

REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.¹

I. CONCEPTO Y PRINCIPIOS FUNDANTES DEL SISTEMA ECONOMICO MATRIMONIAL.

La institución del matrimonio da lugar a importantes efectos, tanto en el plano personal, como en el patrimonial. En este último ámbito, es necesario determinar la organización de los bienes que los cónyuges aportan o adquieren durante el matrimonio, cuestiones todas que dan lugar a un estatuto jurídico que se conoce con los nombres **REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO, SISTEMA ECONOMICO DEL MATRIMONIO, ESTRUCTURA ECONOMICA O PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO**, entre otros y, que se le define como “**el conjunto de normas jurídicas que regula los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y de éstos en relación a los terceros**”.

De este concepto surge como primer principio fundamental de este estatuto jurídico, **el necesario y adecuado equilibrio de dos categorías de intereses: los de los cónyuges en contraposición a los de los terceros.**

En segundo lugar, todo régimen económico del matrimonio debe garantizar como principio rector ineludible, **la igualdad de derechos entre el marido y la mujer**, considerando a la vez, que el matrimonio constituye una **comunidad de intereses**.

II. TIPOS DE REGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

Los sistemas económicos del matrimonio pueden clasificarse básicamente, atendiendo a dos criterios, estos son, su **fuerza u origen** por una parte y por la otra, teniendo en cuenta sus **efectos**.

A. REGIMENES LEGALES Y SISTEMAS CONVENCIONALES

▪ Atendiendo a su fuente:

1. Sistemas contractuales o convencionales y
2. Los regímenes legales o predeterminados,

Teniendo en consideración si fueron pactados por los esposos o cónyuges o si por el contrario, fueron predeterminados por el legislador.

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

1. Los sistemas contractuales pueden ser:

1.1) De libertad absoluta o

1.2) De libertad limitada, relativa o restringida, distinción que se hace atendiendo a la mayor o menor libertad de conclusión y de estipulación que se les reconozca a los esposos o cónyuges en su caso.

2. Los sistemas legales o predeterminados pueden ser:

2.1) obligatorios o

2.2) supletorios,

Según si el legislador los imponga perentoriamente o determine su aplicación, a falta de pacto en contrario.

Frente a lo expuesto, cabe preguntarse, cómo regula la ley chilena el régimen económico matrimonial considerando esta clasificación y, cual es el planteamiento mundial frente a este tema, que sin lugar a dudas, dice relación con la aplicación o no en él, del principio de la autonomía de la voluntad.

El sistema económico matrimonial predeterminado en legislación chilena está constituido por la **sociedad conyugal con carácter legal y supletorio**. En efecto, a “falta de pacto en contrario se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal...” (arts. 1718 y 135 inciso 1°).

En lo que se refiere al **régimen convencional**, éste es de **libertad limitada**, pues los cónyuges pueden sustituir la sociedad conyugal por un sistema de **separación total de bienes** y desde la dictación de la Ley N° 19.335 de 23 de septiembre de 1994, por un **régimen de participación restringida a las ganancias con compensación de beneficios o pactar** antes o al momento de contraer matrimonio cualquiera de estos dos regímenes convencionales alternativos (arts. 1720, 1715 inciso 2° y 1792 N° 1).

Sin embargo, es necesario tener presente que al dictarse el Código Civil en el año 1855, la **libertad contractual** no fue consagrada en nuestra legislación, pues la sociedad conyugal se imponía a los cónyuges como fórmula legal y obligatoria. Los esposos sólo podían pactar una separación parcial de bienes antes de contraer matrimonio en las capitulaciones matrimoniales, sin perjuicio que durante el matrimonio, la mujer podía pedir la separación judicial de bienes que el legislador estableció como una medida de protección sólo en su favor y por causales legales taxativas.

A partir de la dictación del DL N° 328 de 1925 y más precisamente con la dictación de la Ley N° 5.521 de 19 de diciembre de 1934, la **sociedad conyugal pasó a ser un régimen**

legal y supletorio, modificándose al efecto el art. 1720, según el cual, se permitió pactar la separación total o parcial de bienes en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio.

Con posterioridad, la Ley N° 7.612 de 21 de octubre de 1943 reguló el pacto de separación total de bienes (art. 1723) y la Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952 facultó a los contrayentes pactar la separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales celebradas en el acto del matrimonio, debiendo constar dicho pacto en la inscripción matrimonial (arts. 1715 inciso 2 y 1716 inciso 1).

Finalmente la Ley N° 19.335 de 23 de septiembre de 1994 ampliando el régimen convencional, reguló la participación en los gananciales en su modalidad crediticia, como sistema convencional y alternativo.

Es interesante destacar finalmente que, según opinión de la mayoría de la Comisión N° 3 “Régimen Económico de la Familia”: “Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad” expuesta en el X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA se recomienda que: “El principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto principio general que se manifiesta en todo el campo del derecho, deber ser admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio y, los cónyuges deber tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que regirá su matrimonio”

La posibilidad de elegir el régimen patrimonial del matrimonio respeta el principio de igualdad de los cónyuges y de libertad de los contrayentes, que se ve vulnerado cuando el Estado impone un régimen legal único y forzoso”.

“Se recomienda se establezcan como limitaciones a la autonomía de la voluntad en orden a la libertad de pactar el régimen patrimonial las siguientes: a) Deben ser considerados nulos aquellos pactos que vulneren los derechos y deberes que comprenden el régimen primario; esencialmente, los que atentan contra la igualdad de derechos entre marido y mujer. b) Debe prohibirse pactar una participación desigual, ya sea en los regímenes comunitarios como en los de participación. c) Deben quedar excluidas las cláusulas que priven a cualquiera de los cónyuges de la administración de sus bienes propios y aquellas que confieran a uno de ellos la administración exclusiva y sin limitaciones de los bienes gananciales.”

B. REGIMENES DE COMUNIDAD DE BIENES, DE SEPARACION DE BIENES Y DE PARTICIPACION.

- *En atención a sus efectos, los sistemas económicos matrimoniales se clasifican en:*
 1. Regímenes comunitarios,

2. Regímenes separatistas y
3. Regímenes de participación.

1. REGIMENES COMUNITARIOS.

Los sistemas comunitarios existieron en el antiguo Derecho egipcio, fueron conocidos entre los germanos y visigodos y fueron ampliamente desarrollados por influencia del cristianismo. En la actualidad tienen gran aplicación, sin embargo, las legislaciones que lo consagran han tratado de erradicar los sistemas comunitarios “tradicionales” por los que podrían denominarse “nuevas fórmulas comunitarias”.

Las comunidades tradicionales se basaron en el principio de la subordinación de la mujer al marido, lo que se concretaba en el hecho de que éste era el administrador exclusivo de los bienes comunes, además de administrar los suyos propios y los de su mujer, todos los cuales además, usufructuaba. Es así, como en estos sistemas, la mujer era relativamente incapaz, no por ser mujer, sino por estar casada bajo el sistema comunitario que reconocía una sola cabeza.

En relación a su extensión, los sistemas comunitarios pueden ser universales, cuando abarcan todos los bienes de los cónyuges, cualquiera sea su naturaleza, época o título de adquisición, **relativos, limitados o restringidos a las ganancias**, a los **bienes muebles y ganancias**, a los **bienes muebles** únicamente o, a los **bienes futuros**.

