

## ESTUDIO

# POR UN NUEVO RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO\*

**Enrique Barros\*\***

Ninguna materia del Código Civil ha sido objeto de tantas reformas sucesivas, desde su dictación, en 1855, como la sociedad conyugal, que constituye el orden económico básico de la familia. Este estudio muestra que esas sucesivas reformas han provocado inconsistencias prácticas insalvables al pretenderse, por un lado, ampliar la participación y capacidad de la mujer y, por otro, conservar el principio de una sociedad de bienes administrada por el marido. A. partir de ese diagnóstico se propone establecer un nuevo régimen legal de bienes del matrimonio: la participación en los gananciales. Asimismo, se propone introducir la institución de los bienes familiares, que sería aplicable incluso a los cónyuges que hayan pactado separación de

\*Este trabajo es una versión ampliada de la ponencia presentada por el autor en las *Primeras Jomadas de Derecho Civil organizadas por la Universidad de Chile* en octubre de 1989. La propuesta de reformas del Código Civil, que constituye la parte final del trabajo, sin embargo, no ha sido modificada. La versión del trabajo presentada a las Jomadas está en vías de ser publicada por la Editorial Jurídica de Chile, conjuntamente con los otros ensayos presentados en ese evento.

\*\*Abogado. Doctor en Derecho en la Universidad de Munich. Profesor de Derecho de la Universidad de Chile. Miembro del Consejo Directivo del Centro de Estudios Públicos. Autor de numerosas publicaciones; entre las más recientes cabe mencionar "Poder y derecho en la democracia representativa" en *Democracia Contemporánea. Transición y consolidación*, edit. Ana María Stiven (Ediciones Universidad Católica de Chile, 1990); "El nuevo orden de partidos" y "Reformas a la ley de prensa", en *Estudios Públicos* 38 y 39, respectivamente.

bienes. El documento tiene especial valor como antecedente para la discusión de los proyectos de ley actualmente sometidos a la consideración del Parlamento y que han tomado como base la propuesta que se incluye como anexo a este trabajo.

## 1. El régimen de bienes del matrimonio

La familia da lugar a relaciones de las índoles más diversas, de las cuales sólo algunas son relevantes para el derecho. En verdad, la mayoría de las relaciones puramente personales en el matrimonio están regidas por las costumbres y por los valores de los cónyuges más que por el derecho. En este terreno parece haber hoy un acuerdo bastante extenso acerca de la inconveniencia e ilicitud de una especie de "estado de policía" que penetre coactivamente en los espacios más íntimos de la sociedad civil. Por lo demás, la experiencia muestra que la eficacia de las normas legales es más bien limitada en estas materias. Ello explica la escasa aplicabilidad de normas supuestamente coactivas, como las vigentes en Chile hasta hace muy poco, que establecían, por ejemplo, el deber de obediencia de la mujer respecto del marido o el derecho del marido para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle adonde quiera que trasladase su residencia (artículos 131, inciso segundo, y 133, inciso primero, del Código Civil, derogados por la Ley N° 18.802).

Por cierto que hay otras normas que pertenecen al ámbito extrapatrimonial que tienen gran significación práctica. Entre ellas figuran las que se refieren a la filiación matrimonial y extrapatrimonial (legítima e ilegítima) y a los efectos jurídicos de la ruptura de hecho de la vida en común entre los cónyuges. De análoga relevancia es otro problema social y económico hasta ahora descuidado por el derecho, como son los efectos patrimoniales de las relaciones permanentes de pareja en que no hay un vínculo matrimonial formal. En todos estos casos se plantean cuestiones patrimoniales y puramente personales de importancia, pero que escapan a la materia de este estudio.

El tema del régimen de bienes del matrimonio se refiere a las reglas y principios que rigen las relaciones económicas al interior de un matrimonio legalmente constituido. El régimen de bienes supone adoptar opciones al menos en los siguientes aspectos: (i) en cuanto a la posición relativa del marido y de la mujer en la economía de la familia; (ii) en cuanto a la propiedad de los bienes que poseen los cónyuges al momento del matrimonio y que se adquieran con posterioridad; (iii) en cuanto a la administración de

sus bienes, y (iv) en cuanto a los derechos de los cónyuges o de sus herederos al finalizar el régimen de bienes.

En cuanto al primer punto, esto es, a la *posición relativa de los cónyuges*, el régimen de bienes normal del matrimonio debe conciliar objetivos que actúan en diversas direcciones: ante todo, se deben eliminar las discriminaciones arbitrarias entre el marido y la mujer, asegurando a cada uno grados de autonomía y de participación; pero también se debe considerar la comunidad de vida e intereses que supone la familia y, además, la circunstancia de que los mayores ingresos son usualmente producidos por el marido. Por eso la igualdad de posiciones jurídicas entre el marido y la mujer no debe conducir, como ocurre en el régimen de separación de bienes, a que todos los beneficios de la actividad económica del hombre o de la mujer pertenezcan exclusivamente al cónyuge que los produce. Ello no sólo atenta contra la comunidad de intereses que debe regir la familia, sino que tiende a producir efectos inequitativos, por lo general en perjuicio de la mujer. Hoy en día numerosas parejas se casan bajo un régimen de separación de bienes para escapar a las limitaciones de la sociedad conyugal o simplemente por razones de dignidad de la mujer, con el efecto indeseado de que al término del régimen de bienes, por muerte o separación de hecho, los bienes adquiridos durante la vida común pertenecen al marido, en la hipótesis usual de que sea éste quien ha trabajado exclusiva o preferentemente.

En cuanto a *la propiedad de los bienes*, es posible distinguir regímenes comunitarios y de patrimonios separados. La sociedad conyugal es un régimen de propiedad común de la generalidad de los bienes, con la principal excepción de que pertenecen privativamente a cada uno de los cónyuges los inmuebles aportados al matrimonio y los adquiridos durante su vigencia a título gratuito (por herencia o donación). El régimen de separación de bienes, por el contrario, supone la existencia de patrimonios por completo separados. El régimen de participación en los gananciales que aquí se propone supone que existen dos patrimonios separados, el de la mujer y el del marido, sin perjuicio de que ambos participen por igual de los beneficios, a lo cual se agrega un estatuto especial de naturaleza comunitaria para los bienes más cercanamente afectos a la vida de la familia.

En cuanto a la *administración*, los regímenes comunitarios se ven en la necesidad de optar entre una alternativa que privilegia la posición del marido, entregándole esa tarea con exclusión de la mujer, o por una que establece la coadministración de ambos cónyuges, lo que favorece la igual participación del marido y de la mujer, pero que constituye, asimismo, un entorpecimiento para una eficaz administración. El régimen de participación en los gananciales supone que cada cónyuge administra independientemente

sus bienes, por lo que durante la vigencia del régimen se comporta como un régimen de separación de bienes. A lo anterior se suma, con alguna frecuencia en el derecho comparado más reciente, la existencia de ciertos "bienes familiares", que tienen una condición comunitaria, cualquiera sea el régimen de bienes que se haya adoptado, en tanto en su administración y disposición participan ambos cónyuges, aunque su propiedad pertenezca a sólo uno de ellos.

