

REGÍMENES CONVENCIONALES ALTERNATIVOS¹

Como hemos dicho, en la legislación chilena se distinguen en la actualidad tres regímenes económicos matrimoniales, a saber, un sistema comunitario tradicional (sociedad conyugal) como régimen legal y supletorio; la separación total de bienes y la participación restringida a las ganancias con compensación de beneficios, como sistemas convencionales alternativos, dentro de un régimen contractual de libertad limitada.

SEPARACION DE BIENES

En este sistema cada cónyuge usa, goza y gestiona sus bienes con absoluta libertad, salvo que hubiere mediado la declaración de bienes familiares conforme a lo prescrito por lo arts. 141 y siguientes.

▪ **Clasificaciones:**

a) Atendiendo a su origen:

- a.1) judicial,
- a.2) legal y
- a.3) convencional,

b) En relación a su extensión:

- b.1) parcial (no excluye a la soc. conyugal, es una modalidad de ésta)
- b.2) total (excluye el régimen de soc. conyugal y sólo existen 2 patrimonios propios).

La separación parcial sea convencional (arts. 1720 y 167) o legal (arts. 150 y 166) coexiste con el régimen de sociedad conyugal, en consecuencia, no se trata de un sistema económico matrimonial especial.

A. SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES.

Es la que se produce en virtud de una sentencia judicial en los casos determinados

¹ Texto preparado por Alejandra Aguad D., profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

por la ley.

Características:

- a. Procede existiendo sociedad conyugal o participación en los gananciales.
 - En caso de sociedad conyugal, solo la mujer puede pedirla. Si es menor de edad, necesita de un curador especial que la autorice a ello. Y es un beneficio al que la mujer no puede renunciar en las capitulaciones matrimoniales.
 - En caso de participación en los gananciales, cualquiera de los cónyuges puede pedirla.
- b. Es siempre total.
- c. Es imprescriptible
- d. Las causales son legales y taxativas.
- e. Una vez decretada es inmutable Art. 165.

▪ **Causales:**

- a) Administración Extraordinaria de la sociedad conyugal en caso de art. 1762: cuando la mujer no quiere tomar sobre sí la administración ni quiere someterse a la dirección de un curador, siempre que ella sea mayor de edad.
- b) Caso del art. 19 de la ley 14.908: Que conste en el expediente de alimentos que el alimentante hubiese sido apremiado en dos oportunidades. En este caso, la mujer puede:
 - Solicitar la separación judicial
 - Que la mujer actúe conforme al art. 138 inc. 2° sin necesidad de acreditar perjuicio.
- c) Caso de insolvencia del marido Art. 155: No es necesario que se le declare en quiebra. Basta la incapacidad de pago por insuficiencia de activo.
- d) Caso de administración fraudulenta del marido Art. 155, sea respecto de los bienes sociales como de los propios de la mujer (actos realizados dolosamente con el fin de perjudicar los intereses de la mujer)
- e) Mal estado de los negocios del marido a consecuencia de especulaciones aventuradas, administración errónea o descuidada o hay riesgo de ello. Estas causas son calificadas por el juez. En este caso, el marido podría evitar la separación de bienes prestando garantía (fianzas o hipotecas) suficientes que garanticen los intereses de la mujer (N podría ser prenda porque la idea es

garantizar obligaciones indeterminadas o resp. ilimitada). Para que la garantía sea suficiente debe permitir la restitución de sus bienes propios, recompensas y posibles gananciales. Frente a esta causal la confesión del cónyuge no hace prueba del mal estado de los negocios Art. 157.

- f) Por incumplir el marido por su culpa las obligaciones de los art. 131 y 134: obligación de fidelidad, socorro, ayuda mutua, respeto y protección; obligación de proveer a las necesidades de la familia común, según sus facultades y régimen económico imperante.
- g) Cuando el marido incurre en alguna causal de divorcio del art. 21 de la Ley de Matrimonio Civil, salvo las causales N° 5 (avaricia del marido) y 10 (enfermedad grave, incurable y contagiosa, hoy derogada) de dicha norma. No es necesario que el divorcio se haya logrado para pedir la separación, basta incurrir en la causal.
- h) Simple separación de hecho de los cónyuges por mas de un año.