Sin embargo, estas viejas fórmulas comunitarias han sido sustituidas por nuevas estructuras, ya sea convencionales o legales obligatorias o supletorias, entre las que se distinguen claramente dos tipos:

1.1) los sistemas comunitarios con gestión repartida o en manos separadas, y

1.2) los regímenes comunitarios con gestión conjunta o en manos unidas.

Es así como en Francia la Ley de 13 de Julio de 1965 que si bien, mantuvo la comunidad limitada de ganancias, como régimen legal y supletorio, estableció una comunidad en manos separadas, señalando que respecto de los bienes propios, éstos son administrados por cada cónyuge.

Es interesante, destacar esta legislación entre nosotros, por cuanto el denominado Proyecto Philippi del año 1979, con el fin de eliminar la incapacidad relativa de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, siguiendo a la ley francesa aludida, mantuvo la sociedad conyugal como sistema legal y supletorio, distinguiendo en ella, junto a los bienes comunes, los bienes de cada cónyuge, diferenciando en el patrimonio común dos secciones:

- i) los bienes sociales propiamente tales administrados por el marido y

ii) los bienes reservados gestionados por la mujer, pero eliminando la renuncia a los gananciales, con lo cual, estos bienes reservados pasaban a ser definitivamente sociales.

Consagró de esta forma una **comunidad con gestión repartida**, teniendo ambos cónyuges idénticas limitaciones y facultades en sus respectivas administraciones separadas. Con este mismo criterio, el Código Civil argentino después de la reforma de la Ley N° 17.711 de 26 de abril de 1968 dispone: “Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1277”, disposición que exige el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de ciertos actos jurídicos de mayor trascendencia económica o de interés familiar, como por ejemplo, para disponer, gravar, aportar en dominio o uso los bienes gananciales inmuebles. Incluso se requiere del consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapacitados.

En cambio, otras legislaciones han optado por un **sistema comunitario con gestión conjunta o en manos unidas**. Entre éstas, cabe citar a la legislación boliviana, en la cual, el Código de Familia boliviano vigente desde 1977, excluyendo completamente el principio de la autonomía de la voluntad, impone como estructura legal obligatoria, un sistema comunitario restringido a las ganancias con **administración conjunta** de los bienes comunes, perteneciendo la administración de los bienes propios a cada cónyuge.

Así también, el Código Civil peruano de 1984 establece una comunidad restringida a las ganancias de carácter supletoria en la cual, los cónyuges administran y disponen libremente de sus bienes propios, en tanto que los bienes sociales están sujetos a una **administración conjunta**.

2. REGIMENES SEPARATISTAS

En estos sistemas cada cónyuge conserva el dominio y la gestión de todos sus bienes, por lo cual, los esquemas separatistas desconocen absolutamente el principio de la unidad de intereses que implica la vida matrimonial y por ello, puede afirmarse que importan la ausencia de una estructura económica matrimonial.

Es así, como la separación de bienes perjudica enormemente al cónyuge que no realiza un trabajo remunerado, normalmente a la mujer en países como el nuestro, sistema en el cual, a su trabajo doméstico no se le asigna valor económico alguno.

Por ello, países que lo han adoptado como sistema legal y normal del matrimonio, como ocurre entre otros, en Australia, en la provincia canadiense del Common Law, en

Inglaterra y en la mayoría de los Estados de la Unión en EE.UU., han suavizado sus efectos y han adoptado soluciones propias de los regímenes comunitarios.

Así por ejemplo, la Ley inglesa sobre los bienes de la mujer casada de 1964, dispuso que eran comunes las economías hechas sobre las sumas previstas para los gastos del hogar y las inversiones o las adquisiciones hechas gracias a ellas.

3. SISTEMAS DE PARTICIPACION DE BIENES.

El origen de la participación es atribuido al Derecho consuetudinario húngaro y esencialmente a la Ley francesa del año 1907 que consagró el patrimonio reservado de la mujer casada, pues esta institución, no es más que un sistema imperfecto de participación restringida a las ganancias con comunidad diferida.

La participación se caracteriza porque constituye una solución ecléctica o híbrida que combina los principios de los sistemas comunitarios y de los regímenes de separación de bienes, pues **consagra hábilmente la comunidad de intereses que implica la vida matrimonial y el respeto a la dignidad e individualidad de cada cónyuge.**

Durante la vigencia del régimen de participación, cada cónyuge tiene su patrimonio, conservando el dominio y la gestión de sus bienes. Sin embargo, como este sistema se liquida como un régimen comunitario, se consagran algunas limitaciones en la gestión de bienes durante su vigencia, especialmente, tratándose de aquellos actos de mayor trascendencia económica o de interés familiar.

Es conveniente resaltar muy especialmente que, atendiendo a la forma como se liquidan los sistemas de participación de bienes, se distinguen claramente dos tipos:

▪ Clasificación:

3.1) Participación con comunidad diferida y

3.2) Participación con compensación de beneficios o en su modalidad crediticia.

3.1) Participación con comunidad diferida

Al cesar el régimen, nace una comunidad efímera, limitada en el tiempo, para el sólo efecto de ser dividida entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido.

3.2) Participación con compensación de beneficios o en su modalidad crediticia

Denominada también, separación de bienes con compensación de beneficios, régimen de comunidad en valor y participación crediticia.

En este caso, no se forma una comunidad al cesar el régimen y en consecuencia, no se dividen los bienes entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto, sino que se procede a un ajuste de cuentas, proceso puramente contable, cuyo resultado dependerá de la extensión de la participación, la cual puede ser universal o limitada.

Efectuado este ajuste de cuentas a través de la comparación de los patrimonios originarios y finales de cada cónyuge, si se genera una diferencia positiva a favor de uno o de ambos cónyuges, procediendo en este último evento una compensación de valores hasta los de menor cuantía, nace un derecho personal o crédito de participación para aquel de los cónyuges que presente una diferencia a su favor.

La participación con comunidad diferida fue adoptada como una solución a las deficiencias que presentaban los sistemas comunitarios tradicionales, iniciándose este proceso imperfectamente con la Ley francesa 1907 que introduce el patrimonio reservado de la mujer casada, siguiendo con Colombia con la dictación de la Ley N° 28 de 12 de noviembre de 1932, la cual, con el fin de consagrar la plena capacidad civil de la mujer casada, transformó la comunidad restringida de ganancias en un sistema de participación con comunidad diferida como régimen legal y supletorio, pero que sigue llamando sociedad conyugal.

En efecto, el art. 1 de la referida ley prescribe “Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y, en consecuencia se procederá a su liquidación”.

Así también, entre otros países y siguiendo esta misma tendencia, la República del Uruguay por Ley N° 10.783 de 1946; Suecia (Código de Matrimonio de 11 de junio de 1920) y Dinamarca (Ley de 18 de marzo de 1925) establecieron una participación con comunidad diferida.

En cambio, la participación con compensación de beneficios fue adoptada, entre los países nórdicos, por Finlandia en el año 1929 y Noruega en 1927.

Entre los países europeos, cabe señalar al Código Civil alemán (BG) el cual regula como régimen legal y supletorio a partir de la dictación de la Ley sobre igualdad de derechos del hombre y de la mujer de 1 de Julio de 1958, una participación restringida a las ganancias en su modalidad crediticia que denomina “Zugewinnngemeinschft”, estableciendo como sistemas alternativos convencionales la separación de bienes y la comunidad de bienes.