En cuanto a los *derechos de los cónyuges o de sus herederos* al momento de finalizar el régimen, se puede distinguir entre regímenes comunitarios e individualistas. Regímenes como el de sociedad conyugal y el de participación en los gananciales son de resultado comunitario, porque ambos cónyuges participan de los aumentos patrimoniales producidos durante el matrimonio, especialmente los provenientes del trabajo. Por el contrario, en el régimen de separación de bienes no existe comunidad de intereses, de modo que al término del régimen cada cónyuge, o sus herederos, conserva lo que es suyo sin tener que participar al otro de los resultados. También en esta materia el estatuto de los bienes familiares tiene una inclinación comunitaria, en tanto se establecen reglas especiales de atribución para favorecer al cónyuge no propietario y a la familia común.

Se puede comprobar que al momento de definir el régimen de bienes se deben considerar alternativas que admiten combinaciones muy disímiles. En los capítulos siguientes se dan las razones principales para que el régimen legal del matrimonio sea en Chile uno de participación en los gananciales, con el importante correctivo de que se establezca un estatuto de los bienes familiares. La calidad de régimen legal que se propone para la participación en los gananciales significa que haya de regir a falta de estipulación en contrario de los cónyuges. En tal sentido, se propone que la participación en los gananciales reemplace a la sociedad conyugal como régimen normal y supletorio, sin perjuicio de lo que puedan pactar los cónyuges en sus convenciones matrimoniales. A ello se agrega una proposición para introducir como institución de orden público -esto es, que no puede ser alterada por la voluntad de los cónyuges- la de los bienes familiares. En tal sentido, se propone que el estatuto de los bienes familiares se aplique a todo matrimonio, incluso a los casados bajo el régimen de separación de bienes.

## **2. El régimen de bienes del matrimonio en la historia del derecho chileno**

En materia de régimen de bienes del matrimonio Andrés Bello siguió principalmente al derecho español. En una materia tan ligada a las costumbres, nuestro codificador optó por no apartarse de la tradición.

Además de las Partidas, por las que "los juristas chilenos demostraron siempre una especial predilección" (A. Guzmán, *Andrés Bello codificador*, Ed. Universidad de Chile, 1982, T. 1, pág. 414), el Código siguió de cerca la *Novísima Recopilación* y los comentarios doctrinarios de J. Matienzo (*Commentarum in librum quintum Recollections Hispaniae*, 1580) y de E. Tapia (*Febrero novísimo*, 1828). La influencia directa francesa, tan relevante en otras materias, parece ser aquí insignificante. Las notas del propio Bello reiteran una y otra vez las referencias a aquellos autores. Es bastante claro que las reglas del Código en materia de régimen de bienes tienen como punto permanente de referencia al derecho español, aún vigente en el Chile de esa época.

El principal efecto del matrimonio en el Código de 1855 era la potestad marital, en su doble efecto personal y patrimonial. Sin embargo, en opinión de Bello, "se ha querido precaver sus abusos i se ha mejorado la suerte de la mujer en muchos aspectos". (Mensaje proponiendo la aprobación del Código Civil.) Las principales modificaciones al derecho español, subrayadas por Bello, se refieren a la supresión de los privilegios de la dote, materia que es sustituida por las actuales normas sobre donaciones o por causa de matrimonio (arts. 1786 y ss.); a la ampliación del beneficio de la separación de bienes, extendiéndola al caso de mal estado de los negocios del marido (art. 155), materia en que Bello parece haber seguido a Pothier (*Traite de la Communauté*, citado por Bello en sus notas de fuentes pár. 515 y en especial pár. 510 y ss.); y en la protección de los bienes raíces propios de la mujer, al establecer la regla de que sólo pueden ser enajenados previa voluntad de la mujer y decreto judicial (art. 1754).

El Código estableció la sociedad conyugal como único régimen de bienes del matrimonio. Sólo excepcionalmente, a modo de sanción o como consecuencia del divorcio, se produce el efecto de la separación total de bienes. Convencionalmente, en las capitulaciones matrimoniales, los cónyuges sólo podían pactar separación parcial de bienes. El marido administraba sin restricciones los bienes sociales, incluso los raíces, y la mujer carecía de todo derecho de administración de los bienes provenientes de su actividad económica independiente.

Las reformas al Código Civil efectuadas por las leyes números 5.521 de 1934, 7.612 de 1943 y 10.271 de 1952 introdujeron importantes reformas al régimen original. Las principales modificaciones fueron: (i) el patrimonio reservado de la mujer casada, institución creada por el legislador francés a comienzos de siglo y cuya adopción en Chile fue propuesta por Luis Claro Solar ya en 1919 (Manuel Somarriva, *Derecho de Familia*, 1ª ed, 1946, p. 301); (ii) autorizaron sin limitaciones la separación total de bienes pactada

antes, al momento o durante el matrimonio, y (iii) requirieron el consentimiento de la mujer para la enajenación de bienes raíces sociales, además de otras modificaciones de menor significación.

Con todo, el régimen de bienes normal del matrimonio mantuvo importantes asimetrías en cuanto a la posición relativa de los cónyuges. La regla general siguió siendo la incapacidad legal de la mujer casada, de modo que sus bienes raíces propios siguieron siendo administrados por el marido y los bienes muebles aportados al matrimonio o adquiridos durante su vigencia continuaron ingresando al haber social, también administrado por el marido. Es cierto que el patrimonio reservado constituyó un avance en cuanto a la administración de los bienes adquiridos por la mujer en razón de su trabajo, pero ello significó también nuevos problemas de prueba y nuevas complejidades en la estructura de patrimonios y, por otro lado, aumentó inequitativamente las ventajas patrimoniales de la mujer que trabaja respecto de su marido.

Con estas reformas el régimen de bienes del matrimonio perdió además su simplicidad original, basada en el principio de la potestad marital que daba plena autoridad al marido. El régimen de bienes pasó a ser de difícil comprensión para los especialistas y francamente impenetrable para el lego. A ello se han agregado en los últimos años las serias dificultades planteadas por los fraudes a acreedores causados por separaciones de bienes provocadas en perjuicio de acreedores por deudores interesados en disminuir sus facultades económicas (una reseña del tema en F. Fueyo, "Generalidades sobre la economía del matrimonio", *La Ley*, Buenos Aires, 15.7.1988).

En ese estado de cosas diversos juristas chilenos propiciaron que el próximo paso fuera tener en debida consideración el principio de igualdad de los sexos ante la ley e ir hacia la sustitución del régimen de sociedad conyugal. En verdad, la sociedad conyugal llegó a un estado crítico en cuanto a su complejidad con las reformas introducidas en 1952 por la ley 10.271. De hecho ninguna otra materia en el Código Civil ha sido objeto de tan profundas y reiteradas modificaciones como el régimen de bienes del matrimonio. Estas reformas llevaron el estatuto originario concebido en el Código Civil de 1855 a un punto límite. Así lo muestra el proyecto de reforma elaborado en 1978 por una Comisión presidida por Julio Philippi y en la que participaron como redactores los profesores Avelino León y Fernando Mujica. El sistema propuesto posee una gran virtuosidad técnica, pero debió aumentar aún más la complejidad de las regulaciones, para obtener los fines, inconciliables en la práctica pasado un cierto límite, de expandir la autonomía y capacidad de la mujer, por un lado, y de preservar, por otro, la sociedad conyugal administrada por el marido.

