b) Si es Mueble: al haber relativo.

c) Que pasa con los dineros obtenidos en el juego

Se van al haber absoluto de la sociedad conyugal, sin importar si se trata de juegos de azar, destreza física o intelectual.

d) Que ocurre con los ingresos provenientes de la propiedad intelectual:

Arturo Alessandri señala que respecto del derecho de autor éste ingresará al haber absoluto de la sociedad conyugal si se constituye durante la vigencia de ésta ; si se constituye antes del matrimonio entonces ingresará al haber relativo toda vez que se trata de un bien mueble .

Agrega que respecto de las utilidades que provienen del derecho de autor ellas ingresarán al haber absoluto de la sociedad conyugal cuando se hayan generado durante la vigencia de la sociedad.

El profesor Zoluaga refuta a Alessandri en el sentido de que el bien del derecho del autor es un bien de uso exclusivo y que por lo tanto no podría ingresar a la Sociedad Conyugal.

e) Remuneraciones percibidas por la mujer.

Si estas remuneraciones provienen de un trabajo, industria u oficio que la mujer haya ejercido separada de su marido ella administrará tales recursos de acuerdo con lo previsto en el Art. 150 que recoge el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal. Ojo, es distinto al patrimonio propio de la mujer.

De lo dicho puede inferirse que los bienes van a ser sociales ya que por regla general al disolverse la sociedad conyugal los bienes que formaban parte del patrimonio reservado de la mujer casada van a ingresar al haber de la sociedad confundiéndose con los demás bienes, **a menos que la mujer renuncie a los gananciales**, porque en tal caso se radican en su patrimonio los bienes que formaban parte de su patrimonio reservado.

f) Otras indemnizaciones del trabajo.

Ingresa también al haber social real las jubilaciones y pensiones de retiro. Ellas representan la remuneración que ganaba el trabajador. No siguen esta regla las jubilaciones o pensiones de gracia, dado que son donaciones o gratuidades.

Ingresa 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. Los frutos de los bienes propios y sociales devengados durante la sociedad conyugal.

Artículo 1725 Nº 2

Aspectos importantes:

1) En principio podría parecer injusto que los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges ingresen al haber de la sociedad conyugal, pero en la realidad no existe tal injusticia; razones:

a) Los ingresos que provienen tanto de los bienes propios como de los bienes sociales tienen un mismo fin fundamental que es el de solventar las necesidades de la familia común.

b) Art. 1740 N° 4: señala que la sociedad conyugal es obligada al pago de todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge. Si la sociedad va a asumir el costo de la reparación de esos bienes es justo que la misma reciba sus frutos.

2) La ley se refiere a los frutos, esto es lo que la cosa produce regularmente y sin menoscabar su naturaleza. Estos frutos pueden ser Naturales (Art. 644) o Civiles (Art. 647).

- Si proviene de un bien propio de uno de los cónyuges el modo de adquirir el dominio, de la sociedad, **es la ley**, por ejemplo la renta de arrendamiento de un bien raíz de uno de los cónyuges.

- Respecto de los frutos que provienen de los bienes sociales la sociedad los adquiere por **accesión**.

- Los frutos deben devengarse durante la vigencia de la sociedad conyugal. Los frutos naturales se devengan cuando están percibidos (645) y los civiles se devengan día a día. (790)

3) El usufructo legal del marido sobre los bienes de la mujer. Arts.810 y 2466 inc3. En estas dos disposiciones la ley da a entender que habría un usufructo legal de manera que el marido estaría autorizado para percibir los frutos. En realidad no hay tal usufructo por los siguientes motivos:

a) El marido no está obligado ni a levantar inventario ni a rendir caución.

b) Si el bien sale del poder de la mujer, el marido pierde el derecho de percibir los frutos, concepto evidentemente contrario a la noción del derecho real de usufructo;

c) 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.

d) 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).

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

f) 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.

g) Estas disposiciones fueron incluidas por Andrés Bello en el proyecto final del c.c. y nunca fueron discutidas en los anteriores proyectos.

La doctrina está de acuerdo en que lo que el legislador hizo fue incluir un derecho legal de goce a favor de la sociedad conyugal.

Problema: Art. 2466 inc. 3 dice que este derecho de usufructo es inembargable y por lo tanto no puede ser objeto del derecho de prenda general. A su turno el Art.1725 N° 2 dice que los frutos que provienen de este "usufructo" ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal y por lo tanto ellos deberán responder de las deudas sociales, entonces ¿Cómo conjugo el Art. 2466 inc 3 con el Art. 1725 N° 2?

Soluciones:

a) Leopoldo Urrutia: El artículo 2466 es una norma de carácter excepcional y entonces se aplicará en situaciones particulares como sucedería por ejemplo si la mujer renuncia a los gananciales.

b) Aguirre y Fabrés: Creen que hay que distinguir el derecho de usufructo de los frutos que la cosa produce, sostienen que el derecho de usufructo es inembargable pero los frutos sí pueden ser embargados. Agregan que en todo caso el embargo no podrá privar al marido de lo necesario para proveer las necesidades de la familia.

3. Todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

Art. 1725 N° 5.

Aspectos Importantes:

1) En principio carece de importancia que el bien se adquiera a nombre del marido o de la mujer y quien lo haya pagado, o que se inscriban a nombre de ésta última: de todas maneras serán sociales.

2) Tampoco tiene, en principio, relevancia quien haya pagado el precio de ese bien. 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.**

- Excepcionalmente, no acontecerá lo anterior 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.

- Además si la mujer actúa en beneficio de su patrimonio reservado, entonces el bien va a formar parte de ese patrimonio especial.

3) El título translaticio, en cuya virtud se adquiere el dominio, debe celebrarse estando vigente la sociedad conyugal. Esta regla está contenida en el Art.1736 inc. 1 según el cual la especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aun cuando se haya adquirido a título oneroso cuando la

causa o título de la adquisición a precedido de ella.
Prima el título, haciendo excepción a las reglas generales de los derechos reales. 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.

4) Caso especial Art. 1728

Durante la sociedad conyugal uno de los cónyuges adquiere a título oneroso un terreno contiguo a una finca propia. El Art. 1728 no dice expresamente "a título oneroso" pero se deduce de la expresión "que lo haga comunicable", es decir a título oneroso.

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

+ 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.

5) Caso especial del Art. 1729 c. c:

En este caso el cónyuge tenía una comunidad con otras personas y durante la vigencia de la sociedad, a título oneroso, adquiere sus derechos.

La cuota que se adquiriera, 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.

4. Las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos. Art. 1730

El artículo 1730 dispone que "las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos se agregarán al haber social". La constitución de la propiedad minera en Chile se hace mediante una gestión judicial. Por lo mismo, ello representa una actividad económica de cualquiera de los cónyuges que tiene como resultado la adquisición de un derecho real. En consecuencia, se trata de un bien adquirido durante la sociedad conyugal con el trabajo de uno de los cónyuges. Más aún, puede el yacimiento minero descubrirse fortuitamente o ser consecuencia de una actividad constante y proyectada. En ambos casos, deberá constituirse la propiedad minera, mediando la tramitación de un procedimiento judicial al cual accederá uno de los cónyuges como titular de este derecho. Nuestra ley, al decir "minas denunciadas" ha querido, como es obvio, referirse a yacimientos mineros sobre los cuales se constituye propiedad minera.

Si al momento de contraer matrimonio uno de los cónyuges es titular de una propiedad minera, ella no ingresa a la sociedad conyugal (atendido su carácter de inmueble), lo propio sucede si se adquiere a título gratuito por cualquiera de los cónyuges durante la sociedad conyugal. Sólo pertenecerá a la sociedad si la propiedad se constituye durante su vigencia o se adquiere a título oneroso en el mismo período.²²

No aplica lo anteriormente dicho en el caso que la mujer actúe dentro del patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal art 150.

5. El Tesoro Art. 1731

La parte del tesoro que corresponda **al dueño del sitio en que se encuentra cuando el tesoro es hallado en un terreno social**. Artículos 625 y 626 en relación con el artículo 1731 c. c.

C. Haber Relativo de la sociedad conyugal.

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. Estas recompensas o créditos constituyen un bien que permanece en el patrimonio personal de cada cónyuge mientras está vigente la sociedad conyugal. Son, pues, un bien propio del cónyuge de que se trata.

1. El dinero o bienes muebles aportados al matrimonio o adquiridos durante este a título gratuito Art. 1725 n° 3 y 4. Aunque el Art. No se refiere al haber relativo se refiere a la "recompensa".

Aspectos Importantes:

1) La ley se refiere a "bienes aportados" esto es los bienes que el cónyuge tenía al tiempo de casarse, sin importar que los haya adquirido a título gratuito u oneroso. Excepcionalmente, los bienes muebles adquiridos antes del matrimonio pueden ingresar al haber propio, si los cónyuges así lo hubieren pactado en las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio (artículo 1725 número 4, inciso 2º).

2) La recompensa deberá ser pagada en dinero de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa.

La ley además faculta, en esta materia, al partidor para actuar según la equidad natural (1734)).

3) Los números 3 y 4 del Art.1725 no señalan que la adquisición de estos bienes durante el matrimonio deba ser a título gratuito ello se deduce de los siguientes antecedentes:

- Artículo 1725 N ° 5: Según el cual ingresan a la Sociedad Conyugal todos los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, a contrario sensu si la adquisición fue a título gratuito van a ingresar al haber relativo.

- Artículo 1732 inc. 2: Señala que si los bienes muebles han sido adquiridos título gratuito se entenderá que pertenecen a la sociedad la que deberá al cónyuge la correspondiente recompensa.

²² Agregado enero 2020, Pablo Rodríguez, Regímenes Patrimoniales, pág 64

- Artículo 1726 inc. 2: está redactado en similares términos que el Art.1732 inc.2

2. Donaciones Remuneratorias del Art.1433

Esta regla la encontramos en el artículo 1738 inc. 2 que señala. Si la donación remuneratoria es de cosas muebles aumentará el haber de la sociedad, la que deberá recompensa al cónyuge donatario si los servicios no daban acción contra la

persona servida (por ej. si los honorarios se encuentran prescritos) o si los servicios se prestaron antes de la sociedad.

3. El Tesoro (Arts. 625, 626 y 1731 c. c).

Del artículo 1731 c. c es posible obtener dos reglas:

El tesoro ingresa al Haber Relativo de la sociedad conyugal en los siguientes casos:

a) 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.

b) 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.

4. Los bienes muebles adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella. Art. 1736 inc. 1 y 3.

D. Haber propio de cada uno de los cónyuges.

Por exclusión digamos que el haber propio se compone de aquellos bienes que no ingresan al haber absoluto ni al haber relativo de la sociedad conyugal.

a) Características más importantes:

1) Los aumentos y mejoras que se introduzcan en estos bienes pertenecen al cónyuge propietario.

2) Desde la perspectiva de la pérdida fortuita de la cosa el riesgo va a afectar solo al cónyuge propietario (res perit domine)

3) La administración de estos bienes (Incluidos los bienes propios de la mujer) **corresponde al marido.**

4) Los acreedores del **cónyuge no propietario no pueden embargar** los bienes que forman parte del haber propio del otro cónyuge. (por ejemplo, diciendo que es el marido quien administra estos bienes)

5) Disuelta la sociedad conyugal habrá lugar a la restitución en especie.

b) Bienes que ingresan al haber propio de los cónyuges.

1. Bienes inmuebles que uno de los cónyuges tiene al momento del matrimonio.

Ello no está expresado así en el Código Civil, pero se deduce al interpretar a

contrario sensu el artículo 1725.

A este respecto debe tenerse en consideración que el artículo 1736 inc. 1 señala que **la especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella, aunque se haya adquirido a título oneroso cuando la causa o título de la adquisición a precedido a ella.**

Orrego agrega que 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.

A continuación analizaremos los distintos casos del artículo 1736.

A) No pertenecerán a la sociedad conyugal las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o se verifique durante ella. (1736 N° 1). Se pone en el supuesto que el cónyuge era poseedor de un inmueble, y durante la vigencia de la sociedad conyugal adquiere el dominio por prescripción o transacción. Este inmueble debería entrar a la sociedad de acuerdo a las reglas generales, pero por excepción hay que remitirse a la causa que es anterior a la sociedad.

El artículo 1736 numero 1 contempla dos situaciones:

- a) El cónyuge posee un bien raíz antes del matrimonio pero la prescripción con que adquiere el dominio se verifica durante la vigencia de la sociedad conyugal. La sentencia que acoge la prescripción tiene el carácter de declarativa y, por lo tanto, solo va a decir que el cónyuge era dueño desde el momento en que comenzó a prescribir.
- b) El título de la adquisición es la transacción y este título por regla general es también declarativo y no constitutivo de derechos, de manera tal que en la transacción se reconocen derechos preexistentes. Si es título declarativo, opera con efecto retroactivo, atribuyendo el dominio al cónyuge respectivo y no al haber real.

B) Los bienes que se poseían antes de la sociedad conyugal por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal. (1736 N° 2). La ratificación, 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.

C) Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación. (1736 N° 3). Se trata de que un cónyuge de soltero vendió un bien raíz (o celebró respecto de él cualquier otro título traslativo). Posteriormente, cuando ya está casado, la venta o el título traslativo de que se trate se anula o se resuelve, volviendo por consiguiente el bien a su dominio en virtud del efecto propio de la nulidad o resolución. En este

caso, el bien a pesar de adquirirse durante la sociedad conyugal, no ingresa a ella, sino al cónyuge

que había celebrado el contrato que se anuló o resolvió. Este número se pone también en el caso de que un bien raíz que el cónyuge había donado de soltero, vuelva a su patrimonio por revocarse la donación. Si bien la revocación se realiza citando ya está casado, el bien no ingresa a la sociedad conyugal, sino a su haber propio, porque, como dice Somarriva, la revocación por ingratitud o en el caso del art. 1187, al igual que la nulidad o resolución, operan retroactivamente, como se desprende de los arts. 1429 y 1432

D) Los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica. (1736 N° 4)

En esta situación la sentencia que rechaza la demanda interpuesta en contra del cónyuge propietario se limitará a declarar el derecho de dominio. Por este motivo el artículo 703 inc. 5 señala que **las sentencias judiciales pronunciadas sobre derechos litigiosos no forman un nuevo título para legitimar la posesión**. La sentencia que reconoce el derecho del cónyuge es declarativa del dominio preexistente.

E) No pertenecerá a la sociedad conyugal el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge. Los frutos solos pertenecerán a la sociedad. De no existir esta excepción, el cónyuge tendría la nuda propiedad en su haber propio y el usufructo ingresaría al haber real. Ejemplo: Cónyuge estando soltero adquiere la nuda propiedad de un bien y durante la sociedad conyugal se consolida la nuda propiedad con el usufructo, quedando, entonces, el dominio pleno en el patrimonio del cónyuge.

En doctrina se ha discutido que debe entenderse por "Consolidación":

- Arturo Alessandri: señala que el artículo 1736 N.º 5 no distingue la causa por la cual se verifica la consolidación y por lo tanto ésta puede ser a título gratuito u oneroso.

- Profesor Barriga: dice que esta consolidación deberá ser a título gratuito ya que en caso contrario por aplicación del artículo 1725 N° 5 deberá ingresar al haber absoluto.

F) Lo que se paga (debe tratarse de un inmueble) a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio pertenecerá al cónyuge acreedor y lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después. (1736 N° 6) Por ejemplo, una dación en pago que recae en un inmueble.

G) Pertenecerán al cónyuge los bienes que adquiera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere **prometido** con anterioridad a ella siempre que la promesa conste de **un instrumento público o privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el artículo 1703**. (1736 N.º 7) Doctrinariamente se critica la sola mención del artículo 1703 c. c ya que también debiera incluirse el Art. 419 C. O. T (anotación en el repertorio)

Aspectos importantes del artículo 1736:

- La enumeración que acabamos de ver no es taxativa ya que el inc. 2 señala

“por consiguiente”

- Lo anterior quiere decir que siempre que la causa o título de la adquisición sea anterior al matrimonio el bien raíz ingresará al haber propio del cónyuge aunque la adquisición propiamente tal se verifique durante la vigencia de la sociedad conyugal
- Si la adquisición se hiciera con bienes de la sociedad y del cónyuge éste deberá la recompensa respectiva (1736 inc.3)
- Si los casos referidos en el Art. 1736 c.c. u otros recaen sobre **bienes muebles** éstos van a ingresar **al haber relativo de la sociedad conyugal**, la que deberá al cónyuge adquirente la correspondiente recompensa. Art. 1736 inc

2. Inmuebles adquiridos a título gratuito por uno de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio.

Esta regla está en dos artículos:

- 1726 inciso 1
- 1732 inciso 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.

3. Los bienes muebles que los cónyuges excluyen de la sociedad conyugal en las capitulaciones matrimoniales. Art.1725 N° 4 inc. 2

4. Los aumentos que experimentan los bienes propios de los cónyuges. Art.1727 N° 3

Esta disposición incluye dos casos:

- a) Aquel en que el aumento proviene de causas naturales (por ej: aluvión) con independencia de la industria humana, situación en la cual no se debe recompensa a la sociedad (1771 inc 2).
- b) Caso en que el aumento proviene de la mano del hombre (por ej: edificación, plantación) situación en la que sí se debe recompensa a la sociedad (1746).

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

5. Inmuebles subrogados a un inmueble propio de uno de los cónyuges o a valores. Artículo 1727 N° 1 y 2

Estamos en presencia de una subrogación real, **es decir aquella en que una cosa pasa a ocupar el lugar jurídico de otra sustituyéndola.** (1733) 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.

Ejemplo: Juan estando soltero compra una casa en Santiago, casado por razones de trabajo se traslada a la ciudad de Arica y vende la propiedad de Santiago. Con dinero de la venta compra casa en Arica.

Por tratarse de una ficción, se entiende que el inmueble de Arica pasa a ocupar el lugar jurídico del inmueble de Santiago. La propiedad de Arica se mantiene en el haber propio del cónyuge.

La subrogación es una excepción a la regla del artículo 1725 N.º 5 ya que no obstante haberse adquirido un Bien a título oneroso durante la sociedad éste ingresa al haber propio del cónyuge. Así por lo demás se desprende del encabezado del artículo 1727 inc. 1

La subrogación puede ser de dos clases:

A) De Inmueble a Inmueble.

B) De Inmueble a Valores.

Nada dijo la ley respecto a subrogar muebles por otros muebles (artículo 1733).

- Arturo Alessandri Rodríguez, dado el silencio del legislador, niega tal posibilidad.

- Pablo Rodríguez Grez la admite, atendido lo dispuesto en el artículo 1727 número 2 del Código Civil, que reza: "No obstante lo dispuesto en el artículo 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 donación por causa de matrimonio". Como el precepto no distingue entre muebles e inmuebles, sino que alude a "Las cosas", P. Rodríguez concluye que se refiere la ley tanto a muebles como inmuebles.

A) Subrogación de Inmueble a Inmueble.

Consiste en la **venta o cambio** de un inmueble de propiedad de uno de los cónyuges por otro que se adquiere durante el matrimonio y que toma la misma situación jurídica del anterior.

Esta subrogación puede adoptar dos formas:

i) Por Permuta:

Requisitos de procedencia:

1. Que uno de los cónyuges sea dueño de un inmueble.

2. Que durante la sociedad conyugal se permute ese inmueble por otro de propiedad de un tercero.

La permuta no puede llevarse a cabo con un bien inmueble del otro cónyuge por

aplicación de los artículos 1796 y 1900 c. c.

3. Que en la escritura pública de permuta se **exprese el ánimo de subrogar** (1733 inc1 parte final)
4. Que se obtenga la autorización de la mujer cuando la permuta se realice respecto de bienes de su propiedad (1733 inc. 7).
5. Que exista una cierta **proporcionalidad entre el bien que se entrega y el que se recibe** (1733 inciso 6).

Aun cuando la ley hable de "recompensa" el bien ingresa al haber absoluto de la sociedad conyugal ello porque si no hay subrogación volvemos a la regla general del artículo 1725 N° 5

Ejemplos de esta proporcionalidad:

- Cónyuge dueño de un bien raíz que vale \$3.000.000 y se permuta por uno que vale \$5.000.000.

El saldo a favor o en contra de la sociedad es de \$2.000.000 y la mitad del valor de la finca que se recibe es de \$2.500.000 caso en el cual hay subrogación porque el saldo en contra de la sociedad es inferior a la mitad del valor del inmueble que se recibe.

- Cónyuge dueño de un inmueble que vale \$2.000.000 y se permuta por otro que vale \$6.000.000.

En este caso no habrá subrogación porque el saldo en contra de la sociedad, que asciende a \$4.000.000, excede a la mitad del valor de la finca que se recibe (\$3.000.000)

ii) Subrogación por ventas y compras sucesivas:

En este caso la subrogación opera porque con el precio obtenido de la venta de un inmueble propio de uno de los cónyuges se adquiere otro inmueble que pasa a ocupar el mismo lugar jurídico que el anterior.

Requisitos de procedencia:

1. Que uno de cónyuges sea dueño de un bien raíz.
2. Que este bien raíz se venda y con el producto de esa venta se compra otro inmueble.
3. Que en la escritura de venta y de compra se **exprese el ánimo de subrogar**.
4. Que exista una cierta **proporcionalidad** entre el precio del inmueble que se vende y del bien raíz que se compra.
5. Si el bien que se vende es propio de la mujer deberá obtenerse su autorización.

La doctrina incluye en la "Subrogación por Compras y Ventas sucesivas" la "Subrogación por anticipación"

Subrogación por Anticipación:

Consiste en que durante el matrimonio uno de los cónyuges adquiere un Bien Raíz, por ejemplo a crédito. Con posterioridad a ello se vende un bien raíz que era propio de uno de los cónyuges y el dinero de la venta se destina a pagar el monto del crédito que había servido para pagar el inmueble.

- Pablo Rodríguez cree que es posible la subrogación por anticipación, porque según él lo que la ley exige es que la compra se realice con ánimo de subrogar y no que se realice necesariamente con los fondos provenientes de la venta.
- Alessandri la subrogación es de carácter excepcional y por lo tanto la interpretación de las normas que la regulan debe ser restrictiva sin que pueda dársele mayor amplitud que la que naturalmente tiene.

B. Subrogación de Inmueble a Valores.

Requisitos:

1. Que se compre un Bien Raíz con valores propios de uno de los cónyuges destinado a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio. Art.1727 N° 2 Llama la atención en la forma verbal "compradas", pues ello nos está demostrando que no hay en este caso, subrogación por permuta. Somarriva, sin embargo, piensa que por aplicación del aforismo "donde existe la misma razón debe existir la misma disposición" no habría inconvenientes en aceptar en este caso la subrogación por permuta.

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.

2. Que se deje constancia en la **escritura de compra que ella se hace con el dinero proveniente de dichos valores y que dicha compra se hace con el ánimo de subrogar.** (1733 inc 2).

3. Que exista cierta **proporcionalidad** entre los valores y el inmueble que se adquiere

4. Si la subrogación se hace en inmuebles de la mujer se requiere su autorización.

* Diferencias que se producen en toda subrogación cuando los valores del bien subrogado y subrogante son diferentes. Art. 1733 inc. 3, 4 y 5. La ley exige en todos los casos "cierta proporcionalidad". 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, 6º, y se determina comparando la diferencia de valor entre los bienes subrogados y el inmueble que se adquiere. Pueden darse diversas situaciones:

1. Que no haya subrogación cuando no se respete la proporcionalidad que exige el inciso 6 del artículo 1733.

Si este saldo o diferencia de calor excede a la mitad del precio del inmueble que se adquiere, no habrá subrogación. Así, por ejemplo, si el predio propio vale \$

20.000.000.- y el inmueble adquirido \$ 50.000.000.-, el saldo es de \$ 30.000.000.-, que excede a la mitad del valor del predio adquirido, que es de \$ 25.000.000. Esta situación a su vez trae 2 consecuencias:

a) El bien adquirido ingresara al **haber absoluto** por cuanto se vuelve a la regla general del Art.1725 N° 5 c. c.

b) El cónyuge dueño del **bien propio tiene derecho a recompensa** por el **precio de la finca enajenada** conservando su derecho a efectuar la subrogación comprando otro inmueble. Este es un caso excepcional en que un bien del haber absoluto genera recompensa. Art. 1733 inc.6 parte final

2. Produciéndose la subrogación por permuta o por compra el bien que se adquiere es de menor valor que el inmueble o valores que se enajenaron. A este respecto el Art. 1733 inc 4 lo dice en los siguientes términos: "si permutándose 2 fincas **se recibe un saldo** en dinero la sociedad deberá recompensa por este saldo al cónyuge subrogante, y si por el contrario **se pagare un saldo** la recompensa la deberá dicho cónyuge a la sociedad"

Como el bien que se adquiere es de menor valor que el bien que se enajenó se produce una diferencia, y puede que esa diferencia la complete el otro permutante en dinero. **Ese dinero lo va a percibir la sociedad.** Entonces para el cónyuge propietario surge una recompensa ya que su patrimonio quedó disminuido a consecuencia de la subrogación.

Ejemplo:

- Se vende bien que vale 10
- Bien adquirido vale 7

Diferencia (\$3) □ Paga esta diferencia el tercero que percibe la sociedad

3. Produciéndose la subrogación el bien que se adquiere es de mayor valor que el inmueble o valores que se enajenaron. ("si por el contrario se pagare un saldo")

Si la sociedad conyugal pagare al tercero el saldo de la diferencia de precio **el cónyuge** tendrá que **pagar a la sociedad conyugal** una recompensa porque él cónyuge se enriqueció:

Recibió un bien que valía 10 y enajenó uno que valía 7 y la diferencia la pagó la sociedad.

E. Normas probatorias sobre el dominio de los bienes.

En esta materia la ley establece cuatro clases de presunciones:

1. Presunción Legal de Dominio Social Art. 1739 inc 1

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. 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. De esta manera se asegura que ninguno de los cónyuges sustraiga bienes del activo de la sociedad conyugal en provecho propio. Esta presunción debe vincularse con la sanción que establece el artículo 1768 del Código Civil, que preceptúa que “aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada”. Cabe precisar que esta sanción deberá aplicarla el partidador (liquidador de la sociedad conyugal), por tratarse de una pena civil.²³

Para efectos de acreditar que un bien determinado no es de la sociedad conyugal, es decir al que no se le aplica la presunción referida (1739 inc. 1) es posible recurrir a todos los medios de prueba que establece la ley. En todo caso en esta materia el código civil se refiere en particular a la confesión, dando dos reglas:

- a) 1739 inc 2: Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa , ni la confesión del otro , ni ambas juntas , se estimarán suficiente prueba , aunque se haga bajo juramento .
- b) 1739 inc 3: La confesión, no obstante, se mirará como una donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar.