Así también, el Código Civil Francés (Libro III, Título V) después de la reforma de la Ley de 13 de julio de 1965 establece como sistema legal y supletorio una comunidad restringida de ganancias con administración en manos separadas y dentro del régimen convencional de libertad relativa, estatuye el régimen de participación limitado a las ganancias en su modalidad crediticia.

También son del caso citar a las legislaciones española y panameña. El Código Civil español consagra un amplio sistema convencional pues los cónyuges son libres para determinar el régimen económico, sin otras limitaciones que las establecidas en el mismo Código, y establece como regímenes convencionales alternativos una participación con compensación de beneficios (arts. 1411-1434) y una separación de bienes (1435 – 1444). A falta de convenciones matrimoniales o en caso que éstas sean ineficaces, rige como sistema legal y supletorio la sociedad conyugal, que importa un sistema comunitario restringido de ganancias con administración conjunta.

Por otra parte, el Código de Familia de Panamá de 1994 establece como sistema legal y supletorio, una participación restringida de ganancias con compensación de beneficios.

III. DESCRIPCION GENERAL DEL REGIMEN MATRIMONIAL CHILENO ACTUALMENTE VIGENTE.

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.

A. LA SOCIEDAD CONYUGAL:

A.1. SOCIEDAD CONYUGAL COMO REGIMEN LEGAL Y SUPLETORIO.

Atendiendo a la clasificación de regímenes matrimoniales que considera su origen o fuente, la sociedad conyugal regulada por el Código Civil, constituye un sistema legal y supletorio.

Sin embargo, es necesario recordar que al dictarse nuestro Código, la sociedad conyugal constituía un sistema legal y obligatorio por una parte, y por la otra, es menester señalar que, aunque los arts. 135 inciso 1 y 1718 del Código Civil prescriben que por el mero hecho del matrimonio se entiende contraída la sociedad conyugal, a partir de la dictación de la

Ley N° 18.802 de 9 de junio de 1989 esta regla general pasó a tener una excepción consagrada en el art. 135 inciso 2 (modificado posteriormente por la Ley N° 19.335 de 23 de septiembre de 1994), según la cual, “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 momento sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, de lo que dejará constancia en dicha inscripción”.

En consecuencia, es posible que en la hipótesis señalada, la sociedad conyugal comience después de contraído el matrimonio y sea además, de origen convencional.

La sociedad conyugal impuesta por la ley o aquella convenida en conformidad a lo señalado por el art. 135 inciso 2, puede ser sustituida convencionalmente en conformidad a lo prescrito por los arts. 1723 y 1792 N° 1 por una sola vez, por una separación total de bienes o por una participación limitada a las ganancias en su modalidad crediticia.

A.2. LA SOCIEDAD CONYUGAL: SISTEMA COMUNITARIO TRADICIONAL LIMITADO A LAS GANANCIAS Y A LOS BIENES MUEBLES.

Teniendo presente la clasificación de sistemas económicos del matrimonio que atienden a sus efectos, la sociedad conyugal constituye una **comunidad restringida a las ganancias y a los bienes muebles de carácter tradicional**, pues durante su vigencia no hay comunidad, ni administración conjunta o en manos separadas, pues esta comunidad viene recién a formarse al disolverse la sociedad conyugal.

En efecto, el art. 1752 prescribe que “la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad” y el art. 1750 agrega: “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 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”.

Por otra parte, no se trata de una comunidad limitada a las ganancias, sino que, de un **régimen comunitario tradicional y restringido a las ganancias y a los bienes muebles**, por cuanto los bienes muebles aportados al matrimonio o adquiridos durante él a título gratuito ingresan al denominado haber relativo de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1725 N°s 3 y 4, esto es, ingresan en propiedad, quedando la sociedad obligado a restituir su valor en dinero conforme al régimen establecido para el pago de las recompensas contenido en el art. 1734 según el cual, después de la reforma de la Ley N° 18.802 que reconociendo el problema de la desvalorización monetaria, estableció una reajustabilidad ilusoria, pues no señaló un índice de

valorización y dejó su aplicación al arbitrio de un juez partidor, que debe aplicar la normativa aludida de acuerdo a la equidad natural.

Al tratarse de una comunidad limitada, coexisten junto a los bienes sociales, los bienes propios de los cónyuges, los bienes reservados de la mujer y eventualmente, los bienes en administración separada de la mujer a que aluden los arts. 166 y 167.

El patrimonio social tiene un activo y un pasivo, distinguiéndose dentro del activo, un haber real, efectivo o absoluto y un haber relativo o aparente, según si los bienes que lo componen, ingresan a la sociedad conyugal sin o con cargo a recompensa.

A su vez, en el pasivo, se distingue uno real o absoluto y uno relativo, transitorio o aparente, atendiendo a la problemática de la “contribución y de la obligación a las deudas”, esto es, si la sociedad al pagar tiene o no, derecho a recompensa.

En materia de administración, se distingue entre la ordinaria, la extraordinaria y la especial.

La administración ordinaria de la sociedad conyugal corresponde al marido aún todavía y es en ello principalmente, en que el sistema corresponde a una fórmula comunitaria tradicional. En un principio, el marido administraba los bienes sociales con poderes ilimitados, los que fueron restringidos fundamentalmente por las leyes N°s 10.271 (1952) y 18.802 (1989) las que en definitiva, transformaron la sociedad conyugal ideada por Bello con una sola cabeza, en un régimen prácticamente de administración conjunta, lo que no se compadece con las declaraciones contenidas en los arts. 1750 y 1752. Es decir, la sociedad conyugal constituye hoy un sistema inorgánico, parchado y contradictorio.

En relación a los bienes propios, el marido administra libremente los suyos, en tanto que los de la mujer, los gestiona con algunas limitaciones. Cabe destacar a este respecto, la norma contenida en el inciso final del artículo 1754, según la cual, la mujer no puede enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los arts. 138 y 138 bis, norma que es claramente inconstitucional por infringir derechos esenciales, principalmente los de igualdad y dignidad consagrados en la Carta Fundamental y en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile como se abordará latamente más adelante.

En consecuencia, la potestad marital aún después de la reforma de la Ley 18.802 está plenamente vigente en el aspecto patrimonial y es jurídicamente inaceptable sostener hoy que la mujer es plenamente capaz en este régimen y que su marido haya dejado de ser completamente su representante legal. Estas aseveraciones quedan ratificadas a la luz de lo dispuesto en el art. 137, según el cual, los actos y contratos de la mujer casada en sociedad

conyugal, sólo la obligan en los bienes que administra en conformidad a los arts. 150, 166 y 167, debiendo recalcar que estas dos últimas partidas en la práctica no existen.

En consecuencia, la mujer en este régimen es además, insolvente, aunque tenga bienes propios.

Por su parte, la administración extraordinaria corresponde al guardador del marido en la hipótesis que a éste le afecte un impedimento de larga e indefinida duración, como por ejemplo, cuando es declarado interdicto por demencia (art. 138) y no corresponde, como debiera serlo, por derecho propio a la mujer. El guardador será normalmente la mujer, salvo que ésta se excuse de ejercer la guarda, sea incapaz de ejercerla, se llame a otras personas a ejercerla o se le prohíba su ejercicio (art. 450).