▪ **Efectos de la separación judicial**

1. Se crea otro régimen matrimonial, por lo que la sociedad se disuelve. (Art. 158). Este nuevo régimen opera desde que queda ejecutoriada la sentencia, ya que ésta es constitutiva y no declarativa (por lo que no opera con efecto retroactivo)
2. La mujer pasa a administrar con entera independencia del marido todos los bienes que le pertenecen (bienes propios, bienes que reciba por concepto de gananciales y bienes que adquiera con posterioridad).
3. Si la mujer fuese incapaz o estuviera ausente, se le nombra un curador, pero éste, como es obvio, no puede ser el marido (art. 503)
4. El vínculo matrimonial y todos los derechos y deberes de los cónyuges subsisten. Solo se altera el deber de asistir a la familia común por el hecho de que este se cumple en atención al régimen matrimonial que exista, y éste ha variado. Ahora, cada uno contribuye en una cuota proporcional a sus facultades.

B. SEPARACIÓN LEGAL DE BIENES.

Aquella que opera por el sólo ministerio de la ley, cuando concurren las circunstancias para que opere la causal respectiva.

B.1) Separación Legal Total:

- a. Divorcio perpetuo. Art. 1764 N° 3 y 178.
- Se produce desde la sentencia del juez que declara el divorcio
 - Producida la separación, ella es irrevocable (art. 165)
- b. Caso del art. 135 inc. 2°. Matrimonio celebrado en el extranjero. Tratándose de los cónyuges casados en país extranjero de conformidad a lo prescrito por el art. 135 inciso 2. Sin embargo, esta separación legal total no es irrevocable, pues puede ser sustituida convencionalmente por una sociedad conyugal o por una participación de ganancias en su modalidad crediticia.

B.2) Separación Legal Parcial

- a. Patrimonio reservado: Se presenta respecto de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, que desempeñe algún empleo o que ejerza alguna profesión, oficio o industria, separado de los de su marido, la que es considerada parcialmente separada de bienes en conformidad a lo establecido por el art. 150 que estatuye el patrimonio reservado de la mujer casada.
- b. Caso del art. 166: Se genera una separación legal parcial si a la mujer casada se le hiciere una donación o se le dejaré una herencia o legado, con la condición precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas no tenga la administración el marido, según lo prescribe el art. 166. Es necesario señalar al respecto, que esta hipótesis es de rara ocurrencia en la práctica.

▪ **Consecuencias:**

- Respecto de estas cosas la mujer administra con total independencia del marido.
- Las responsabilidades se rigen por las normas vistas (arts. 161 a 163)
- El vínculo matrimonial subsiste y también la sociedad conyugal, pero en cuanto al deber de proveer a las necesidades de la familia común se aplica el art. 160 (ella aporta su cuota respecto de los bienes que administra separadamente)
- No se aplica el art. 503, por lo que pueden ser curadores entre ellos.
- Los frutos de los bienes y todo lo que con ellos se obtenga son de propiedad de la mujer.

▪ ***¿Qué pasa con los bienes separados al disolverse la sociedad conyugal?***

- la mujer responde de las obligaciones que contrajo en esta administración separada con todos sus bienes (propios y separados). Mientras está vigente la sociedad no pueden perseguirse los bienes propios, son sólo los separados.
- Si la mujer aceptó los gananciales los frutos de estos bienes separados ingresan a la división de los gananciales (los bienes mismos no entran, sino que quedan en propiedad en manos de la mujer, pero sí los frutos. Esto a diferencia de los bienes del PR los que sí ingresan a la división de los gananciales)

C. SEPARACIÓN CONVENCIONAL DE BIENES.

Es aquella que pactan los cónyuges sea antes o durante el matrimonio. Puede ser total o parcial.

C.1) Separación convencional total.