2. Presunción de Derecho a favor de los terceros que contratan con los cónyuges Art. 1739 inciso 4

²³ Agregado enero 2020, Pablo Rodríguez, Regímenes Patrimoniales, pág 71

Tratándose de bienes muebles, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos pudieren intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o tradición del bien respectivo.

Agrega la ley en el artículo 1739 inc. 5 que no se presumirá la buena fe del tercero cuando el bien objeto del contrato figure inscrito a nombre del otro cónyuge en un registro abierto al público, como en el caso de automóviles, acciones de sociedades anónimas, naves, aeronaves, etc.

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 la bien figura en un registro público a nombre del otro cónyuge. Ejemplo: una tercera compra a una mujer casada un refrigerador, un piano o un televisor, y se le hace la correspondiente tradición. Esos bienes son sociales y por ende la mujer no podría disponer de ellos. Por la misma razón, tales ventas son inoponibles a la sociedad conyugal, y el marido podría

reivindicarlos. Sin embargo, el código, con el claro propósito de proteger a los terceros de buena fe que contrataron con la mujer, establece que "quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos pudieren intentar fundada en que el bien es social". En el fondo, con esta frase "quedarán a cubierto de toda reclamación" **presume de derecho que el bien era de la mujer** y que por lo mismo podía venderlo. Para que opere esta situación tan excepcional, se deben cumplir los siguientes requisitos que indica la norma:

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

3. Presunción Legal de Adquisición de Bienes con Bienes Sociales. Art.1739 inc. 6 Se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges **después de disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación** se ha adquirido con bienes sociales.

El cónyuge deberá, por consiguiente, recompensa a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal. Puede acreditar que adquirió los bienes con dineros o valores provenientes de su haber propio y no de la sociedad conyugal, si no logra acreditar esta circunstancia deberá recompensa a la sociedad.

4. La consagrada en el artículo 1737, 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 noticia de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce". Esta presunción se hace extensiva a los frutos: "Los frutos que sin esta ignorancia o sin este embarazo hubieran debido percibirse por la sociedad, y que después de ella se hubieren restituido a dicho cónyuge o a sus herederos, se mirarán como pertenecientes a la sociedad". Como puede observarse, aquí se trata de bienes que no estaban en poder de ninguno de los cónyuges, por haberse dilata-do indebidamente (sea por ignorancia o impedimento injusto) su adquisición o

haberse restituido a uno de los cónyuges después de extinguida la sociedad de bienes. En este caso corresponde al partidor determinar qué bienes están en esta situación. Pero si en esta materia se comprometen derechos o pretensiones de un tercero, será la justicia ordinaria la encargada de avocarse y resolver este conflicto.²⁴

III. Pasivo de la Sociedad Conyugal.

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).

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.

Al analizar el pasivo de la sociedad conyugal vamos a distinguir dos clases de pasivos:

1. Pasivo Real:

Una deuda ingresa al pasivo real de la sociedad conyugal cuando **ésta debe pagarla sin derecho a recompensa**. En otras palabras, la deuda desde la perspectiva de "la obligación a la deuda" como desde el punto de vista de "la

contribución a la deuda” es social, de manera tal que la sociedad conyugal **paga y soporta el pago.**

2. Pasivo Aparente o Relativo:

Se trata de aquellas deudas que la sociedad **debe pagar, pero no soportar** ya que al tiempo de disolverse la sociedad conyugal el cónyuge de que se trate deberá a la sociedad una recompensa. La deuda desde la perspectiva de “la obligación a la deuda” es social, pero desde la perspectiva de “la contribución a la deuda” será del cónyuge que ha contratado.

De lo señalado es posible concluir que el pasivo de la sociedad conyugal se puede analizar desde dos perspectivas:

a) Obligación a las deudas: apunta a relación con los terceros, es decir a quien puede demandar el acreedor, que bienes puede embargar y en definitiva quien es su deudor.

b) Contribución a las deudas: apunta a las relaciones internas de los cónyuges entre sí, es decir quien en definitiva al disolverse la sociedad conyugal deberá soportar la deuda.

Para el estudio pormenorizado del pasivo de la sociedad conyugal es necesario recordar que si éste es el régimen económico entre los cónyuges es posible distinguir diversos patrimonios.

²⁴ Agregado enero 2020, Pablo Rodríguez, Regímenes Patrimoniales, pág 71

1. Haber propio del marido (a)
2. Haber Social (b)
3. Haber propio de la mujer (c)
4. Patrimonio reservado de la mujer (d)
5. Patrimonios especiales de los Arts. 166 y 167 (e)

A. OBLIGACION A LAS DEUDAS. Contra que patrimonio se podrá dirigir el tercero acreedor.

1) Deudas de que responden el patrimonio del marido y el patrimonio de la sociedad conyugal (a y b)

Frente a los terceros no existe la sociedad conyugal y por lo tanto los acreedores van a demandar directamente al marido en virtud de lo dispuesto en el Art.1750 inciso 1 c.c :

“El marido es, respecto de terceros, **dueño de los bienes sociales**, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido. ”

En esta situación se incluyen las siguientes deudas:

- 1) Las contraídas por el marido o por la mujer con autorización del marido o de la justicia en subsidio (1740 N° 2 primera parte).
- 2) Obligaciones contraídas por el marido antes de la vigencia de la sociedad conyugal (1740 N° 3)
- 3) Toda deuda contraída por la mujer con mandato general o especial del marido. En este numeral existen dos excepciones (es decir no responden patrimonios a y b):
 - a) Cuando el contrato celebrado por la mujer en ejercicio de este mandato ha cedido en su utilidad personal. Por ejemplo si ella a pagado deudas propias anteriores al matrimonio. (1750 inc 2).
 - b) Cuando la mujer mandataria contrata a su propio nombre en los términos del artículo 2151 c. c (1751 inc 2).
- 4) Las obligaciones que emanen de los contratos celebrados por el marido y la mujer de consuno o en que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido (1751 inc 3). El Art.1751 inc. 3 tiene 2 excepciones:
 - a) Si el contrato que se ha celebrado ha cedido en utilidad personal de la mujer. Arts. 1751 inc 3 y 1750 inc. 2
 - b) Que la mujer administre bienes parcialmente separada de su marido Arts.1751 inc 3, 137 inc 1, 150, 166 y 167
- 5) Las deudas que provengan de las compras que haga la mujer al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia. (137 inc 2 parte primera)
- 6) Las deudas contraídas por la mujer con autorización de la justicia cuando el marido está impedido y de la demora se siguiere perjuicio. (138 inc. 2 y 3)

2) Obligaciones que comprometen el patrimonio del marido, el haber social y el haber propio de la mujer (a, b y c)

Se incluyen las siguientes deudas:

- 1) Aquellas deudas contraídas por la mujer antes de la sociedad conyugal. (1740 N° 3). Estas deudas deben pagarse por la sociedad conyugal -art. 1740 número 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 -art. 1750, inciso 2º: "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.". Esta última disposición es una consecuencia del derecho de prenda general que tiene el acreedor sobre todos los bienes de su deudor. Si el patrimonio de la mujer estaba afecto al cumplimiento de la obligación mientras se encontraba soltera, no hay razón para que deje de estarlo 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 generis 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.

2) Obligaciones contraídas por el marido durante la sociedad conyugal que ceden en utilidad de la mujer (1750 inc 2). Serán de este tipo, por el 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.

3) Las obligaciones provenientes de delitos y cuasidelitos cometidos por la mujer (1740 N° 3 y 1748). Art. 1748 cada cónyuge deberá asimismo recompensa a la sociedad conyugal por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciera de las multas o reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito.

Cesar Frigerio discute lo antes dicho ya que la ley 18.802 derogó en el inciso 4 del artículo 2320 la responsabilidad del marido por hechos de la mujer. A consecuencia de esta derogación, según este autor, **la mujer debe responder por la comisión de un delito o cuasidelito.**

Hernán Corral refuta a Frigerio señalando que la ley 18.802 lo que hizo fue derogar la presunción simplemente legal del Art. 2320 inc 4 de manera que nada impide que una vez acreditada la culpa de la mujer el acreedor pueda dirigirse contra el marido.

4) Obligaciones que afectan a la mujer y que emanan exclusivamente de la ley. Como ocurre por ejemplo con los alimentos que debe a quien le hizo una donación cuantiosa (321 N° 5), o cuando una obligación tenga por fuente un cuasicontrato, lo que deba la mujer a los otros comuneros, por las reparaciones hechas en la cosa que se posea proindiviso o cuando sea condenada a la restitución de lo no debido.

5) Compras que la mujer haga al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, cuando de ellos se obtuviere un beneficio particular comprendiendo en este "beneficio particular" el de la familia común, en la parte en que de derecho haya debido proveer a las necesidades de esta. (137 inc 2 y 134).

3) Deudas de que responde el marido (a)

Estamos en un caso de excepción a lo dispuesto en el Art.1750 inc 1 ya que el patrimonio del marido no se confunde con el de la sociedad conyugal.

El único caso en que esto sucede está regulado en el Art.1749 que se refiere al caso en que el marido se constituye aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros.

4) Obligaciones que solo dan acción contra los bienes propios de la mujer (c).

1) Si el marido se negare injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un

contrato respecto de un bien propio de la mujer el juez podrá autorizarla para actuar por sí misma , previa audiencia a la que será citado el marido .

En tal caso, la mujer obligará **los bienes de su patrimonio (c)** y, en el caso de existir, obligaría también los bienes que conforman **el patrimonio reservado o especiales de los Arts. 150, 166 y 167** y no obligará ni el haber social (b) ni los bienes del marido (a) **salvo que la sociedad o el marido reporten un beneficio de ese acto.**

2) Si la mujer ejerciera la administración extraordinaria de la sociedad conyugal y en tal ejercicio se constituyera como aval, codeudora solidaria o fiadora u otorgare cualquier otra caución respecto de terceros obligará los bienes de su patrimonio propio y en el evento de existir los bienes de su patrimonio reservado y los bienes que administra parcialmente separada del marido. (1759 inc 6)

En este mismo caso para obligar los bienes sociales necesitará la autorización de la justicia dada con conocimiento de causa. (1759 inc 6).

B. CONTRIBUCIÓN A LAS DEUDAS:

Consiste en determinar **quién en definitiva soportará las deudas**. Después de pagada la deuda al tercero, hay que determinar a qué patrimonio debe imputarse en definitiva. Esta es una cuestión interna, que concierne a los cónyuges solamente. **Se plantea al momento de la disolución de la sociedad conyugal.**

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 número 2). La excepción entonces es que estas deudas graviten en el patrimonio del marido o de la mujer.

De lo señalado se infiere que hay deudas que la sociedad paga provisionalmente, pero de cuyo monto tiene derecho a reembolsarse, y que hay deudas que pesan sobre el patrimonio social, sin derecho a reembolso o recompensa. Distinguimos por tanto en la sociedad conyugal un pasivo definitivo o real y un pasivo Provisorio o aparente. El definitivo, está formado por las deudas sociales; el provisorio, por las deudas personales de cada cónyuge, que la sociedad pagó en su oportunidad.

1. Pasivo Real o Definitivo: Paga la sociedad y no genera recompensa.

1) La sociedad conyugal es obligada al pago de todas 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

Aspectos importantes (del Art. 1740 N° 1)

a) La ley utiliza la expresión "devengados" con lo cual quiere significarse que la pensión o renta haya nacido o se haya hecho jurídicamente exigible durante el matrimonio.

b) No se incluyen las amortizaciones o pagos de capital. (Solo pensiones e intereses)

c) La expresión "pensión" comprende genéricamente toda clase de prestaciones

periódicas

- Por ejemplo una renta de arrendamiento que se devengue durante la Sociedad Conyugal o el pago de una renta vitalicia que se hubiera constituido por cualquiera de los cónyuges antes del matrimonio, el cánon anual a pagar por el censo que grave un inmueble de uno de los cónyuges. Recíprocamente las rentas de arrendamiento que produce un inmueble propio o social, ingresan al activo absoluto.

- En cuanto a los intereses por ej: los intereses de un mutuo contraído por uno de los cónyuges antes del matrimonio, los intereses de saldos de precios por adquisiciones hechas por un cónyuge, etc.

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

2) La sociedad es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido o la mujer con autorización del marido o de la justicia en subsidio. Art. 1740 N° 2

Se excluyen de este numeral las deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer cuando son personales del uno o del otro, 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: aquellas contraídas para el establecimiento de un hijo de un matrimonio anterior.

Hay una diferencia importante entre el N° 1 y N° 2 del Art. 1740 c. c.

- En el caso de las obligaciones referidas en el Art.1740 N° 1: estas pueden haberse contraído antes o durante el matrimonio pero deberán devengarse durante la vigencia de la sociedad conyugal.

- En cambio en la situación del Art. 1740 N° 2: se trata de obligaciones constituidas durante el matrimonio y a raíz de ello entonces se excluyen aquellas obligaciones contraídas en beneficio personal de uno de los cónyuges. En otras palabras, en el N° 2 la deuda necesariamente deberá ser de naturaleza social y no personal. A raíz de lo anterior se van a incluir las siguientes obligaciones:

- a) Deudas contraídas por el marido.
- b) Deudas contraídas por la mujer con autorización del marido
- c) Deudas contraídas por la mujer con autorización judicial en el caso del Art.138 c. c.
- d) Deudas contraídas por la mujer con mandato general o especial del marido Art.1751 inc.1
- e) Aquellas deudas contraídas por la mujer conjuntamente con el marido o en forma solidaria o subsidiaria. Art.1751 inc 3

f) Deudas provenientes de compras al fiado que haga la mujer de bienes muebles destinados al consumo ordinario de la familia. Art. 137 inc 2

3) La sociedad conyugal es obligada al pago del lasto de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido. Art. 1740 N° 2 inc 2

El "Lasto" o Lastar es suplir lo que alguien debe pagar, con el derecho de reintegrarse. Es decir, es el pago de una deuda ajena que puede o no generar reembolso. 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:

a) Que el lasto tenga por finalidad solucionar garantías constituidas para asegurar obligaciones sociales, caso en el cual evidentemente el pago corresponderá a la sociedad.

b) Si el marido con autorización de la mujer garantiza una deuda ajena el lasto corresponde a la sociedad y entonces ella se subrogará en los derechos del acreedor para repetir contra el tercero en conformidad al Art. 1610 c. c

c) El marido garantiza una deuda personal de uno de los cónyuges, el lasto lo pagará la sociedad pero se generará una recompensa en contra del cónyuge deudor, de manera tal que esa deuda no ingresa al pasivo real sino que al pasivo aparente o relativo.

4) La sociedad conyugal es obligada al pago de todas 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". Se excluyen las obras y reparaciones mayores. Art. 798 c. c Ejemplos. El pago de contribuciones de bienes raíces es una carga usufructuaria. Por ello, la sociedad conyugal está obligada a su pago, sea que correspondan al bien propio de un cónyuge, sea que el bien sea social, sin derecho a recompensa. En cambio, si se trata de cambiar el techo de la casa, es una reparación mayor y por ello, si el bien es social, lo hace la sociedad conyugal sin cargo de recompensa (pasivo absoluto), pero si el bien es propio del cónyuge, lo debe hacer la sociedad conyugal, con derecho a recompensa (pasivo relativo, art. 1716).

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. Esta disposición también es una contrapartida al Art. 1725 N° 2.

5) La sociedad conyugal es obligada al pago del mantenimiento de los cónyuges y del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y de toda otra carga de familia. Art. 1740 N° 5 inc. 1. A juicio de Pablo Rodríguez esta es la obligación principal de la sociedad conyugal y es ella la que justifica la existencia de la comunidad de bienes.

Dentro de este rubro se contienen diversas situaciones:

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

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

b) **GASTOS DE MANTENIMIENTO, EDUCACIÓN Y ESTABLECIMIENTO DE LOS DESCENDIENTES COMUNES.** El art. 1740, en esta parte, debe ser concordado con el art. 230 del Código Civil, en cuanto dicha norma señala que "Los gastos de crianza, educación establecimiento de los hijos, son de cargo de la sociedad conyugal".

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

- Respecto a los **gastos de educación**, comprenden los que demande la enseñanza básica, media, profesional o universitaria, el Art. 1744 inc 1 señala que las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común, y las que se hicieren para establecerle o casarle, se imputarán a los gananciales. Es decir pertenecen a la sociedad, que es la regla general; salvo que constare de un modo autentico que el marido o la mujer o ambos de consuno han querido que esas expensas se saquen de sus bienes propios.

En todo caso en el evento que el hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y en caso necesario los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible. Art. 231.

Esta norma debe relacionarse con el Art. 1744 inc 3 según el cual si el descendiente tuviere bienes propios las **expensas extraordinarias** se imputarán a sus bienes, en cuanto cupieren, y le hubieren sido efectivamente útiles. Lo anterior se aplica en la medida que no conste de un modo autentico que el marido o la mujer o ambos de consuno han querido hacerlas con sus propios bienes. Es decir, Los gastos extraordinarios de educación, deberán pagarse con los bienes propios del hijo, si los tuviere, y sólo en cuanto le hubieren sido efectivamente útiles.

Los gastos ordinarios, según Alessandri son los que demande la educación normal y corriente del hijo, atendida la posición social de los padres, como el pago de los colegios y de la universidad o instituto industrial o comercial en que se eduque, de los libros y uniformes que necesite, de los profesores que le den lecciones en su hogar. Serían gastos extraordinarios los que salgan de ese límite, como el envío a estudiar al extranjero.

Art. 230 - Art. 1740 N° 5 - Art. 1744 inc 1 ¶ de la Sociedad, Regla General

Art. 231 – Art. 1744 inc 3 parte primera ¶ con bienes propios del hijo, Excepción

Art. 1744 inc 3 parte final ¶ con bienes propios del marido o mujer, Contra excepción

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

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

6) La sociedad es obligada a los pagos que una vez o periódicamente se hagan a la mujer para que ella pueda disponer a su arbitrio siempre que ello se hubiere dispuesto así en las capitulaciones matrimoniales y no se le haya imputado expresamente esa carga al marido Art. 1740 N° 5 inc final y Art. 1720 inc 2 . 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.

2. Pasivo Relativo o Provisorio.

Regla General Art. 1740 N° 3

Lo constituyen aquellas deudas que la sociedad está obligada a pagar durante su vigencia pero **que le otorgan un derecho de recompensa en contra del cónyuge respectivo que se hará efectivo al tiempo de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.**

La regla general en esta materia nos la da el Art. 1740 N° 3 en el sentido de que la sociedad conyugal **es obligada al pago 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.**

La ley no ha definido el concepto de "obligaciones personales" sin perjuicio de lo cual

es posible dar los siguientes ejemplos:

- a) Las deudas contraídas por los cónyuges con anterioridad al matrimonio.
- b) Las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad conyugal pero que ceden en beneficio exclusivo de uno de los cónyuges como por ejemplo aquellas que tienen por finalidad establecer a los hijos de un matrimonio anterior.
- c) Aquellas deudas provenientes de actos o contratos que han cedido en beneficio exclusivo de uno de los cónyuges. (Art. 137 , 1750 y 1751 c. c) .
- d) Deudas que provienen de multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado alguno de los cónyuges por algún delito o cuasidelito. (Art. 1748 segunda parte). 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.
- e) Deudas hereditarias o testamentarias provenientes de una herencia adquirida por uno de los cónyuges y todos los costos destinados a la adquisición de los bienes. (Art.1745 inc 3)
- f) 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 inc 1. Se presumirán erogados por la sociedad a menos de prueba contraria, y se le deberán abonar Art. 1745 inc 1.
- g) Las expensas que aumenten el valor de los bienes propios de los cónyuges siempre que subsista el aumento de valor a la fecha de 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 10 millones de pesos para ampliar un inmueble, pero gracias a dichos arreglos, el predio aumenta su valor comercial en 20 millones de pesos, se debe la primera suma).
- h) Toda erogación gratuita o cuantiosa 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 real.
- i) Cuando producida una subrogación el bien que se adquiere es de mayor

valor que el inmueble o los valores que se enajenaron y ha debido pagarse el saldo. (Art. 1733 inc. 4). Así, por ejemplo, el inmueble que pertenecía al cónyuge se vendió en 50 millones de pesos y se compró otro en 60 millones, los 10 millones financiados por la sociedad deberán ser reembolsados por el cónyuge adquirente del inmueble, al momento de disolverse la comunidad.

C. LAS RECOMPENSAS.

1. Definición:

Manuel Somarriva: "Conjunto de créditos o indemnizaciones en dinero que se hacen valer al momento de liquidar la sociedad conyugal a fin de que cada cónyuge aproveche los aumentos y soporte en definitiva las cargas que legalmente le corresponden"

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

Las finalidades que persigue la recompensa son:

- 1) **Evitar un enriquecimiento injusto:** ya que a través de las recompensas se busca mantener un cierto equilibrio económico o patrimonial de los cónyuges entre sí y respecto de la sociedad conyugal.
- 2) Las recompensas ayudan a evitar, entre otros mecanismos que establece la ley, que los cónyuges se hagan donaciones simuladas entre sí en perjuicio de los acreedores y de terceros.
- 3) Se busca también proteger a la mujer respecto de los abusos que pueda cometer el marido como administrador de la sociedad conyugal.
- 4) Se ha discutido si las recompensas son o no renunciables:
 - Alessandri: Cree que sí, porque es posible renunciar a los gananciales y por lo tanto no ve razón por la que no pueda renunciarse a las recompensas. Agrega que una vez que se determinan ellas constituyen un crédito igual que cualquier otro
 - Pablo Rodríguez: También estima que pueden renunciarse siempre que ello se haga después de disuelta la sociedad conyugal ya que antes vamos a estar frente a una mera expectativa.

- Hernán Corral: Estima que no es posible renunciar a las recompensas ya que se trata de normas de orden público, por tanto, irrenunciables, y porque se trata de una estipulación que va en detrimento de un derecho que la ley establece a favor de los cónyuges. Art.1717

2. Determinación de las Recompensas:

Se deben distinguir tres situaciones:

1) Recompensas que los cónyuges adeudan a la sociedad.

Uno de los cónyuges puede adeudar a la sociedad recompensas por diversas razones:

a- Por el pago de una deuda personal. (Art.1740 N° 3). 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 número 1). En todo caso, la suma a pagar deberá reajustarse, en la forma establecida en el art. 1734.

b- Porque durante la sociedad conyugal el cónyuge adquiere un bien raíz subrogándolo a otro inmueble propio o a valores y el valor del bien adquirido es mayor al del bien que se subrogó (Art. 1733 inc 4).

c- Por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de propiedad de cualquiera de los cónyuges, siempre que dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y dicho valor exista al tiempo de disolución de la sociedad (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.

d- Porque el cónyuge adquirió una herencia y la sociedad pagó las deudas hereditarias o testamentarias y / o los costos de adquisición. (Art.1745 inc 3)

e- Por toda erogación gratuita o cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común, por excepción no se debe recompensa en este caso en dos situaciones:

a) Cuando la donación es de poca monta atendidas las fuerzas del haber social.

- b) Cuando la donación ha sido para un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar un grave menoscabo al haber Art. 1735 , Art. 1732
- f- Porque la sociedad pago una multa o indemnización generada por un delito o cuasidelito de uno de los cónyuges (Art. 1748).
- g- Porque con dolo o culpa grave un cónyuge causó un perjuicio a la sociedad. (Art. 1748). 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.**
- h- Por 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 conformidad con el art. 1740 número 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. (Art.1745)
- i- Porque disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación se adquirió un bien a título oneroso. (Art.1739 inc final) caso en que se adeuda recompensa a la sociedad por el precio de adquisición del bien, a menos que se pruebe que fue adquirido con bienes propios o provenientes de la sola actividad personal (art. 1739, inciso final)

2) Recompensas que adeuda la sociedad a uno de los cónyuges.

1. Por las especies muebles o dinero que uno de los cónyuges aportó a la sociedad conyugal o adquirió durante ella a título gratuito. (1725 n3 y 4) La sociedad conyugal debe recompensar a los cónyuges, cuando incrementa su patrimonio con bienes.
2. Porque durante la sociedad conyugal se enajenó un bien propio de los cónyuges, salvo que hubiere habido subrogación o que con el precio recibido se haya pagado una deuda personal de uno de los cónyuges (Art. 1741). Así lo dice el art. 1741: "Vendida alguna cosa del marido o de la mujer, la sociedad deberá recompensa por el precio al cónyuge vendedor, salvo en cuando dicho precio se haya invertido en la subrogación de que habla el art. 1733, o en otro negocio personal del cónyuge cuya era la cosa vendida; como en el pago de sus deudas personales, o en el establecimiento de sus descendientes de un matrimonio anterior".
3. Porque durante la sociedad conyugal operó la subrogación y el bien adquirido era de menor valor que el bien subrogado. (Art. 1733 inc 3, 4 y 5).
4. Cuando las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común o las necesarias para establecerle o casarle se sacaren de bienes propios de uno de los cónyuges sin que apareciere ánimo de éste en

soportarla (Art. 1744 inc 1).

5. 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.

6. 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 número 2).

3) Recompensas que se adeudan los cónyuges entre sí.

Un cónyuge va a deber recompensa al otro cuando se ha beneficiado indebidamente a su costa. Ejemplos:

1. Cuando con bienes de uno de los cónyuges se pagan deudas personales del otro.

2. Cuando con bienes propios de un cónyuge se hicieren reparaciones o mejoras en un bien del otro cónyuge.

3. Cuando un cónyuge con dolo o culpa grave causare daño en los bienes del otro. (Art.1771 inc 1) ej : lo incendiare. Sin embargo, la regla general es que las pérdidas o deterioros ocurridos en los bienes propios de un cónyuge deberá sufrirlos él, porque las cosas se pierden para su dueño.

4. 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.

3. Prueba de las recompensas.

Se aplicará la regla general del Art. 1698 y por lo tanto corresponderá acreditar la existencia y el monto de la recompensa al cónyuge que la alegue.

Se admite cualquier medio de prueba, pero la confesión, tiene un tratamiento especial en esta materia: Art. 1739 inc 2 y 3.