Si la guarda es ejercida por un tercero deben aplicarse las normas contenidas en los arts. 338 y siguientes del Código Civil, en tanto que si la ejerce la mujer, debe distinguirse según se trate de la administración de los bienes sociales, de los bienes propios del marido o de sus bienes.

Tratándose de los bienes sociales, la Ley N° 18.802 introdujo significativas modificaciones al art. 1759 sujetando a la mujer en esta gestión, a las mismas restricciones que tiene el marido en la administración ordinaria de los bienes sociales. En cambio, en relación a la gestión de los bienes del marido, la mujer está sujeta a las normas de las curadurías y tratándose de los suyos propios, los gestiona libremente.

Finalmente, puede distinguirse una administración especial de la sociedad conyugal cuando el marido es declarado en quiebra según lo dispuesto por el art. 64 de la Ley de Quiebras N° 18.175.

Recién disuelta la sociedad conyugal por alguna de las causales contempladas en el art. 1764, se forma una comunidad entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y el o los herederos del cónyuge difunto, comunidad que deberá ser liquidada en conformidad a las normas contenidas en los arts. 1765 y siguientes, proceso que culmina con la división de los gananciales por mitades:

B. 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 los 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 o
- b.2) total.

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.

B.1. SEPARACION TOTAL JUDICIAL DE BIENES

En un principio, la separación total y judicial de bienes fue establecida como una medida de protección para la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, siempre que concurriera alguna de las causales legales.

Sin embargo, la Ley N° 19.335 introdujo un cambio fundamental en esta materia, al modificar el art. 19 de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, disposición que estatuye “Cualquiera de los cónyuges podrá solicitar 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 inciso primero del art. 15”

Esta disposición debemos entenderla referida también al caso en que rija entre los cónyuges la participación de bienes en su modalidad crediticia, por cuanto el art. 158 del Código Civil modificado por la Ley N° 19.335, hace aplicable a ambos cónyuges, indistintamente las normas sobre separación judicial de bienes, aunque el legislador debió haber empleado para esta hipótesis los términos jurídicos adecuados, estos son “liquidación anticipada del crédito de participación”, pues al finalizar la participación, los patrimonios de los cónyuges se mantienen separados (art.1792 N° 5).

Debe señalarse además, que esta causal no debiera tener lugar en el supuesto que los cónyuges estén casados bajo el sistema de sociedad conyugal, porque en ese caso, el marido está obligado al mantenimiento de la familia sin cargo a recompensa (art. 1740 N° 5), teniendo como contrapartida, el goce de todos los bienes (art 1725 N° 2), exceptuados los frutos generados por los bienes a que se refieren los arts. 150, 166, 167 y 1724.

La mujer por lo tanto, dentro del régimen de sociedad conyugal y el marido sólo en la situación descrita por el artículo 19 de la Ley N° 14.908, y ambos cónyuges en el régimen de participación en los gananciales con compensación de beneficios, pueden pedir la separación judicial de bienes únicamente por causas legales de carácter taxativas, las cuales fueron ampliadas por la Ley N° 18.802. Decretada la separación judicial de bienes dentro de un proceso sumario (art. 680 N° 5 del Código de Procedimiento Civil) ésta es irrevocable desde la dictación de la Ley N° 18.802 (art. 165).

B.2. SEPARACION TOTAL LEGAL DE BIENES .

Desde la dictación de la Ley N° 19.335 la separación legal total de bienes tiene cabida en tres hipótesis diferentes:

1. Al declararse el divorcio perpetuo de los cónyuges casados bajo el sistema de sociedad conyugal según lo prescrito en los arts. 170 y 1764 N° 3:
2. Al declararse el divorcio perpetuo de los cónyuges casados bajo el régimen de participación en las ganancias crediticias, pues subsistiendo el matrimonio, es el único sistema económico matrimonial posible de aplicar dado el divorcio. En estas dos hipótesis han de aplicarse las mismas normas legales, estas son, las contenidas en el párrafo 5 del Título VI del libro Primero del Código Civil, por lo tanto, en estos casos, la separación legal total es irrevocable (art. 178); y
3. 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.3. SEPARACION PARCIAL LEGAL DE BIENES

Si bien, la separación legal parcial no constituye un régimen patrimonial especial del matrimonio conviene hacer algunos alcances respecto de las 2 hipótesis en que ella se produce:

1. 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. Sin embargo, desde la dictación de la ley N° 18.802 ha dejado de ser un patrimonio reservado (denominación que ya era criticable, por cuanto los bienes

reservados son en definitiva gananciales, salvo que la mujer o herederos renuncien a éstos), pues “los actos o contratos celebrados por la mujer en esta administración separada, obligan los bienes comprendidos en ella y los que administre en conformidad por lo dispuesto en los arts. 166 y 167.

2. Se genera una separación legal parcial si a la mujer casada se le hiciera una donación o se le dejare 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.

B.4. SEPARACION TOTAL CONVENCIONAL

La separación convencional total puede ser convenida:

1. Por los esposos en las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio en conformidad a lo dispuesto por los arts. 1720 inciso 1 y 1716;
2. En las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio conforme a lo expresado en los arts. 1715 y 1716;
3. Durante el matrimonio según lo prescrito por el art. 1723, esto es, los cónyuges mayores de edad pueden sustituir el régimen de sociedad 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; y
4. 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).

B.5. SEPARACION PARCIAL CONVENCIONAL.

La separación convencional parcial en cambio, que coexiste con el régimen de

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

C. PARTICIPACION RESTRINGIDA A LOS GANANCIALES CON COMPENSACION DE BENEFICIOS DE CARÁCTER CONVENCIONAL Y ALTERNATIVA.

Atendiendo a su origen, la participación en los gananciales que reguló en nuestro Derecho la Ley N° 19.335, es convencional y alternativa, ampliándose de esta forma el régimen contractual existente en nuestro país.

En relación al momento en que puede pactarse este sistema, se distinguen las siguientes hipótesis:

1. Es posible convenir la participación en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio (arts. 1716 y 1792 N° 1 inciso 1);
2. En segundo término, puede pactarse la participación en las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el acto del matrimonio conforme a lo señalado por los arts. 1715 inciso 2, 1716 y 1792 N° 1 inciso 1);
3. También es posible convenir este régimen durante el matrimonio por los cónyuges mayores de edad, para sustituir la sociedad conyugal o la separación total de bienes (arts. 1723 inciso 1 y 1792 N° 1 inciso 2); y
4. Finalmente si tratándose de cónyuges casados en el extranjero que la ley considera en Chile separados totalmente de bienes, pacten participación en los gananciales en conformidad y con los requisitos establecidos en el art. 135 inciso 2.

La participación de bienes pactada en las capitulaciones matrimoniales ya se hubieren otorgado antes o durante el acto de celebración del matrimonio y aquella al amparo de lo establecido en el art. 135 inciso 2, puede ser sustituida convencionalmente y por una sola vez, por una separación total de bienes según lo prescribe el art. 1792 N° 1, inciso 2.

