

LA PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES.
ESTUDIO DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y DE SU
INSERCIÓN EN EL SISTEMA DE REGÍMENES ECONÓMICOS EN
DERECHO DE LA FAMILIA CHILENO

ÁLVARO R. VIDAL OLIVARES
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

La ley 19.335 introdujo el régimen de participación en los gananciales. Pese a los 10 años transcurridos, la doctrina le ha prestado poca atención, probablemente debido a su escasa aplicación práctica. El régimen de participación en los gananciales adopta la modalidad crediticia, de modo que al término del régimen se realizan ciertas operaciones contables de comparación de patrimonios (originario y final), y los gananciales obtenidos por cada cónyuge como fruto de su administración separada y autónoma; de todo lo cual puede resultar que uno de los cónyuges haya conseguido mayores ganancias que el otro, en cuyo caso, el cónyuge que no tuvo la misma suerte tiene derecho a participar de la mitad del excedente, y ese derecho es el denominado "crédito de participación en los gananciales". Las normas pertinentes se caracterizan por la protección que confieren al crédito de participación, que en un primer momento se concreta en medidas que impiden las disminuciones patrimoniales en perjuicio del otro cónyuge; y, seguidamente, en mecanismos que aseguran la satisfacción del crédito de participación. Especial interés ofrecen las modificaciones introducidas por la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, que inci-

ABSTRACT

Law N° 19.335 introduced the income share system. In spite of the ten years that have passed, scant attention has been paid to it, most likely due to its little practical application. The income share system adopts a credit-based mode so that at the end of this system, some account analysis of a comparison of assets (original and final) with the earnings of each of the spouses as a result of their separate and autonomous management is performed; all of which may have resulted from the fact that one of the spouses has earned more than the other, in which case, the spouse who was not that lucky has the right to share half of the surplus, and that right is called "income share credit". The corresponding regulations are characterized by the protection they give to the share credit which, in a first instance, is materialized in measures that hinder net worth decreases to the prejudice of the other spouse and, subsequently, in mechanisms that guarantee satisfaction with the share credit. Of special interest are the modifications introduced by Law N° 19.947, on Civil Marriage, that have a bearing mainly on the application of this system in settling the question of the possible replacement of an arrangement agreed on during the mar-

den principalmente en el ámbito aplicación de este régimen, al zanjar la discusión sobre la posibilidad de sustitución de un régimen pactado durante el matrimonio por una nueva convención matrimonial. En particular, el nuevo artículo 165 CCCh autoriza expresamente la sustitución de la separación de bienes convencionales por el régimen de participación en los gananciales.

PALABRAS CLAVE: Regímenes económicos matrimoniales - Convenciones matrimoniales - Participación en los gananciales - Crédito de participación en los gananciales - Protección del crédito de participación.

riage with a new nuptial agreement. In particular, the new 165 CCCh article explicitly provides the replacement of the traditional pre-nuptial arrangement with that of the income share.

KEY WORDS: Economic marriage systems - Marriage conventions - Income share - Income share credit - Protection for share credit.

I. INTRODUCCIÓN

El año 1994, la ley N° 19.335 agrega un nuevo régimen económico, el de la participación en los gananciales bajo la modalidad crediticia, que puede pactarse en una capitulación matrimonial anterior o coetánea al matrimonio; o bien, en un momento posterior, reemplazando, o la sociedad conyugal, o la separación total de bienes. Esta ley, como se sabe, introduce, además, el régimen económico primario de los bienes familiares¹.

Este ley permite dibujar definitivamente el actual sistema de regímenes económico-matrimoniales, sistema cuya estructura es la que sigue: i) en el caso de los matrimonios celebrados en Chile, el régimen legal supletorio es la sociedad conyugal²; pudiendo reemplazarse (régimen legal convencional) antes, en el momento de la celebración del matrimonio³ o durante su vigencia⁴, o por el de separación total de bienes, o por el de participación en los gananciales. Además, si los esposos o los contrayentes pactan en una capitulación matrimonial separación de bienes o participación en los gananciales, pueden reemplazarlo constante el matrimonio, o por la participación en los gananciales o la separación de bienes, respectivamente; ii) tratándose de los matrimonios celebrados en país extranjero que se hayan inscrito en Chile, de acuerdo a los artículos 135, inciso segundo, y 1723, ambos del CCCh, el régimen legal supletorio es el de la separación total de bienes, régimen que puede sustituirse en el acto de la inscripción del matrimonio, o por la sociedad conyugal o por la participación en los gananciales.