4) Pago de las recompensas. Aspectos importantes:

1. Todas las recompensas se **pagarán en dinero**, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al momento de originarse la recompensa. El partidador está facultado para aplicar la equidad natural.

Cabe consignar que la Ley número 18.802, hizo reajustables las recompensas, modificando el principio nominalista vigente en el CC. 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.

Hernán Corral cree que si los cónyuges actúan de consuno podría aceptarse una dación en pago de las recompensas.

2. La ley establece una preferencia especial a favor de la mujer (Art. 1733).

3. Sin perjuicio de que la mujer renuncie a los gananciales ella conserva sus derechos y obligaciones a las recompensas e indemnizaciones (Art. 1784).

IV. Administración de la Sociedad Conyugal. La administración puede ser:

A. Ordinaria

B. Extraordinaria.

A. La administración Ordinaria: corresponde únicamente, salvo una excepción, al marido, tanto de los **bienes propios como de los bienes propios de la mujer**. Cabe indicar que la Ley número 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 el impedimento del marido no fuere de larga e indefinida duración.

B. La administración Extraordinaria: se produce toda vez que el marido es declarado en interdicción, o bien ha estado un largo tiempo ausente o sin comunicación con su familia. En estos casos se nombrará a un curador que puede o no ser la mujer.

A. Administración Ordinaria de la Sociedad Conyugal.

La función administrativa comprende 2 actividades diversas:

a) El manejo de los negocios sociales

b) La administración de los bienes propios de la mujer, salvo que exista separación parcial de bienes.

1. Titularidad de esta administración.

Corresponde únicamente al marido capaz, tal como se desprende de las siguientes disposiciones.

a) Art. 1749 inc.1: El marido **es el jefe de la sociedad conyugal**, y como tal administra los bienes sociales y los de la mujer.

b) Art.1750 inc. 1: El marido es, **respecto de terceros, dueño de los bienes sociales**, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir los bienes de éste como los sociales.

c) Art. 1753: Los **frutos de los bienes propios de la mujer se entienden** concedidos al marido para soportar las cargas del matrimonio.

d) Art. 1752: La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo el caso del Art. 138 (dice 145).

e) Art.1754 inc. final: 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, salvo en los casos del Art. 138 y 138 bis.

De todos estos artículos pareciera que el marido es dueño de los bienes sociales, no obstante, lo cual en la realidad, y luego de una serie de modificaciones legales, esta situación se ha ido transformando e incluso se ha llegado a hablar de una **"coadministración" de la mujer** ya que ella tiene injerencia en la mayoría de actos de administración que se realizan durante la sociedad conyugal.

2. Características.

1. Se trata de normas de orden público y por lo tanto los cónyuges de consuno no pueden alterar estas reglas.

2. Las limitaciones a las facultades de administración del marido son excepcionales, por lo tanto su interpretación debe ser restrictiva.

3. El marido responderá de los daños que cause con dolo o culpa grave durante su administración.

4. La mujer puede pedir la separación judicial de bienes en caso de mala administración del marido.

5. El administrador no está obligado a rendir cuenta de su administración, situación que se discute respecto de los bienes propios de la mujer.

6. Los créditos que se originen para la mujer con ocasión de la administración del marido son créditos privilegiados (cuarta clase, Art. 2481 N° 3).

3. Limitaciones a esta administración.

Respecto de la administración de los **bienes propios del marido** no hay restricciones, conserva las mismas facultades que tenía sobre dichos bienes siendo soltero, con dos salvedades:

1) los frutos de esos bienes ingresan al haber social y quedan sujetos a las limitaciones de administración;

2) algunos de sus bienes pueden quedar afectados como bienes familiares.

Existen restricciones respecto de los bienes sociales y propios de la mujer.

I. Limitaciones a la administración de los bienes sociales. Hay, pues, dos clases de limitaciones:

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

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

2) LIMITACIONES A LA ADMINISTRACIÓN DEL MARIDO IMPUESTAS EN EL TÍTULO XXII DEL LIBRO IV.

Punto de vista histórico: en su origen el Código Civil entendía que el marido era el dueño absoluto de los bienes sociales y, por lo tanto, no existían limitaciones a su facultad de administración.

Las limitaciones se introdujeron por la ley 10.271 y por la ley 18.802. Así viene a resultar que hoy día de acuerdo al art. 1749 el marido necesita de la autorización de la mujer para celebrar los siguientes actos jurídicos:

a) Que actos de administración se limitan:

1. La enajenación o gravamen **voluntario** de los bienes raíces sociales (Art.1749 inc 3). La limitación se refiere a las enajenaciones voluntarias y no a las decretadas por la justicia en juicios ejecutivos o de quiebra.

- No quedaría comprendido en estas limitaciones la enajenación de un bien mueble.

- Si el marido es socio de una sociedad civil o comercial y esa sociedad es dueña de un bien raíz, no se requiere de la autorización de la mujer para que se pueda enajenar el bien, pues en tal caso el bien es de la sociedad civil o comercial de que se trate y no de la sociedad conyugal, a menos que se haya declarado bien familiar.

- Si se impone una servidumbre legal a un predio social, no se requiere de la autorización de la mujer, porque no se trata de un gravamen voluntario. Lo mismo si se decreta un usufructo sobre un bien raíz social como forma de pagar una pensión alimenticia, de acuerdo al art. 11 de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

2. La promesa de enajenar o gravar bienes raíces sociales. (Art.1749 inc 3).

3. La enajenación o gravamen voluntario o la promesa de enajenar o gravar los derechos hereditarios de la mujer. (Art. 1749).

- en las actas de las sesiones conjuntas de las comisiones legislativas se dejó constancia de que la limitación se extendía a todos los derechos hereditarios de la mujer, aunque no comprendieran inmuebles

- A juicio de Orrego en realidad, éste caso no debió incluirse en el artículo 1749, pues no se trata de un bien de la sociedad conyugal, sino de la mujer. Ramos Pazos opina distinto puesto que los derechos hereditarios que pudieren corresponder a la mujer, al no ser derechos inmuebles, no constituyen un bien propio e ingresan por ello al haber relativo de la sociedad conyugal.

4. Disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, muebles o inmuebles, salvo en el caso del Art. 1735 que son donaciones de poca monta atendida la fuerza del haber social (Art.1749 inc 4)

5. No puede el marido dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de 5 años, ni los rústicos por más de 8, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido. (Art. 749 inc 4). Ramos Pazos opina que también se incluye el contrato de comodato sobre un inmueble social.

6. Actos por medio de los cuales el marido se constituye aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquier otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros. (Art. 1749 inc 5).

- Esta situación ha creado algunos problemas. Hay casos en que la celebración de un contrato genera, como efecto del mismo contrato, responsabilidad solidaria o subsidiaria. Así ocurre con la celebración de una sociedad colectiva mercantil (art. 370 del Código de Comercio). La pregunta que surge es la siguiente: ¿debe la mujer autorizar la celebración de este contrato? Situación parecida se presenta cuando se endosa una letra de cambio o un cheque, en que de acuerdo al art. 25 de la Ley N° 18.092 surge responsabilidad solidaria para el endosante. ¿Significa entonces que tales endosos debe también autorizarlos la mujer para que las obligaciones provenientes de ese acto se puedan hacer efectivas en los bienes sociales?. P. Rodríguez opina que en estos casos la responsabilidad solidaria del marido deriva de un acto jurídico que no requiere de la autorización de la mujer para ejecutarlo.

7. Las subrogaciones que se hagan en bienes propios de la mujer. (Art. 1733 inciso final).

b) Autorización de la mujer.

En todos los casos recién señalados la mujer debe prestar su autorización al marido, si ello no ocurre se aplicarán las sanciones que veremos.

A. Forma en que debe darse la autorización de la mujer (Art. 1749 inc 7).

1. **Ella debe ser específica:** es decir debe otorgarse para un acto jurídico determinado refiriéndose precisamente al acto de que se trata. No es suficiente una autorización genérica o en que no se describa o individualice el acto de que se

trata. 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.

Problema: ¿Puede el marido constituir una hipoteca con garantía general? o, dicho de otro modo, ¿cómo se concilia la exigencia de que la autorización debe ser específica, con la institución de la hipoteca garantía general, que se caracteriza porque se constituye la hipoteca para garantizar obligaciones de monto indeterminado, que se van contrayendo a futuro?

- Fernando Rozas sostiene que lo que se quiso evitar fue que la mujer, presionada por su marido, diera autorizaciones genéricas en que no se supiera hasta dónde se comprometía el patrimonio familiar. Por ejemplo, que el marido diera en hipoteca cualquier bien social para garantizar toda clase de obligaciones. Esta autorización sería genérica, no específica, y no cumpliría con lo que dispone el art. 1749, al respecto. Por el contrario, una autorización en que se determine el bien que puede darse en hipoteca y en que se señala el deudor en favor de quien se constituye, parece específica, aunque permita la cláusula garantía general.

- Pablo Rodríguez sostiene que la expresión "la autorización de la mujer deberá ser específica" significa que la caución debe ser autorizada por la mujer, sin que ella pueda genéricamente conferir autorización al marido para que constituya cauciones en favor de terceros, ya sea en las capitulaciones matrimoniales o por acto posterior. Es evidente que esta autorización no se opone a la constitución de una garantía general para caucionar obligaciones presentes o futuras. Lo que la mujer autoriza es la caución y no las obligaciones específicas que ella cubre, cuando tiene la modalidad aludida.

2. **Debe ser solemne:** la autorización debe otorgarse por escrito o por escritura pública si el acto que se quiere ejecutar exigiere esta solemnidad. Así, por ejemplo, Si se da la autorización para vender o hipotecar un bien raíz, debe darse por escritura pública; en cambio, si se requiere para celebrar un contrato de promesa sobre un bien raíz social o para dar en arriendo un bien raíz social, bastará con que se dé por escrito, porque ni la promesa ni el arriendo requieren de escritura pública. En todo caso la autorización puede ser dada por la mujer interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto.

3. **La autorización puede prestarse por medio de mandato,** este debe ser especial y deberá constar por escrito o por escritura pública según el caso.

4. **La autorización debe ser previa o coetánea al acto.** La autorización de la mujer otorgada con posterioridad constituiría una ratificación.

B. Forma de suplir la autorización de la mujer. Art.1749 inc 8

- Puede ser suplida por el juez con conocimiento de causa y con citación de ella en los siguientes casos:

1. Cuando la mujer se negare injustificadamente a prestar la autorización. La ley no quiere que la mujer pueda oponerse a la autorización sin razones valederas, por eso, si ella no quiere darla, deberá resolver el conflicto la justicia, ponderando hasta qué punto son justificadas sus razones. Ej: si la propiedad que se pretende enajenar sirve de casa habitación a la mujer casada –demandada por el marido para obtener que el juez supla la autorización de ella por negativa de ésta donde vive con sus hijos comunes, existe en la misma un negocio de peluquería que le produce una renta determinada y constituye tal inmueble el único bien raíz de propiedad de la sociedad conyugal, debe concluirse que la cónyuge se opone justificadamente a otorgar la autorización que se le solicita.

2. En caso de que la mujer tenga algún tipo de impedimento como el de ser, demente, ausencia real o aparente u otro y de la demora se siguiere perjuicio.

3. En ningún caso podrá suplirse la autorización de la mujer cuando ella se opusiere a la donación de bienes sociales.

- Si bien el art. 1749 exige la autorización de la mujer **para la enajenación** y no hay tal mientras no se haga la respectiva tradición, hay que entender que la **autorización deberá darse para la celebración del respectivo título traslativo que antecede a la tradición**. Sostiene Alessandri que la autorización de la mujer se requiere para el acto jurídico en virtud del cual se haga la tradición y no para ésta, es decir, para el contrato traslativo de dominio, ya que para que valga la tradición se requiere un título de esta especie (art. 675). La tradición no es sino la consecuencia necesaria de él, la forma de hacer el pago de la obligación contraída por el marido, y como todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes, celebrado el contrato, el marido no podría eludir la tradición de la cosa sobre que versa. Es pues el contrato que tal efecto produce el que debe celebrarse con autorización de la mujer.

- RESCILIACIÓN DE LA COMPRA DE UN BIEN RAÍZ SOCIAL. En relación con la limitación que tiene el marido para enajenar bienes raíces sociales, debe apegarse que hay reiterada jurisprudencia en el sentido de que también debe la mujer prestar su autorización para resciliar la compraventa de un bien raíz social, ya que el art. 1567 al tratar de la resciliación exige capacidad de disposición, y claramente no la tendría el marido si la mujer no lo autoriza.

C. Sanción a la falta de autorización.

1. Regla General: Nulidad Relativa

Toda vez que el acto ha sido celebrado con ausencia de requisitos que la ley prescribe en atención a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o celebran Art. 1682 y 1757 inc 1

Respecto de esta nulidad la ley da ciertas reglas especiales:

a) La nulidad podrá hacerla valer la mujer, sus herederos o cesionarios (1752 inc 2).

b) 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.** (importante distinción en relación a la regla general de nulidad relativa del art1691)

c) En ningún caso se podrá pedir la declaración de nulidad pasados 10 años desde la celebración del contrato.

d) 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, sería necesario que previamente se decrete la separación judicial de bienes (artículo 155) y por ende expire la sociedad conyugal. En efecto, vigente la sociedad conyugal, frente a los terceros, el marido se mira como dueño exclusivo de los bienes sociales (artículo 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.

2. Segunda sanción:

En el caso del arrendamiento o de la cesión de la tenencia de los bienes raíces sociales el contrato regirá solo por el tiempo señalado en el Art. 1749 inc 6, es decir la sanción es la inoponibilidad del exceso de tiempo. (Art.1757 inc 1).

Considerando lo anterior, habría que preguntarse cuál debiera ser la acción de la mujer o de sus herederos o cesionarios para invocar la inoponibilidad. Orrego cree 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 artículo 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- (artículo 155, inciso 3º del Código Civil), o en la causal de administración fraudulenta del marido (artículo 155, inciso 1º del Código Civil), cuyo sería el caso, 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.

3. Tercera sanción:

Si el marido ha constituido cauciones para garantizar obligaciones de terceros la

sanción consiste en que solo obligará sus bienes propios, o sea la sanción será la inoponibilidad del acto a la sociedad conyugal y a la mujer (Art.1749 inc 5).

Se ha resuelto que si se embarga un bien social por una caución otorgada por el marido sin la autorización de la mujer, la forma de reclamar de esta situación es pidiendo se excluya el bien del embargo de acuerdo a lo dispuesto en el art. 519, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil, es decir, que el comunero se oponga al embargo sobre la cosa común embargada, conforme al procedimiento de la tercería de dominio.

En los dos casos anteriores la inoponibilidad podrá hacerse valer por la mujer, sus herederos o cesionarios. (1757 inc 2).

D. Mujer y contrato de sociedad.

1. Que ocurre cuando la mujer al casarse es socia de una sociedad de personas, es decir, soltera celebra un contrato de sociedad.

Los derechos en la sociedad de que la mujer es titular en su carácter de socia son **bienes muebles**, de manera que ellos ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal. Art. 1725 N º 4. Los administra el marido. Como esta situación puede no convenir a los terceros que se asocian con la mujer, la ley permite que al celebrarse la sociedad se pueda acordar que, si ésta se casa, la sociedad se extinga. Tal pacto constituye la forma como los socios pueden protegerse de la injerencia de un tercero

–el marido– en los negocios sociales. Pero si nada han convenido, rige la norma del art. 1749 inc. 2º

En este sentido el Art. 1749 inc. 2 señala que como administrador de la sociedad conyugal el marido ejercerá los derechos de la mujer que siendo socia de una sociedad civil o comercial se casare, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150 c. c (que la mujer tenga patrimonio reservado)

Es importante tener presente que el marido **no ejerce estos derechos como representante de la mujer, sino que en su calidad de administrador de la sociedad conyugal.**

Puede suceder que la mujer sea la administradora de la sociedad civil o comercial antes de casarse, circunstancia que no se ve alterada por el hecho de casarse en sociedad conyugal, por dos razones:

- a) Porque el matrimonio no es causal de determinación del mandato.
- b) Porque la ley 18.802 derogó la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal de manera tal que no hay un impedimento en ese sentido.

El Art. 1749 inc. 2 termina diciendo “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150”, en realidad es difícil imaginarse como puede darse esta situación ya que el Art. 150 recoge el patrimonio reservado de la mujer casada y en la situación que analizamos la mujer ingresa a una sociedad de personas antes del matrimonio.

2. Que ocurre cuando la mujer después de casarse o durante el matrimonio celebra un contrato de sociedad.

Pueden plantearse aquí distintas hipótesis:

a) Si la mujer tiene un patrimonio reservado, del Art. 150, y actúa dentro de él: No hay problema, se rige por las reglas del Art. 150.

b) Si la mujer carece de patrimonio reservado: Ella es plenamente capaz y por lo tanto no existe inconveniente para que celebre un contrato de sociedad. Los artículos

349 inc 2 del Código de Comercio y 4 inc 3 de la ley sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada exigen que el marido autorice a la mujer casada en sociedad conyugal para celebrar el contrato de sociedad.

Los autores están de acuerdo en que luego de la dictación de la ley 18.802 esas exigencias están tácitamente derogadas desde el momento de que la mujer casada en sociedad conyugal hoy es plenamente capaz.

Como la mujer no administra ordinariamente sus bienes propios **ella deberá contar con la autorización del marido para concretar el aporte a que se había obligado** (con la sociedad) y en caso de que no pueda efectuar ese aporte los demás socios tendrán derecho a dar la sociedad por disuelta de acuerdo al Art. 2101 c. c A este respecto Fernando Rozas Vial al comentar las modificaciones de la ley 18.802 plantea que si el marido consiente en el aporte y efectúa él la tradición entonces el adquiere la calidad de socio en esa sociedad. Tesis errada según la cátedra porque estamos en presencia de un contrato intuitu persona

3. Caso en que la mujer administre separadamente ciertos bienes (separación parcial de bienes) Situación en la cual ella va a obligar únicamente esos bienes. Arts. 166, 167 y 137 inc. 1

E. Casos en que la mujer participa en la administración ordinaria de los bienes sociales y los obliga:

1. Cuando la mujer hace compras al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia. (137 inc. 2)

2. En el caso de **impedimento** del marido que **no fuere de larga o indefinida duración** y de la demora se siguiere perjuicio la mujer podrá intervenir en la administración de los bienes sociales y de los suyos que administre el marido con autorización del juez con conocimiento de causa. (138 inc 2). Si fuere de larga o indefinida duración entran a jugar las reglas de la administración extraordinaria.

3. Cuando la mujer actúa con un mandato general o especial del marido y en su representación, caso en el cual obligará los bienes sociales y los de su cónyuge. (1751).

En el evento que la mujer en el ejercicio del mandato **actúa a nombre propio** o que el acto que ella celebre sea en **su utilidad personal** va a obligar únicamente los bienes que administre en conformidad a los Arts. 150, 166 y 167

Sí se da alguna de estas situaciones (a nombre propio, utilidad personal) y no existe ninguno de estos patrimonios, René Ramos sostiene que obligaría **sus bienes propios**. Se estima dudosa la solución de René Ramos porque esos bienes son administrados por el marido.

4. Casos en que el marido y la mujer se obligan de consuno o en que la mujer se obliga solidaria o subsidiariamente con el marido (1751 inc final).

5. Caso en que la mujer disponga por causa de muerte de una especie que pertenece a la sociedad conyugal (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 **ya que el legado de especie que no es del testador adolece de nulidad.**

Sería un legado de especie ajena por aplicación de:

Art. 1749 inc 1

Art. 1750 inc 1

Art. 1752

6. René Ramos agrega que en el art. 1739 los incs. 4º y 5º. puede dars la siguiente situación Dice el primero: "Tratándose de bienes muebles, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos –los cónyuges– pudieran intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge con-tratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o tradición del bien respectivo". Ejemplo: un tercero compra a una mujer casada un refrigerador, un piano o un televisor, y se le hace la correspondiente tradición. Esos bienes son sociales y por ende la mujer no podría disponer de ellos. Por la misma razón, tales ventas son inoponibles a la sociedad conyugal, y el marido podría

reivindicarlos. Sin embargo, el código, con el claro propósito de proteger a los terceros de buena fe que contrataron con la mujer, establece que "quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos pudieran intentar fundada en que el bien es social". En el fondo, con esta frase "quedarán a cubierto de toda reclamación" **presume de derecho que el bien era de la mujer** y que por lo mismo podía venderlo. Para que opere esta situación tan excepcional, se deben cumplir los siguientes requisitos que indica la norma:

1) Que se trate de bienes muebles;

2) Que el tercero esté de buena fe, esto es, que no sepa que el bien es social;

3) Que se haya efectuado la tradición del bien (justamente este requisito es el que justifica la buena fe del tercero), y

4) Que no se trate de bienes sujetos a régimen de inscripción, pues sí así fuere y el bien está inscrito a nombre del marido, desaparece la presunción de buena fe, desde que el tercero tenía la forma de saber que el bien no era de la mujer (art. 1739, inc.

5)). Contrario sensu, si el bien está inscrito a nombre de la mujer –situación muy corriente en el caso de los automóviles–) la mujer lo vende, el tercero adquirente

queda a cubierto de toda reclamación del marido.

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

F. Correctivos y ventajas que corresponden a la mujer.

Frente a las facultades casi absolutas 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 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 (artículo 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 (artículo 2481 número 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 y los demás bienes respecto de los cuales la ley la considera parcialmente separada de bienes (artículos 166, 167, 252 y 1724). 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; 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 ocasionaren por los delitos o cuasidelitos cometidos por el marido durante la administración. Es un correctivo.

II. Limitaciones en la administración de los bienes propios de la mujer.

- En virtud del Art. 1749 inc. 1 y 1754 inc. final el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y **los propios de su mujer**, de manera tal que la mujer no puede realizar una serie de actos jurídicos sobre sus bienes durante la vigencia de sociedad conyugal, salvo en los casos de los artículos 138 y 138 bis. En consecuencia; la mujer **conserva el dominio sobre sus bienes propios**, pero no tiene la facultad de administrarlo. El fundamento de lo que hemos señalado no se encuentra es la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal porque ella ya no existe, sino que se fundamenta en la circunstancia de que los frutos de los bienes propios de la mujer ingresan al haber social por el derecho de goce del marido de acuerdo al Art. 1725 N° 2

- Las facultades que tiene el marido en la administración de estos bienes son más limitadas que respecto de los bienes sociales. Ello se explica, pues aquí está administrando bienes ajenos.

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

- Tratándose de la administración de estos bienes, la mujer podría obligarlo a rendir cuenta de su administración. Así lo afirma Somarriva, aunque ninguna ley lo establezca, desde que constituye un principio general de derecho que quien administra bienes ajenos quede obligado a rendir cuenta, sin perjuicio de responder de los daños que irroque con dolo o culpa grave a los bienes de su cónyuge. Art. 1771 inc 1

-

- Claudia Schmith sostuvo que el Art. 1754 inc final es inconstitucional y ello por que impone una discriminación arbitraria y, por lo tanto, infringe el Art. 19 N° 2 de la Constitución.

Ello no es así, por los siguientes motivos:

1. La mujer a lo menos tácitamente optó por el régimen de sociedad conyugal al no celebrar en las capitulaciones matrimoniales un régimen distinto y en consecuencia acepto las limitaciones que por la sociedad conyugal se le imponen a sus bienes propios.

2. Así mismo la norma constitucional sanciona la discriminación arbitraria, pero en este caso en particular la discriminación tiene una justificación y se encuentra en que el marido debe administrar los bienes de la mujer a fin de obtener de ellos frutos y solventar las necesidades de la familia común.

a) Actos que el marido ejecuta por sí solo sobre bienes propios de la mujer.

1. Todos los actos de mera administración, es decir los destinados a la conservación, explotación y aprovechamiento de esos bienes, como las reparaciones necesarias, cobro de rentas, contratación de seguros, la interrupción de prescripciones, el pago de impuestos y

contribuciones, etc.

2. El marido puede percibir los pagos que se le hacen a la mujer de todos los créditos adeudados a ella antes del matrimonio.

3. El marido puede dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes raíces de la mujer por un plazo inferior al señalado en el Art. 1756 c. c.

4. 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.

5. 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).

b) Actos que se limitan o limitación a la facultad de administración del marido. El marido puede celebrarlos pero necesita consentimiento de la mujer.

1. Respecto de la enajenación o gravamen de los bienes raíces de la mujer. (1754 inc 1).

2. Está limitado también para enajenar o gravar los **bienes muebles** de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a **restituir en especie**. (1755).

Aspectos importantes:

a) Artículo 1755 habla "otros bienes de la mujer" evidentemente son los bienes muebles porque los inmuebles están tratados en el Art. 1754 inc 1 c.c.

b) El marido está obligado a restituir en especie los bienes muebles de la mujer que fueron excluidos de la sociedad conyugal en virtud del Art. 1725 N° 4 inc 2. También los derechos de la mujer que siendo socia de una sociedad civil o mercantil, se casó.

c) El marido puede estar obligado a restituir en especie aquellos bienes muebles que la mujer aporta en las capitulaciones matrimoniales al matrimonio debidamente tasados para que el marido los restituya en especie o en valor a elección de la mujer.

3. El marido no puede dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los predios rústicos de la mujer por más de 8 años ni de los urbanos por más de 5 incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido (1756 inc 1).

4. Respecto de la subrogación en bienes propios de la mujer (1733 inc final). La subrogación que haga el marido en los bienes propios de su mujer, debe ser autorizada por ésta (art. 1733).

5. Respecto de la aceptación o repudiación de una herencia o legado. (1225

inc 4). "El marido requerirá el consentimiento de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal para aceptar o repudiar una asignación deferida a ella. Esta autorización se sujetará a lo dispuesto en los dos últimos incisos del art. 1749". La sanción es **la nulidad relativa** de esa aceptación o repudiación, por tratarse de la omisión de un requisito establecido en favor de la mujer.

6. Respecto de la aceptación o repudiación de una donación hecha a la mujer (1411 inc final en relación con el Art. 1225 inc 4).

7. Respecto del nombramiento de partidor tratándose de bienes en que tenga interés la mujer (1320). 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, 2º).

A juicio de Ramos Pazos la mujer también puede por sí misma iniciar una acción para nombrar al partidor, dado que desde que entró en vigencia la Ley N° 18.802, es plenamente capaz para intentar acciones judiciales y es sabido que la solicitud de designación de partidor es la forma de hacer efectiva la acción de partición.