- a. Por los esposos en las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio en conformidad a lo dispuesto por los arts. 1720 inciso 1 y 1716;
- b. En las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio conforme a lo expresado en los arts. 1715 y 1716;
- c. Durante el matrimonio según lo prescrito por el art. 1723, esto es, los cónyuges mayores de edad pueden sustituir el régimen de sociedad (Art. 1764 N° 5) o el de participación en los gananciales por el de separación total de bienes en conformidad a lo dispuesto por el art. 1792 N° 1 inciso 2. Los efectos de producen desde el momento de la subinscripción.
- d. Los cónyuges que hubieren contraído matrimonio en el extranjero y que por lo tanto, son considerados por la ley separados totalmente de bienes y, que pacten sociedad conyugal o participación en los gananciales en conformidad y con los requisitos señalados en el art. 135 inciso 2, pueden sustituir cualquiera de estos regímenes por una separación total de bienes, según resulta de los arts. 1723 inciso 1 y 1792 N° 1 inciso 2.

Cabe agregar que cualquier pacto celebrado al amparo de lo dispuesto en el art. 1723 es irrevocable, por lo tanto, sólo la separación total de bienes pactada en las

capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio o en el acto de su celebración, puede ser modificada convencionalmente y por una sola vez, por una participación restringida de ganancias (art. 1792 N° 1 inciso 2 y 1723).

C.2) Separación Convencional Parcial

Sólo puede ser convenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad a la celebración del matrimonio según resulta de los arts. 1720 y 167.

En ellas se puede pactar:

- a. Que la mujer administre separadamente ciertos bienes (art. 167). En este pacto deben indicarse los bienes que se incluyen y el hecho de que la mujer administre separadamente. Si falta esta última estipulación, los bienes quedan excluidos del haber social y son bienes propios de la mujer pero administrados por el marido.
- b. Que la mujer dispondrá libremente de una suma de dinero o de una pensión periódica. En este caso es la sociedad la obligada a pagársela, salvo que en las mismas capitulaciones esta obligación se haya impuesto al marido.

PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES

Como hemos visto anteriormente, existen dos regímenes de participación en los gananciales:

1. Sistema de comunidad diferida: Mientras está vigente el régimen, los cónyuges están separados totalmente de bienes y por tanto administran y actúan libremente respecto del patrimonio de cada cual.

El patrimonio inicial de cada uno siempre le pertenecerá a cada cónyuge, pero puede suceder que durante el matrimonio, estos patrimonios hayan crecido.

De esta manera, al terminar el régimen se forma una comunidad efímera, limitada en el tiempo, con los aumentos producidos y para el sólo efecto de ser liquidada y dividida por mitades entre los cónyuges o sus herederos. Cada cual tiene, entonces, un derecho real sobre la mitad que le corresponde.

2. **Sistema de compensación de beneficios o de modalidad crediticia:** Mientras está vigente, el régimen opera del mismo modo anterior. Pero al terminar el régimen, los cónyuges siguen separados de bienes sin formar comunidad. Cada cónyuge adquiere un crédito contra el otro, los que se compensan hasta el de menor valor.

Este sistema se ha criticado aduciendo que su efectividad es menor que el de comunidad en que los cónyuges adquieren un derecho real y no un derecho personal o crédito.

De otro lado, se destaca la ventaja de proteger mejor el interés de los terceros que contratan con los cónyuges.

La ley 19.335 de 1994 que incorporó este régimen como sistema económico convencional y alternativo, contempló esta modalidad.

En este sistema, hay dos patrimonios que se mantienen separados y del que cada uno administra, goza y dispone libremente. Al finalizar la vigencia del régimen, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por cada cónyuge y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente.

El sistema es siempre convencional y opcional. La ley señala tres oportunidades para pactarlo:

- a. En las capitulaciones matrimoniales que celebren antes o en el acto del matrimonio.
- b. Durante la vigencia del matrimonio con los requisitos del art. 1723.
- c. Tratándose de matrimonios celebrados en el extranjero, los cónyuges pueden pactarlo al inscribir el matrimonio en Chile.

▪ ***Funcionamiento del régimen durante su vigencia.***

Como se ha dicho, cada cónyuge actúa libremente y responde por sus obligaciones. Respecto de los actos que ejecute o celebre rige, entonces, el derecho común.

Sin embargo, la ley contempla algunos resguardos o limitaciones a fin de evitar que un cónyuge abuse del otro.

1. Ninguno puede otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge.
 - Se refiere sólo a cauciones personales, por lo que podría otorgar libremente cauciones reales.
 - El consentimiento se rige por los arts. 142 y 144 y puede ser

expreso (dado formalmente por escrito o por escritura pública si el acto exige esta solemnidad) o tácito (interviniendo directa y expresamente en el acto).