□ Efectos:

Atendiendo a los efectos que genera la participación e bienes, la Ley N° 19.335 consagró una **participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios o en su modalidad crediticia.**

□ Características:

Este sistema presenta las siguientes características:

1. Al finalizar la participación, procede un ajuste de cuentas, proceso puramente contable, en virtud del cual, se comparan los patrimonios originarios y finales de cada cónyuge, considerándose “gananciales” la diferencia de valor neto entre ambos (art. 1792 N° 6). Ello no significa que los cónyuges tengan dos patrimonios, pues cada uno de ellos tiene un patrimonio único que es considerado en dos momentos diferentes: al comenzar y al finalizar la participación. Como se trata de una participación limitada sólo a las ganancias, se agregan al patrimonio originario de cada cónyuge, las adquisiciones a título gratuito recibidas durante la vigencia del sistema (art. 1792 N° 7 inciso 2).
2. Se trata en segundo término de un sistema de participación con compensación de beneficios, porque al finalizar el sistema, no se forma una comunidad diferida y efímera para el sólo efecto de ser liquidada entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y el o los herederos del fallecido, sino que tiene lugar el referido proceso contable o ajuste de cuentas a través de la comparación de los patrimonios originarios y finales de cada cónyuge. Si el patrimonio final de un cónyuge fuere inferior al originario, sólo él soportara la pérdida, en tanto que si sólo uno de los cónyuges ha obtenido ganancias, participará el otro de la mitad de su valor y, si ambos cónyuges hubieren obtenido ganancias, éstas se compensan hasta concurrencia de las de menor valor y aquel que hubiere obtenido menos ganancias, tiene un derecho personal a que el otro le pague la mitad del excedente (art. 1792 N° 19).
3. Se trata de un sistema híbrido, pues durante su vigencia funciona como una régimen separatista lo que ocurre también, al finalizar el sistema por alguna de las causales enumeradas en el art. 1792 N° 27, pero que toma de los sistemas comunitarios, el principio de la comunidad de intereses que implica la vida matrimonial, dando lugar a este crédito de participación. Sin embargo, se establecen limitadísimas restricciones durante la vigencia del régimen en materia de gestión de los bienes (art. 1792 N°s 3 y 4)
4. El crédito de participación aparece además débilmente protegido, por cuanto es prescriptible (5 años contados desde la cesación del sistema) y, a pesar de gozar de una preferencia de la cuarta clase (arts. 2481 N° 3, 2483 inciso 1 y 2485), prefieren a él, los créditos contra de un cónyuge cuya causa sea anterior al término del régimen de

bienes, lo que en caso de simulación, puede llegar a perjudicar gravemente al cónyuge acreedor.

En definitiva, se trata de una alternativa que ha sido consagrada por otras legislaciones como ya se ha señalado, pero que para nuestra realidad económica, social, cultural y esencialmente nuestras tradiciones jurídicas, no constituye una solución adecuada. En efecto, eventualmente sólo podría interesar a una elite económica, por cuanto requiere del asesoramiento no sólo de abogados, sino que además de contadores y tasadores.

IV. RECAPITULACIÓN.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio son los estatutos jurídicos que regulan las relaciones económicas entre los cónyuges, así como entre éstos y los terceros. La finalidad o el ideal es que este estatuto jurídico refleje también el consorcio pleno de comunidad de vida que implica el matrimonio; y es por ello que la gran mayoría de las legislaciones privilegian los regímenes de comunidad de bienes.

Originalmente nuestro Código consideró también preferible el régimen de comunidad y estableció en su art. 135 que por el sólo hecho del matrimonio se producía sociedad de bienes entre los cónyuges. En esta materia, Bello siguió la legislación española de la época.

La titularidad de la gestión de los bienes sociales y de los propios de la mujer correspondía al marido, de manera que el poder de administración de la sociedad conyugal fuera único. Sólo para enajenar algunos bienes de la mujer el marido estaba sujeto a ciertas restricciones y necesitaba de autorización judicial. La mujer, como consecuencia de esta administración, carecía de capacidad de ejercicio.

Recordemos que la sociedad conyugal fue concebida como un régimen legal único, no susceptible de ser modificado por voluntad de los cónyuges. Sólo podía transitarse a separación total en los casos de separación judicial o divorcio perpetuo, para los cuales existían causales taxativas.

Leyes posteriores fueron cambiando este panorama. El D.L. 328 del año 1925, la ley 5.521 del año 1934; N° 7612 de 1943; N° 10.271 del año 1952; N° 18.802 del año 1989 y la ley N° 19.335 del año 1994.

Los cambios sustanciales fueron los siguientes:

1. Se creó el patrimonio reservado de la mujer casada.
2. Se contempló la posibilidad de excluir la sociedad conyugal y que los esposos pactaran separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales, confiriéndole

- a la mujer separada totalmente de bienes plena capacidad de ejercicio.
3. Se autorizó a los cónyuges para sustituir la sociedad conyugal pactando, durante el matrimonio, la separación total de bienes.
 4. Se posibilitó el pacto de separación de bienes en el acto del matrimonio.
 5. Se establecieron restricciones para la administración del marido de los bienes sociales, otorgándole intervención a la mujer para la enajenación, gravamen o arrendamiento pro largo tiempo de inmuebles sociales.
 6. Se concedió capacidad de ejercicio a la mujer casada en sociedad conyugal, aunque reservando al marido la administración de los bienes sociales y de los propios de la mujer.
 7. Se introdujo un nuevo régimen de participación en los gananciales como un régimen convencional y alternativo; se estableció un régimen jurídico especial para el inmueble que sirve de residencia de la familia y los muebles que guarnecen el hogar, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio. Además, la Ley 19.335 modificó las relaciones personales de los cónyuges a fin de perfeccionar el principio de igualdad de los sexos poniendo especial atención en el deber de fidelidad. (El texto suprime los delitos de adulterio y amancebamiento y se modificó el art. 132 señalando que el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad)

Con todas estas modificaciones, la regulación original del régimen patrimonial del matrimonio ha perdido coherencia y aplicabilidad práctica. La sociedad conyugal es ahora un animal distinto, engorroso y de difícil aplicación.

V. CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El artículo 1715 del CC define las capitulaciones matrimoniales como “convenciones de carácter patrimonial que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración”.

De esta definición podemos concluir que las “Convenciones Matrimoniales”, son el género y las capitulaciones matrimoniales son la especie. El pacto de separación de bienes que celebran los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal no es una capitulación.

En consecuencia, bajo la denominación de “convención matrimonial” encontramos:

- a) Las capitulaciones matrimoniales que se celebran antes o en el acto del matrimonio; y
- b) Aquellos pactos de carácter patrimonial que se celebran durante el matrimonio (Ej. El pacto de separación total de bienes)

El Código las define como convenciones y no como contratos y ello por cuanto sólo será contrato si de ella nacen derechos y obligaciones. Pero puede suceder que esa estipulación no tenga por objeto el nacimiento de derechos y obligaciones, como por ejemplo cuando únicamente tiene por objeto estipular el régimen de separación de bienes.