Los inevitables inconvenientes de esta evolución son confirmados por las reformas introducidas por la Ley N° 18.802 de 1989. A los mencionados inconvenientes se refiere un estudio del profesor Leslie Tomasello presentado a las Primeras Jornadas de Derecho Civil, de próxima publicación, por lo que evito efectuar acá nuevas referencias.

### **3. Criterios para una reforma del régimen de bienes del matrimonio**

Al evaluar el régimen de bienes del matrimonio es razonable partir de la premisa de que es abusivo que en esta materia el legislador se aleje de aquello que la gente que contrae matrimonio estima que es el efecto económico natural de su nuevo estado. Son muy pocas las parejas que conocen la regulación legal y aún menos las que negocian su régimen de bienes. Por eso, el régimen legal del matrimonio debe establecer un orden económico para la familia que se acerque lo más posible a los sentidos espontáneos de justicia. A ello se agrega la exigencia de que el régimen cautela los principios de una buena y eficiente administración.

Aunque no hay investigaciones de opinión confiables, uno puede suponer que la familia chilena contemporánea, en todos los grupos sociales, estima razonable que ambos cónyuges trabajen, aunque la responsabilidad prevaleciente siga radicando en el marido; que la mujer y el marido administren lo que respectivamente produzcan, sin perjuicio de que contribuyan a la mantención del hogar en proporción a sus ingresos, si ambos los tienen; que entre marido y mujer, a pesar de la administración separada, debe existir una comunidad de intereses, de modo que ambos participen por igual de lo que uno y otro obtengan con su trabajo; que ciertos bienes que conforman el patrimonio familiar por excelencia, en especial la casa común y su mobiliario, deben estar sujetos a formas jurídicas que aseguren su rango de bienes familiares, por mucho que pertenezcan legalmente a uno de los cónyuges.

Si las premisas anteriores son esencialmente correctas, el régimen de bienes del matrimonio que mejor se adecúa a las expectativas de los cónyuges es el denominado de "participación en los gananciales". Este se caracteriza, en esencia, por la existencia de dos patrimonios distintos, el del marido y el de la mujer, los que son administrados autónomamente por cada cónyuge. Al finalizar el régimen de bienes, se compensan los aumentos de patrimonio obtenidos por los cónyuges (gananciales) generados durante su vigencia, de modo que el cónyuge que haya obtenido menos gananciales (por ejemplo, la mujer que se dedica al hogar) tiene derecho a participar en los gananciales

producidos por el otro cónyuge. El principio es que el total de los gananciales obtenidos durante el matrimonio se distribuye por partes iguales entre los cónyuges.

En general, un régimen de participación en los gananciales presenta, entre otras, las siguientes ventajas:

- a) Es simple, pues durante su vigencia los cónyuges administran libremente sus respectivos patrimonios, sin perjuicio de que se pueda exigir autorización recíproca para realizar los actos que afectan al patrimonio familiar básico.
- b) Protege adecuadamente a los terceros, porque pueden tener completa certeza acerca del patrimonio comprometido por los cónyuges que contratan con ellos.
- c) Recoge cabalmente el principio de igualdad ante la ley consagrado constitucionalmente y, en tal sentido, no sólo es un cambio normativo en el orden civil, sino también refleja el cambio social efectivo hacia un orden familiar en que entre el marido y la mujer existen relaciones de colaboración y no de subordinación.
- d) Expresa adecuadamente la comunidad de vida e interés que constituye el matrimonio. Ello se muestra especialmente durante el matrimonio, al hacer recíprocos los deberes de ayuda y socorro y al reconocer, a diferencia del régimen de separación de bienes, la contribución del cónyuge que se dedica al hogar a la economía de la familia. Al terminar el régimen de bienes, los cónyuges, prescindiendo de cuál haya sido su contribución efectiva a los aumentos del patrimonio familiar, participan por iguales partes en los gananciales.
- e) Es flexible para adecuarse a las diversas situaciones posibles de la vida familiar. Si la mujer no ejerce trabajo remunerado, no por eso queda económicamente desprotegida, como en el régimen de separación de bienes, asegurándose así que la simplicidad y eficiencia no se obtengan a costa de la equidad. Si la mujer, por el contrario, ejerce una actividad económica relevante, debe contribuir a sufragar los gastos familiares en proporción a sus ingresos y su estatuto es análogo al del marido, lo que es concordante con el hecho de que el ejercicio de esa actividad económica la sustrae de la plena dedicación a las labores del hogar. Por otra parte, y como se ha expresado, el régimen es perfectamente compatible con el establecimiento de restricciones a las plenas facultades de administración de los cónyuges respecto de ciertos bienes que les pertenecen privativamente. Así, por ejemplo, nada se



- opone a que se establezcan normas especiales relativas a los bienes afectos directamente a la vida común, como se propone en el proyecto.
- f) Es susceptible que sea moderado en sus efectos por la intervención prudencial del juez al momento de evaluar los gananciales, evitándose así los resultados en potencia inequitativos que producen reglas legales inflexibles (véase Fernando Fueyo, *op. cit.*).

#### **4. Características del régimen de participación en los gananciales que se desarrolla**

El régimen de participación en los gananciales conoce dos variantes principales. Según una primera alternativa, recogida por un proyecto encargado por la Universidad Gabriela Mistral (*Temas de Derecho*, Año 2, N° 2, 1987), al finalizar el régimen de bienes se forma entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido una comunidad de bienes que comprende los bienes gananciales. Según la otra variante, establecida por los códigos alemán y francés, al finalizar el régimen de participación en los gananciales los patrimonios de los cónyuges permanecen separados, creándose un crédito en favor del cónyuge cuyos gananciales sean menores; a tal efecto se compara el valor del patrimonio inicial de cada uno de los cónyuges con su patrimonio final, de modo que la diferencia sea el valor de los gananciales. En el cálculo se excluyen los bienes adquiridos a título gratuito durante el matrimonio. Los valores de los gananciales obtenidos por ambos cónyuges se suman. El resultado da el total de gananciales que debe ser compartido por partes iguales. El cónyuge que haya obtenido más gananciales debe compensar al otro hasta llegar al valor que resulta de la división. Así, por ejemplo, si el marido tiene gananciales por valor de 1.000 y la mujer por valor de 400, el total de gananciales es 1.400 y corresponde a cada cónyuge recibir 700. En tal caso, el marido deberá pagar a la mujer (o a sus herederos) 300.

El crédito de gananciales se paga usualmente en dinero, pero el juez queda facultado para ordenar daciones en pago, si de lo contrario se siguiera grave perjuicio para el deudor (artículos 1753, 1754 del proyecto). El juez queda asimismo autorizado para decretar pensiones vitalicias en favor de uno de los cónyuges y se le dan facultades para valorar los bienes familiares (artículo 1755), a los cuales se hace referencia más adelante. Por último, el juez queda autorizado para modificar, con expresión de causa, las reglas de valoración de los gananciales si de su aplicación se siguieren efectos abiertamente inequitativos (artículo 1749).