8. Para provocar la partición de bienes en que tenga parte la mujer. (1322 inc 2). El marido no puede provocar la partición en que tenga interés la mujer, sin su consentimiento (art. 1322, 2º). 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.

Ramos Pazos opina que también la mujer puede pedir por sí sola la partición de los bienes en que tenga interés.

9. Enajenación y gravamen de los derechos hereditarios de la mujer. De conformidad a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 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.

c) Autorización de la mujer.

Para celebrar los actos antes señalados el marido debe contar con la autorización de la mujer. EL MARIDO ES QUIEN REALIZA LA ENAJENACIÓN. No obstante tratarse de bienes propios de la mujer, quien comparece enajenando o gravando es el marido en su condición de administrador de los bienes de su mujer. Esta última sólo presta su consentimiento en los términos que señala el art. 1754.

1. Enajenación o gravamen de bienes raíces (1754 inc 2):

La voluntad de la mujer deberá ser específica y otorgada por escritura pública, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto.

2. En el caso del arrendamiento o de la cesión de la tenencia de bienes raíces;

Se aplica el Art. 1749 inc 7 y 8 (1756 inc 2).

3. En la aceptación o rechazo de una herencia legado o donación la autorización de la mujer debe darse en conformidad a lo dispuesto en el Art. 1749 inc 7 y 8. Art.1225 inc 4 en relación con el Art. 1411.

4. En los demás casos la autorización de la mujer no requiere de exigencias especiales.

d) Autorización supletoria de la justicia.

1. Enajenación o gravamen de bienes raíces (1754 inc 3).

Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad. No procede frente a negativa injustificada.

2. Enajenación o gravamen de bienes muebles. (1755 parte final). El consentimiento de la mujer podrá ser suplido por el juez cuando la mujer estuviere imposibilitada de manifestar su voluntad. No procede frente a negativa injustificada.

3. En el caso del arrendamiento o cesión de la tenencia se aplica el Art. 1749 inc 7 y 8 y, por lo tanto, la autorización del juez procede tanto frente a la imposibilidad como a la negativa de la mujer (1756 inc 2). (Diferencia con dos casos anteriores acá es frente a negativa e imposibilidad)

4. Para provocar la partición procede la autorización subsidiaria de la justicia cuando la mujer estuviera imposibilitada de dar su consentimiento. (1322 inc 2).

5. Respecto del nombramiento de partidor procede la autorización de la justicia en subsidio. (1326 inc 2). La doctrina estima que en este caso procedería la autorización supletoria solo en caso de imposibilidad ya que la mujer es dueña de sus bienes propios.

6. En cuanto a la subrogación la ley nada dice pero podríamos asimilarlo a la enajenación de bienes raíces y aplicar el Art. 1754 y, por lo tanto, la autorización supletoria de la justicia es solo en el caso de imposibilidad.

e) Sanción por falta de autorización

Si el marido actúa sin los requisitos anteriormente vistos.

- Regla General □ La regla general es la **Nulidad Relativa**, ya que se trata de la infracción a un requisito impuesto por la ley en atención al estado o calidad de las

personas que intervienen. Art. 1757 inc. 1 , Art. 1682

- Pablo Rodríguez estima que en los casos de **enajenación o gravamen de Bienes Raíces o Bienes Inmuebles el acto será inexistente o adolecerá de nulidad absoluta.**

Lo anterior se debe a que el Art. 1754 inc 1 y 1755 exigen la **voluntad o el consentimiento** de la mujer; esto es un requisito de existencia del acto jurídico, esto es de toda lógica si pensamos que lo que se va a gravar o enajenar es un bien propio de la mujer. Agrega, Pablo Rodríguez, que la sanción será la nulidad relativa cuando se hubiere omitido alguno de los requisitos del Art. 1754 inc 2

- Excepción: Por excepción en el caso del arrendamiento y de la cesión de la tenencia material la sanción no será la nulidad relativa sino que la **Inoponibilidad** ya que el contrato durará solo el tiempo referido en la ley. Art. 1757 inc 2

- En el caso que se efectuó una subrogación sobre un bien propio de la mujer sin su autorización el efecto que se producirá es que el **inmueble ingresa al haber absoluto de la sociedad conyugal y se genera recompensa a favor de ella.** (Bien raíz adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal). Como ingresa al haber absoluto, normalmente no se generaría recompensa, pero en esta situación especial, en que falta la autorización de la mujer en la subrogación, sí se genera.

f) Intervención de la mujer en la administración ordinaria de sus bienes propios.

1. Regla general: Art. 1754 inc final. La mujer no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administra el marido. Es decir, la regla general es que la mujer no interviene en la administración de sus bienes, puesto que los administra el marido.

2. Por Excepción: La mujer puede intervenir en la administración ordinaria de sus bienes propios en los casos de los artículos 138 y 138 bis.

1. Artículo 138 inc 2: La primera situación se refiere al caso de que el marido **se encuentre impedido**, siempre que el impedimento **no fuere de larga e indefinida duración**; en este caso la mujer podrá actuar respecto de los bienes del marido, de la sociedad y de los suyos que administre el marido, con autorización del juez, con conocimiento de causa y siempre que de la demora se siguiere perjuicio.

2. Artículo 138 bis inc. 1: caso en que el marido se **niega injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer**, caso en el cual el juez podrá autorizarla para actuar por sí misma previa audiencia a la que será citado el marido. En todo caso, la mujer sólo puede recurrir al juez cuando se trate de actos que conciernen exclusivamente a sus bienes y no a los sociales.

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. Se trata de un ejemplo de interpretación extensiva de la ley.

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 y 252**. 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, 2º), lo que tendrá que acreditar el acreedor.

Sanción:

Se ha discutido cual es la sanción de los actos realizados por la mujer sobre sus bienes propios sin autorización de la justicia. Ej: la mujer enajena directamente un bien propio.

- Fernando Rozas: Nulidad Absoluta, fundamento:

i) Art. 1754 inc final es una **norma prohibitiva** y, por lo tanto, la sanción es la Nulidad Absoluta. También agregaba que el Art. 1757 inc. 1º al establecer la nulidad relativa como sanción indica que ella procederá respecto de aquellos actos en que no se hayan cumplido los requisitos del Art. 1754 y el Art. 1754 inc. Final no contiene ningún requisito y precisamente lo que sanciona el Art. 1757 inc. 1 es la omisión de requisitos.

ii) La nulidad relativa del artículo 1757 está establecida en interés de la mujer y no de su marido. Ahora bien, si la nulidad relativa del artículo 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.

iii) En el evento de aceptarse la tesis de la nulidad absoluta, 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. Este 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.

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 artículo 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, que no pueden alegar la nulidad en la hipótesis planteada, por dos razones fundamentales:

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

- Pablo Rodríguez: Nulidad Relativa, 2 motivos fundamentales:

a) El Art. 1754 inc. Final es una norma **imperativa**, no prohibitiva ya que contiene 2 casos de excepción. Además, sostiene que el art 1754 in final era prohibitivo antes de la reforma de la Ley número 19.335 que modificó el 138 bis. 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. La situación, en el día de hoy, ha variado, 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.

b) La Nulidad Relativa es la regla general en este tipo de sanciones.

- 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.

- 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.

B. Administración Extraordinaria

1. Generalidades.

a) Definición:

Arturo Alessandri: Aquella que ejerce la mujer como curadora del marido o de sus bienes, por incapacidad o por ausencia de éste, o un tercero en el mismo caso. Lo que tipifica la administración extraordinaria es que la ejerza un curador del marido o de sus bienes, que puede o no ser la mujer. Lo normal será que la curadora sea la mujer y por ello le corresponda la administración extraordinaria.

b) Fundamentos de texto de la administración extraordinaria:

1. Art. 138 inc. 1: Si por impedimento de larga o indefinida duración como el de interdicción, prolongada ausencia o desaparecimiento se suspende la administración del marido se observará lo dispuesto en el párrafo IV del título de la sociedad conyugal.

2. Art. 1758 inc. 1: La mujer que en caso de interdicción del marido, o por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, hubiere sido nombrada curadora del marido o curadora de sus bienes, tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal.

3. Art. 1758 inc. 2: Si por incapacidad o excusa de la mujer se encargaren estas curadurías a otra persona, dirigirá el curador la administración de la sociedad conyugal.

c) En qué casos procede la administración extraordinaria:

Procederá en aquellas situaciones en que se hubiere **designado un curador al marido**, lo que puede ocurrir en los siguientes casos:

1. El Marido es declarado en interdicción (demencia, sordomudez o disipación)

2. El Marido ha sido declarado ausente en los términos del Art. 473.

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

* ignorancia de su paradero;

* la falta de comunicación con los suyos;

* el perjuicio grave causado por esta ausencia al mismo ausente o a terceros; y

* 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, 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 sigue perjuicio. En este caso, como lo señalamos oportunamente, no hay administración extraordinaria sino ordinaria.

En los dos primeros casos se designa un curador general, en el tercer caso (ausencia) se designa un curador de bienes.

d) Características de esta administración:

1. Cumplidos los requisitos recién señalados, y discernida la curatela (el discernimiento supone que se ha rendido la fianza o caución y realizado el

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

2. Esta administración es ejercida por un curador.

3. El curador estará obligado a rendir cuenta de su gestión, a diferencia de lo que sucede con el marido en la administración ordinaria de la sociedad conyugal. Art. 415

4. El curador responde de culpa leve, a diferencia de lo que sucede con el marido en la administración ordinaria quien responde de culpa grave o dolo.

5. El crédito del marido contra el curador que ejerza la administración extraordinaria, goza de un privilegio de la 4ª clase, Art. 2481 N° 5 y Art. 2483.

2. Titularidad

a) Cuando la administración extraordinaria corresponde a la mujer: La mujer puede ser designada curadora del marido en los siguientes casos:

1. Por demencia .Art. 462 N° 1, Art. 463 y Art. 1758 inc. 1

2. Por sordomudez, cuando el sordo o sordomudo no puede darse a entender claramente.

Art. 470 en relación a los Arts. 462 N° 1, 463 y 1758 inc. 1

3. Cuando el marido ha estado largamente ausente sin comunicarse con su familia. Art. 465 en relación con los Arts. 462 N° 1, 463 y 1758 inc. 1º.

b) Casos en que la administración extraordinaria corresponde a un tercero.

1. Cuando la mujer sea incapaz

Hay un caso especial de incapacidad que está en el Art. 450 inc. 1 según el cual ningún cónyuge podrá ser curador de otro declarado disipador.

2. Cuando la mujer ha sido llamada a la guarda pero se excusa de ejercerla

3. Cuando el marido sea menor de edad y la guarda se difiere a otro pariente de acuerdo al Art. 367 y no al cónyuge. Respecto del marido menor de edad, cuando una de las personas que indica el artículo 367, llamadas a la guarda legítima del menor con preferencia de la mujer, acepta.

En estos tres casos, el curador del marido administrará también la sociedad conyugal, conforme a las reglas establecidas para la administración de los curadores.

c) Derecho especial de la mujer Art. 1762

Se refiere al caso en que la mujer no quiere tomar sobre sí la administración de la sociedad conyugal ni someterse a la dirección del tercero, en esta situación la ley

la faculta para pedir la separación de bienes.
En similares términos está el Art. 450 inc. 2.

Requisitos para ejercer este derecho:

1. Que la mujer sea mayor de edad. Si fuere menor, no tendría razón de ser la separación de bienes, ya que la mujer no podría administrar su patrimonio y debería someterse a la autoridad de un curador.

2. Que la curaduría del marido no se deba a su menor edad, ello por 2 razones fundamentales:

a) Esta curaduría es eminentemente transitoria (Máximo 2 años) y, por lo tanto, no tiene sentido que haya lugar a la separación de bienes.

b) El Art. 1762 se refiere sólo a los casos del Art. 1758 que trata de la ausencia y de la interdicción. En efecto, dado que el derecho de la mujer para pedir la separación de bienes constituye una excepción a las normas generales, sólo puede ejercitarse cuando la ley expresamente lo autoriza. 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. Nada dice la ley respecto del marido menor, de manera que puede concluirse que no le asiste a la mujer el derecho en análisis.

3. Facultades que se confieren al administrador extraordinario

Se debe atender a quien ejerce la titularidad de la administración:

a) Cuando la ejerce un tercero:

Las facultades del tercero curador del marido son las que corresponden a los guardadores en conformidad a las disposiciones del Título XIX del Libro 1 del Código Civil. Estará sujeto, por lo tanto, a todas las restricciones allí indicadas, deberá llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuere dable documentada de sus actos administrativos día a día (artículo 415), y responderá de culpa leve.²⁵

Vamos a aplicar las normas generales relativas a las guardas de los Arts. 390 a 427 y los Arts. 487 a 490 en el caso de la ausencia.

b) Cuando la ejerce la mujer:

b.1). Respecto de bienes propios de la mujer: No hay restricciones, puesto que es plenamente capaz.

b.2) Respecto de los bienes sociales

- Regla general:

La mujer que tenga la administración extraordinaria de la sociedad conyugal administra **con iguales facultades que el marido**. Art. 1759 inc. 1. En consecuencia, todos los actos y contratos de la mujer administradora que no le estuvieren vedados **se mirarán como actos y contratos del marido** y obligarán, en consecuencia, a la sociedad y al marido, salvo en cuanto apareciere o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la

mujer, Art. 1760.

- Restricciones que tiene la mujer

La mujer está impedida de celebrar una serie de actos y contratos. Como la causa de la administración extraordinaria es la existencia de un impedimento respecto del marido la autorización para que la mujer pueda válidamente ejecutar estos actos o celebrar estos contratos **la confiere el juez con conocimiento de causa**. Art. 1759 inc. 2. Además, la mujer no se hace dueña de los frutos que produzcan los bienes propios del marido.

Limitaciones impuestas por la ley:

1. No puede gravar ni enajenar voluntariamente o prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales, Art. 1759 inc. 2
2. No puede disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales salvo el caso del art. 1735. Art. 1759 inc.3.

²⁵ agregado julio 2019, Pablo Rodriguez

3. Tampoco puede constituirse en aval o deudora solidaria, fiadora u otorgar cualquier otra caución respecto de terceros, Art. 1759 inc. 6
4. La mujer requiere de autorización para dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales traspasando los límites que señala el Art. 1749 inc. 4°. Art. 1761.

Sanciones:

Si la mujer administradora celebra alguno de estos actos sin contar con la autorización de la justicia

1. En los casos 1° y 2°: Nulidad Relativa, concediéndose la acción al marido, sus herederos o cesionarios.
El cuadrienio para pedir la nulidad se contará desde que **cese el hecho que motivó la curaduría**, pero en ningún caso se podrá pedir la nulidad pasados 10 años desde la celebración del acto o contrato, Art. 1759 inc. 4 y 5.
2. En el caso 3: la mujer obligará sus bienes propios y lo que administre en conformidad a los Arts. 150, 166 y 167. (Art. 1759 inc. 6)
3. 4° caso: la sanción será la inoponibilidad al marido o a sus herederos de esos contratos más allá de los plazos señalados en la ley, Art. 1761 inc. 1°

Efectos de los actos realizados por la mujer en ejercicio de la administración extraordinaria.

Distinguimos 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.

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, 4º); o serán inoponibles al marido o a sus herederos, según los casos.

- Que ocurre con los bienes propios del marido (Art. 1759 inc. 7)

En la administración de los bienes propios del marido se aplicarán las normas de la curaduría.

Lo anterior es importante porque por ejemplo para vender **bienes raíces o bienes muebles preciosos del marido la mujer requerirá autorización judicial y la venta deberá hacerse en pública subasta.** Arts. 393 y 394.

4. Qué ocurre en caso de existir una quiebra

Art. 64 de la ley 18175.

Declarada la quiebra del marido éste es privado de la administración de sus bienes y la ejerce el síndico. Como los bienes del marido y los de la sociedad conyugal se confunden el síndico toma la administración de ambos, tanto de los bienes del marido como de los bienes sociales.

No obstante, lo anterior el marido seguirá administrando los bienes propios de la mujer, sujeto a la intervención del síndico y ello mientras se mantenga el usufructo del marido sobre estos bienes.

La mujer podrá pedir la separación judicial de estos bienes, Art. 155

De los frutos de los bienes que administra el síndico se extraerá una cuota destinada a solventar las necesidades del fallido y de su familia considerando la calidad de la situación socioeconómica y la cuantía de los bienes.

Si la quiebra se declara respecto de la mujer casada en sociedad conyugal, ella sólo comprenderá sus bienes propios, sin perjuicio de una eventual responsabilidad que pudiere haber al marido o a la sociedad conyugal. Art. 48 la ley de quiebras.

En este caso la mujer cesará en su calidad de curadora, Art. 494

5. Término de la administración extraordinaria

El Art. 1763 prescribe que cesando la causa de la administración extraordinaria de que hablan los artículos precedentes recobrará el marido sus facultades administrativas previo decreto judicial.

Es decir, cuando el marido llega a la mayor edad, o cuando el interdicto por demencia, prodigalidad, sordera o sordomudez, es rehabilitado, o cuando el marido ausente regresa o fallece; o cuando se concede la posesión provisoria de sus bienes; o cuando instituye una persona con poder suficiente para que se haga cargo de sus negocios.

V. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La sociedad conyugal puede disolverse:

- Por causas propias: que no afectan el vínculo matrimonial, o
- Por efecto de la disolución del matrimonio.

A) Causales

1. Por la disolución del matrimonio. Art. 1764 N° 1

El Art. 42 de la LMC contempla 4 causales de terminación del matrimonio.

En el caso de disolución de la sociedad conyugal se incluye solamente la muerte natural y el divorcio.

- Muerte Natural: extingue el matrimonio porque extingue la personalidad. 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

- Divorcio: Art. 60 de la LMC

El divorcio pone fin a los derechos y obligaciones de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio.

El Art. 1764 N° 1 no se aplica a la muerte presunta ya que ella está tratada en la causal N° 2. Tampoco se aplica el Art. 1764 N° 1 a la declaración de nulidad del matrimonio ya que ésta no disuelve la sociedad conyugal por cuanto se reputa no haber existido jamás el matrimonio toda vez que el efecto de la nulidad del matrimonio es retrotraer a las partes al estado en que se encontraban antes de contraer el matrimonio.

2. Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges. Art. 1764 N° 2

- El Art. 84 inc. 1° señala que en virtud del decreto de posesión provisoria **quedará disuelta la sociedad conyugal** o terminará la participación en los gananciales según cual hubiera habido con el desaparecido. Importante: La dictación del decreto de posesión provisoria **no disuelve el matrimonio**. Tampoco disuelve el matrimonio la dictación del decreto que concede la posesión definitiva de los bienes a menos que concurren las circunstancias previstas en el Art. 43 de la LMC.

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);

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 artículo 81 número 7 del Código Civil, caso en el cual también se concederá de inmediato la posesión definitiva de los bienes del desaparecido);

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 artículo 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);

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 3 meses (artículo 81 número 8 del Código Civil);

Que haya transcurrido un año, desde el día presuntivo de la muerte, en el caso de un sismo o catástrofe que no apareciere dentro de 6 meses (artículo 81 número 9 del Código Civil)

Si bien la sociedad conyugal se disuelve una vez que se dicta el decreto de posesión provisoria, la sociedad **se reputará disuelta realmente el día fijado por el juez como día presuntivo de la muerte**, esto es el primer día del último bienio contado desde la fecha de las últimas noticias por regla general.

- 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. **El patrimonio que se liquida no es el que existe al momento de la disolución, sino el existente al declararse la muerte presunta** (art. 85 del CC).

Así, por ejemplo, si desaparece una persona y las últimas noticias de su paradero se tienen el día 20 de septiembre de 1987, el tribunal debe declarar como día presuntivo de la muerte el 20 de septiembre de 1989, pero el decreto de posesión provisoria no podrá ser anterior al 20 de septiembre de 1992 (salvo las excepciones ya mencionadas), pues en esa fecha se cumplen los 5 años desde las últimas noticias. De manera que si con posterioridad al 20 de septiembre de 1989 el otro cónyuge hubiere comprado un bien, no entrará en la liquidación, pues se trata de un bien propio suyo.

- Si se dicta el decreto de posesión provisoria y el desaparecido reaparece:

I) A juicio de Pablo Rodríguez **jamás se restaura la sociedad conyugal**, ello fundado el Art. 165 N° 1, en el sentido que producida la separación de bienes ella es irrevocable.

II) Rossel: estima que si el desaparecido reaparece antes de que se dicte el decreto de posesión definitiva **debe reanudarse la sociedad conyugal** por cuanto los efectos del decreto de posesión provisoria constituyen un estado transitorio.

3. Por la sentencia de separación judicial. Art. 1764 N° 3, primera parte.

El Art. 34 LMC establece que por la separación judicial termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere habido entre los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 147 del código civil.

En el evento de existir reconciliación entre los cónyuges no se renueva la sociedad conyugal ya que en esta materia se aplica el Art. 165 en relación con el Art. 178.

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 de bienes, lo que no ocurre en los dos casos anteriores, en los cuales una comunidad reemplaza a la sociedad conyugal.

4. Por la sentencia que declara la separación total de bienes. Art. 1764 N° 3 parte final.

En este sentido el Art.158 inc. 2 prescribe que una vez decretada la separación se procederá a la división de los gananciales y al pago de recompensas o al cálculo del crédito de participación en los gananciales según cual fuere el régimen a que se pone término.

Todos los autores están de acuerdo en que, en este caso, la disolución de la sociedad conyugal **se produce de pleno derecho, sin retroactividad**, tanto respecto de los cónyuges como de terceros —aunque éstos no conozcan la sentencia que decretó la separación— en el momento mismo en que ejecutoriada ella, se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial (art. 4°, N° 4°, de la Ley sobre Registro Civil), sin necesidad de que el juez la declare disuelta expresamente y aunque los cónyuges no procedan a su liquidación y continúen en indivisión

Si la separación es parcial continuará la sociedad sobre los bienes no comprendidos en ella. Art. 1764 N° 3 parte final.

5. Por la declaración de nulidad del matrimonio. Art. 1764 N° 4

Por regla general la nulidad del matrimonio no disuelve la sociedad conyugal ya que se reputa no haber existido jamás. El matrimonio simplemente nulo no origina sociedad conyugal

Esta causal se aplicará sólo cuando el matrimonio que se anula sea putativo, situación en la que subsistirá la sociedad conyugal mientras los cónyuges conserven la buena fe, y cuando cese ésta se disolverá la sociedad conyugal porque la ley entonces extingue sus efectos civiles y no antes.

6. Por el pacto de participación en los gananciales. Art. 1764 N° 5

En este sentido el Art. 1792-1 inc. 2 señala que los cónyuges podrán con sujeción a lo dispuesto en el Art. 1723 sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de participación en los gananciales.

7. Por el pacto de separación total de bienes. Art. 1764 N° 5.

El Art. 1723 inc 1 parte primera dispone que durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de participación en los gananciales o el de separación total de bienes. Una vez pactada la separación total de bienes ella no puede dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges, Art. 1723 inc. 2 parte final.

B) EFECTOS QUE PRODUCE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

1. Se genera entre los cónyuges o en su caso entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del desaparecido una **comunidad**, comunidad que tiene la particularidad de ser a **título universal ya que recae sobre la totalidad de un patrimonio**, con un activo y un pasivo.

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

En el activo de la comunidad se incluirán los siguientes bienes:

a) Todos los bienes sociales ya sea que formen parte del haber absoluto o del haber relativo.

b) Los bienes provenientes del patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal, salvo que ella hubiere renunciado a los gananciales.

c) Todos los frutos de los bienes que la mujer administre en conformidad a los Arts. 166 y 167, y todos los bienes que con ellos adquirió, salvo que la mujer hubiere renunciado a los gananciales.

Pasivo:

Todas las deudas sociales, incluidas las del patrimonio reservado de la mujer salvo que hubiere renunciado a los gananciales.

2. Cesará la administración ordinaria del marido pasando la comunidad a ser administrada por los comuneros conforme a las reglas generales de los Arts. 2305 y 2081; de ahí entonces la afirmación de que el marido vive como dueño y muere como socio.

A consecuencia de esto la mujer recuperará la administración de sus bienes propios y por último en el caso de existir administración extraordinaria esta cesará.

De lo señalado, se concluye que el 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 (artículo 892).

Por su parte, la mujer podrá enajenar libremente sus bienes propios, cuya administración ha recuperado.

3. Se fija el activo y pasivo de un modo irrevocable, sin perjuicio que el derecho de los cónyuges pueda alterarse por compras posteriores, Art. 1739 inc final. 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, en caso de duda el cónyuge adquirente deberá probar que el bien le pertenece sólo a él, atendida la presunción de dominio en favor de la sociedad conyugal, establecida en el último inciso del art. 1739, respecto de los bienes muebles que cualquiera de los cónyuges adquiera a título oneroso una vez disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación.

Si el bien se adquiere después de disuelta la sociedad conyugal, pero en virtud de un título anterior, tal bien ingresa a la masa común, por aplicación del principio establecido en el art. 1736, inc. 1°.

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

4. Cesa el derecho legal de goce sobre los bienes propios de cada cónyuge En este punto hay 2 aspectos importantes:

a) Los **frutos pendientes al tiempo de la restitución** y **todos los percibidos desde la disolución** de la sociedad pertenecerán al **dueño** de las respectivas especies, Art. 1772 inc. 1

b) Acrecen al haber social los frutos que de los bienes sociales se **perciban desde la disolución** de la sociedad, Art. 1772 inc. 2

Por ello, si la sociedad se disuelve un día 15 de agosto, por ejemplo, la renta de arriendo de un bien raíz propio de uno de los cónyuges se reparte de la forma siguiente: la correspondiente a los primeros quince días ingresa la masa común; la proveniente de los últimos quince días incrementa el haber del cónyuge dueño.

5. Deberá procederse a la liquidación de la sociedad conyugal.

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

7. Se incrementa de inmediato y de pleno derecho el derecho de prenda de la mujer con los gananciales (aumenta patrimonio de la mujer)

Y como efecto contrario, va a disminuir el patrimonio del marido ya que no es dueño de los bienes respecto de terceros.

Explicación (no lo dictó, apuntes):

El marido es dueño de los bienes frente a terceros, con la disolución se materializa el crédito de la mujer, los bienes son de ella, ya no administra el marido por tanto ya no es dueño (no se presume dueño frente a terceros), aumenta patrimonio de la mujer □ Derecho de prenda de los acreedores en más bienes y disminuye patrimonio del marido (salieron bienes)

8. Nace la acción de partición respecto de los cónyuges o de sus herederos.

VI RENUNCIA A LOS GANANCIALES

a) Definición

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.