▪ ***Características de las capitulaciones:***

1. Es una convención, o sea, un acto jurídico bilateral.
2. Constituye un acto jurídico dependiente, pues queda subordinada en sus efectos a la celebración del matrimonio, de manera que si éste no llega a celebrarse, dicho acuerdo no producirá efecto alguno. No se trata de un acto jurídico sujeto a la condición suspensiva de existir el matrimonio ya que la condición es un elemento accidental, en cambio la existencia del matrimonio es de la esencia de la capitulación matrimonial.
3. La ley no ha establecido plazo alguno entre su celebración y el matrimonio, de manera que cualquiera que sea el lapso que medie, ello no afecta su validez ni exigibilidad.
4. No opera prescripción alguna en relación a esta convención, ya que por si misma no genera derechos ni obligaciones. Pero una vez celebrada no puede dejarse sin efecto por voluntad unilateral de una de las partes (aunque le bastaría con no casarse)
5. Puede versar sobre cualquier materia de carácter patrimonial siempre que no contenga estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a la ley. Art. 1717 y 1721 inc. final.
6. Pueden celebrarse antes o en el momento de contraer matrimonio. En este último caso, los cónyuges pueden pactar el régimen de separación total de bienes o de participación en los gananciales. En el caso de la separación parcial de bienes, sólo pueden pactarla los esposos en las capitulaciones celebradas antes del matrimonio.
7. Son siempre solemnes: deben celebrarse por escritura pública, salvo cuando se pactan durante el matrimonio (basta con que conste en la inscripción matrimonial); y deben subinscribirse en la respectiva partida de matrimonio en el acto de celebrarse el matrimonio o dentro de los 30 días siguientes (plazo fatal y de días corridos). La subinscripción es solemnidad, pues si ella no se practica en el plazo de 30 días a contar de la fecha del matrimonio, no tendrá valor alguno (Art. 1716) (Si fuese un requisito de oponibilidad, la convención produciría efecto respecto de las partes que la han suscrito)
8. Tratándose de matrimonios celebrados en el extranjero, los contrayentes pueden celebrar capitulaciones matrimoniales hasta el momento de inscribir su matrimonio en

Chile, en el registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, facultándoseles para pactar en el acto de la inscripción el régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales. Las capitulaciones celebradas por ellos con anterioridad a la inscripción deben también subinscribirse en el plazo de los 30 días contados desde la inscripción del matrimonio.

9. Es un acto reservado exclusivamente a los esposos y jamás a los cónyuges y sólo pueden ser modificadas por ellos con anterioridad al matrimonio y con las mismas solemnidades instituidas para su celebración.
10. Por regla general, son inmutables, salvo lo dispuesto en el inciso 1° del art. 1723.

▪ ***Capacidad para celebrar capitulaciones matrimoniales.***

Como regla general, pueden celebrar estas convenciones todas las personas que están habilitadas para contraer matrimonio.

- a) Las personas plenamente capaces para obrar en la vida del derecho y
- b) Personas que siendo hábiles para contraer matrimonio, requieren del ministerio o autorización de otras (incapaces relativos)

Menor adulto: Tratándose de los menores adultos, se requiere de la aprobación de las personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para contraer matrimonio (art. 107). Hay que tener presente que estas personas no son necesariamente los representantes legales del menor adulto. (por ejemplo, cuando el padre o la madre no tengan la patria potestad del menor)

Ahora bien, si las capitulaciones tienen por objeto renunciar a los gananciales de la sociedad conyugal o enajenar bienes raíces o gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, será siempre necesaria autorización judicial al menor (Art. 1721)

Sordomudo y disipador: Tratándose de personas sometidas a curaduría por causa diversa a la menor edad y que pueden contraer matrimonio (sordomudo que puede darse a entender por escrito y disipador), el inc. final del art. 1721 dispone que se requiere siempre de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales.

▪ ***Objeto o contenido de las capitulaciones matrimoniales***

Como principio fundamental dejemos establecido que las capitulaciones matrimoniales únicamente pueden tener carácter patrimonial y nunca personal. No puede

tener por objeto regular las relaciones personales de los cónyuges o de su descendencia.

Existen estipulaciones prohibidas y estipulaciones permitidas.

A. Estipulaciones prohibidas: (Art. 1717)

1. Estipulaciones contrarias a las buenas costumbres (concepto normativo amplio que va evolucionando con el tiempo y que expresa los valores predominantes en cada sociedad)
2. Estipulaciones contrarias a las leyes (suponen una contravención a una norma expresa).
 - La renuncia de la mujer a demandar la separación de bienes (Art. 153 es irrenunciable)
 - La renuncia a la acción de divorcio;
 - El pacto por el cual se estipula que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio (Art. 1721 inciso 3º). La ley nada dice para el caso del régimen de participación en los gananciales, pues la Ley 19.335 no prescribió nada al respecto. Sin embargo, cabría concluir que ese pacto es igualmente nulo o más bien, en estricto rigor jurídico, inexistente; pues cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio, éste sólo puede regir durante su vigencia. Recordemos que las capitulaciones matrimoniales son dependientes del matrimonio, por lo tanto, el matrimonio es un elemento de existencia del régimen patrimonial y no puede, por lo mismo, existir o aplicarse antes o después del matrimonio.
 - Los pactos sobre sucesión futura;
 - Pactar que la mujer administrará la sociedad conyugal;
 - Prohibir que un bien se demande como bien familiar;
 - La renuncia a demandar de alimentos forzosos, etc.

B. Estipulaciones permitidas

1. Las capitulaciones celebradas en el acto del matrimonio sólo pueden tener por objeto pactar separación total de bienes o participación en los gananciales.
2. Las capitulaciones celebradas antes del matrimonio pueden consistir en cualquier estipulación no prohibida de carácter patrimonial. Entre ellas, existen estipulaciones

que no alteran la sociedad conyugal; otras que la alteran sin disolverla y otras que la suprimen.

a) *Estipulaciones que no alteran la sociedad conyugal:*

- Enumeran e individualizar los bienes que se aportan o las deudas de cada uno.
- Estipulación sobre donaciones por causas de matrimonio (art. 1786 y ss)
- Estipular la renuncia a los gananciales por parte de la mujer (sólo corresponde a la mujer; antes del matrimonio o después de disuelta la sociedad) Art. 1719

b) *Estipulaciones que alteran la sociedad conyugal sin disolverla (alteran la composición del haber social y únicamente pueden pactarse antes del matrimonio) Art. 1720*

- La separación parcial de bienes
- Estipular que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero o de una pensión periódica.
- Eximir de la sociedad conyugal algunos bienes muebles.(por ejemplo pactar que los bienes muebles que se adquieran a futuro a título oneroso no ingresarán al haber social.
- Incluir bienes raíces al haber social, con cargo de recompensa.
- Destinar dinero o valores de uno de los cónyuges a la compra de un bien raíz con el objeto de que él no ingrese al haber de la sociedad conyugal, sino que sea propio del cónyuge (es un caso de subrogación de inmueble a valores Art. 1727 N° 2)

c) *Estipulaciones que suprimen la sociedad conyugal*

- Pactar separación total de bienes
- Pactar participación en los gananciales

▪ ***EL PACTO DEL ART. 1723: Modificación de las capitulaciones matrimoniales.***

Las capitulaciones celebradas antes del matrimonio, pueden modificarse de común acuerdo, cumpliendo con las mismas solemnidades.

Pero una vez celebrado el matrimonio, éstas no pueden alterarse, salvo en el caso del

inciso primero del art. 1723 (Art. 1722) (complementado con el art. 1° de la Ley 19.335.

- ***Oportunidad de las convenciones del Art. 1723.*** Durante el matrimonio

- ***Contenido de las convenciones (Art. 1723)***

Los cónyuges, después del matrimonio, pueden introducir las siguientes modificaciones a su régimen patrimonial:

- a) Pueden sustituir la sociedad conyugal por el régimen de separación total de bienes.
- b) Pueden sustituir la separación total de bienes por el de participación en los gananciales.
- c) Si se casaron en régimen de participación en los gananciales pueden pasar al de separación total de bienes.