El proyecto, como se ve, opta por un régimen genuino de participación, en que al término del régimen no nace una comunidad de bienes gananciales, sino sólo un crédito de participación. De este modo, al finalizar el régimen de bienes se mantienen separados los patrimonios de los cónyuges, del mismo modo como lo han estado durante su vigencia, sin perjuicio de que el cónyuge que ha obtenido más gananciales deba entregar al otro la participación que le corresponda. Cuando se habla de los cónyuges se hace, desde luego, referencia a sus herederos, si fuere el caso.

La preferencia por un régimen de esta naturaleza se basa en las siguientes consideraciones principales: a) es más simple, porque permite que incluso una vez terminado el régimen los patrimonios de ambos cónyuges se mantengan separados, de modo que sólo se genera un crédito de un cónyuge o de sus herederos respecto del otro y se evitan los problemas de administración y división de patrimonio propios de toda comunidad; b) cautela mejor las relaciones con terceros, quienes han contratado en consideración al patrimonio de cada uno de los cónyuges y no al patrimonio conjunto que puede llegar a producirse si el régimen de bienes del deudor termina antes que esos terceros lleguen a cobrar sus créditos; por lo mismo, se establece una regla general de protección de terceros, cuyos créditos respecto de uno de los cónyuges prefieren a los créditos por gananciales; c) en general, es coherente con la forma efectiva en que los cónyuges han actuado durante la vigencia del régimen de bienes, época en que los patrimonios permanecen separados, sin perjuicio de la obligación de proveer al sustento de la familia en una adecuada proporción a los bienes que posean, y d) es compatible con reglas que corrigen los efectos indeseados de los principios anteriores, como las que establecen un estatuto jurídico especial para los bienes familiares, a las que se refieren en el párrafo siguiente.

## **5. El estatuto de los bienes familiares**

El régimen de participación en los gananciales tiene, respecto del de separación de bienes, la ventaja de que ambos cónyuges comparten los aumentos patrimoniales acaecidos durante el matrimonio. De este modo, el cónyuge que no obtiene gananciales se aprovecha de los obtenidos por el otro cónyuge. Pero ambos se asemejan en cuanto a la administración autónoma por cada uno de los cónyuges de los bienes de que cada uno es propietario.

Esta autonomía de administración de cada cónyuge da al régimen de participación en los gananciales una amplia flexibilidad para el manejo de los asuntos económicos, evitándose las dificultades de la administración exclu-

siva del marido o conjunta del marido y la mujer, que, alternativamente, caracterizan a los regímenes de sociedad conyugal. La tendencia contemporánea en los países que adoptan regímenes de sociedad conyugal es la administración conjunta, presumiendo la ley autorizaciones recíprocas en ciertas circunstancias. Es el caso de Francia, España, así como del estado de Québec, en Canadá, entre los países que han tenido reformas profundas en los últimos veinte años.

La sociedad conyugal presenta, sin embargo, la dificultad adicional de que sólo son comunes los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges a título oneroso durante el matrimonio. Los otros bienes son propios de cada cónyuge, de modo análogo a nuestro sistema actual. De este modo, si los bienes familiares más básicos, como la residencia principal de la familia, son bienes propios de uno de los cónyuges, su disposición y administración están entregadas al arbitrio del cónyuge propietario.

Las presunciones de propiedad común de ciertos bienes muebles pueden ser una atenuación de esa regla. Otra regla de protección puede ser el establecimiento del requisito de que los bienes raíces sólo pueden ser enajenados o cedidos en usufructo o habitación con autorización del cónyuge que no es propietario. Con todo, también estas reglas tienen sus dificultades. Así, la exigencia de que la enajenación o gravamen de bienes raíces cuente con el consentimiento del cónyuge no propietario es demasiado amplia, porque no discrimina entre inmuebles familiares, respecto de los cuales la limitación se justifica, y los que no lo son.

Por otra parte, tampoco en un régimen de sociedad de gananciales existe una suficiente protección del cónyuge no propietario de la residencia familiar, en el caso que ésta sea bien propio o reservado del otro cónyuge. Por último, la desprotección del cónyuge no propietario en el régimen de separación de bienes es total, en tanto cada cónyuge tiene una ilimitada facultad de administrar y enajenar sus bienes.

Por eso un paso decisivo hacia la protección del cónyuge no propietario es la calificación de un grupo especial de bienes como "bienes familiares". Es el camino que han seguido algunos países, como España, y el estado de Québec, en Canadá.

En España, por ejemplo, rige la regla siguiente: "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe" (Código Civil español, art. 1320, reformado en 1982). Esta norma forma parte del régimen matrimonial pri-

mario, esto es, al conjunto de normas de orden público matrimonial, aplicables incluso a los cónyuges casados bajo separación de bienes y que no pueden ser dejadas sin efecto en las capitulaciones matrimoniales (al respecto, Vicente Simo Santonja, *Los regímenes matrimoniales en el mundo de hoy*, Madrid, 1982, pág. 12). Las normas del derecho registral han previsto que la calificación de un bien como familiar puede ser anotada al margen de la inscripción de dominio, presumiéndose en tal caso la mala fe del tercero adquirente.

Un camino semejante, aunque más reglamentado, ha seguido el Código de Québec, en Canadá, uno de los códigos contemporáneos más interesantes desde el punto de vista de su evolución técnica y valórica. El Código de Québec establece el principio de orden público, como en España, de que la vivienda familiar y su mobiliario no pueden ser enajenados sino con el consentimiento de ambos cónyuges (art. 449). El cónyuge cuyo consentimiento fuere omitido al enajenarse un bien familiar tiene, según el Código, acción de nulidad para impugnar el acto (arts. 450 y 452). La acción sería en nuestro derecho una revocatoria, esto es, de inoponibilidad, porque procede sólo contra terceros de mala fe. Se establece que cualquiera de los cónyuges o ambos, de común acuerdo, pueden solicitar que se anote en el registro público la calidad de bien de residencia familiar del inmueble en que vive la familia.

Lo usual es que la declaración se haga al momento de la adquisición. La anotación hace oponible la afectación del inmueble frente a terceros. La ley otorga al juez facultades para autorizar la enajenación si no es posible obtenerla o si el rechazo no puede ser justificado por el interés de la familia. Se establece asimismo que en los casos de terminación del régimen de bienes el juez puede atribuir la propiedad, el usufructo o habitación de los bienes familiares a alguno de los cónyuges o al sobreviviente, según el caso.

Una proposición adicional de reforma del año 1988 (Gobierno de Québec, Documento presentado por los Ministros de Justicia y de la Condición Femenina) expande la idea de patrimonio familiar a otros bienes, como la residencia secundaria o de vacaciones, si la principal no es de propiedad común o de alguno de los cónyuges, y a los automóviles.