- La falta de consentimiento del otro cónyuge acarrea nulidad relativa del acto. La acción prescribe en 4 años contados desde que el cónyuge tuvo conocimiento de la garantía otorgada y con un tope máximo de 10 años contados desde la celebración del acto.

2. Si un bien es declarado “bien familiar”, el cónyuge propietario no podrá gravarlo ni enajenarlo voluntariamente, ni prometer gravarlo o enajenarlo, sin la autorización del otro cónyuge, o del juez si aquel la niega o se encuentra imposibilitado a darla (Art. 1792 inc. 2º, en relación con los arts. 142 y 144).

- La falta de consentimiento del otro cónyuge o del juez acarrea nulidad relativa del acto. La acción prescribe en 4 años contados desde que el cónyuge tuvo conocimiento del acto y con un tope máximo de 10 años contados desde su celebración.

- ***Terminación del régimen (idem sociedad conyugal)***

1. Muerte de un cónyuge
2. Presunción de muerte de un cónyuge
3. Declaración de nulidad del matrimonio
4. Sentencia de divorcio perpetuo
5. Sentencia de separación de bienes (con la diferencia que en este caso lo puede pedir tanto el marido como la mujer)
6. Pacto de separación de bienes.

- ***Funcionamiento del sistema a la extinción del régimen***

Producida la terminación del régimen, los patrimonios de los cónyuges permanecen separados, conservando éstos o sus causahabientes plenas facultades de administración y disposición de sus bienes.

- ***Determinación y cálculo de los gananciales***

La fecha en que han de determinarse los gananciales es al término del régimen.

Se entiende por gananciales, la diferencia del valor neto entre el patrimonio

originario y el patrimonio final de cada uno.

Puede ser que:

- Ambos cónyuges tengan gananciales: En este caso, se compensan hasta la concurrencia de los de menor valor y el que obtuvo menos gananciales tiene derecho a que el otro cónyuge le pague la mitad del excedente.
- Sólo uno tenga gananciales: El que no obtuvo gananciales tiene derecho a que el otro le pague la mitad de los suyos, pero debe soportar sólo las pérdidas de su patrimonio.

El patrimonio inicial y el patrimonio final de cada cónyuge es un solo patrimonio de cada cónyuge pero mirado en 2 oportunidades diversas.

▪ ***Patrimonio inicial u originario:***

Es el que tenían cada cónyuge al optar por este régimen.

A. Activo del patrimonio inicial.

1. El valor total de los bienes de que el cónyuge es titular al tiempo de iniciarse el régimen.
2. Adquisiciones a título gratuito que haya obtenido durante la vigencia del régimen, deduciéndole las cargas a que estén afectos (por ejemplo, impuestos a la donación o herencia) Art. 1982-7 inc. final.
Si la liberalidad se hace a ambos cónyuges, quedan en comunidad respecto de ese bien, e ingresa al patrimonio originario la cuota que le corresponda.
3. Bienes adquiridos a título oneroso pero cuya causa o título de adquisición sea anterior. Art 1982-8

Todos estos bienes se valorizan al tiempo de entrar al régimen o al tiempo de su adquisición, en el estado y valor que tengan en ese momento. Y al finalizar el régimen se actualizan prudencialmente los valores.

La valorización se hace por:

- los cónyuges

- por un tercero designado por los cónyuges
- en subsidio, por el juez.

Para estos efectos, hay que hacer un inventario simple de los bienes del patrimonio originario. Junto con el inventario, se hace la evaluación de los bienes y se acuerda la forma de actualizarlos. Si no se hace inventario, se puede probar el dominio de los bienes por medio de instrumentos y sólo si se acredita la imposibilidad de haber otorgado instrumento, se admiten otros medios de prueba.

B. Pasivo del patrimonio originario.

Todas las obligaciones de que sea deudor al inicio del régimen.

Estas deudas se deducen del activo para efectos de determinar el patrimonio inicial u originario y se actualizan del mismo modo que el activo.