- ***Problema:***

a. ¿Si se casaron en sociedad conyugal y luego pactaron separación de bienes, pueden volver a pactar sociedad conyugal? No, pues está expresamente prohibido por el inc. 2° del 1723.

b. ¿Si se casaron en sociedad conyugal y luego pactaron separación de bienes, pueden después pactar participación en los gananciales? o ¿Si se casaron en sociedad conyugal y lo sustituyeron por participación en los gananciales, pueden luego pactar separación total?

Algunos, como Hernán Corral, sostienen que ello no sería posible dado el tenor del inciso segundo del art. 1723 “el pacto no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”.

Otros sostienen que sí sería posible, pues dicha redacción se encontraba ya en el art. 1723 antes de la modificación introducida por la Ley 19.335, por lo que resulta claro que lo pretendido por el legislador es que no se volviera a la sociedad conyugal luego de pactada la separación. En apoyo a esta tesis se sostiene que esta interpretación presenta la ventaja de poder hacer accesible el régimen de participación a aquellos matrimonios que se casaron en sociedad conyugal y luego pactaron separación total.

- ***Características de las convenciones del Art. 1723***

- a) Capacidad: sólo cónyuges mayores de edad. Si un cónyuge menor de edad lo acordare, la sanción sería la nulidad absoluta del pacto por objeto ilícito

- b) Es solemne: escritura pública subinscrita al margen de la inscripción del matrimonio dentro de 30 días siguientes(plazo fatal y de días corridos) a la fecha de la escritura. El pacto no produce efectos ni entre las partes ni entre terceros, sino desde que se subinscribe. Por lo tanto, la subinscripción es requisito de validez y no de publicidad.
- c) No pueden someterse a condición, plazo o modo alguno
- d) Son irrevocables: Una vez celebradas, no pueden dejarse sin efecto por mutuo consentimiento.
- e) En la misma escritura en que se celebra el pacto de separación total de bienes, los cónyuges pueden liquidar la sociedad conyugal o si se pacta la participación de los gananciales pueden liquidar el crédito participación y celebrar otros pactos lícitos. (antes de la Ley 10.271 se discutía esta posibilidad, pues se decía que no era posible ya que la liquidación supone la disolución previa de la sociedad conyugal y eso sólo se iba producir cuando se inscribiera el pacto de separación). Típico caso de otro pacto lícito es la renuncia a los gananciales por parte de la mujer
- f) Si bien en la misma escritura puede pactarse la separación o la participación y liquidarse la sociedad o el crédito en su caso, se trata de dos actos jurídicos distintos, cuestión que tiene importancia, por ejemplo, por el plazo para subinscribir, el que sólo se aplica al pacto y no a la liquidación. En consecuencia, podría modificarse posteriormente la liquidación practicada en esa escritura después de los 30 días.
- g) Conforme al artículo 22 N° 1 del Código de Comercio, el pacto de separación de bienes, así como las capitulaciones matrimoniales, deben inscribirse en el Registro de Comercio cuando alguno de los cónyuges sea comerciante. La ley no establece expresamente una sanción a esta omisión, lo que ha llevado a algunos autores (como Alessandri) a sostener que la omisión no priva de efectos al pacto ni tiene sanción alguna. Otro autores sostienen que en tal caso, la sanción sería la inoponibilidad a terceros mientras no se practique la inscripción.
- Cabe hacer presente que el art. 22 del C. de Comercio no fue modificado por la Ley 19.335, por lo que sólo se pone en el caso de que el pacto tenga por objeto la separación de bienes y no la participación en los gananciales. Pero donde existe la

misma razón, debiera existir la misma disposición.

○ **Efectos**

Surgen para las partes y para terceros desde el momento de la subinscripción.

○ **Protección a terceros:**

Este pacto no puede perjudicar los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer.

Hipótesis general de hecho:

Un sujeto, casado en sociedad conyugal, contrae una deuda. Posteriormente pacta con su cónyuge separación total de bienes. Exigible el crédito, el acreedor demanda al deudor el pago y embarga o intenta embargar bienes que eran sociales y que ahora son de la mujer, según adjudicaciones efectuadas en la liquidación, o son de la comunidad habida entre los cónyuges, en caso que no se haya liquidado la sociedad conyugal.

ARTÍCULO 1723: “ Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán sustituir el régimen de sociedad de bienes por el de participación de los gananciales o por el de separación total. También podrán sustituir la separación total por el régimen de participación en los gananciales.

El pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Esta subinscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura. El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer y, una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges.

En la escritura pública de separación total o en la que se pacte participación en los gananciales, según sea el caso, podrán los cónyuges liquidar la sociedad conyugal o proceder a determinar el crédito de participación o celebrar otros pactos lícitos, o una y otra cosa; pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción a que se refiere el inciso anterior.

Tratándose de matrimonios celebrados en país extranjero y que no se hallen inscritos

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 que corresponda el certificado de matrimonio debidamente legalizado.

Los pactos a que se refieren este artículo y el inciso segundo del artículo 1715, no son susceptibles de condición, plazo o modo alguno”.

Historia fidedigna de la ley:

- Antes de la dictación de la ley 7.612 del año 43, regía el principio de la inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio.
- La ley 7.612 permite pactar durante el matrimonio la separación total de bienes, en reemplazo de la sociedad conyugal.
- La reforma fue complementada por la Ley 10.271 del año 1952, la que no alteró la norma ya establecida de que el pacto no perjudicaría en caso alguno los derechos válidamente adquiridos por terceros; sin embargo permitió la liquidación de la sociedad conyugal en la misma escritura.
- Las únicas observaciones efectuadas al contenido del proyecto de art. 1723 es que el pacto protegía suficientemente los derechos de terceros por cuanto no producía efectos entre los cónyuges ni respecto terceros, sino desde la subinscripción de la escritura al margen de la inscripción matrimonial.
- Arturo Alessandri: La disposición del art. 1723 no tiene otro alcance que el de ser una confirmación de las reglas generales que da el Código Civil; los acreedores del marido o de la mujer conservarán sus derechos y podrán hacerlos valer del mismo modo que cuando la sociedad se disuelve por cualquiera de las causales que enumera el artículo 1764.

A. Impugnación del pacto y de la liquidación:

1. Acción pauliana, por aplicación de las reglas generales;
2. Acción de simulación, o de nulidad absoluta por acto simulado, por aplicación de las reglas generales.
3. Declaración de inoponibilidad, por aplicación del art. 1723.

• ***Características comunes a las tres acciones:***

- a) Pretenden privar de eficacia al acto de separación, respecto del acreedor. (Supone: 1º existencia del crédito, y 2º crédito anterior al pacto)

- b) La acción debe dirigirse contra ambos cónyuges.
- c) Podrían deducirse en forma subsidiaria.

1. **Acción pauliana** (Art. 2468)

- *Procedencia de la acción pauliana en atención a los requisitos generales:*

a. Acto o contrato (oneroso o gratuito): Determinación de la naturaleza jurídica del pacto de separación y de la partición.

➤ **Pacto de separación:**

- Convención de carácter patrimonial. (Se desecha el calificativo de estado civil)
- No es propiamente un contrato, porque no nacen de él derechos y obligaciones para los cónyuges. El efecto fundamental es reemplazar un régimen económico por otro.
- No es ni oneroso ni gratuito.
- *Conclusión: Se aplica el N° 2 del art. 2468.*

➤ **Partición o liquidación de la comunidad:**

- Es una convención de carácter patrimonial
- Es onerosa por cuanto tiene por objeto la utilidad de ambos comuneros, no obstante su origen en la adquisición sea gratuita.
- *Conclusión: Se aplica el N° 1 del art. 2468.*

b. Fraude pauliano: Animo de perjudicar al acreedor; conocimiento del mal estado de los negocios.