Lo particular de la noción de patrimonio familiar en las legislaciones analizadas es que se aplica indistintamente a todos los matrimonios, cualquiera sea el régimen matrimonial por el que hayan optado, incluyendo el de separación de bienes. Su finalidad es darles forma patrimonial especial y de orden público a los bienes familiares, con prescindencia de su propiedad. La institución, como se puede comprender, constituye una restricción al principio de libre ordenación por los cónyuges de su régimen de bienes. La

restricción, con todo, se explica como un camino para dar una forma jurídica más fuerte a la comunidad de vida mínima que envuelve el matrimonio. Al respecto hay que tener presente que los pactos de separación de bienes en la práctica matrimonial contemporánea son una expresión del deseo de independencia patrimonial de los cónyuges, pero rara vez éstos consideran que la dedicación al hogar de uno de ellos siempre conlleva, bajo ese sistema, graves e imprevistos costos económicos al término del régimen de bienes. La institución del patrimonio familiar es un importante correctivo al extremo individualismo de ese régimen. Algo semejante ocurre cuando la residencia es bien propio de uno de los cónyuges en los regímenes de sociedad conyugal y de participación en los gananciales.

La introducción de la institución de un patrimonio mínimo familiar es una fuerte garantía para el cónyuge que tenga el cuidado de los hijos, en casos de separación de hecho o de disolución del matrimonio, y para el cónyuge sobreviviente, en caso de muerte. Evita que las disputas patrimoniales entre los cónyuges o entre el sobreviviente y los herederos del otro cónyuge concluyan con el desarraigo de la residencia habitual de la familia y es una garantía mínima de estabilidad para el cónyuge patrimonialmente más débil.

El patrimonio familiar, en suma, es una institución aplicable a cualquier régimen de bienes. El resto de los bienes, que no conforman ese patrimonio familiar, sigue las reglas generales del régimen matrimonial de que se trate.

El proyecto que se presenta incluye una proposición de normas básicas sobre patrimonio familiar que siguen las experiencias comparadas referidas, adaptadas a las técnicas registrales chilenas. De especial importancia es el derecho que se reconoce a cualquiera de los cónyuges de declarar el carácter familiar de la residencia mediante escritura de la que el Conservador de Bienes Raíces debe tomar nota.

Se puede suponer que una vez introducida la institución de los bienes familiares se establecería la práctica contractual de declarar "bien familiar" la casa adquirida durante el matrimonio. Leyes especiales, en particular las que otorgan subsidios habitacionales, podrían establecer una atribución de pleno derecho como bienes familiares de las casas adquiridas mediante esos sistemas, instruyendo a los conservadores de bienes raíces para efectuar las anotaciones que correspondan.

Por último, debe tenerse presente la enorme virtualidad práctica que tiene la institución de los bienes familiares. Sus reglas definirían el régimen de bienes básico de las familias chilenas cuyos bienes principales o exclusivos son la casa habitación y su mobiliario. En verdad, más allá de la generalidad de los términos con que aparece planteada en el borrador del

proyecto la introducción del régimen de participación en los gananciales, la mayoría de las familias chilenas, en el actual estado de desarrollo económico, aspiran, en esencia, a tener en propiedad bienes que en el anteproyecto son calificados de familiares. Para estas familias el estatuto de los bienes familiares constituiría propiamente el régimen de bienes del matrimonio.

El régimen de participación en los gananciales tendría, en tal evento, aplicación práctica preferentemente para las familias cuyo patrimonio supera el umbral de los bienes familiares. En estos casos se justifican, como es obvio, esferas de autonomía en la administración que garanticen la eficacia y responsabilidad personales del cónyuge que los posee, con la reserva de que los beneficios de esa gestión individual favorecen por igual al marido y a la mujer. De este modo, el régimen de bienes se abre también a situaciones esperadas de mayor prosperidad de las familias.

## 6. Antecedentes de la propuesta

La proposición tiene como antecedentes nacionales un proyecto de ley sobre un régimen de participación en gananciales preparado por el profesor Eugenio Velasco y otro elaborado por encargo de la Universidad Gabriela Mistral (*Temas de Derecho*, Año 2 N° 2, 1987). Asimismo, han sido considerados numerosos antecedentes de derecho comparado. En especial, las normas introducidas al Código Civil francés en el año 1965; la reforma alemana del año 1957, que sirvió de antecedente a la legislación francesa, y las recientes legislaciones española y del estado de Québec, en Canadá.

En Alemania el régimen de participación en los gananciales se ha afirmado como régimen normal del matrimonio y no es objeto de impugnaciones de fondo. En los demás países ha sido introducido como régimen supletorio y no ha tenido aplicación general, en gran medida por la reticencia de las parejas a adoptar otro régimen supletorio que no sea el de separación de bienes. Allí la evolución ha llevado a regímenes de sociedad de gananciales, en que existe un patrimonio común durante el matrimonio, administrado conjuntamente por ambos cónyuges.

Los inconvenientes del régimen de participación en los gananciales, hechos valer por parte de la doctrina y que han dificultado su generalización como régimen legal, se refieren principalmente a que el régimen opera durante el matrimonio como separación de bienes, no dando participación en las decisiones ni reconociendo un interés en los bienes más cercanos a la familia al cónyuge que no es propietario. La propuesta se hace cargo de esta observación recogiendo la institución de los "bienes familiares" sujetos a

reglas especiales de administración y atribución, sobre la base de los principios referidos en el párrafo anterior.

Respecto a las objeciones, con todo, cabe hacer presente que la mayoría de ellas son injustificadas. La administración separada no atenta contra la estabilidad del matrimonio ni fomenta el individualismo, si está cubierta por normas razonables que establezcan los deberes recíprocos de los cónyuges. Ello vale, en especial, si se incorpora una regla, como la propuesta por el proyecto Gabriela Mistral, que establece la presunción de cumplimiento de los deberes económicos para con la familia por el cónyuge que se dedica principalmente al trabajo doméstico dentro del hogar común (*op. cit.*, proposición de un nuevo artículo 134 del Código Civil).

Las primeras notas para la propuesta que se adjuntan provienen de un trabajo en derecho comparado preparado para el seminario de doctorantes del profesor Karl Larenz, en Munich (1977).

Un borrador del proyecto fue revisado y comentado por una subcomisión creada por el Ministerio de Justicia para estudiar un proyecto de reforma del Código Civil. De la comisión formaron parte la señora Raquel Camposano, los señores Alvaro Ortúzar, César Parada y Claudio Illanes. Una importante labor de secretaría y de apoyo técnico correspondió a la señora María Pía Guzmán. El autor luego continuó trabajando, en especial sobre la base de nuevos antecedentes de derecho comparado. En esta última etapa fueron incorporadas las proposiciones en materia de bienes familiares. La propuesta que se incluye en este trabajo expresa el estado de avance a octubre de 1989, época en que se realizaron las Primeras Jornadas de Derecho Civil, organizadas por la Universidad de Chile.

## **7. Proyectos presentados al Parlamento en materia de régimen de bienes**

Durante la legislatura ordinaria del año 1990 un grupo de parlamentarios del Partido Renovación Nacional presentó en la Cámara de Diputados un proyecto de ley para introducir un régimen de participación en los gananciales que sigue de cerca la propuesta que aquí se publica. El proyecto referido contiene aportes técnicos significativos. Sin embargo, y a pesar de las semejanzas formales, se aleja en lo estructural de lo planteado en este trabajo. Entre las diferencias son particularmente significativas las que se refieren al carácter puramente convencional que se le asigna al régimen de participación en los gananciales y la extensión que se le atribuye a la institución del patrimonio familiar.