La renuncia a los gananciales es un importante mecanismo que la ley ha previsto con la finalidad de proteger a la mujer frente a la administración que hace el marido de la sociedad conyugal. A este respecto la mujer o sus herederos mayores de edad pueden abdicar o renunciar a todos los derechos sobre los bienes de la sociedad conyugal a cambio de una absoluta irresponsabilidad en las deudas sociales.

El marido, atendido el fin que persigue esta institución, no puede renunciar a los gananciales ya que se estaría aprovechando de su propia negligencia; sin perjuicio de lo cual atendido a lo dispuesto en el Art. 12 c.c. el marido podría renunciar a sus derechos sobre los bienes sociales; lo que constituiría una donación del marido en favor de su mujer.

b) Oportunidad en que se puede renunciar a los gananciales

1. Puede hacerse en las capitulaciones matrimoniales, Art. 1719. 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).

2. La mujer puede renunciar a los gananciales una vez disuelta la sociedad conyugal, Art. 1781.

Si los herederos de la mujer fueren menores de edad requerirán de autorización judicial.

Para que la renuncia a los gananciales sea válida es necesario que no haya entrado en poder de la mujer ninguna parte del haber social a título de gananciales, Art. 1782 inc. 1. Ello se explica porque el hecho de recibir bienes a título de gananciales importa la aceptación de los gananciales. Por ello, porque ya se aceptaron, no se pueden renunciar.

c) Características:

1. Acto jurídico unilateral, no es un contrato. Requiere únicamente de la voluntad de la mujer o de sus herederos.

2. Si la renuncia se realiza antes del matrimonio **es solemne** ya que las capitulaciones matrimoniales también lo son.

Si la renuncia se realiza una vez disuelta la sociedad conyugal es **consensual**. Idealmente, la renuncia debiera constar en la escritura pública que contiene el pacto de separación total de bienes, o si fuere otra la causal de disolución, en escritura pública especialmente otorgada para estos efectos. De esta forma, se evitan las dificultades probatorias que pudieren ocasionarse ante una renuncia que no consta documentalmente.

3. En un acto jurídico puro y simple, se aplica a este respecto por analogía el Art. 1227, según el cual no se puede aceptar o repudiar condicionalmente ni hasta o desde cierto día. Alessandri estima que la mujer o sus herederos podrían ser obligados, a petición del marido, de sus herederos o de cualquier otro interesado a que manifiesten su voluntad de aceptar o repudiar.

4. Es irrevocable, es decir, una vez hecha la renuncia ella no puede rescindirse a menos de probarse que la mujer o sus herederos han renunciado a consecuencia de un engaño o de un error justificable acerca del verdadero estado de los negocios sociales, Art. 1782 inc. 2.

5. La renuncia que haga la mujer debe ser total; la que hagan sus herederos puede ser parcial y por lo tanto si solo una parte de los herederos de la mujer renuncian las porciones de los que renuncian acrecen a la porción del marido, Art. 1785.

6. Es un derecho irrenunciable, ya que se trata de normas de orden público.

7. Es un derecho absoluto que puede ejercerse sin necesidad de que la mujer o sus herederos motiven la actuación.

8. Debe ser hecha por persona capaz. El art. 1781 dispone que una vez disuelta la sociedad, la mujer o sus herederos mayores tendrán la facultad de renunciar los gananciales a los que tuvieron derecho.

9. Cuando la sociedad conyugal se disuelve por haber operado el pacto de separación de bienes establecido en el art. 1723, puede hacerse la renuncia en la misma escritura pública en que los cónyuges se separan de bienes.

d) Forma como se hace esta renuncia

La voluntad de la mujer puede expresarse por cualquier medio, es decir, puede expresarse en forma expresa o tácita.

Renunciará tácitamente, por ejemplo, cuando no han entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales, Art. 1782 inc. 1. Ej: la mujer después de disuelta la sociedad conyugal, enajena un bien que era parte de su patrimonio reservado, no obstante que con motivo de la disolución tal bien debe ingresar a la masa común. Por ello, si lo enajena ella sola, con esa conducta está manifestando su voluntad de que el bien no entre a los gananciales, lo que implica renunciarlos. Cuando hay bienes raíces, lo corriente será que la mujer haga la renuncia en forma expresa, en escritura pública, que anotará en el registro de

Propiedad del Conservatorio de Bienes Raíces, al margen de la inscripción de dominio. No es necesario practicar una nueva inscripción del bien a nombre de la mujer, por cuanto el acto de renuncia no constituye un título nuevo.

En principio el silencio de la mujer implica que ella acepta los gananciales, por cuanto esta es la regla general, sin embargo en esta situación se entenderá que **la mujer acepta con beneficio de inventario**, Art. 1767.

e) Efectos de la renuncia a los gananciales:

1. Cuando la renuncia se produce antes del matrimonio: de todos modos habrá sociedad conyugal y por lo tanto los frutos de los bienes propios de la mujer ingresarán a la sociedad conyugal.

2. La mujer pierde todo derecho a los bienes que comprenden los gananciales y por lo tanto los derechos de la sociedad y del marido se confunden e identifican aún respecto de ella, Art. 1783.

Recordemos que durante la vigencia de la sociedad esta identificación era sólo respecto de terceros, Arts. 1749 inc. 1 y 1750.

3. En el caso de que hubiere existido patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal, los bienes le pertenecerán a ella exclusivamente, no ingresarán a los gananciales. Art. 150 inc 7

4. Si la mujer administraba separadamente de su marido ciertos bienes de acuerdo con los Arts. 166 y 167, los frutos que de ellos hayan provenido le pertenecerán a ella exclusivamente.

5. No obstante la renuncia a los gananciales la mujer conserva sus derechos y obligaciones sobre las recompensas e indemnizaciones a que haya lugar, Art. 1784. Es decir, 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:

- de sus deudas personales;
- de las deudas que afecten sus bienes reservados; y
- de las recompensas que adeude a la sociedad o al marido.

f) Rescisión de la Renuncia. Art. 1728 incs. 2 y 3

a) Causales:

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 error 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.

e) si la renuncia a los gananciales es en fraude a los derechos de los acreedores, éstos podrán impugnar la renuncia ejerciendo la acción pauliana o revocatoria .Art. 2468

b) Plazos:

a) Dolo o Error: 4 años contados desde la disolución de la sociedad, Art.1782 inc. 3. Apunta Rossel que tal plazo es curioso, pues la renuncia puede hacerse mucho después de la disolución de la sociedad. 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.

b) Fuerza: podrá impugnarse dentro de 4 años contados desde que ha cesado la violencia

c) Acción Pauliana: el plazo es de 1 año contado desde la renuncia, Art. 2468 inc. 3

G. Aceptación de los gananciales

Conforme al art. 1767, la mujer que no haya renunciado a los gananciales, se entenderá que los acepta con beneficio de inventario. 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 reglas:

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 menor o incapaz por otra causa, 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 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).

e) 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".

f) La aceptación de los gananciales es irrevocable: salvo que adoleciere de un vicio de la voluntad.

VII LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

A. Definición

Pablo Rodríguez: la define como un proceso complejo destinado a fijar los derechos de cada uno de los cónyuges o de sus herederos asignándoles los bienes que les correspondan en razón de las recompensas y de los gananciales.

Manuel Somarriva: señala que se trata del conjunto de operaciones que tiene por objeto establecer si existen o no gananciales y en caso afirmativo partirlos por mitades 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.

Comprende el conjunto de operaciones destinadas a tres objetivos:

- * separar los bienes de los cónyuges y de la sociedad;
- * dividir las utilidades llamadas gananciales; y
- * reglamentar el pago de las deudas.

Una vez disuelta la sociedad conyugal por el solo ministerio de la ley se forma una comunidad de bienes, que luego será necesario partirla y para estos efectos el Art. 1776 señala que la división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.

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. Así lo resolvió la Corte Suprema. Tampoco se procederá a liquidar la sociedad conyugal, si la mujer o sus herederos renuncian a los gananciales.

B. Oportunidad

La ley no obliga a efectuar una inmediata liquidación, es decir se puede

permanecer en estado de indivisión todo el tiempo que se desee sin perjuicio del derecho del comunero a pedir la división del haber común. Art. 1317.

Lo más óptimo es proceder a la liquidación lo antes posible a fin de evitar problemas de carácter patrimonial

C. Operaciones que comprende la liquidación de la sociedad conyugal

1. La facción de un inventario y tasación

2. Debe determinarse cuál es la masa partible, que es lo que se va a dividir, que bienes forman la comunidad, y ello tiene distintas etapas:

- a) Formación de un acervo común de bienes
- b) Dedución o retiro de los bienes propios de cada cónyuge o formación de un acervo líquido.
- c) Liquidación y pago de las recompensas
- d) Y en cuarto lugar la deducción del pasivo que puede hacerse en este momento o más adelante.

3. División del activo

4. División del pasivo, siempre que no se haya hecho en la segunda etapa cuarta fase

5. Adjudicación de los bienes.

1. Facción inventario solemne:

El Artículo 1765 dispone que disuelta la sociedad, se procederá **inmediatamente** a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte

A. Oportunidad:

El artículo 1765 habla de "inmediatamente" no obstante lo cual no fija un plazo cierto. Los autores están de acuerdo en que el espíritu del legislador es que esto se lleve a cabo en el menor tiempo posible según las circunstancias del caso. No existe una sanción especial a este respecto.

B. Que bienes deben inventariarse:

1. Bienes Sociales.
2. Bienes propios de cada cónyuge.
3. Bienes reservados salvo que la mujer o sus herederos hayan renunciado a

los gananciales.

4. Los **frutos** de los bienes que la mujer administre separadamente (166 y 167), salvo que ella o sus herederos hayan renunciado a los gananciales.

5. Los bienes que al tiempo de disolverse la sociedad conyugal se encontraban en poder del marido o de la mujer.

C. Forma en que se practica el inventario:

1) Artículo 1765 se remite en esta materia a las normas sobre sucesión por causa de muerte y en particular al artículo 1225 Código Civil, este último a su vez se remite a las normas sobre tutores y curadores; Arts.382 y siguientes.

- Dice el 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".

- El art. 384 agrega que "Debe comprender el inventario aun las cosas que no fueren propias de la persona cuya hacienda se inventaría, si se encontraren entre las que lo son; y la responsabilidad del tutor o curador se extenderá a las unas como a las otras".

- **El hecho de señalar bienes en el inventario no constituye prueba de su dominio.** Así lo consigna el art. 385.

- Finalmente, si con posterioridad a la confección del inventario aparecieren nuevos bienes, se debe hacer un nuevo inventario (art. 383).

2) El inventario puede ser simple o solemne.

Es inventario solemne el que se hace, previo decreto judicial, por el funcionario competente y cumpliendo con las solemnidades previstas en la ley. Art. 858 c. p. c.

3) Distinguimos según la condición de los partícipes de la sociedad que se liquidará:

a) Si hay cónyuge o herederos menores, dementes u otras personas inhábiles:

deberá hacerse inventario y tasación 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, 2º). Pablo Rodríguez: a su juicio estamos frente a una acción ordinaria de perjuicios y, por tanto, prescribe en el plazo de 5 años.

b) Si los partícipes de la liquidación son capaces, no es necesario hacer inventario y tasación 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, 1º). Es decir, será inoponible.

- La sanción de inoponibilidad establecida en el inc. 1º del art. 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 resulta útil la facción de inventario solemne para que la mujer pueda probar y gozar del beneficio de emolumento (1777 inc 2).

- A juicio de Ramón Domínguez Águila no es aplicable el Art. 1776 cuando durante el matrimonio se pactó separación total de bienes ello porque el Art. 1723, que regula la Separación Total de Bienes, exige que este pacto se otorgue por escritura pública con lo cual se cumple con la solemnidad que exige el Art. 1766.

4) 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.

D. Forma de practicar la tasación.

1. Artículo 1765 se remite a las normas sobre sucesión por causa de muerte y en este caso en particular al Art. 1335 según el cual la tasación se hará por peritos salvo que los consignatarios legitima y unánimemente hayan convenido en otro valor para los bienes, o en que se liciten las especies, en los casos previstos por la ley. Cuando la ley se refiere a "legítimamente" lo que está exigiendo es que entre los coasignatarios no existen incapaces.

2. No obstante lo anterior **el Art. 657 c.p.c. modificó el Art. 1335 del Código Civil, ya que no se requiere de tasación solemne aun cuando entre los interesados haya incapaces cuando se cumplan con los requisitos que establece el art.**

Artículo 657 c. p .c Podrá, sin embargo, omitirse la tasación por peritos si el valor de los bienes se fija por acuerdo unánime de las partes, o de sus representantes, aun cuando haya entre aquéllas incapaces en los siguientes casos:

- a) Que en los autos haya **antecedentes que justifiquen** la apreciación hecha por las partes. 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." 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.
- b) Que se trate de Bienes Muebles, o

- c) Que se trate de fijar un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños. Es decir, se venderán en pública subasta

3) De acuerdo con el Art. 1766 tienen un valor probatorio distinto la tasación simple de la solemne.
Art. 1766 inc 1

4) De acuerdo con el Art. 1766 inciso 2 si se omite la tasación solemne a quien ello sea imputable responderá de los perjuicios cuando entre los coasignatarios haya incapaces o personas que no pueden administrar libremente sus bienes.

Tasación solemne: regulada en los Arts.895 y siguientes c.p.c.

E. Distracción u ocultación dolosa de los bienes sociales.

El Artículo 1768 señala que aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada.

Aspectos importantes:

1. Qué entendemos por distracción:

Los autores señalan que se trata del caso en que se sustrae un Bien Social para apropiarlo en forma exclusiva y en perjuicio de sus acreedores, herederos o cónyuge

2. Que entendemos por ocultamiento

Con el objeto de perjudicar el cónyuge esconde o hace desaparecer un bien social o silencia o niega su existencia no obstante que lo conoce o lo tiene en su poder.

3. Cuál es la sanción que contempla el artículo 1768 c. c.

1. Arturo Alessandri: Estima que ella consiste en que debe restituirse la cosa distraída u ocultada mas su valor en dinero. (Postura con más adeptos). Ejemplo: el marido oculta 100 acciones del Banco de Chile con un valor de \$ 3.500 cada una. La sanción sería que dicho cónyuge pierde su derecho a las acciones y está obligado a restituirlas dobladas, es decir, la acción más su valor, esto es. \$3.500.

2. Amunategui: Señalaba que solo se pierde la porción que correspondía al cónyuge culpable.

3. Pablo Rodríguez: Señala que la especie distraída u ocultada será de dominio del cónyuge inocente y el culpable debe integrar a la comunidad el valor de la misma doblada.

Que pasa con las normas sobre Prescripción en este delito civil del Art., 1768:

- Arturo Alessandri : estima que se aplica la regla general del Art. 2515 del Código Civil y por lo tanto la acción prescribirá en **5 años contados desde la distracción u ocultamiento.**

- Somarriva y Pablo Rodríguez : estiman que estamos en presencia un hecho

ilícito y por ende hay que aplicar las normas sobre responsabilidad extracontractual y especialmente el artículo 2332, por lo tanto el plazo sería **de 4 años contados desde la perpetración del acto.**

2. Determinación de la masa partible.

a) Formación del acervo bruto o común de bienes:

- 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 y de los se adquieran entre ese momento y su liquidación.
- También se va formar un cuerpo común de frutos que incluye aquellos que provengan de los bienes ya señalados y también los provenientes de los bienes que la mujer administraba separadamente de acuerdo con los artículos 166 y 167.
- Asimismo se acumularán imaginariamente, o sea en valores al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad por vía de recompensa o indemnización (1769 c. c).
- La acumulación procede aunque ambos cónyuges adeuden recompensas a la sociedad. No cabe compensar entre ellos las recompensas y acumular sólo el saldo.

b) Segunda operación: Deducir los bienes propios: Hay que "pulir" el acervo ilíquido

y formar un acervo líquido.

Formado el acervo bruto de acuerdo con las operaciones anteriores, es necesario transformarlo en un acervo líquido para lo cual cada uno de los cónyuges o sus herederos tendrá derecho a deducir del acervo bruto las siguientes clases de bienes que están referidas en el Art. 1770 inc 1:

1) Las especies o cuerpos ciertos que le pertenecen: Se trata de bienes propios, no bienes que se tenían en copropiedad con el otro cónyuge.

* Aspectos importantes:

a. El retiro lo hace cada cónyuge a título de dueño ya que se trata de bienes propios, y este retiro se hace materialmente.

b. Los bienes se retiran en el estado en que se encuentran aplicándose los artículos 1746 y 1771 respecto de los aumentos o deterioros de la cosa.

- 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, inciso 1º).

- Pero por los aumentos que se deban a la industria humana (es decir, por mejoras), se deberá recompensa a la sociedad (art. 1746).

c. Deben restituirse los bienes con sus frutos pendientes al tiempo de su restitución y también los frutos percibidos desde el momento de la disolución (1772 inc 1).

d. ¿En qué plazo se restituyen? Tan pronto como fuere posible después de la terminación del inventario y del avalúo. (1770 inc 2 primera parte).

e. Por regla general los bienes se restituyen al cónyuge propietario, pero por excepción en dos casos se restituye al cónyuge no propietario:

a) Si el cónyuge sobreviviente y no propietario era heredero del cónyuge difunto.

b) Si los bienes sociales son insuficientes para pagar el haber de la mujer, es decir para que ella efectúe sus deducciones; en esta situación la mujer podrá dirigirse contra los bienes propios del marido que sean elegidos de común acuerdo o por el juez en subsidio.

2) Los precios, saldos, y recompensas que constituyen el resto de su haber. 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.

* Aspectos importantes respecto del retiro de precios, saldos y recompensas:

a. Estos retiros los hace el cónyuge a título de acreedor de la sociedad conyugal.

b. Estos retiros se hacen efectivo pagándose directamente con bienes sociales siguiendo el siguiente orden: Primero dinero y bienes muebles y subsidiariamente bienes inmuebles (1773 inc. 1).

- Lo que se viene diciendo constituye una excepción a las reglas generales, puesto que lo normal es que el acreedor persiga su crédito en los bienes del deudor, exigiendo se vendan en pública subasta para pagarse con su producido (art. 2469). La excepción se explica por varias razones:

a) porque el acreedor es también comunero en el bien;

b) porque de esa forma se evita la venta de bienes que a los cónyuges puede interesar conservar, y

c) se evita una venta que puede ser inconveniente y que además causaría gastos.

- Este derecho de los cónyuges a cobrarse directamente en los bienes sociales, puede ser renunciado, exigiendo se vendan los bienes sociales para pagarse con el producido del remate, según las reglas generales. También, pueden ellos acordar que no se respete el orden de prelación que indica el art. 1773.

c. Cuando el retiro se hace efectivo sobre bienes sociales estaremos en presencia de una **adjudicación ya que el pago se hace efectivo con bienes que pertenecen a ambos cónyuges en condominio.**

Si no hubiere bienes suficientes entonces la recompensa se pagará con los bienes propios del marido y entonces habrá una **dación en pago**.

d. Sólo puede hacerla el cónyuge cuando se le adeuda un precio, saldo o recompensa proveniente de la indivisión. De modo que los créditos extraños a la indivisión, como los que los herederos pudieren tener entre sí por otras razones, no autorizan esta deducción.

. Plazo: Estos retiros deberán efectuarse **dentro de un año** contado desde la fecha en que se haya terminado de efectuar el inventario y tasación. Puede el juez ampliar o restringir este plazo a petición de los interesados previo conocimiento de causa. (1770 inciso 2).

Derechos especiales de la mujer:

a) La mujer hará antes que el marido los retiros y deducciones a que nos hemos referido en lo precedente (1773). Por lo tanto, el marido cobrará su saldo de recompensa una vez que la mujer se haya pagado.

b) No siendo suficiente los bienes de la sociedad la mujer podrá hacer las deducciones que le correspondan sobre los bienes del marido elegidos de común acuerdo o por el juez en subsidio. (1773 inc. 2). **Habrà una dación en pago y el título será entonces traslativo y no declarativo de dominio.**

c) La mujer goza de un crédito privilegiado de la cuarta clase. (2481 N° 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.

c) Tercera operación: Liquidación y pago de las recompensas:

En el caso que la sociedad deba recompensas a los cónyuges o éstos a aquella contablemente va a existir entre ambos una verdadera "cuenta corriente" que será necesario liquidar de la siguiente manera:

1. Si practicada la liquidación resulta un saldo favorable para el cónyuge este hará la respectiva deducción de acuerdo con las reglas vistas (1770- 1773).

2. Si efectuada la liquidación de la "cuenta corriente" ella arroja un saldo contra el cónyuge (es decir a favor de la sociedad) este valor se acumulará imaginariamente al haber social (1769).

d) Cuarta operación: Deducción del pasivo común:

- Del acervo líquido podrá deducirse (no necesariamente pagarse pudiendo, si así lo desean, prescindir del pasivo y repartir sólo el activo) el pasivo social con lo

cual se determinará si existen o no ganancias y, en consecuencia, si la sociedad es o no solvente.

- Si en este momento se hace la deducción del pasivo el partidor no lo hace materialmente (no pagará en este momento), lo hará contablemente; abre una cuenta en el balance que se llama "hijuela pagadora de cuentas" , lo hará según las reglas de la sucesión por causa de muerte. Arts.1336 y 1286. 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.

- 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.

- De acuerdo con las normas sobre sucesión por causa de muerte los cónyuges podrán acordar la forma en cómo se van a repartir las deudas, acuerdos que son inoponible a los acreedores a menos que ellos acepten.

3. División del activo o de los gananciales.

Arturo Alessandri define los gananciales como el residuo que queda después de que los cónyuges han sacado sus bienes propios y los saldos, precios y recompensas que constituyen el resto de su haber y han pagado el pasivo común o separado los bienes necesarios para hacerlo.

La Regla General la da el Art. 1774 según el cual ejecutadas las antedichas deducciones, el residuo se dividirá por mitad entre los dos cónyuge. Esta regla general tiene algunas excepciones:

1. Cuando ha existido distracción u ocultación dolosa de bienes sociales. Art. 1768
2. Cuando la mujer o sus herederos mayores de edad han renunciado a los gananciales (1785).
3. Cuando en las capitulaciones matrimoniales se ha pactado una división distinta. A juicio de Fernando Fueyo esta estipulación es válida aplicando un criterio a fortiori, es decir si en las capitulaciones matrimoniales puede renunciar a los gananciales (lo más) podrá también pactar una forma de división distinto (lo menos)
Hernán Corral refuta esta interpretación ya que a su juicio el artículo 1774 es una norma de orden público, de manera que su interpretación debe ser restrictiva no quedando al arbitrio de los cónyuges. Pablo Rodríguez adhiere a esta última.
4. Si uno o más herederos de la mujer renuncian a la porción de los gananciales que le corresponden a ella, caso en el cual dicha porción acrecerá al marido. (1773).

4. División del pasivo:

Si el pasivo no hubiere sido pagado, debe también dividirse entre los cónyuges de conformidad a las siguientes reglas:

A. Obligación a las deudas:

1. Respecto del marido: El marido es el responsable del total de las deudas de la sociedad, salvo su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de esas deudas, conforme con el Art.1777 (1778). Esta regla tiene las siguientes excepciones:

+ Las deudas personales de la mujer pueden perseguirse en los bienes propios de ésta;

+ 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.

+ La obligación caucionada con hipoteca o prenda, se hará efectiva en contra del cónyuge adjudicatario del bien gravado (art. 1779).

2. Respecto de la mujer: La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales. (1777 inc 1). Ella está obligada frente a terceros exclusivamente hasta lo que recibió a título de gananciales. De manera que demandada la mujer por una deuda social, puede oponer al acreedor el beneficio de emolumento y defenderse alegando que ella no responde de la deuda sino hasta el monto de lo que recibió a título de gananciales.

TÍTULOS EJECUTIVOS EN CONTRA DEI. MARIDO. En el caso que la deuda contraída por el marido constare de un título ejecutivo, una letra de cambio o pagaré firmado por el Marido ante notario, cabe preguntarse si este título puede hacerse efectivo contra de la mujer una vez disuelta la Sociedad Conyugal. Ramos Pazos opinión ello no es posible, pues una cosa es la obligación o responsabilidad al pago de una deuda y otra distinta es la vía para hacer efectiva tal responsabilidad. Disuelta la sociedad conyugal, la mujer puede ser demandada por su cuota o parte en la deuda (art. 1777 inc . 1º), pero no se le puede perseguir ejecutivamente. Si existe un título ejecutivo en contra del marido. disuelta la sociedad conyugal no se puede proceder ejecutivamente en contra de la mujer porque del título mismo no aparece que esa mujer sea la cónyuge de la persona que figura en el título, ni tampoco que tal matrimonio se encuentra disuelto. Los títulos ejecutivos en contra de una persona no pueden hacerse valer en contra de otra, porque por si mismos no son suficientes para autorizar el procedimiento de ejecución y por otra parte. no es admisible la "yuxtaposición de títulos" (que se junten dos instrumentos para configurar un título ejecutivo). El único caso en que la ley admite que un título ejecutivo se puede hacer valer en contra de una persona diferente es el del art. 1377. Y realmente tampoco es excepción, porque los herederos representan al causante

B. Contribución a las deudas:

Consiste en determinar en definitiva en qué medida va a soportar cada cónyuge la deuda social.

Regla General: La regla general es que **cada cónyuge deberá soportar la mitad**

de las deudas sociales, lo que se desprende de conjugar los artículos 1777 y 1778.

Esta regla general tiene 3 excepciones:

- 1) Los cónyuges acuerdan un reparto diferente. Ello es pertinente en la especie por aplicación de las normas sobre sucesión por causa de muerte, Arts. 1340 y 1359 en relación con el artículo 1776. El acreedor no está obligado a respetar la división que los cónyuges hagan de las deudas sociales, porque la liquidación de la sociedad conyugal no es un modo de extinguir las obligaciones ni supone una especie de novación por cambio de deudor
- 2) Cuando se trate de la deuda personal de un cónyuge. Cuando la sociedad paga una deuda personal de uno de los cónyuges, tiene un derecho de recompensa en contra de ese cónyuge, para que de esa forma soporte en definitiva el pago total.
- 3) Por el beneficio de emolumento.