¿Existe presunción de fraude? Tesis de Manuel Somarriva: El alcance de la frase del art. 1723 de que el pacto no perjudicará los derechos de terceros es precisamente el de constituir una suerte de presunción de mala fe, si se prueba el perjuicio del acreedor, derivado del pacto y liquidación.

c. El perjuicio: El acto debió haber provocado o aumentado la insolvencia del deudor, situación que debe subsistir al tiempo de solicitar la revocación. Lo anterior, supone comparar la situación del deudor al tiempo de contraer la deuda y aquella en que quedó luego de celebrar el acto que se impugna.

- *Problemas del perjuicio:*

El onus probandi: ¿Cómo probar que el deudor no tiene bienes, o no tiene otros que los que se señalan o aparecen adjudicados en la liquidación?

Esto puede ser considerado como una negativa indeterminada, por lo que no podría exigirse al acreedor que pruebe el hecho que alega. De esta manera, si el deudor quiere desvirtuarla, tendrá que probar que si tiene otros bienes.

El pacto separatorio por si mismo no puede causar perjuicio al acreedor, pues lo que hace es sólo reemplazar un régimen por otro.

El sólo pacto puede causar perjuicio al acreedor ya que con él se forma una comunidad de bienes. Antes de celebrarse, el marido, según el art. 1750, era respecto de terceros dueño de los bienes sociales. En consecuencia, si antes del pacto el acreedor podía hacer efectiva su acreencia en todos los bienes sociales, ahora sólo podría recurrir a la mitad del marido, sin perjuicio del derecho de demandar a la mujer por su responsabilidad en las deudas sociales.

2. Acción de simulación o de nulidad absoluta por acto simulado

Sólo se habría aparentado una separación y liquidación, pero se tiene la intención de continuar en el mismo estado de cosas, especialmente en la tenencia material de los bienes liquidados.

La situación más común es que se demande la nulidad absoluta por falta de voluntad, de causa o causa ilícita.

3. Declaración de inoponibilidad

- Se solicita se declare que el pacto de separación y liquidación es inoponible al acreedor demandante.
- Fundamento: el perjuicio. (No requiere prueba del fraude)
- Norma aplicable: art. 1723
- *Problema:* En la declaración de inoponibilidad, por tratarse de una ineficacia relativa sólo al acreedor demandante, sería improcedente la cancelación de inscripciones.

En este contexto, si un bien inscrito a nombre de la mujer se embarga en juicio ejecutivo seguido en contra del marido, el Conservador podría negarse a inscribir, y el juez podría ordenar la inscripción teniendo a la vista la sentencia declarativa.

La solución de continuidad se obtendría mediante el remate y la adjudicación del bien al tercero subastador, dejando constancia en la escritura de remate y en la inscripción del

embargo de la declaración de inoponibilidad.

B) Acción contra la mujer por su responsabilidad en las deudas sociales.

- Fundamento: Artículos 1764 y 1777, según los cuales, si la mujer ha aceptado los gananciales, es responsable de las deudas sociales hasta concurrencia de lo que reciba por aquel concepto.
- Responsabilidad de la mujer es hasta “por el valor” de los recibidos, y no “con los bienes recibidos”, por lo que su responsabilidad puede hacerse efectiva sobre otros bienes de la mujer.

C) Ejecución del marido, con embargo de bienes adjudicados a la mujer

El acreedor que dispone de un título ejecutivo contra el marido, embarga bienes que eran sociales, pero que en la liquidación fueron adjudicados a la mujer.

- En esta hipótesis la disposición del art. 1723 cumpliría la función de constituir una inoponibilidad de pleno derecho. Sin embargo, y dado que el pacto y la liquidación producen efectos absolutos, debe probarse que el pacto irroga perjuicios al acreedor.

Problemas:

1. Sólo podría eventualmente discutirse el perjuicio en el marco de una tercería de dominio o posesión, en las que la cuestión debatida es el dominio o la posesión según el caso.
2. En la tercería de posesión la discusión en torno al perjuicio es más difícil aún, dado principalmente su tramitación incidental.
3. El embargo de bienes registrados: El conservador podría negarse a inscribir, por el problema de la continuidad registral.
4. Exigencia de inventario y tasación: Para el caso del pacto de separación de bienes, es decir de disolución convencional, se estima que tal exigencia estaría derogada tácitamente, desde que se ha permitido la liquidación en el mismo pacto de separación; por lo que no sería razonable que por una parte se permita la liquidación inmediata, y por la otra se pida inventario y tasación efectuados con solemnidad judicial.
5. ¿Qué pasa si primero se embarga el bien, aun vigente la sociedad conyugal, y después, trabado ya el embargo, se adjudica a la mujer?
 - La adjudicación no importa enajenación, y por tanto, no habría objeto ilícito.
 - Debe igualmente rechazarse la tercería de la mujer, por cuanto al momento de la adjudicación no solo la demanda ejecutiva estaba interpuesta, sino que el embargo ya estaba

trabado, sobre los bienes adjudicados después a la mujer.

D) Ejecución a la mujer

- *Hipótesis:* Si se dispone de título ejecutivo contra el marido, pudiere ejecutarse con él directamente a la mujer y embargársele bienes, ya sea de los que recibió en la liquidación (en virtud de la inoponibilidad de pleno derecho), ya de los demás que pudiere tener (por la responsabilidad que le atribuye el artículo 1777)
 - *Ventaja:* No rompe el principio de que se debe embargar bienes del ejecutado y no de otro.
 - *Dificultad:* Se está ejecutando a una persona con un título ejecutivo en que el deudor es otro (falta de requisitos del título para que tenga fuerza ejecutiva contra el demandado)
- ***Efectos de las capitulaciones y de las convenciones matrimoniales.***
- a) Desde cuándo se producen: Desde la celebración del matrimonio o desde la subinscripción, según el caso. Cuando se trata de capitulaciones, los efectos se producen desde la celebración del matrimonio. Es decir, si la capitulación no se inscribe en el acto del matrimonio sino dentro de los 30 días siguientes, los efectos se retrotraen a la fecha del matrimonio. En cambio, el pacto que se celebra en conformidad al art. 1723 produce sus efectos desde la subinscripción.
 - b) Producen efectos erga omnes o generales
 - c) Son inmutables. Art. 1716. Celebrado el matrimonio, las capitulaciones no pueden alterarse, salvo lo dispuesto en el inciso 1º del Art. 1723, en que se puede pactar o separación total o participación en los gananciales. Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden modificar las capitulaciones, cumpliendo con las mismas solemnidades.

La inmutabilidad es una limitación para las partes. Pero los terceros pueden ejecutar actos que alteran el régimen. Por ejemplo:

- Pueden hacer herencias o legados bajo la condición de que esos bienes sean administrados por la mujer como separada parcialmente de bienes.
- Pueden hacer donaciones, herencias o legados bajo la condición de que los frutos de lo donado o legado no ingrese al haber social.

Asimismo, el juez puede decretar la separación judicial de bienes, por las causales que la ley señala.