En cuanto al primer aspecto, el proyecto de 1990 propone introducir la participación en los gananciales como régimen optativo, esto es, como una alternativa convencional al régimen legal del matrimonio, que continuaría siendo el de sociedad conyugal. Al respecto se debe tener presente que en derecho comparado existe abundante evidencia acerca de la ineficacia práctica de los regímenes convencionales que no sean la separación de bienes. En verdad, la materia del régimen de bienes escapa por lo general a los intereses más inmediatos y a los conocimientos técnicos de los cónyuges. Por lo mismo no es usual que se celebren convenciones matrimoniales. De hecho, en los países donde se ha introducido un régimen optativo diferente al de separación de bienes, éste ha permanecido prácticamente en desuso. Es el caso, por ejemplo, del derecho francés, donde había un importante apoyo en 1965 a la idea de establecer la participación en los gananciales como régimen legal, pero se prefirió, en definitiva, favorecer su introducción gradual por vía de incorporarlo como régimen convencional u optativo. El resultado ha sido que muy pocas parejas ejercieron ese derecho opcional (Gérard Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, 4ª ed., 1984, pág. 68). Algo semejante ha ocurrido en España luego de la reforma de 1981. A la inversa, en Alemania el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional, por discriminatoria, la sociedad conyugal administrada por el marido. Allí el legislador optó por introducir la participación en los gananciales y se dejó como régimen optativo el de sociedad de bienes con administración conjunta. También en este caso el régimen optativo ha carecido de aplicación práctica (J. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts*, 2ª ed., 1971, pág. 397). En definitiva, sólo el régimen de separación de bienes -sea por la fortuna de alguno de los cónyuges, sea para escapar a las limitaciones de la sociedad conyugal administrada por el marido- parece operar como régimen sustitutivo de aplicación práctica.

De especial interés para el perfeccionamiento técnico de una legislación sobre participación en los gananciales son las notas del ex profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile don Víctor Santa-Cruz al proyecto presentado en 1990. Además de diversos sutiles comentarios a normas particulares, en esas notas el autor se pronuncia por la adopción de la participación en los gananciales como régimen legal y por la extensión de la aplicabilidad del estatuto de los bienes familiares (el trabajo del señor Santa-Cruz fue publicado postumamente en *Informe Legislativo* N° 9, pp. 53 y ss., del Instituto Libertad y Desarrollo).

La propuesta ha sido finalmente objeto de estudio y perfeccionamiento en una comisión gubernamental con participación de la Ministra María Soledad Alvear y los abogados y profesores de derecho María Angélica Figueroa, Amira Esquivel, Andrea Muñoz, Carlos Peña, Leslie Tomasello



y a la cual también se invitó al autor de este estudio. En el trabajo de la comisión se tuvieron presentes los antecedentes antes referidos. El proyecto discutido por esa comisión ha sido objeto de un mensaje enviado para su discusión parlamentaria en julio de 1991. El mensaje incorpora la participación en los gananciales como régimen de bienes legal y el estatuto de los bienes familiares como institución de orden público aplicable a todo régimen de bienes, incluido el de separación de bienes.

Aunque, como se puede comprender, la suma de todos esos aportes ha enriquecido la propuesta original, se ha preferido incluirla aquí, como anexo, en su estado al 1 de octubre de 1989, a efectos de acreditar documentalmente las etapas de gestación del proyecto.

**ANEXO**  
**PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL**  
**EN MATERIA DE RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO**

**LIBRO IV**

**TÍTULO XXII**

**Del régimen de bienes en el matrimonio**

1. Reglas generales

**Art. 1715.** A falla de pacto en contrario, rige entre los cónyuges el régimen de participación en los gananciales.

**Art. 1716.** El régimen de participación en los gananciales puede ser sustituido por el de separación de bienes en virtud de sentencia judicial, por disposición de la ley o por convención de las partes.

**Art. 1717.** El régimen de participación en los gananciales se aplicará a los que se hayan casado en país extranjero y pasaren a domiciliarse en Chile, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellos régimen de separación de bienes.

**Art. 1718.** El marido y la mujer podrán otorgarse uno a otro mandato para administrar sus bienes de acuerdo con las reglas generales.

No tendrán valor las cláusulas de irrevocabilidad de los mandatos otorgados entre cónyuges.

**Art. 1719.** El inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos que es la residencia principal de la familia y los muebles que guarnecen el hogar son *bienes familiares* y se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio.

Lo previsto en este artículo vale para los bienes que sean de propiedad indirecta de alguno de los cónyuges, como cuando pertenece a una sociedad cuyo interés mayoritario pertenece a dicho cónyuge.

**Art. 1720.** El bien familiar sólo puede ser enajenado a terceros con el consentimiento de ambos cónyuges. Lo mismo valdrá para la celebración de contratos que conceden derechos de uso o de goce sobre algún bien familiar.

Art 1721. El cónyuge cuyo consentimiento no haya sido expresado de conformidad con el artículo anterior podrá pedir la revocación del acto respecto de terceros de mala fe. Si el título de dominio o mera tenencia ha sido gratuito también procederá la revocación contra terceros de buena fe.

Podrá pedirse la revocación dentro de los cuatro años siguientes a la celebración del acto de transferencia.

Art. 1722. Los adquirentes de un derecho sobre un inmueble que es bien familiar estarán de mala fe si dicha afectación constaba en el título o en anotación al margen de la respectiva inscripción de dominio.

La declaración de que un inmueble es residencia familiar puede ser hecha por cualquiera de los cónyuges mediante escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva.

Si la declaración ha sido hecha por el cónyuge que no es propietario del inmueble, podrá el otro cónyuge impugnarla fundado en que el inmueble no es habitado por el otro cónyuge, ni por la familia común. La impugnación se tramitará breve y sumariamente.

El cónyuge que hiciere fraudulentamente la declaración a que se refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados.

Art. 1723. El consentimiento del cónyuge que no es propietario de un bien familiar podrá ser suplido por el juez en casos de imposibilidad o abuso. Se entenderá abusiva la negativa del cónyuge cuando no está justificada por el interés de la familia.

Art. 1724. Los cónyuges de común acuerdo pueden desafectar en cualquier momento un bien familiar. Si la declaración se refiere a un inmueble, deberá constar en escritura pública.

El cónyuge propietario también podrá pedir al juez la desafeción de un bien familiar. El solicitante deberá mostrar que el bien no está destinado a los fines que indica el artículo 1719.

Art. 1725. Luego de disuelto el matrimonio, el juez podrá atribuir prudencialmente al cónyuge no propietario derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. El tribunal podrá fijar una renta por el usufructo, si así pareciere equitativo, atendidas las circunstancias.

La declaración judicial a que se refiere el artículo anterior actuará como título para todos los efectos legales.

Art 1726. No valdrán las capitulaciones matrimoniales en lo que contravengan lo establecido en este párrafo.

## 2. De las capitulaciones matrimoniales

**Art. 1727.** Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones de carácter patrimonial que celebren los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración.

En las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio, sólo podrá pactarse separación de bienes.