Beneficio de emolumento: Art. 1777

a) Definición:

Es la facultad que tiene la mujer o sus herederos para limitar su obligación y/o contribución a las deudas de la sociedad hasta concurrencia de su mitad de gananciales, es decir hasta la mitad del provecho o emolumento que obtuvo de la sociedad.

Aun cuando tiene reglas diferentes en su concepción es similar al beneficio de inventario, en cuanto a que ambos institutos tienen por objeto limitar la responsabilidad, del heredero en el beneficio de inventario y de la mujer en el del beneficio de emolumento

b) Fundamento:

El beneficio de emolumento es una contrapartida al derecho que tiene el marido de administrar la sociedad conyugal la mujer **no puede a través de una capitulación matrimonial renunciar al beneficio de emolumento** (1717) aunque sí puede efectuar esta renuncia una vez disuelta la sociedad conyugal.

c) Procedencia de este beneficio: (1777 inciso 2).

Para hacer uso de este derecho bastará que la mujer pruebe el exceso que se le cobra, esto es que la deuda excede a su mitad de gananciales, para ello la mujer utilizará el inventario o la tasación u otros documentos auténticos. La prueba sólo puede consistir en instrumentos públicos —ése es el significado de documentos auténticos, según el art. 1699—, de manera que no es admisible ni la prueba de testigos ni instrumentos privados, salvo el inventario privado, pero sólo respecto del acreedor que lo aprobó y firmó (art. 1766). Ha dicho la jurisprudencia que: "al no probar la demandada (mujer), de una manera que empezca al actor, el exceso de la contribución a que alude el art. 1777 del Código Civil, debe responder por el total de la obligación materia de la demanda"

d) A quien se opone el beneficio.

1. A un acreedor de la sociedad, jamás a un acreedor personal de la mujer.

2. Se puede oponer también al marido; por vía de acción o de excepción.

- En el primer caso se ejercerá por vía de acción cuando la mujer haya pagado una deuda social que exceda su mitad de gananciales

- Será oponible por vía de excepción cuando el marido haya pagado la deuda social y él exija por vía de reembolso más de la mitad de sus gananciales.

e) ¿Que se entiende por mitad de gananciales?

Lo importante en este punto es tener claro que la mujer no responde con los bienes adjudicados en su mitad de gananciales, por el contrario ella responderá **con todos sus bienes pero limitado al valor que en la partición se le asignó a su mitad de gananciales.**

Alessandri da como ejemplo que si la mujer recibió mil pesos como mitad de gananciales, responde hasta por mil pesos, aunque los bienes con que se le enteraron valgan, al tiempo de la demanda del acreedor, quinientos o dos mil pesos

C. Obligaciones Prendarias e Hipotecarias. (1779-1526 N° 1).

Aquel de los cónyuges que, por el efecto de una hipoteca o prenda constituida sobre una especie que le ha cabido en la división de la masa social, paga una deuda de la sociedad, tendrá acción contra el otro cónyuge para el reintegro de la mitad de lo que pagare; y pagando una deuda del otro cónyuge, tendrá acción contra él para el reintegro de todo lo que pagare.

El Art. 1779 tiene su razón de ser en que la prenda e hipoteca son indivisibles y por lo tanto el acreedor va a demandar por el total a aquel de los cónyuges a quien se haya adjudicado el bien hipotecado o empeñado.

Si la deuda es social □ cónyuge se dirige por la mitad.

Si era personal □ el cónyuge podrá dirigirse por el reintegro del total.

VII. Patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal. Art. 150 c. c

Algunos autores tratan esta materia bajo el título de "régimenes anexos a la sociedad conyugal.", refiriéndose así a 3 tipos de situaciones diversas pero que giran en función de la sociedad conyugal o que suponen su existencia., dentro de estas tres situaciones estos autores incluyen los casos de los artículos 150, 166 y 167 c. c; estos dos últimos nosotros lo vamos a estudiar al tiempo de analizar el régimen de separación de bienes.

1. Generalidades.

A. Antecedentes:

Esta institución no se encontraba en el Código Civil al tiempo en que éste entró en vigencia, se incorporó al código luego de una ley francesa de 1907, se incorporó por el Decreto Ley 328 de 1925.

Luego de un trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se

modificó el patrimonio reservado a través de la ley 5521 del año 1934 y luego tuvo una modificación importante con la ley 18.802 del año 1989.

El patrimonio que la mujer forma en tales condiciones se denomina "patrimonio reservado". Esta expresión es más general que la de "peculio profesional o industrial", 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.

B. Definición:

1. Pablo Rodríguez: Conjunto de bienes que la mujer obtiene con el fruto de su trabajo separado del marido y los bienes que con ellos adquiere todos los cuales se presumen pertenecerles exclusivamente durante la sociedad conyugal sin perjuicio de incorporarse al activo de este si la mujer no renuncia a los gananciales.

2. A. Alessandri: Son bienes reservados los que la mujer obtiene con su trabajo separado del marido y lo que con ellos adquiere.

C. Características:

a) Forman un patrimonio especial con un activo y con un pasivo, un administrador y con un destino específico establecido en la ley.

b) Son bienes sociales porque provienen del trabajo de uno de los cónyuges (1725 Nº 1) ; no obstante lo cual se sustraen de la administración del marido por cuanto son administrados por la mujer . La mayor prueba de que son sociales está en que a la disolución de la sociedad conyugal ingresan a la masa de gananciales, a menos que la mujer o sus herederos renuncien a los gananciales.

c) El patrimonio reservado opera de pleno derecho por la sola circunstancia de reunirse las exigencias que la ley establece, siempre que los cónyuges estén casados en sociedad conyugal.

d) Es una institución de orden público; por ello el Art. 150 inciso 2 utiliza la expresión "no obstante cualquier estipulación en contrario"

e) Es una protección que la ley confiere a la mujer que trabaja y por lo tanto solo le corresponde a ella jamás al marido.

f) Origina separación legal y parcial de bienes.

g) El patrimonio reservado lo tiene cualquier mujer aun cuando sea incapaz.

h) 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.

2. Requisitos:

1. Que la mujer ejecute un trabajo remunerado:

La única fuente de los bienes reservados es el trabajo de la mujer, en otras palabras, si la mujer adquiere bienes de otra fuente por ejemplo de una herencia

o legado esos bienes no ingresarán al patrimonio reservado. Es decir cuando la ley se refiere al empleo, profesión, industria u oficio se está colocando en el supuesto de que la mujer desarrolle una actividad económica. Las labores domésticas que haga en el hogar o los servicios de beneficencia que realice no van a generar bienes reservados. Cualquier trabajo remunerado, permanente, accidental, industrial, agrícola, comercial, profesional, lícito o ilícito, público o privado, es fuente de bienes reservados.

Si bien la ley expresamente no se refiere al trabajo remunerado, ello se infiere del Art. 150 inc 2 al decir "y de lo que en ellos obtenga ". Lo importante entonces es que debe existir una relación causal al distinguir entre la remuneración que se obtenga y el trabajo que se desarrolla.

2. El trabajo debe ejecutarse durante el matrimonio:

Es decir será necesario determinar el momento en que la **mujer preste el servicio**, no en el cual recibió la remuneración. De esta manera, entonces, si una mujer soltera realizó un trabajo o prestó un servicio la remuneración que de ello obtenga no ingresará al patrimonio reservado, sino que seguirán la suerte que les corresponda de acuerdo al derecho común.

No altera lo anterior la circunstancia de que la mujer trabaje un tiempo y luego deje de hacerlo, el hecho de que la mujer deje de trabajar no implica de que a su vez termine este patrimonio reservado, ella continuará administrándolo. Lo anterior se desprende del artículo 150 inciso 4 parte final: "que ejerce o ha ejercido". Es corriente que la mujer trabaje algunos años después de casada y en seguida jubile o se retire a las labores propias de su hogar.

3. Este trabajo debe realizarlo la mujer separada de su marido:

Entonces hay que determinar si ha habido o no colaboración del marido a la mujer, en otras palabras, si ha habido ayuda directa o indirecta entre ambos. Lo que importa es si hay o no colaboración y ayuda directa, personal y privada entre ellos. Si la mujer se limita a ayudar al marido en virtud del deber de asistencia que le impone el art. 131 del C.C., prestándole cooperación en las labores agrícolas, industriales, comerciales o profesionales, si, por ejemplo, atiende el negocio conjuntamente con el marido, despacha a los clientes cuando éste no puede hacerlo, le ayuda a contestar sus cartas, le dactilografía sus escritos o trabaja en colaboración con su marido, como si ambos escriben una obra en común, o si, teniendo una misma profesión, la ejercen de consuno, no cabe aplicar el art. 150: los bienes que adquiere quedarán sometidos a la administración del marido, de acuerdo con el derecho común (arts. 1725, Nº 1, y 1749). Lo mismo sucederá si es el marido quien coopera en idéntica forma a la industria, comercio o profesión de la mujer. Pero si la mujer no es colaboradora del marido o viceversa, hay trabajo separado y bienes reservados.

Carece de importancia que el marido y a mujer realicen un mismo giro o actividad, tampoco importa si reciben una misma o única remuneración o ella sea dividida o separada.(por ejemplo trabajan en el mismo lugar y se les hace un mismo cheque) En definitiva, éste es un requisito complejo que tendrá que ser ponderado en cada caso por los tribunales

4. Debe existir sociedad conyugal.

3. Activo del patrimonio reservado. Bienes que lo integran.

1. Bienes provenientes del trabajo de la mujer.

En términos generales se trata de utilidades que obtenga la mujer en la explotación de un negocio cualquiera. 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.

2. Los bienes que la mujer adquiere con el producto de su trabajo.

Se incluyen los bienes muebles o inmuebles, corporales e incorporales, se incluyen las indemnizaciones que la mujer perciba por los daños que se irroguen a esos bienes y también indemnizaciones que provengan de la expropiación de dichos bienes.

Así, por ejemplo, si con su trabajo la mujer compra un departamento, ese departamento es un bien

reservado, **aunque en la escritura de compra no se haga la referencia que contempla la parte final del inc. 4° del art. 150**, que tiene una finalidad puramente probatoria

3. Frutos que provengan de los bienes producto del trabajo y de los bienes adquiridos con esos productos. Se incluyen tanto los frutos civiles como los naturales.

4. Bienes que se adquieran con los precios obtenidos en la venta de los bienes que forman parte del patrimonio reservado y los precios mismos.

4. Pasivo del Patrimonio Reservado:

Hablar del pasivo de los bienes reservados es lo mismo que decir qué deudas se pueden hacer efectivas en este patrimonio

1. Deudas de la mujer que se ejecutan en el patrimonio reservado:

a) Aquellas provenientes de los actos y contratos que la mujer ejecute dentro de su patrimonio reservado. **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

b) Aquellas obligaciones que provengan de actos y contratos ejecutados por la mujer aunque ella haya actuado fuera del patrimonio reservado. Así se desprende artículo 137 inciso 1 según el cual los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal, sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167.

De manera que si, por ejemplo, la mujer compra un automóvil y se obliga a pagar su precio a plazo, quien se lo vende puede hacer efectivo su crédito en sus bienes reservados, aunque la mujer no haya comprado el automóvil con el producto de su

trabajo.

c) Se incluyen también aquellas deudas provenientes de actos y contratos celebrados por la mujer respecto de un bien propio, siempre que la mujer haya actuado previa autorización de la justicia frente a una negativa injustificada del marido (138 bis).

d.) Aquellas obligaciones que han sido contraídas por el marido cuando se pruebe que el acto o contrato por él realizado ha cedido en utilidad de la mujer o de la familia común. (150 inc, 6 parte final).

2. Deudas de la mujer que se ejecutan en el patrimonio reservado y en otros patrimonios. (150 inciso 5.)

a) Los actos o contratos celebrados por la mujer en esta administración separada, obligaran los bienes comprendidos en ella y los que administrare con arreglo a las disposiciones de los artículos 166 y 167.

b) Caso en que los bienes del marido responden de las deudas contraídas por la mujer en su patrimonio reservado (161 inciso 2 y 3):

1) Cuando el marido accede como fiador o de otro modo a las obligaciones contraídas por la mujer.

2) Cuando el marido ha reportado un beneficio de las obligaciones contraídas comprendiéndose en este beneficio el de la familia común, en la parte en que de derecho haya él debido proveer a las necesidades de ésta.

3. Obligaciones personales de la mujer:

La Regla General del pasivo del patrimonio reservado es que se ejecutan en él las deudas contraídas en ejercicio del patrimonio reservado.

Pero que ocurre con las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio, con aquellas que provienen de un delito o cuasidelito en que la mujer ha incurrido o que haya contraído respecto de sus bienes propios previa autorización del juez por negativa injustificada del marido.

¿Estas obligaciones personales pueden satisfacerse (pagarse) con bienes que forman parte del patrimonio reservado?

- Antes de la ley 18.802 del año 1989 el Art. 150 inc. 7 del c.c. disponía que **“las obligaciones personales de la mujer podrán perseguirse también sobre los bienes comprendidos en dicha administración” (patrimonio reservado)**. La ley 18.802 suprimió este inciso 7 de lo cual se desprende que las **obligaciones personales de la mujer no pueden solventarse con los bienes provenientes de este patrimonio reservado** siendo entonces estas obligaciones de cargo de la sociedad conyugal en conformidad al artículo 1740 N° 3 del c. c.

Pablo Rodríguez sostiene que de todos modos el patrimonio reservado responde de

las deudas personales por los siguientes antecedentes:

1. Artículo 137 incisos 1 c. c: Demuestra que el espíritu del legislador es que la mujer responda de sus obligaciones personales con todos los bienes que componen los patrimonios referidos en los artículos 150, 166 y 167 c. c.
2. No será justo, por ejemplo, que las indemnizaciones provenientes de delitos o cuasidelitos cometidos por la mujer fueran solventados por la sociedad conyugal y no por los bienes reservados de la mujer cuando ellos existieren. Si la mujer tiene patrimonio reservado ¿Por qué no puede responder de estas obligaciones con él?.

E. Administración del patrimonio reservado.

Ella corresponde a la mujer con amplias facultades y poderes ya que la ley, para estos efectos, **la considera como separada de bienes (Art. 150 inc. 2)**.

En términos generales el marido no tiene intervención en la administración del patrimonio reservado salvo los siguientes casos:

1. Si la mujer le confiere al marido un mandato, caso en el cual queda obligado a la mujer como simple mandatario. (Art. 162).
2. En el evento en que por incapacidad de la mujer, demencia o sordomudez o por encontrarse ella ausente en los términos del Art. 473 sea el marido designado como su curador. No debe olvidarse que si la incapacidad se refiere a la disipación no puede un cónyuge ser curador del otro (450). Es importante tener presente que en la situación que estamos estudiando no rige para el marido la incapacidad del art. 503 del Código Civil, que impide a un cónyuge ser curador del otro cuando están separados totalmente de bienes. Ello, porque la prohibición sólo opera para la separación total de bienes, que no es el caso del art. 150, en que sólo hay separación parcial de bienes.
3. 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.

F. Prueba del Patrimonio Reservado

Por ser la institución de los bienes reservados una institución excepcional, quien alegue la existencia de ese patrimonio y que se actuó dentro de él o que un determinado bien es reservado deberá probarlo. Así viene a resultar que la prueba puede referirse a dos aspectos: A) existencia del patrimonio reservado y que se actuó dentro de ese patrimonio, y B) que un bien determinado es parte de ese patrimonio.

- 1) Prueba de la existencia del patrimonio reservado y de que se actuó dentro

de él: 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. 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.

Esta prueba puede interesar a la mujer, por ejemplo si ella demanda el cumplimiento de un contrato celebrado en dicha administración, o puede interesar al marido, por ejemplo si un tercero lo demanda a él por una obligación contraída en esa administración o en ese patrimonio, o puede interesar a un tercero que contrate con la mujer cuando se pretenda por la mujer o el marido atacar la validez del acto celebrado al amparo del art. 150, alegándose la supuesta insuficiencia de las facultades de la mujer o la inexistencia de su patrimonio reservado.

- A este respecto el código no plantea reglas probatorias especiales cuando la prueba le interesa al marido o a la mujer. La mujer deberá probar 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. La mujer no se favorece con la presunción del 150 in4, por lo que si a ella interesa la prueba, tendrá que rendirla, recurriendo a todos los medios de prueba legales, incluso la prueba de testigos, por cuanto se trata de probar hechos. Podrá probar su patrimonio reservado con el pago de una patente profesional, comercial o industrial, con un decreto de nombramiento, etc.
- En cambio respecto de los terceros el art. 150 inc 4 establece una **presunción de derecho** en virtud del cual el tercero queda cubierto de toda reclamación que pueda interponer la mujer o el marido, sus herederos o cesionarios, fundada en la circunstancia de haber obrado la mujer fuera de los términos del artículo 150. La ley no admite que se pueda probar de ninguna forma que la mujer no ejercía ni había ejercido antes del contrato, un empleo, oficio, profesión o industria separados de su marido.

Los requisitos para que opere esta presunción de derecho son:

1. 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.
2. Que la mujer acredite, mediante instrumento público o privado, que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria separada de los de su marido. Lo importante es que los documentos por si solos logren acreditar el trabajo

separado de la mujer, como por ejemplo una patente profesional o un contrato de trabajo. Un título profesional por sí solo no es prueba suficiente, porque no acredita que la mujer efectivamente ejerza la profesión a que tal título se refiere. También es importante que del tenor literal de la norma se desprenda que un solo documento no es prueba suficiente. Sin embargo, según Ramos Pazos, esto no tendría ningún sentido, desde que con un solo instrumento se puede probar el trabajo separado de la mujer.

3. El contrato de que se trate debe constar por escrito.

4. En el acto o contrato debe hacerse referencia a los documentos que prueben que la mujer ejerce un trabajo separada de su marido. (en la práctica, ellos se insertan al final del instrumento). Cuando la mujer contrata dentro de su patrimonio reservado, por ejemplo, comprando una propiedad, habrá de tomarse la precaución de insertar en la escritura de venta algunos de los documentos que prueben el trabajo separado. No basta con que se diga que la mujer actúa dentro de sus bienes reservados. Y no basta, porque al no insertarse el instrumento, no opera la presunción, y los terceros que contrataron con ella pueden verse expuestos a que el marido o la misma mujer discutan la validez del contrato fundados en que no había patrimonio reservado.

5. La presunción está destinada únicamente a probar la existencia del patrimonio reservado y que la mujer actuó dentro de tal patrimonio. Por ello, si la mujer alega la nulidad del contrato por haber existido, por ejemplo, dolo, fuerza o cualquier otro vicio del consentimiento, no opera tal presunción. Tampoco sirve la presunción para probar que un determinado bien es reservado.

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.

2) Prueba de que un determinado bien forma parte del patrimonio reservado.

El Art. 150 inc. 3 señala que incumbe a la mujer acreditar, tanto respecto del marido como de terceros, el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a este artículo. En otras palabras la carga de la prueba la tiene la mujer, y por consiguiente si no logra satisfacer dicha carga se entenderá que dichos bienes son de la sociedad conyugal por cuanto fueron adquiridos durante el matrimonio a título oneroso.

Para estos efectos la mujer podrá utilizar todos los medios de prueba establecidos por la ley. Si bien el inc. 3° establece que la mujer podrá servirse de todos los medios de prueba establecidos en la ley, se ha entendido que no puede valerse de la confesión atendido lo dicho en el inc. 2° del art. 1739: "ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento". Sin embargo el exceso de rigor puede llegar a ser contraproducente,

pues la prueba puede llegar a tornarse imposible, ya que es difícil y sin duda no es lo usual que la mujer mientras dure su patrimonio reservado lleve una verdadera contabilidad, y vaya guardando todos los comprobantes de sus ingresos y gastos. La corte resolvió el caso de una mujer casada en sociedad conyugal y separada de hecho durante un largo tiempo, que adquirió un bien raíz sin indicar que lo hacía dentro de su patrimonio reservado. Se admitió que la mujer pudiera acreditar posteriormente con diversas pruebas que el bien tenía la condición de reservado.

G. Efectos de la disolución de la sociedad conyugal en el patrimonio reservado:

1. La mujer o sus herederos aceptan los gananciales.

En este caso los bienes que forman parte del patrimonio reservado recobran su condición natural y por lo tanto se van a sumar a la partición de los gananciales, es decir se van a incluir como bienes de la sociedad conyugal (150 inc 7).

De todos modos es importante tener presente que los actos o contratos ejecutados por la mujer con anterioridad son válidos y, por lo tanto, **los acreedores podrán perseguir su cumplimiento tanto en los bienes del patrimonio reservado como en los que corresponde a la mujer a título de gananciales.**

Atendido lo anterior el Art. 150 inc 8 consagra un beneficio de emolumento a favor del marido señalando que si la mujer o sus herederos aceptan los gananciales, el marido responde de esas obligaciones hasta concurrencia **del valor de la mitad de esos bienes que existan al disolverse la sociedad.** Para gozar de este beneficio, deberá probar el exceso de la contribución que se le exige de acuerdo al Art.1777.

Este beneficio e emolumento lo puede oponer el marido tanto a los terceros, cuando lo demanden por deudas que exceden **el valor de la mitad de los bienes reservados con que se ha beneficiado**, como a la mujer, cuando ésta pagare una deuda contraída en ese patrimonio y pretenda que el marido le reintegre la mitad de lo pagado, podría éste defenderse alegando que lo que se le está pidiendo reembolsar excede al beneficio que él obtuvo con los bienes reservados.

En los siguientes casos, podrá exigirse al marido una cuota mayor en las obligaciones del pasivo del patrimonio reservado:

- * cuando no pueda probar el exceso de contribución que se le exige;
- * cuando renuncia al beneficio de emolumento;
- * cuando se ha constituido fiador o codeudor solidario de su mujer; y
- * cuando garantizó la obligación de la mujer con prenda o hipoteca o cuando dicha obligación cedió en su exclusivo beneficio o en el de la familia común.

2. Si la mujer o sus herederos renuncian a los gananciales.

a) Los bienes reservados no se suman a los gananciales ni a los bienes de la sociedad conyugal y por lo tanto la mujer o sus herederos se hacen definitivamente dueños de esos bienes.

b) El marido no responderá de las obligaciones contraídas por la mujer en ejercicio de su administración separada. (150 inc. 7 parte 2)

c) 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.

Segundo Régimen económico del matrimonio:

SEPARACIÓN DE BIENES.

I. Generalidades.

Dispone al efecto el artículo 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.

1. Características:

Lo más importante es que cada cónyuge es titular de un patrimonio y lo administra con total libertad, de manera que cada cónyuge se beneficia o perjudica de sus propios actos o contratos que no afectarán el patrimonio del otro cónyuge (Art. 159 inc.1 y 173).

2. Clasificación:

a) Atendiendo a su fuente:

1. Judicial.
2. Legal.
3. Convencional.

b. Según su extensión:

1. Total
2. Parcial.

- La separación de bienes legal y convencional pueden ser total o parcial.

- La separación de bienes judicial es siempre total.

- La separación parcial de bienes se refiere siempre a solo una parte de los bienes de la mujer, ello porque se trata de una forma de limitar la sociedad conyugal y a raíz de esto es que algunos autores la incluyen dentro del título "régimenes anexos a la sociedad conyugal"

II. Separación judicial de bienes.

A. Generalidades:

1. Concepto:

El Art. 152 del Código Civil señala que es aquella que se efectúa sin separación judicial, en virtud de un decreto del tribunal competente, por disposición de la ley

o por convención de las partes. En otras palabras la separación judicial, en este caso, se produce a consecuencia de la dictación de una sentencia judicial en un juicio seguido por la mujer en contra de su marido.

2. Características más importantes:

1. Por Regla General la separación judicial compete a la mujer, ello como contrapartida al derecho que tiene el marido a la administración de la sociedad conyugal. Esta regla general, luego de la dictación de la ley 19.335, tiene dos excepciones:

a) Cuando el régimen económico del matrimonio sea la Participación en los Gananciales y se cambie al de Separación total de Bienes, ya que en tal caso lo que en los artículos 152 a 157 se dice del marido o de la mujer se aplica indistintamente a los cónyuges en el régimen de participación en los gananciales (158 inciso 1).

b) Cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación de bienes si el otro obligado al pago de pensiones alimenticias en su favor o en el de sus hijos comunes hubiere sido apremiado por dos veces en la forma señalada en el artículo 14 (Art. 19 de la Ley 14.908.), es decir, arresto y multa.

- Pablo Rodríguez G. sostiene que esta causal "debe ser apreciada por el tribunal y declararse la separación de bienes siempre que ella corresponda a dos o más apremios alimenticios cuando ha habido culpa o dolo del alimentante"

- Como advierte Hernán Corral, la Ley N° 19.335, al modificar el art. 19 de la Ley N° 14.908 (en el sentido que también podrá pedirse la separación de bienes cuando no se paguen pensiones alimenticias decretadas en favor de los hijos comunes), incurre en el error de señalar que "ambos cónyuges" podrán pedir la separación judicial de bienes, en circunstancias que el CC. sólo otorga este derecho a la mujer. Haciendo un esfuerzo de interpretación integradora, señala este autor que podría circunscribirse la facultad del marido para pedir la separación de bienes en el caso del art. 19 de la Ley N° 14.908, al régimen de participación en los gananciales (para sustituirlo por el de separación de bienes), manteniendo la exclusividad del derecho de la mujer respecto de la sociedad conyugal. Lo anterior, porque el error parece deberse a una inadvertencia en la tramitación del proyecto

En otras palabras la acción para solicitar la separación de bienes corresponde a la mujer y excepcionalmente al marido.

2. La separación judicial es siempre total.

3. Es una facultad irrenunciable para la mujer o para el otro cónyuge si correspondiere, así lo dice el Art.153 c. c.

4. Es un derecho o facultad imprescriptible, toda vez que ella dura mientras se mantenga la sociedad conyugal o el régimen de Participación en los Gananciales.

5. Solo opera por las causales taxativamente señaladas en la ley.

6. Una vez decretada por sentencia judicial es irrevocable, y por lo tanto no puede quedar sin efecto ni por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial (Art.165 inc 1).

B. Causales que autorizan a solicitar la separación de bienes

1. Rechazo de la mujer a tomar sobre sí la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, y negativa a someterse a un curador. (1762). La cuestión se tramitará ante el juez de familia (artículo 8, número 14, letra a), Ley número 19.968).

2. Cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 14 y 19 de la Ley 14.908.

3. Insolvencia del marido (155 inc 1). Está en insolvencia quien no puede cumplir sus obligaciones por insuficiencia de su activo. No es necesaria la declaración de quiebra (art. 155, 1º). Lo que la mujer debe probar, en forma precisa, es que el pasivo del marido es superior a su activo.

4. Por administración fraudulenta del marido (155 inc 1 parte 2). Procederá la separación, cuando el marido administra fraudulentamente, ya sean los bienes sociales o sus bienes propios o los de la mujer. 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 administración fraudulenta que el marido pueda hacer de bienes de terceros (de un pupilo, de una sociedad, por ejemplo), no habilita para pedir la separación de bienes.

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.

Ramos Pazos opina que sería administración fraudulenta el hecho de que el marido sistemáticamente compre bienes raíces de valor importante a nombre de sus hijos menores, que definitivamente por su edad carecen de bienes, y posteriormente los venda, por cuanto al actuar de ese modo evita que los bienes ingresen al activo absoluto de la sociedad conyugal y se prescinde además de la autorización de la mujer para la enajenación, todo lo cual va a significar a la postre perjuicio para esta última desde que esos bienes no ingresarán a los gananciales.

5. Si el marido por su culpa no cumple con las obligaciones que le imponen los artículos 131 y 134 (155 inc 2 primera parte). Se trata especialmente de los deberes establecidos en relación a la persona de los cónyuges: fidelidad, socorro mutuo, respeto.

6. Si el marido por su culpa incurre en alguna causal de separación judicial según los términos de la LMC (155 inciso 2 primera parte).

7. Si los negocios del marido se hallan en mal estado a consecuencia de

especulaciones aventureras o de una administración errónea o descuidada. Esta causal se configura también cuando exista **un riesgo inminente** en orden a que los negocios del marido se encontrarán en mal estado.

En todos estos casos la ley confiere al marido la posibilidad de oponerse a la separación pero para ello será menester prestar fianza o hipoteca que aseguren suficientemente los intereses de la mujer. (155 inc. final.)

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.

8. Cuando exista ausencia injustificada del marido por más de 1 año.

9. Ante la separación de hecho de los cónyuges.

En este caso, se ha concluido que la separación de hecho ha de haberse prolongado también por un año al menos. (Art. 155 inc. 3)

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.

C. Procedimiento:

A partir de la entrada en vigencia de los Tribunales de Familia esta materia queda sujeta al procedimiento que esta ley establece.

1) Medidas precautorias:

Artículo 156 inciso 1: Demandada la separación de bienes, podrá el juez a petición de la mujer, tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta, mientras dure el juicio.

Este Art. **es menos exigente que la norma general del Art. 298 C. P. C** ya que éste último exige que se acompañen comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Es decir el Art. 156 inc. 1 del c.c. hace excepción al Art. 298 C.P.C.

2) Medidas prejudiciales:

Cuando la causal invocada sea la separación de hecho o la ausencia del marido podrá el juez, en cualquier tiempo, procediendo con conocimiento de causa, tomar las mismas providencias antes indicadas aun antes de demandarse la separación de bienes. En este caso el juez le exigirá a la mujer caución de resultas si lo estima conveniente.(156 inc.2)

3) Prueba:

En el juicio correspondiente la mujer podrá valerse de todos los medios de prueba que la ley establece con una sola limitación que se encuentra en el artículo 157 c.c. en virtud del cual cuando la causal invocada sea el mal estado de los negocios del marido **la confesión de éste no hace prueba.**

D. Efectos.

1. Una vez decretada la separación judicial de bienes ella produce la disolución de la sociedad conyugal (1764 N° 3) y la terminación del Régimen de Participación en los gananciales (1792-27 N° 5). En similares términos lo plantea el artículo 158 inciso 2 en virtud del cual una vez decretada la separación, se procederá a la división de los gananciales y al pago de recompensas o al cálculo del crédito de participación en los gananciales, según cual fuere el régimen al que se pone término.

La sentencia que decreta la separación judicial no tiene efectos retroactivos sino que se pronuncia hacia el futuro.

2. La mujer recupera la administración de sus bienes propios y la administración de los que recibe a título de gananciales (159 inc 1 y 173 inc 1).

3. En el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades, y en caso de ser necesario el Juez regulará esta contribución (160).

4. Si la mujer separada de bienes confiere al marido la administración de alguna parte de los suyos, será obligado el marido a la mujer como simple mandatario. (162).

5. En el evento de que los cónyuges fueren incapaces se les dará para la administración de sus bienes un curador, **quien no puede ser el otro cónyuge** (163 en relación con el 1503 inc 1).

6. Decretada la separación judicial ella es irrevocable y no podrá quedar sin efecto ni por resolución judicial, ni por acuerdo de los cónyuges (165 inciso 1).

7. Por regla general los acreedores de la mujer separada de bienes solo tendrán acción sobre los bienes de la mujer respecto de los actos o contratos que ella haya válidamente celebrado.

Por excepción pueden los acreedores dirigirse contra los bienes del marido en los siguientes casos: Art.161

a. Cuando el marido ha accedido como fiador, o de otro modo, a las obligaciones contraídas por la mujer.

b. Cuando el acto o contrato ha reportado un beneficio ya sea al marido o a la familia común, en esta última situación en la parte en que de derecho haya él debido proveer a las necesidades de ésta.

8. Subsiste el matrimonio.

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 artículo 40 de la Ley 19.947, y del propio artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil, podrá emplearse por segunda vez, el artículo 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 artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil, se modificó el artículo 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 artículo 1723 sólo puede emplearse por una sola vez, pues a la excepción ya referida, que se desprende del artículo 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, el régimen de participación en los gananciales. Las reglas pueden sintetizarse en los siguientes términos:

- 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;
- Si se trata de la separación de bienes efectuada por disposición de la ley, será irrevocable;
- 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 artículo 1723 del Código Civil;
- Lo mismo ocurrirá, en el caso del artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil.

III. Separación Legal de Bienes.

A. Generalidades.

a. Concepto:

El concepto está en el artículo 152 según el cual separación de bienes es la que se efectúa sin separación judicial por disposición de la ley. La separación legal puede ser de dos clases:

a) Total:

- Que se produce cuando existe separación judicial (como sinónimo de ruptura matrimonial), en los términos de la ley de matrimonio civil
- Cónyuges casados en el extranjero: Además esta separación total se produce en el caso del Art.135 inc 2 C. C

b) Parcial:

Se puede producir cuando:

- a. Existe Patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal. (150).
- b. Cuando existe uno de los patrimonios especiales consagrado en los artículos 166 y 167 c. c.
- c. Caso de separación parcial de bienes, establecido en el art. 252, inciso 3º.
- d. Caso de separación parcial de bienes, establecido en el artículo 1724.

B. Separación Legal Total de Bienes

1. Separación Judicial Cónyuges:

El artículo 34 de la LMC dispone que por la separación judicial termina la sociedad conyugal o el R. P. G que hubiere existido entre los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 del Código Civil

La doctrina señala que estamos en presencia de un caso de **separación legal** y no Judicial por que los cónyuges no han litigado sobre la separación de bienes, sino que ésta es un efecto que el legislador previó o estableció para el caso que el juez decrete la separación judicial a que se refiere la Ley de Matrimonio Civil.

Efectos que produce esta separación legal total.

1. La separación judicial produce sus efectos desde la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que la decreta (32 inciso 1 LMC).
2. Los cónyuges separados judicialmente administran sus bienes con plena independencia uno de otro en los términos del Art. 159 (173 inc. 1)
3. En el caso de existir reconciliación entre los cónyuges o reanudación de la vida en común entre ellos , luego de haberse decretado la separación judicial **no revive la sociedad conyugal ni el Régimen de Participación en los Gananciales** (178 c.c., 165 c.c. y 40 LMC), pero puede pactarse por una vez este último.
4. Se aplican a este caso los artículos 160, 161, 162 y 163 del c.c.

2 - Separación de bienes establecida en el art. 135, inc 2²⁶

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 in 3. Personas que se han casado en el extranjero.

a. Se ha contraído matrimonio en el extranjero.

b. Al inscribirse dicho matrimonio en Chile en el registro de la primera sección de la Comuna de Santiago, los cónyuges no pactan, en ese momento, ni Sociedad Conyugal ni Participación en los gananciales, debiendo dejarse constancia de ello en la inscripción.

Este ha pasado a ser el único caso en nuestra legislación en que la sociedad conyugal puede comenzar con posterioridad al matrimonio

En este caso va a cobrar aplicación la regla general del Art.16 inc 3 del C. C ya que sin importar el régimen económico que le corresponda a los cónyuges según la ley extranjera en Chile ellos se van a mirar como separados de bienes.

c. Pero si quienes se casaron en el extranjero fueron personas del mismo sexo, sólo podrán pactar régimen de participación en los gananciales.²⁷

La aplicación del artículo 135 inc 2 c.c. ha traído ciertas dudas en doctrina:

1. Si el artículo 135 inciso 2 se aplica a los casados en el extranjero que se domicilian en Chile o si también se aplica a los que se encuentran en el país en forma transitoria.

- Rene Ramos: Estima que se aplica a ambas situaciones por los siguientes motivos:

a) La ley es obligatoria para todos los habitantes de la Republica, incluso los extranjeros.

b) El legislador no estableció ninguna restricción ni distinción a este respecto.

2. Qué ocurre si al tiempo de inscribirse el matrimonio celebrado en el extranjero se pacta sociedad conyugal ¿ella opera o no con efectos retroactivos? En general la doctrina estima que la Sociedad Conyugal opera solo hacia el futuro, por cuanto las instituciones jurídicas producen efectos retroactivos porque una ley expresamente así lo ha establecido.

3. Importante ¿El artículo 135 inc. 2 se aplica a todos quienes se casan en el extranjero incluido los chilenos?

El Art. 135 inc.2 **no se aplica a los chilenos** que se casan en el extranjero ello en virtud del Art.15 inc. 2 del c.c. que es el caso excepcional de aplicación extraterritorial de las leyes patrias, de manera que **el chileno que se casa en el extranjero, y por ende, si nada dicen al momento de inscribir su matrimonio en Chile, se entenderán casados bajo el régimen de sociedad conyugal**, salvo que pacte la Separación de bienes o régimen de participación en los gananciales. (135 inciso 1).

Con anterioridad, el inc. 2º del art. 135 decía: "Los que se hayan casado en país extranjero y pasaren a domiciliarse en Chile, se mirarán como separados de bienes, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes".

La diferencia entre la disposición antigua y la nueva es sustancial. Bajo el imperio del anterior art. 135, los casados en el extranjero que pasaban a domiciliarse en Chile se entendían se-parados de bienes, salvo que de acuerdo a las leyes bajo las cuales se casaron hubiera habido entre ellos sociedad de bienes. De manera que frente a un matrimonio verificado en el extranjero, para saber qué régimen matrimonial tenían en Chile, había que estudiar si en el país en que se habían casado había o no sociedad de bienes, qué tipo de sociedad y si se habían casado de acuerdo a ese régimen. No era entonces una tarea fácil, pues suponía el estudio de la legislación extranjera. Y más se complicaba el cuadro, porque aun existiendo sociedad de bienes, era necesario estudiar su

naturaleza para saber si era semejante a la sociedad de bienes chilena.

Con la modificación introducida por la Ley Nº 18.802, cambió radicalmente la situación. Las personas que se casan en el extranjero se entienden separadas de bienes en Chile. Sin embargo, la ley les da la oportunidad de pactar sociedad de bienes o participación en los gananciales,

Jurisprudencia Aplicación del inciso 2º del artículo 135 sólo a los extranjeros. De acuerdo con el inciso 2º del artículo 135 del Código Civil, "los que se hayan casado en país extranjero y pasaren a domiciliarse en Chile, se mirarán como separados de bienes, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes".

Para determinar a quiénes comprende esta disposición es preciso recordar que el Código Civil, antes de las reformas, aceptaba para los matrimonios celebrados en el país, como único régimen, el de la comunidad de bienes denominado sociedad conyugal (que es una sociedad universal de gananciales); obvio es entonces que el inciso 2º del artículo 135 no cabía aplicarlo a los chilenos que se casaran en el extranjero, pues de lo contrario quedarían en una situación distinta de la que tendrían si celebraran el matrimonio en Chile, y el legislador habría permitido burlar fácilmente sus disposiciones con sólo ausentarse del país para contraer el vínculo en otro que no consagrara el único régimen permitido entonces en Chile.

Ateniéndose a los principios que sobre estatuto personal de los chilenos señala el artículo 15 del Código Civil, el inciso 2º del mencionado artículo 135 debe interpretarse como establecido para el matrimonio de extranjeros realizado fuera del país y no para el que se contrae entre dos chilenos fuera de nuestro territorio. Así fluye del espíritu y el contexto de la legislación, sin que sea dable sostener otra interpretación por el hecho de que después de las reformas pueda pactarse desde un comienzo, al celebrarse el matrimonio, separación de bienes, siempre que se haga expresamente, cosa que al entrar en vigencia el Código no se podía hacer, conforme a lo dispuesto en los artículos 15 y 135.

El matrimonio **de dos chilenos celebrado en el extranjero (sin que pactaran convenciones matrimoniales) queda sujeto al régimen de la sociedad conyugal** y, por ende, la hipoteca constituida por el marido sobre un bien social,

sin autorización de la mujer, adolece de nulidad relativa (C. Civil, art. 1757).

C. Suprema, 7 agosto 1985.

4. ¿Por qué el art 135 in 2 contempla la separación de bienes como régimen supletorio y no sociedad conyugal? A juicio de Ambrosio Rodríguez se debe a que el régimen de sociedad conyugal es muy poco frecuente en el mundo, y no es homologable a otros sistemas extranjeros.

Entonces, para efectos prácticos, se optó por la separación de bienes, porque tiene aplicación genérica y es más fácil de operar. Los demás sistemas exigen examinar acto a acto, quién y con quién se debe realizar, etc.

Sin embargo, se puede presentar un problema: en el otro país, en donde se casaron, siguen casados bajo el sistema de dicho país. Podría darse un problema de Duplicidad de régimen matrimonial.

Otro punto a estudiar es qué ocurre si el matrimonio celebrado en el extranjero no se inscribe en Chile. Dicha inscripción no afecta la validez del matrimonio celebrado en el extranjero. Sin embargo, si dicho matrimonio no se inscribe en Chile no podrá ser válido en juicio, según el artículo 8° de la Ley N° 4808, sobre registro civil.

4.- Separación de bienes a consecuencia de la sentencia que declara la muerte presunta de uno de los cónyuges.²⁸

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.

C. Separación legal parcial.

1. Patrimonio reservado de la mujer casada en Sociedad Conyugal: (estudiado)

2. Liberalidades dejadas a la mujer .Art. 166 c.c.

²⁸ Agregado 2022, orrego

A. Generalidades:

Se refiere, este caso, a las donaciones, herencias o legados hechos a la mujer con la condición de que su administración no la tenga el marido. Se trata entonces de actos jurídicos gratuitos sujetos a condición de manera tal que para que sus

efectos se materialicen es necesario que se produzca u origine una separación parcial de bienes.

Atendido a que esta separación ha sido prevista por la ley se estima que es en un caso de separación legal, no obstante que desde la perspectiva de la fuente remota ella se origina en este acto jurídico gratuito.

Pablo Rodríguez asimila la situación prevista en el Art.1724 al caso regulado en el Art. 166; para efectuar esta asimilación señala que si el marido no tiene derecho a percibir los frutos que provengan de los bienes propios de la mujer es porque en la realidad tampoco tiene la administración respecto de esos mismos bienes y por lo tanto se va a aplicar el sistema recogido en el Art. 166 c.c.

B. Requisitos del Art. 166.

1. Que se trate de bienes comprendidos en una donación, herencia o legados hechos a la mujer casada.
2. Que el autor de dicha liberalidad los haya dejado a la mujer con la condición precisa de que las cosas donadas, heredadas o legadas no sean administradas por el marido.
3. Que la mujer casada acepte la donación, herencia o legado.
4. Que el régimen económico del matrimonio sea la Sociedad Conyugal.

C. Efectos.

1. La mujer administra estos bienes con independencia del marido (166 N° 1 , 173 y 159) .
2. Ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades y en caso de haber disputa el juez reglará la contribución (160, 166 N° 1 y 134) .
3. Los actos o contratos que la mujer ejecute dentro de esta administración solo darán acción sobre los bienes que componen este patrimonio.
A juicio de la cátedra también dan acción respecto de los bienes que conforman el Patrimonio Reservado y los bienes a que se refiere el Art.167 si existieren, pero no darán acción contra los bienes del marido sino de acuerdo a lo previsto en el Art. 161 (166 N° 1) .
4. Los acreedores del marido no tendrán acción contra los bienes que la mujer administra en este Patrimonio Separado a menos que probaren que el contrato cedió en utilidad de la mujer o de la familia común (artículo 166 N°2).
5. Estos bienes van a responder en los casos que la mujer haya ejecutado un acto o celebrado un contrato respecto del bien propio administrado por el marido siempre que ella haya sido autorizada por la justicia frente a una negativa injustificada del marido. (138 Bis).

6. Si la mujer confiere al marido la administración de una parte de estos bienes el responderá frente a ella como simple mandatario (Arts. 166 N° 1 y 162).

7. Si la mujer fuere incapaz se le dará un curador para que administre sus bienes, sin aplicarse el Art. 503 ya que estamos en presencia de un caso de separación parcial de bienes.
(166 N° 1 y 163).

8. 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.

9. Disuelta la sociedad conyugal las obligaciones contraídas por la mujer en ejercicio de esta administración separada podrán ser perseguidas sobre todos sus bienes (166 N°1 parte final).

3. Caso de separación parcial de bienes, establecido en el art. 252, inciso 3°.

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.

4. Caso de separación parcial de bienes, establecido en el artículo 1724.

Establece el artículo 1724 que si a cualquiera de los cónyuges se hiciere 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 artículo 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.

IV. Separación Convencional de Bienes.

A. Separación convencional total.

1. Generalidades.

La definición está también en el Art. 152 según el cual la separación de bienes es la que se efectúa sin separación judicial por convención de las partes.

La separación convencional de bienes se puede pactar en 3 momentos:

a) Antes del matrimonio por medio de una capitulación matrimonial (Art. 1720 inc. 1).

b) En el acto del matrimonio en una capitulación matrimonial (1715 inc 2 c) c. y 38 inc 2 de la Ley de Registro Civil)

c) Durante el matrimonio por medio de una convención matrimonial (1723).

2. Pacto de separación total de bienes, regulado en el Art.1723. (ojo muy importante)

Señala el Art. 1723 inc. 1 que durante el matrimonio los cónyuges podrán sustituir el régimen de sociedad de bienes por el de separación total.

a) Requisitos:

1) Pacto debe otorgarse por escritura pública. (1723 inciso 2).

La importancia de esta escritura pública es que el legislador autoriza expresamente a los cónyuges para que en ella procedan a la liquidación de la sociedad conyugal y a celebrar cualesquiera otros pactos que estén permitidos a los cónyuges separados de bienes (1723 inciso 3.)

En virtud del artículo 1766 del Código Civil para los efectos de proceder a la liquidación de la Sociedad Conyugal se requiere de un inventario solemne. (En razón del artículo 1723 inciso 2 es que citamos la opinión de Ramón Domínguez Águila en el evento que la liquidación de la Sociedad Conyugal se lleve a cabo en la misma escritura pública, no será menester el inventario solemne por cuanto la solemnidad la da la misma escritura pública)

2) Otorgada la escritura pública ella debe subinscribirse al margen de la inscripción matrimonial (1723 inciso 2).

Tratándose de un matrimonio celebrado en el extranjero y que no se encuentre inscrito en Chile será menester proceder previamente a su inscripción en el registro de la primera sección de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al oficial civil el certificado de matrimonio debidamente legalizado.

3) La subinscripción antes referida solo podrá efectuarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se otorgó la escritura pública en que se pacto la separación.(1723 inc. 2)

Se trata de un plazo fatal ya que la ley dice "dentro de "y, por lo tanto, se aplica el Art. 50 del código civil. En este caso si no se subinscribe dentro del plazo antes referido **habrá caducado la capitulación matrimonial. En general los autores (Alessandri Besa, Abeliuk, Rodríguez, Lira) reducen esta sanción a la nulidad del pacto.**

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.

4) Si uno de los cónyuges es comerciante el pacto deberá inscribirse en el registro de comercio.

b. Características del pacto que regula el Art. 1723

1. 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 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 (artículo 165 del Código Civil y artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil, ya analizados).

2. Este pacto no es susceptible de condición, plazo o modo alguno (1723 inc. final).

3. Este pacto no podrá perjudicar de manera alguna los derechos válidamente adquirido por terceros respecto del marido o de la mujer (1723 inciso 2).

4. Es un acto jurídico solmene.

c. Efectos de la separación convencional de bienes.

Son los mismos que ya estudiamos para la separación judicial con la salvedad de que en el caso de la separación convencional el marido puede ser designado como curador de la mujer incapaz, excepción consagrada expresamente en el Art. 503 inc. 2.

B. Separación Convencional Parcial.

Ella puede pactarse solo antes del matrimonio por medio de una capitulación matrimonial (1720 inc. 1).

Los casos en que puede producirse esta separación convencional parcial son los siguientes:

1. Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer

administrará separadamente alguna parte de sus bienes.

2. Se puede estipular que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero, o de una determinada pensión periódica, pacto que producirá los efectos que señala el artículo 167.

(1720 inciso 2).

A juicio de Hernán Corral si en las capitulaciones matrimoniales se eximen de la comunión cualquiera parte de las especies muebles de los cónyuges (1725 N.º 4 inc 2) asignando esos bienes a la mujer estaremos en presencia de los bienes muebles administrados por el marido (bienes propios de la mujer) sin que se configure un caso de separación convencional de bienes, ya que para que esto último suceda es necesario que la administración de los bienes le corresponda a la mujer.

El efecto de la separación convencional parcial lo regula el Art.167 haciendo aplicable las normas del Art. 166, por lo que nos remitimos a ellas.

Régimen de Participación en los gananciales

I. Generalidades.

A. Antecedentes.

Este régimen fue incorporado a nuestra legislación por medio de la ley 19.335 de 23 de Septiembre de 1994 la que entró en vigencia el 24 de diciembre de 1994.

Las fuentes formales de este régimen son una ley francesa de 1965, una ley Alemana de 1957 además de los códigos civiles de Perú, España y Québec.

Este régimen surge como una forma de reconocimiento de los cambios que ha experimentado la sociedad moderna y en particular el ingreso de la mujer al mundo laboral y el término de lo que antiguamente se llamaba la "potestad marital" que importaba una subordinación absoluta de la mujer al marido.

En consecuencia este régimen lo que busca es armonizar la plena capacidad e independencia económica de los cónyuges con la convivencia que implica la vida matrimonial.

En otras palabras se persigue articular los intereses del marido y de la mujer en la vida económica del matrimonio; de manera de procurar que lo obtenido por ellos durante el matrimonio aproveche a ambos en forma equitativa; partiendo del principio de que la convivencia es fuente importante del éxito económico que cualquiera de los cónyuges obtenga durante el matrimonio.

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 afanes domésticos, pierde toda expectativa en participar en las utilidades obtenidas por el marido, las que no pocas veces la mujer contribuyó a formar.

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.

B. Definiciones.

Pablo Rodríguez Grez a la luz del artículo 1792-2 lo define como el régimen patrimonial en el cual ambos cónyuges conservan la facultad de administrar sus bienes sin otras restricciones que aquellas consagradas en la ley, debiendo al momento de su extinción compensarse las utilidades que cada uno obtuvo a título oneroso configurándose entonces un crédito en dinero a favor de aquel que obtuvo menos ganancias de modo que ambos cónyuges participan por mitades en el excedente.

De esta definición es posible extraer los siguientes elementos esenciales:

- a) Los cónyuges conservan la facultad de administrar libremente su patrimonio sujetos a ciertas restricciones que la ley establece bajo sanción de nulidad o de inoponibilidad.
- b) Al momento de extinguirse el régimen se deberán determinar las utilidades netas que obtuvo cada cónyuge, a título oneroso, durante la vigencia del régimen y compensarse los gananciales obtenidos por uno y otro cónyuge.
- c) De la compensación referida surge un crédito en dinero a favor de aquel de los cónyuges que recibió menos utilidades y por la diferencia respectiva.

C. Características principales de este régimen:

- a) Es un Régimen económico reglado y cuyas normas son de orden público.
- b) Es un Régimen económico alternativo a la Sociedad Conyugal y a la Separación de Bienes.
- c) Se trata de un Régimen convencional, ya que requiere del acuerdo de los cónyuges para su nacimiento
- d) Es un régimen de participación en los gananciales restringido, ya que considera solamente bienes muebles o inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso (ganancias)
- e) Es un sistema crediticio, toda vez que al final del régimen opera entre los cónyuges una compensación en los patrimonios originándose, a raíz de ello, un crédito a favor de aquel que hubiere resultado más perjudicado.
Hay autores, como Claudia Schmidt, que hablan de "crédito compensatorio" (lo denominan así) ya que el mismo está destinado a equilibrar en forma definitiva el beneficio que a cada cónyuge corresponde.
- f) 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 de los cónyuges 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).

D. Clasificación.

En doctrina se reconocen 2 grandes sistemas de participación en los gananciales.

A. Sistema de comunidad diferida:

Al extinguirse el régimen se forma entre los cónyuges, o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge difunto una comunidad respecto de todos y cada uno de los bienes que los cónyuges adquirieron durante el matrimonio a título oneroso. Esta comunidad luego se divide por mitades.

B. Sistema crediticio, o de participación con compensación de beneficios:

Este consiste en que al extinguirse el régimen el cónyuge que ha adquirido bienes a título oneroso por un menor valor tiene un crédito de participación en contra del otro cónyuge a objeto de que ambos logren u obtengan los mismos beneficios a título de gananciales.

La Ley 19.335 opto por el sistema crediticio y, por lo tanto, durante la vigencia del régimen y luego de su extinción los patrimonios de ambos cónyuges se mantienen separadamente, no formándose jamás una comunidad entre ellos.

Lo anterior se desprende del artículo 1792-5 inciso 1 el que señala que a la disolución del régimen de participación en los gananciales los patrimonios de los cónyuges permanecerán separados, conservando éstos o sus causahabientes (herederos) plenas facultades de administración y disposición de sus bienes.