¹ Se habla de régimen económico primario en tanto es compatible con cualquiera de los regímenes económicos.

² Véase los artículos 135, inciso primero, y 1718, ambos del Código Civil

³ Véase el artículo 1715 del Código Civil

⁴ Véase artículo 1723 del Código Civil

ciales (régimen legal convencional); y después de la inscripción la separación de bienes (régimen legal supletorio) o la sociedad conyugal (régimen legal convencional) puede reemplazarse por el de la participación en los gananciales; y iii) finalmente, el régimen primario patrimonial de los bienes familiares que es compatible con cualquiera de los regímenes económicos⁵.

Tradicionalmente, el interés se ha centrado en el estudio fatigoso y pormenorizado de la sociedad conyugal, por ser éste el régimen legal de aplicación supletoria a los matrimonios celebrados en Chile; quedando en un segundo plano los restantes regímenes. Tanto es así que al estudiar la separación de bienes, se la estudia vinculándola, directa o indirectamente, con la sociedad conyugal, tanto porque convive con ella, estoy pensando en la separación parcial de bienes⁶, como porque es una causa de disolución de la misma conforme el artículo 1764, N° 3 y 5, del CCCh⁷.

En lo que concierne al régimen de participación en los gananciales⁸, éste pasa prácticamente desapercibido, quizás por su escasa aplicación; o por la anunciada aprobación de un proyecto de ley que modifica a la sociedad conyugal, adoptando un modelo prácticamente coincidente con el de participación en los gananciales de comunidad diferida, que desplazaría más aún a la vigente participación en los gananciales, de modalidad crediticia. Algo similar acontece con el régimen primario de los bienes familiares; aunque es justo reconocer que paula-

⁵ Párrafo 2°, del Título VI, del Libro Primero del Código Civil.

⁶ Se distinguen dos clases de separación parcial de bienes: la legal de los artículos 150 y 166; y la convencional del artículo 1720, sometida a la disposición del artículo 167, todos del Código Civil.

⁷ Me refiero a la separación total de bienes de carácter convencional del artículo 1723, a la judicial del artículo 155 y a la de carácter legal del artículo 178, todos del código civil. Cabe precisar que el referido artículo 178 ha sido reemplazado por la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, pasando a tener el siguiente tenor: *“A la separación judicial, se aplicará lo dispuesto en los artículos 160 y 165”*. Y este último precepto también ha sido sustituido por el que sigue: *“La separación efectuada en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley es irrevocable y no podrá quedar sin efecto por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial. Tratándose de separación convencional, y además en el caso del artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil, los cónyuges podrán pactar por una sola vez el régimen de participación en los gananciales, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1723 del Código Civil”*. El artículo 40, por su parte, dispone sobre el efecto que produce, en materia patrimonial la reanudación de la vida en común luego de la separación judicial, en tanto la sociedad conyugal o la participación en los gananciales, disueltas por efecto de la separación judicial no revive; reconociendo, eso sí, a los cónyuges la facultad de pactar participación en los gananciales conforme el artículo 1723 del Código Civil, sustituyendo la separación de bienes aplicable por el solo ministerio de la ley (artículo 34 Ley de Matrimonio Civil). La importancia de la modificación introducida al artículo 165 se aprecia desde que ella zanja, a mi juicio, la discusión sobre la posibilidad de la celebración sucesiva de convenciones matrimoniales ex artículo 1723 del Código Civil. Del tenor del citado artículo se infiere que, perfectamente, los cónyuges podrían celebrar una convención matrimonial sustituyendo la sociedad conyugal por la separación total de bienes (separación de bienes convencional) y posteriormente reemplazar este régimen por el de participación en los gananciales. Sobre este punto me referiré más adelante

⁸ Regulado por el Título XXII - A, Libro IV, CCCh.

tinamente esta institución se ha ido abriendo camino en el terreno práctico, existiendo ya un conjunto significativo de sentencias judiciales que se pronuncian sobre el sentido y alcance de sus disposiciones; pudiendo hablarse de un desarrollo jurisprudencial de la institución, el que, sin embargo, no ha tenido eco en la doctrina; ella sencillamente se limitó a comentar las disposiciones que la regulan inmediatamente después de su entrada en vigencia⁹.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del régimen de la participación en los gananciales: su ámbito de aplicación e inserción en el sistema de los regímenes económico matrimoniales; sus rasgos característicos y su funcionalidad; intentando una sistematización de las disposiciones que le integran, con énfasis en aquéllas de contenido estrictamente patrimonial que permiten la construcción dogmática de un estatuto protector del derecho de crédito de participación en los gananciales que evita que el régimen sea letra muerta.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES

1. *Concepto*

Según el inciso primero del artículo 1792 - 2, del CCCh, los esposos o los cónyuges, según sea el caso, pueden convenir que sus respectivos patrimonios se mantengan separados, conservando cada uno de ellos la libre administración y disposición de los bienes que lo componen, debiendo compensarse al término del régimen los valores de las ganancias o beneficios obtenidos por cada uno de ellos en su gestión separada, concediéndoseles el derecho a participar por iguales partes en el excedente. Por su parte, del inciso segundo se infiere que los principios y reglas que gobiernan este régimen quedan sujetos a las limitaciones previstas por las disposiciones del mismo Título XXII y por las del párrafo 1 del Título VI del Libro Primero del CCCh.

Entonces, la participación en los gananciales es un régimen económico legal de acceso convencional en el que cónyuges mantienen sus patrimonios separados, conservando la libre administración y disposición de los bienes que los componen, salvo las restricciones establecidas por la ley, con cargo a que a su disolución se compensen los valores de las ganancias obtenidas, reconociendo a favor del cónyuge que las obtiene en menor valor un crédito en contra del otro para participar de la mitad del excedente.¹⁰

⁹ Particular interés ofrece el reciente trabajo de la Licenciada en Ciencias Jurídicas y Profesora contratada de derecho civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *Los Bienes Familiares: Problemas de Aplicación y Protección a terceros. Doctrina y Jurisprudencia* (Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2003). La memorista recoge los principales problemas que la doctrina de forma prematura anticipó que la institución ofrecería en el terreno práctico dando cuenta cómo los ha solucionado la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

¹⁰ Para Rodríguez Grez este régimen es aquel en el cual ambos cónyuges conservan la facultad de administrar sus bienes, sin otras restricciones que aquellas consagradas expresamente por la ley, debiendo, al momento de su extinción, compensarse las utilidades que uno

2. Características

a) Participación en los gananciales y autonomía privada. La participación en los gananciales es un régimen establecido por la ley, pero de aplicación exclusivamente convencional. Su estructura, contenido y funcionalidad viene establecido por la ley de orden público; sin embargo, su aplicación depende del acuerdo expreso de voluntades. Los esposos o cónyuges deciden, con plena libertad, someterse a este régimen económico matrimonial. El profesor Corral Talciani se refiere a este régimen como uno de carácter legal o de regulación predeterminada de acceso convencional¹¹. ¿Cuándo se puede acceder a este régimen?. La participación en los gananciales puede convenirse entre los esposos en una capitulación matrimonial anterior o coetánea a la celebración del matrimonio según el artículo 1716 del CCCh. También, los cónyuges –vigente el matrimonio– podrán sustituir, sea el régimen de sociedad conyugal, sea el de separación total de bienes, por el de participación en los gananciales mediante la convención matrimonial del artículo 1723 del CCCh.

El del caso precisar que es un régimen que puede mutarse sólo una vez. Si se opta por este régimen en una capitulación matrimonial, los cónyuges podrían sustituirlo por la separación total de bienes celebrando una convención matrimonial. Hasta antes de la ley N° 19.947 sobre matrimonio civil, se discutía acerca de si los cónyuges podían sustituir el régimen económico pactado durante el matrimonio, dado que de la sola lectura del inciso segundo del artículo 1723 del CCCh que la convención matrimonial no podía ser dejada sin efecto por la voluntad de los cónyuges. Hoy día el actual artículo 165 del CCCh, reemplazado por la citada ley, autoriza expresamente a los cónyuges a pactar, por una sola vez, la sustitución del régimen de separación de bienes convencional por el de la participación en los gananciales. Sobre este punto me referiré más adelante.