Si el pasivo es superior al activo, el patrimonio inicial se entiende carecer de valor, por lo tanto todo lo que el cónyuge adquiera o aparezca como patrimonio final se mirará como gananciales.

▪ ***Patrimonio final***

El que los cónyuges tengan al tiempo de la terminación del régimen. Se valora en el estado en que estén los bienes en ese momento.

A. Activo del patrimonio final.

El patrimonio original puede verse incrementado por las siguientes adquisiciones:

1. Toda adquisición a título oneroso durante el régimen. La ley no contempla la posibilidad de subrogación. Si lo adquieren ambos cónyuges conjuntamente, no entra al patrimonio final sino que quedan como comuneros respecto de ese bien.
2. Los frutos de los bienes del patrimonio originario y del final.
3. Minas denunciadas pro uno de los cónyuges.
4. las donaciones remuneratorias por servicios que hayan dado acción contra la persona servida.
5. Deben agregarse imaginariamente los montos de toda disminución del activo que sea consecuencia de:
 - Donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento

proporcionado de los deberes morales sociales (lo aprecia el juez)

- Cualquier especie de acto fraudulento o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge.
- Pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos, salvo las rentas vitalicias tomadas en conformidad al DL 3.500.

Todo lo anterior, **salvo que el otro cónyuge haya autorizado el acto** (Art. 1792-15).

- Si un cónyuge oculta o distrae bienes o simula obligaciones, el valor de ello se acumula imaginariamente pero doblado. (Art. 1792-18)

Presunción del art. 1792-12

Al término del régimen de participación en los gananciales se presumen comunes los bienes muebles adquiridos durante él, salvo:

- los de uso personal de los cónyuges.
- Los que se pruebe lo contrario (la prueba debe fundarse en antecedente escrito)

Esto implica que los bienes muebles no forman parte del patrimonio final de cada uno mientras no prueben que le pertenece a algún cónyuge.

B. Pasivo del patrimonio final

Valor total de las obligaciones que tenga al final del régimen.

Para la determinación del patrimonio final y cálculo de los gananciales los cónyuges pueden realizar las operaciones de común acuerdo.

Sin embargo, la ley establece un procedimiento: Dentro de los 3 meses siguientes a la terminación del régimen, cada cónyuge debe presentarle al otro un inventario simple, firmado, de su patrimonio final, con activo y pasivo. Esto se ha criticado por cuanto para hacerlo se necesita de asesoría y es costosa.

El otro cónyuge puede objetar el inventario señalando que no es fidedigno, lo cual puede acreditar con todos los medios de prueba que franquea la ley.

También los cónyuges pueden requerir la facción de inventario en juicio sumario.

▪ ***El crédito de participación en los gananciales:***

El crédito sólo se origina al término del régimen. Se prohíbe cualquier convención o contrato respecto del eventual crédito hasta ese momento.

El crédito es puro y simple, pero el juez puede dar plazo de hasta 1 año para el pago, siempre y cuando se reúnen los siguientes requisitos:

- Que el pago inmediato cause perjuicio al cónyuge deudor o a los hijos comunes
- Que el deudor o un tercero rinda caución.

El crédito se paga en dinero efectivo, salvo que los cónyuges de común acuerdo acepten daciones en pago. En este caso, si la cosa dada en pago es evicta, renace el crédito, salvo que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí los riesgos de la evicción, especificándolo.

En el caso en que el crédito no haya sido pagado voluntariamente por el cónyuge deudor, el cónyuge acreedor puede perseguir el crédito sobre los siguientes bienes:

- 1° sobre el dinero
- 2° sobre los muebles, si el dinero no alcanza,
- 3° en subsidio, sobre inmuebles.

Si todo lo anterior es insuficiente, puede perseguirlo sobre los bienes donados entre vivos sin su consentimiento (debe empezar por las donaciones más recientes) o enajenados en fraude a sus derechos. Esta acción prescribe en el plazo de 4 años contados desde el acto.

Si un cónyuge tiene una deuda con causa anterior al término del régimen, ese crédito prefiere al crédito de participación en los gananciales.

La acción para pedir la liquidación de los gananciales prescribe en el plazo de 5 años contados desde la terminación del régimen y no se suspende entre los cónyuges, pero sí a favor de los herederos menores.