II. Inicio del régimen de participación en los gananciales.

1. Forma de acceso normal.

a) Se puede pactar este régimen en las capitulaciones matrimoniales que celebren los esposos antes del matrimonio (1792-1 inc1).

b) Se puede pactar también por medio de una capitulación matrimonial en el acto del matrimonio.
(1792-1 inc. 1 en relación con 1715 inc. 2 c.c. y 38 inc. Ley registro civil)

c) Se puede acceder también a este régimen durante el matrimonio, caso en el cual los cónyuges celebran una convención matrimonial por medio de la cual sustituyen el régimen de Sociedad Conyugal o el de Separación total de bienes por el de Participación en los Gananciales.
(1723 y 1792-1 inc.2)

2. Matrimonio celebrado en el extranjero:

El Art. 135 inc. 3 señala que en el caso de cónyuges que hayan contraído matrimonio en el extranjero ellos podrán pactar el régimen de participación en los gananciales al tiempo de inscribirse en Chile ese matrimonio, dejándose constancia de ello en la inscripción.

Esta norma debe armonizarse con la del artículo 1723, inciso 4, que permite

pactar participación en los gananciales por escritura pública subinscrita al margen de la inscripción matrimonial, a matrimonios celebrados en el extranjero.

3. Inventario.

Como es necesario comparar al final del régimen la participación de cada uno de los cónyuges resulta fundamental conocer de qué bienes eran titulares los cónyuges al momento de casarse, para tales efectos el artículo 1792-11 dispone que los cónyuges o esposos, al momento de pactar este régimen, deberán efectuar un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio originario.

III. Administración de los patrimonios.

1. Regla general: La regla general es que durante el matrimonio cada cónyuge administra en forma separada e independiente sus bienes, conservando la facultad de disponer libremente de ellos y la de usar y gozar. Tal regla se encuentra consagrada en el Art. 1792-2 inciso 1 primera parte.

La doctrina estima que se trata de una norma de orden público toda vez que constituye un elemento de la esencia del régimen y por lo tanto no pueden las partes convencionalmente alterar esta regla.

2. Restricciones:

Sin perjuicio de lo anterior existen restricciones (1792-3):

a) Ninguno de los cónyuges podrá otorgar **cauciones personales** para garantizar obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge. Esta autorización se sujetará a lo establecido en los artículos 142 inciso 2 y 144 es decir; ella debe conferirse en forma expresa y directa.

No existe razón, en doctrina, por las cuales la limitación se restrinja solo a las cauciones personales y no se extienda también a las cauciones reales. 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.

En el caso de infringirse esta disposición la sanción **es la nulidad relativa del acto o contrato** y el cuadrenio para impetrarla se contará **desde el día en que el cónyuge que la alega tuvo conocimiento del acto**. Pero en ningún caso podrá perseguirse pasados 10 años desde la celebración del acto o contrato (1792-4). Esta fórmula para computar el plazo ha sido criticada por la doctrina, pues "introduce un nuevo factor de incertidumbre jurídica".

b) El artículo 1792-2 inc. 2 se remite a las limitaciones señaladas en el párrafo I del Título VI del Libro Primero del Código Civil.

El párrafo I antes referido dice relación con los derechos y deberes de los cónyuges razón por la cual se estima en doctrina que esta limitación o restricción es una verdadera impropiedad del legislador, ya que estos derechos y deberes tendrán

aplicación cualquiera que sea el régimen económico que exista entre los cónyuges y porque no dicen relación con la administración y gestión de los bienes.

La verdadera restricción está en el párrafo 2, Título VI del Libro I del Código Civil referido a los **Bienes Familiares** ya que en esta institución sí se limitan las facultades de administración de los cónyuges cualquiera que sea el régimen económico que exista entre ellos.

c) Esta tercera restricción la agrega Pablo Rodríguez, se remite a los actos enumerados en el Art. 1792-15 ya que el tratamiento que el legislador dio estos actos o contratos importa que ellos son **inoponibles** por cuanto la ley dispone una acumulación imaginaria del monto de la disminución que dichos actos o contratos han provocado en el patrimonio del cónyuge que lo celebró.

3) Mutabilidad del régimen de participación en los gananciales y de los regímenes matrimoniales en general.

Debemos distinguir entre aquellas mutaciones admisibles y aquellas inadmisibles.

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 (artículo 1723, inciso 1º y artículo 1792-1; artículo 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 (artículo 1723, inciso 1º y artículo 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 (artículo 1792-1, inc 3º y artículo 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 (artículo 135, inciso 2), si así se pactare.

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 artículo 1723 del Código Civil, si los cónyuges reanudan la vida en común (artículo 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 artículo 1723 del Código Civil (artículo 165, inciso 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 artículo 135, inciso 2);
- b) No puede sustituirse el régimen de participación en los gananciales por el de sociedad conyugal (con la salvedad del artículo 135, inciso 2);
- 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 inciso 2º del artículo 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 artículo 1723, ya no puede alterarse, por regla general.** En otras palabras, empleado que sea el artículo 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 artículo 1723 –„no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges“- debe tenerse presente que ella ya se encontraba en el artículo 1723 con anterioridad a la Ley 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 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.

- Hay sin embargo, dos excepciones al principio en virtud del cual los cónyuges sólo pueden recurrir por una sola vez al artículo 1723. Son los casos contemplados en el artículo 165 del Código Civil y en el artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil, que estudiamos a propósito de la Separación de Bienes. 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 (artículo 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.

IV. Terminación del Régimen.

a. Causales:

1. Por la muerte de uno de los cónyuges.

2. Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, conforme al Art.84 inc. 1 c.c., el término del régimen se produce con la dictación del decreto de posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

3. Por la Nulidad del matrimonio; opera **solo cuando hay un matrimonio putativo** ya que si el matrimonio es simplemente nulo se reputará no haber existido jamás y por lo tanto no habrá régimen de participación en los gananciales.

4. Por Sentencia de Divorcio (60 LMC) ya que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se fundan en la existencia del matrimonio.

5. Por la separación judicial de los cónyuges (34 LMC). 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).

6. Por la sentencia que declara la separación de bienes (158).

7. Por el pacto de separación total de bienes. (1723)

b. Efectos:

1. A la disolución del régimen los patrimonios de los cónyuges se mantendrán separados conservando los cónyuges o sus herederos plenas facultades de

administración y disposición de sus bienes (1792-5 inc 1).

Por excepción se presumen comunes (hay comunidad) **los bienes muebles adquiridos durante el régimen**, salvo los de uso personal de los cónyuges. Se trata de una presunción simplemente legal, la que admite prueba en contrario, y debe fundarse en antecedentes escritos (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.

2. Se procederá a la determinación de los gananciales obtenidos durante la vigencia del régimen. (1792-5 inciso 2).

3. Se procederá a compensar el valor de los gananciales obtenidos por cada uno de los cónyuges, tendiendo éstos derecho a participar por mitades del excedente. (1792-2 inc 1 parte final).

4. Surge un crédito a favor del cónyuge que ha obtenido menos gananciales (1792-20).

V. Determinación de los Gananciales.

A. Concepto de Gananciales.

El Art. 1792- 6 inc 1 señala que se entiende por gananciales la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge.

Se trata, en consecuencia, de un concepto contable al cual se llega por medio de ciertas operaciones que se encuentran definidas en la ley.

En el concepto de gananciales se consideran aquellas utilidades provenientes de títulos onerosos, en otras palabras cuando reste el patrimonio originario al final excluyo los bienes adquiridos a título gratuito.

La diferencia entre el patrimonio originario y el final necesariamente debe ser positiva ya que en caso contrario no se van a generar gananciales.

B. Determinación del Patrimonio Originario.

1. Concepto:

Artículo 1792-6 inciso 2 del Código Civil: Se entiende por patrimonio originario de cada cónyuge el existente al momento de optar por el régimen de participación en los gananciales descontadas sus cargas.

El valor será neto, es decir al valor general de los bienes se descuentan las obligaciones.

Para determinar el patrimonio originario será necesario que se elabore un inventario y que sea tasado.

Si el valor de las obligaciones excede al valor de los bienes, el patrimonio originario se estimará carente de valor.

2. Que bienes integran este patrimonio originario

Lo componen todos los bienes de que el cónyuge sea titular al tiempo de iniciarse el régimen (1792-7 inciso 1 primera parte).

Sin perjuicio de lo anterior no se van a integrar al patrimonio originario, y por lo tanto se van a considerar o se van a incluir en la participación que se genere durante el régimen, los siguientes bienes (1792-9):

a. Los frutos, incluso aquellos que provengan de bienes originarios.

Para el legislador los frutos siempre van a reeditar a favor de ambos cónyuges. 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.

b. Minas denunciadas por uno de los cónyuges durante el régimen.

Situación análoga al artículo 1730 en materia de Sociedad Conyugal.

c. Donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida. Si la donación daba acción es porque el servicio se prestó por una actividad que debía remunerarse.

3. Bienes que se agregan al patrimonio originario.

Se trata de bienes que se adquieren durante el régimen y por lo tanto, en principio, debieran ser considerados como gananciales, no obstante lo cual la ley ordena su incorporación al patrimonio originario y se trata de los siguientes casos:

A. Las adquisiciones a título gratuito efectuadas durante la vigencia del régimen deducidas las cargas con que estuvieren gravadas (1792-7 inc 2). 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.

B. Los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen a título oneroso cuando la causa o título de la adquisición sea anterior al inicio del régimen de participación en los gananciales. (1792-8, análogo a 1736 en materia de sociedad conyugal).

Algunos de los ejemplos que da la ley:

a) Los bienes que uno de los cónyuges poseía antes del régimen, aunque la prescripción o transacción con que los haya hecho suyos haya operado o se haya convenido durante la vigencia del régimen de bienes. 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

b) Los bienes que se poseían antes del régimen de bienes por un título vicioso, siempre que el vicio se haya purgado durante la vigencia del régimen.

c) Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación.

d) Los bienes litigiosos, cuya posesión pacífica haya adquirido cualquiera de los

cónyuges durante la vigencia del régimen (artículo 1792-8 N° 4, norma idéntica a la del artículo 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 (artículo 1792-8 N° 5, norma idéntica a la del artículo 1736 N° 5, respecto de la sociedad conyugal). Extinguido el usufructo, el uso y goce se 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 (artículo 1792-8 N° 6, norma idéntica a la del artículo 1736 N° 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 (artículo 1792-9).

7º La proporción del precio pagado con anterioridad al inicio del régimen, por los bienes adquiridos de resultas de contratos de promesa (artículo 1792-8 N° 7, norma similar a la del artículo 1736 N° 7, respecto de la sociedad conyugal).

- Como bien señala Hernán Corral, la redacción de este numeral es poco feliz. Es obvio que con el 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 efectiva.

- Cabe indicar que la ley no exige, 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, pero ello debe entenderse implícito, a juicio de Hernán Corral, atendido el requisito general de toda promesa de constar por escrito (artículo 1554 N° 1) y la norma probatoria general del artículo 1703, en cuanto a la fecha cierta de los instrumentos privados. René Ramos Pazos no concluye en términos tan categóricos, limitándose a advertir que "llama la atención, sin embargo, que el número 7 (del artículo 1792-8) no haya adoptado en el caso de las promesas, la precaución –que sí tomó el artículo 1736 número 7- de que tuvieran que constar en un instrumento público o en un instrumento privado

cuya fecha sea oponible a terceros.” Por lo tanto, cree que no se debe exigir esta formalidad.

- Otra diferencia que cabe destacar entre el número 7 del artículo 1736 y el número 7 artículo 1792-8, dice relación a 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 distingo alguno).

C. Cuando los cónyuges han adquirido en conjunto y a título gratuito un mismo bien. En este caso los derechos que corresponden a cada uno de los cónyuges se agregarán a los respectivos patrimonios originarios en la proporción que establezca el correspondiente título respectivo o en partes iguales si el título nada dice en ese sentido. (1792-10).

4. Deducciones (1792 – 7 inciso 1).

Del valor total de los bienes de que el cónyuge es titular al tiempo de iniciarse el régimen se deducirá el valor total de las obligaciones de que sea deudor en esta misma fecha.

Si el valor total de dichas obligaciones excede al valor total de los bienes entonces se entiende que el patrimonio es carente de valor.

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 liquidada.

5. Prueba de los bienes que componen el patrimonio originario (1792- 11).

- Se prueba a través de **inventario simple** elaborado por los cónyuges al tiempo de iniciar el régimen. 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 uno.

- A falta de inventario el patrimonio originario puede probarse por medio de otros instrumentos como registros, facturas, o títulos de crédito.

- Solo por excepción serán admitidos otros medios de prueba si se demuestra que atendidas las circunstancias el cónyuge no estuvo en situación de procurarse un instrumento.

- 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.

- 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 artículo 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: artículo 1739, inciso 2º). En cambio, 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.

C. Determinación del Patrimonio Final.

1. Concepto: Art. 1792-6 inciso 2:

Patrimonio final es el que existe al término del régimen de participación en los gananciales.

2. Que bienes integran el patrimonio final:

Todos los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen.

En el patrimonio final también se van a incluir los bienes del patrimonio originario de que el cónyuge siga siendo dueño aunque ellos no van a ser considerados como una ganancia.

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 (artículo 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 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 corresponda. Dado que el mismo artículo 1792-10 ordena computar la parte adquirida gratuitamente en el patrimonio originario, el cónyuge no presentará gananciales por este concepto

3. Que bienes se agregan al patrimonio final (1792-15):

En el patrimonio final de un cónyuge se agregarán imaginariamente los montos de las disminuciones de su activo consecuencia de los actos, ejecutados durante la vigencia del régimen, que señala el Art. 1792-15 N° 1, 2 y 3

La razón de estas agregaciones se encuentra en el interés del legislador de proteger al otro cónyuge toda vez que en términos generales se trata de actos que importan fraude o persiguen solo la utilidad del cónyuge que los realiza.

Esta protección se materializa en que al agregarse imaginariamente estos valores al Patrimonio Final aumentara la diferencia con el Patrimonio Originario y, por lo tanto, serán mayores los gananciales y también el crédito que se origina.

Pablo Rodríguez plantea que los casos del 1792-15 son de inoponibilidad al otro cónyuge.

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.

- Requisitos para que proceda esta agregación

1. Que se haya disminuido el patrimonio final.
2. Que el acto se haya ejecutado durante el régimen.
3. Que el acto no haya sido autorizado por el otro cónyuge (1792- 15 inc final).

- Actos que dan lugar a esta agregación.

1. 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.

2. Cualquier especie de actos fraudulentos o la dilapidación en perjuicio del otro cónyuge.

3. Pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos. En este último caso se excluyen las rentas vitalicias convenidas al amparo del DL 3.500, salvo la cotización adicional voluntaria en la cuenta de capitalización individual y los depósitos en cuenta de ahorro.

c. Ocultación o distracción de bienes (1792- 18).

Señala el Art. 1792-18 que si alguno de los cónyuges, a fin de disminuir los gananciales oculta o distrae bienes o simula obligaciones, se sumará a su patrimonio final el doble del valor de aquellos o éstas (igual al 1768 en materia de Sociedad Conyugal).

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 patrimonio, situación que no parece corresponder a la palabra empleada en el artículo 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.

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 o de las supuestas deudas. Se trata de una norma similar a la del artículo 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 artículo 1792-18 se refiere sólo a los cónyuges y no menciona a los herederos (a diferencia del artículo 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 artículo 2332, esto es, la regla concerniente a la responsabilidad extracontractual, pues estaríamos ante un hecho ilícito. Por ende, prescribiría la acción en cuatro años, contados desde el acto que supuso la distracción, ocultación o simulación.

4. Deduciones (1792- 14).

El patrimonio final resultará de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen el valor total de las obligaciones que tenga en esa misma fecha.

Se deducen, incluso, las obligaciones que un cónyuge tenga respecto del otro, ya que conforme al artículo 1792-19, inciso final, la existencia del crédito de participación "será sin perjuicio de otros créditos y obligaciones entre los cónyuges".

5. Prueba (1792-16).

a) La prueba es a través de un inventario simple valorado de los bienes y obligaciones que componen el patrimonio final de cada cónyuge.

b) El plazo para confeccionar el inventario es de 3 meses contados desde el término del régimen.

El juez podrá ampliar este plazo por una sola vez y hasta por el mismo tiempo

c) El inventario simple firmado por el cónyuge hará prueba a favor de otro para determinar su patrimonio final. 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 (artículo 1702 del Código Civil y artículo 346 del Código de Procedimiento Civil)

d) Cualquiera de los cónyuges puede objetar el inventario realizado por el otro alegando que el mismo 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.

e) Cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la facción de inventario solemne de acuerdo al código de procedimiento civil y requerir las medidas precautorias

que procedan. En este caso, el inventario constituirá plena prueba, por tratarse de un instrumento público.

f) Si el régimen termina por muerte de uno de los cónyuges, la obligación pesará sobre sus herederos o causahabientes.

D. Evaluación de los bienes.

1. Evaluación de los bienes que conforman el patrimonio originario (1792 -13).
Los bienes se valoran según su estado al momento de entrada en vigencia del régimen o de su adquisición. Por lo anterior dicho precio será prudencialmente actualizado a la fecha de terminación del régimen.

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 artículo 1792-26.

Las mismas reglas rigen para la valoración del pasivo.

2. Evaluación del Patrimonio final. (1792- 17).

Los bienes se valoran según su estado al momento de la terminación del régimen; lo mismo se aplica respecto de los bienes referidos en el artículo 1792- 15.

La valoración podrá ser hecha por los cónyuges, por un tercero designado por ellos o en subsidio por el juez.

Las mismas reglas se aplican para valorizar el pasivo.

E. Comparación de los patrimonios.

Para la determinación de los gananciales es necesario comparar el Patrimonio Originario con el Patrimonio Final operación de la cual pueden surgir distintas situaciones:

1. Si el patrimonio final de un cónyuge fuere inferior al originario solo el soportará las pérdidas, las que en consecuencia no se comparten. 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.

2. Si solo uno de los cónyuges ha obtenido gananciales el otro participará de la mitad de su valor. 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.

3. Ambos cónyuges obtienen gananciales. Caso en el cual estos se van a compensar hasta concurrencia de los de menor valor y aquel que hubiere tenido menos gananciales tendrá derecho a que el otro cónyuge le pague a título de participación la mitad del excedente.

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:

- 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 negativa. 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." 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. Crédito de participación en los gananciales

A. Generalidades.

1. Concepto:

Rene Ramos: Aquel que la ley otorga al cónyuge que a la expiración del Régimen de Participación en los Gananciales ha obtenido gananciales por monto inferior a los del otro cónyuge con el objeto de que este último le pague en dinero efectivo a título de participación la mitad del exceso.

2. Características.

a) Se origina al término del régimen de bienes (1792-20).

La ley prohíbe cualquier convención o contrato respecto de este crédito, así como su renuncia antes del término del Régimen de Participación en los Gananciales. La infracción a esta prohibición, conforme a las normas generales (artículos 10, 1466 y 1682) ocasionará nulidad absoluta.

De la redacción de la norma (convención o contrato) pareciera que no incluye actos jurídicos unilaterales de disposición como por ejemplo un testamento.

b) Se trata de un crédito que es necesario liquidar. Si bien el crédito se origina al término del régimen su determinación se obtendrá solo una vez que se liquiden los gananciales.

c) Durante la vigencia del régimen el crédito solo es eventual y por lo tanto, a juicio de Hernán Corral, también es intransferible.

d) Es prescriptible.

e) Por regla general es puro y simple, por excepción se puede fijar un plazo para su pago (1792- 21).

f) Debe pagarse en dinero, salvo que los cónyuges acuerden una dación en pago (1792- 22).

g) Es un crédito que goza de preferencia de la cuarta clase (2481 N° 3).

h) Crédito independiente de otras obligaciones que existan entre los cónyuges y, por lo tanto, podría ser compensado con una de ellas. (1792-19 inciso final).

i) Es un derecho renunciable y transferible: lo anterior, siempre y cuando hubiere finalizado el régimen.

j) Es un derecho transmisible: y lo es, aun cuando sea la muerte del titular la que produzca la disolución del régimen.

B. Liquidación del crédito. Puede ser en primer lugar:

1. De común acuerdo.

No existe impedimento para que los cónyuges actuando de consuno liquiden el crédito, incluso si el régimen termina por el pacto de separación total de bienes

puede hacerse la liquidación en la escritura a que se refiere el Art. 1723.

2. Judicial (1792-26).

- En este caso la acción para pedir la liquidación del crédito se **tramita breve y sumariamente (juicio sumario, no queda bajo la competencia de los tribunales de familia)**, en principio son competentes los tribunales ordinarios de justicia, en doctrina se acepta que se someta a arbitraje puesto que no se comprende dentro de las materias de arbitraje prohibido.

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.

- En el evento de que existiera una atribución de derechos sobre los bienes familiares efectuada de acuerdo al Art. 147 del c. c al momento de determinar el crédito de Participación en los Gananciales dichas atribuciones serán prudencialmente valoradas por el juez (1792-23). Esto se verificará en la medida en que los derechos reales constituidos se mantengan después de la expiración del régimen de participación.

- 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.

a) 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**, importante excepción al 2509 in final.

- **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).

b) 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 tres o cinco años. El plazo se contará:

- 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.

C. Cumplimiento del crédito.

1. Forma de pago.

- Regla General : El crédito de Participación en los Gananciales debe pagarse en dinero, no obstante lo cual los cónyuges o sus herederos pueden acordar daciones en pago (1792-21 inc 1 y 1792-22).

- Si se ha pactado una dación en pago y la cosa dada en pago es evicta entonces renacerá el crédito de Participación en los Gananciales a menos que el cónyuge haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo (1792-22 inciso 2). El Art. 1792 -22 inc 2 sirve como fundamento para afirmar que cuando los cónyuges o sus herederos pactan una dación en **pago no hay novación por cambio de objeto**, ya que si así fuere en el evento de ser evicta la cosa no podría renacer el crédito ya que la novación habría extinguido la obligación. 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)

2. Oportunidad en que debe efectuarse el pago (1792-21).

Regla General : el crédito de participación en los gananciales es puro y simple y por lo mismo deberá pagarse tan pronto se haya liquidado el crédito, sin plazo.

Sin perjuicio de lo anterior la ley faculta al juez para que, reuniéndose ciertos requisitos, fije un plazo no superior a un año dentro del cual se puede solucionar el crédito de participación en los gananciales.

Requisitos son los siguientes:

a) Que el pago inmediato del crédito ocasione un grave perjuicio al cónyuge o a los hijos comunes.

b) Que la circunstancia anterior sea debidamente acreditada.

c) Que el crédito se exprese en UTM

d) Que se garantice por el cónyuge deudor o por un tercero que el cónyuge acreedor quedará de todos modos indemne.

e) Que el plazo que se conceda por el juez no exceda de 1 año.

Pablo Rodríguez cree que este plazo se puede prorrogar. La Cátedra sostiene que no es posible esta prórroga ya que no se ajusta al espíritu del Art. 1792-21

3. Ejecución del crédito (1792-24).

La ley ha establecido un orden respecto de los bienes del cónyuge deudor que pueden ser perseguidos por el cónyuge acreedor;

- Así en primer término puede dirigirse contra el dinero, si éste fuere insuficiente entonces perseguirá:

- los bienes muebles,

- los inmuebles.

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.

Para perseguir estos bienes el cónyuge acreedor tendrá una acción que podrá ser ejecutiva u ordinaria y entonces prescribirá en 3 o 5 años según corresponda.

- A falta o insuficiencia de todos los bienes antes señalados el cónyuge acreedor podrá perseguir el pago de su crédito en todos los bienes que hubieren sido objeto de una donación entre vivos efectuada sin su consentimiento, o podrá dirigirse en contra de los bienes que hubieran sido enajenados en fraude a sus derechos. **En el primer caso la ley confiere al cónyuge acreedor una acción de inoficiosa donación y en el segundo caso una acción pauliana.**

a) En el evento que se ejerza la acción de inoficiosa donación deberá procederse en contra de los donatarios en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es; principiando por las más recientes.

b) En cuanto a la prescripción de estas acciones, no cabe ninguna duda que la acción de inoficiosa donación prescribe en el plazo de 4 años contados desde la fecha del acto, ello porque así lo dice expresamente la ley en el Art. 1792-24 inc. 2 última línea. El problema se plantea con la acción pauliana o revocatoria. Hay dos opiniones al respecto:

1. Rene Ramos: estima que se deben aplicar las reglas generales y por lo tanto la acción prescribirá en el plazo de **1 año contado desde la fecha del acto o contrato** (2468 N° 3).

2. Hernán Corral: estima que el Art. 1792- 24 inc. 2 contempla una acción revocatoria especial propia del derecho de familia y, por lo tanto, habrá que estarse al **plazo de prescripción de 4 años contados desde la fecha del acto que se pretende revocar, según se deja en claro en la parte final del precepto.**

4. Concurrencia del crédito de participación en los gananciales con otros acreedores. Hay 2 reglas:

a) Respecto de los acreedores cuyos créditos tengan su origen con anterioridad al término del régimen: Ellos preferirán al crédito de Participación en los Gananciales. (17982-25). 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. 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) Respecto de los acreedores cuyos créditos se han originado con

posterioridad al término del régimen: Habrá que considerar que el crédito de Participación en los Gananciales es preferente. 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.

D. Crédito de Participación en los Gananciales e Impuesto a la Renta

1. De acuerdo con el Art. 17 N° 30 de la LIR no constituyen rentas la parte de los gananciales que uno de los cónyuges, sus herederos o cesionarios perciba del otro cónyuge, sus herederos o cesionarios como consecuencia del término del régimen de participación en los gananciales.

2. Art. 53 de la LIR: los cónyuges que se hallen casados bajo el régimen de Participación en los Gananciales declararán sus rentas en forma independiente

E. Norma transitoria.

La ley nada dijo acerca de si las personas casadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.335 pueden o no pactar este régimen. Hernán Corral estima que sí es posible por aplicación de la Ley de efectos retroactivos y en tal caso el régimen deberá pactarse en la forma establecida en el Art. 1723 y 135.

El mismo autor hace la salvedad de que, conforme al Art. 1723 inc 2 parte final, las personas que hayan pactado anteriormente separación total de bienes durante su matrimonio no podrán en ejercicio del mismo artículo pactar ahora régimen de participación en los gananciales.

F. Pactos lícitos y pactos prohibidos, en el régimen de participación en los gananciales.

A juicio de Pablo Rodríguez Grez, 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 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.

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.

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 N° 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 N° 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 N° 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 deuda 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.

G. 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 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 , 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;”