**Art 1728.** Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública y sólo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio, y siempre que se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse aquél o dentro de los treinta días siguientes. Pero en el caso de pacto de separación de bienes a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior, bastará que ese pacto conste en dicha inscripción. Sin este requisito, no tendrá valor alguno.

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. En estos casos, el plazo a que se refiere el inciso anterior se contará desde la fecha de la inscripción del matrimonio en Chile.

Celebrado el matrimonio, las capitulaciones no podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas, sino en los casos establecidos en los artículos 1763 y 1764.

**Art. 1729.** Las escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, otorgadas antes del matrimonio, no valdrán si no cumplen con las solemnidades prescritas en el artículo precedente.

**Art. 1730.** Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.

**Art. 1731.** El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos las que tengan por objeto

enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o censos o servidumbre. Para las estipulaciones de estas clases será siempre necesario que la justicia autorice al menor.

El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor.

Art. 1732. No se podrá pactar que el régimen de participación en los gananciales tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula.

### 3. Del régimen de participación en los gananciales

Art. 1733. En el régimen de participación en los gananciales los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados, y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo. Al finalizar la vigencia del régimen de bienes, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente.

Los principios anteriores rigen en la forma y con las limitaciones señaladas en los artículos siguientes.

Art. 1734. Ninguno de los cónyuges podrá caucionar personalmente obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge. No se aplicará esta limitación a las cauciones otorgadas en favor de sociedades en que el cónyuge respectivo sea dueño de más de la mitad de los derechos o acciones emitidas.

Art. 1735. Los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en el artículo precedente adolecerán de nulidad relativa. El cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde la fecha del acto o contrato.

Art. 1736. A la disolución del régimen de participación en los gananciales, los patrimonios de los cónyuges permanecen separados y éstos o sus respectivos herederos conservan las plenas facultades de administración y disposición respecto de sus bienes.

En la misma época se determinan los gananciales obtenidos durante la vigencia del régimen de bienes.

**Art. 1737.** Se entiende por gananciales la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge.

Se entiende por patrimonio originario el existente al momento del matrimonio y por patrimonio final el existente al término del régimen de bienes.

**Art. 1738.** El patrimonio originario es la diferencia de valor entre el activo originario y el pasivo originario. Así, el patrimonio originario resulta de descontar del valor total de los bienes, el valor total de las obligaciones que el cónyuge tenga a la fecha del matrimonio.

Se agregan al patrimonio originario los bienes adquiridos a título gratuito durante el matrimonio y se descuentan las obligaciones correlativas a esas adquisiciones. No se aplica la regla anterior si de las circunstancias se infiere que dichas adquisiciones deben entenderse efectuadas a título oneroso, como en el caso de una donación remuneratoria.

Si el pasivo originario es mayor que el activo, el patrimonio originario se valorará en cero.

**Art. 1739.** Las especies adquiridas durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales se agregarán al activo del patrimonio originario, aunque se las haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición es anterior al matrimonio.

Por consiguiente, se agregarán al activo del patrimonio originario:

1° Las especies que uno de los cónyuges poseía como señor y dueño antes del matrimonio, aunque la prescripción o transacción con que los haya hecho legalmente suyos se complete o verifique durante la vigencia del régimen de bienes;

2° Los bienes que se poseían antes del matrimonio por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante la vigencia del régimen de bienes por la ratificación, o por otro medio legal;

3° Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación;

4° Los bienes litigiosos, de que durante la vigencia del régimen ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica;

5° El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge;

6° 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 por uno de los cónyuges antes de la vigencia del régimen y pagados después.

**Art. 1740.** Los frutos, incluso los que provengan de bienes originarios, no se incorporarán al patrimonio originario.

Tampoco pertenecen a su patrimonio originario las minas denunciadas por uno de los cónyuges durante la vigencia del régimen de bienes.

**Art. 1741.** Los cónyuges son comuneros de los bienes adquiridos en conjunto, según las reglas generales. Si la adquisición es a título gratuito, los derechos se agregarán por iguales partes a los respectivos patrimonios originarios.

**Art. 1742.** Se presumen comunes los bienes muebles adquiridos durante el matrimonio. La prueba en contrario deberá fundarse en antecedentes escritos.

**Art. 1743.** La composición del patrimonio originario puede probarse mediante inventario simple firmado por el otro cónyuge.

A falta de inventario el patrimonio originario puede probarse mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas o títulos de crédito.

Serán admitidos otros medios de prueba si se demuestra que, atendidas las circunstancias, el cónyuge no estaba en situación de procurarse un instrumento.

**Art. 1744.** Los bienes que componen el activo originario se valoran según el estado que tenían al momento del matrimonio o al de su adquisición, según los casos.

La valoración puede ser hecha por los cónyuges o por terceros designados por ellos. En subsidio, los bienes serán valorados por el juez.

El valor que tenían los bienes al momento de su incorporación al patrimonio originario será actualizado prudencialmente a la fecha de la terminación del régimen.

Las reglas anteriores rigen también para la valoración de las obligaciones.

**Art. 1745.** El patrimonio final resulta de descontar del valor total de los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen de bienes, el valor total de las obligaciones que el cónyuge tenga en esa misma época.

**Art. 1746.** Al patrimonio final de un cónyuge se agregan imaginariamente las disminuciones del activo respectivo que sean consecuencia de los siguientes actos, efectuados durante la vigencia del régimen de bienes:

1º Donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales de consideración a la persona del donatario;

2º Cualquiera especie de actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge; y

3º Pagos de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellas.

Las agregaciones referidas serán efectuadas considerando el estado que tenían las cosas al momento de su enajenación.

Lo dispuesto en este artículo no rige si el acto respectivo hubiese sido autorizado por el otro cónyuge.

**Art. 1747.** Dentro de los tres meses siguientes al término del régimen de bienes cada cónyuge o sus herederos está obligado a proporcionar al otro un inventario valorado de los bienes y obligaciones que comprende su patrimonio final. El juez podrá modificar este plazo.

El inventario simple firmado por el cónyuge o por sus herederos hará prueba en favor del otro cónyuge para determinar el patrimonio final respectivo. El otro cónyuge o sus herederos podrán, con todo, usar todos los medios de prueba para demostrar la composición o el valor efectivos del patrimonio.

Cualquiera de los cónyuges o sus respectivos herederos podrán solicitar la facción de inventario de conformidad a las reglas del Código de Procedimiento Civil y requerir las medidas precautorias que procedan.

**Art. 1748.** Los bienes que componen el activo final se valorarán de común acuerdo por los cónyuges o sus herederos y, a falta de acuerdo, por el juez. La valoración considerará el valor comercial de los bienes, según su estado al momento de la terminación del régimen de bienes.

Los bienes a que se refiere el artículo 1746 también se apreciarán según el valor que hubiesen tenido al término del régimen de bienes.

El pasivo final se determinará aplicando, en lo que corresponda, las reglas precedentes.

**Art. 1749.** Si de la aplicación de las normas de valoración de los artículos 1744 y 1748 se siguiera un resultado manifiestamente inequitativo, el juez podrá efectuar las correcciones razonables que solicite alguno de los cónyuges. El juez deberá en este caso justificar expresamente su decisión.

**Art. 1750.** El valor en que el patrimonio final exceda al originario se considerará gananciales. Si el patrimonio final es inferior al originario, sólo ese cónyuge soporta el déficit.



**Art. 1751.** Si sólo uno de los cónyuges ha obtenido gananciales, el otro participa de la mitad de su valor.

Si ambos cónyuges han obtenido gananciales, éstos se compensan hasta concurrencia de los de menor valor. El cónyuge que ha obtenido menores gananciales tiene derecho a que el otro cónyuge le pague, a título de participación en los gananciales, la mitad del exceso.

El crédito de participación en los gananciales se tiene sin perjuicio de los otros créditos y obligaciones recíprocas que los cónyuges pueden tener por otras causas.

**Art. 1752.** El crédito de participación nace al momento de terminar el régimen de bienes y desde ese momento es cedible y transmisible.

Es nulo cualquier acto efectuado respecto de ese crédito antes del término del régimen de bienes, incluida su renuncia.

**Art. 1753.** El crédito de gananciales se pagará al contado, en dinero.

El juez podrá conceder un plazo de hasta cinco años para pagar la obligación, si, atendidas las circunstancias, el pago inmediato estuviere seriamente dificultado. El juez determinará la suma por la que concede el plazo y señalará las modalidades del pago.

**Art. 1754.** Las partes pueden convenir que el pago del crédito de participación se efectúe dando en pago la propiedad u otro derecho real sobre bienes del cónyuge que lo deba. A falta de acuerdo, también el juez puede ordenar esta forma de pago, si la solución en dinero ocasionare grave perjuicio al deudor.

Para todos los efectos legales esta dación en pago se considerará como adjudicación en partición y la evicción de la cosa dada en pago hará renacer el crédito de participación en dinero.

Podrá el juez, atendidas las circunstancias, conceder a uno de los cónyuges el derecho a recibir una renta a título de participación en gananciales. Asimismo, podrá ordenar la constitución de garantías reales que caucionen el pago de esa renta.

**Art. 1755.** Las atribuciones de derechos sobre bienes familiares hechas a uno de los cónyuges de conformidad al artículo 1725 serán valoradas prudencialmente por el juez a efectos de determinar los créditos de gananciales.

**Art. 1756.** El cónyuge acreedor perseguirá el pago primeramente en el dinero del deudor. Si éste no fuere suficiente, lo hará en los muebles del deudor, y en subsidio en los inmuebles.

A falta de todos los bienes señalados, podrá perseguir su crédito en los bienes donados entre vivos por el cónyuge deudor, sin su consentimiento, o enajenados en fraude de sus derechos. Si persigue los bienes donados entre vivos, procederá contra los donatarios en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes. Las acciones revocatorias anteriores prescriben en cuatro años contados desde la fecha del acto o contrato.

Art. 1757. La liquidación y pago de los gananciales y la adjudicación de derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores de los cónyuges. Así, el pago de un crédito de participación en los gananciales mediante dación en pago de un bien de uno de los cónyuges, no impide el derecho de los acreedores para embargar y pedir la ejecución de ese bien mientras esté en posesión del otro cónyuge o de sus herederos.

Los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, prefieren al crédito de participación en los gananciales. Así, si los bienes del cónyuge que ha pagado un crédito de participación en los gananciales fueren insuficientes para pagar esas obligaciones, los acreedores podrán dirigirse contra el otro cónyuge hasta por el monto de lo recibido.

Art. 1758. La acción para pedir la liquidación de los gananciales prescribe en el plazo de cinco años contados desde la terminación del régimen y no se suspende entre los cónyuges.

Art. 1759. El régimen de participación en los gananciales termina:

- 1° Por la muerte real de uno de los cónyuges;
- 2° Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, según lo prevenido en el título "Del principio y fin de las personas";
- 3° Por la declaración de nulidad de matrimonio;
- 4° Por la sentencia de divorcio perpetuo;
- 5° Por la sentencia que declare la separación de bienes;
- 6° Por el pacto de separación de bienes.

El régimen de participación en los gananciales se considerará terminado según el caso: el día de la muerte real del cónyuge; en virtud del decreto de posesión provisoria o definitiva si aquélla no procediere, en el caso de muerte presunta; el día en que haya quedado ejecutoriada la sentencia de nulidad de matrimonio, de divorcio perpetuo o de separación judicial de bienes; en el caso del pacto de separación de bienes, desde su subscripción en los términos del artículo 1763.

**Art. 1760.** Decretada la separación judicial de bienes ninguno de los cónyuges tendrá derecho sobre los gananciales que se obtengan con posterioridad por el otro cónyuge.

**Art 1761.** Los derechos y obligaciones que los artículos anteriores establecen para los cónyuges se extienden en iguales términos a sus herederos, aunque así no se exprese.

#### 4. Del régimen de separación de bienes

**Art 1762.** La separación de bienes sólo puede convenirse:

1° En las capitulaciones matrimoniales celebradas por los esposos con anterioridad al matrimonio;

2° En el acto del matrimonio cuando los contrayentes así lo acuerden;

3° Durante el matrimonio, en el caso a que se refiere el artículo siguiente.

En las situaciones previstas en los números 1° y 2° del presente artículo, el estado de separación de bienes comenzará a regir a contar de la fecha misma del matrimonio. Cualquiera convención en contrario es nula y de ningún valor.

**Art 1763.** Durante el matrimonio los cónyuges podrán sustituir el régimen de participación en los gananciales por el de separación de bienes.

El pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos, 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 en que se pacte la separación. El pacto de separación total de bienes 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 de bienes podrán los cónyuges liquidar los gananciales y celebrar entre ellos cualesquier otros pactos lícitos; pero esa liquidación y estos pactos no producirán efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción a que se refiere el inciso precedente.

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 de separación de bienes a que se refieren este artículo y el inciso 2º del artículo 1727, no son susceptibles de condición, plazo o modo alguno.

Art. 1764. Los cónyuges separados de bienes podrán sustituir ese régimen por el de participación en los gananciales, mediante escritura pública subscrita al margen de la inscripción matrimonial dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su otorgamiento. En la escritura respectiva deberá efectuarse una descripción y valoración de los respectivos activos originarios.

Art. 1765. Los cónyuges no podrán renunciar en las capitulaciones matrimoniales al derecho de pedir la separación judicial de bienes.

Art. 1766. Para que el cónyuge menor de edad pueda pedir la separación judicial de bienes, deberá ser autorizado por un curador especial.

Art. 1767. A petición de cualquiera de los cónyuges, el juez decretará la separación de bienes en los casos siguientes:

- 1º Administración fraudulenta del otro cónyuge;
- 2º Mal estado de los negocios del otro cónyuge;
- 3º Riesgo inminente de que se produzca el mal estado de los negocios del otro cónyuge por consecuencia de una administración irregular que comprometa sus intereses;
- 4º Separación de hecho de los cónyuges;
- 5º Incumplimiento de la obligación que impone el inciso 1º del artículo 134 por parte del otro cónyuge.

Art. 1768. Demandada la separación de bienes, podrá el juez, a petición del actor, tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de éste, mientras dure el juicio.

Arts. 1769 a 1792: Derogados.