Cuando se habla de la autonomía privada y la participación en los ganancia-

obtuvo a título oneroso, configurándose un crédito en numerario a favor de aquel que obtuvo menos gananciales, de modo que ambos participen por mitades del excedente líquido. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Regímenes Patrimoniales* (Santiago, Editorial Jurídica, 1996), p. 236. Para Troncoso el régimen de participación en los gananciales es aquel en que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra separadamente los bienes que poseía al contraerlo y los que posteriormente adquiera, pero disuelto el régimen, los gananciales obtenidos por uno y otro deben distribuirse entre ambos en forma que cada uno queda en iguales condiciones que el otro en lo que a ellos se refiere. TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Régimen de participación en los gananciales*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* Año LXII, 195 (Concepción), p. 7.

¹¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), p. 98. Por su parte, el profesor Merino Scheihng habla de régimen legal convencional. MERINO SCHEIHNG, Francisco, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales en el derecho chileno*, en *Instituciones Modernas del Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1996), p. 189. Finalmente, Schmitd Hott afirma que es un régimen convencional y alternativo al régimen supletorio de la sociedad conyugal o al convencional de la separación total de bienes SCHMITD HOTT, Claudia, *Nuevo Régimen Matrimonial* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995), p. 12

les, a ella sólo se la relaciona con el acceso o aplicación del régimen, no así con la posibilidad de alterar o modificar las normas que integran su régimen jurídico. Sin embargo, a mi juicio no existe obstáculo para sostener que la autonomía privada de los esposos o cónyuges también se extiende a este aspecto. Éstos o aquéllos perfectamente podrían, junto con optar por este régimen, introducirle modificaciones, las que se sujetarán al límite general del artículo 1717 del CCCh, esto es, las estipulaciones contenidas en las capitulaciones matrimoniales no podrán ser en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge, respecto del otro o de los descendientes comunes. Entonces, debe superarse la idea que las capitulaciones matrimoniales tienen el referido doble objeto antagónico, es decir, o sustituir el régimen legal de la sociedad conyugal, o introducirle modificaciones a éste. Dentro de este objeto debe considerarse la posibilidad de modificar el régimen de la participación en los gananciales por el que se ha optado. Lo mismo podría sostenerse para la convención matrimonial de participación en los gananciales¹², si se entiende que los pactos lícitos a que alude la norma podrían tener este objeto.

b) Régimen de participación de ganancias y adquisiciones a título oneroso de modalidad crediticia. Por regla general, como se verá, sólo se consideran ganancias los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen. En cuanto a su naturaleza jurídica, éste constituye un sistema de participación en los gananciales de "modalidad crediticia"¹³. Como afirma Corral Talciani, la participación en los gananciales se traduce en el nacimiento de un crédito que compensa o iguala los beneficios, crédito sobre el cual se estructura y se organiza el régimen¹⁴. Esta modalidad se diferencia de la participación en los gananciales "comunidad diferida" caracterizada por la constitución - al momento de disolverse el régimen - de una comunidad sobre los bienes considerados gananciales¹⁵. Del inciso tercero del artículo 1792 - 19 del CCCh se deduce inequívocamente que nuestro legislador adopta la modalidad crediticia, al disponer: "*Si ambos cónyuges hubiesen obtenido gananciales, éstos se compensa-*

¹² Según el artículo 1723 del CCCh.

¹³ Sobre la naturaleza jurídica del régimen de participación en los gananciales y las modalidades que ésta puede adoptar, véase: SCHMITZ HOTT, Claudia, *Algunas consideraciones en torno a los regímenes de participación de bienes*, cit. (n. 11), pp. 174 - 188.

¹⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán, *El crédito de participación en los gananciales en el sistema económico matrimonial chileno, Los regímenes matrimoniales en Chile*, Universidad de Los Andes, CORRAL TALCIANI, Hernán (editor), (Santiago, 1998), pp. 159 - 160.

¹⁵ Cabe precisar que en Chile hubo un Proyecto de Ley, el del año 1970 que intentaba establecer como régimen legal supletorio, el de participación en los gananciales en su variante de "comunidad diferida" que reemplazaba el inciso primero del artículo 135 por el que sigue: "*por el hecho del matrimonio se contrae entre los cónyuges el régimen de participación en los gananciales*". Según este proyecto, durante el matrimonio, existiría una separación de administraciones, pero al momento de la disolución se formaba una *comunidad póstuma* de la cual se excluyen los bienes propios de los cónyuges que tenían al momento de contraer matrimonio y los que adquirieron posteriormente a título gratuito. Asimismo, y con el objeto de no hacer ilusorio el régimen de bienes, se establecían un sinnúmero de limitaciones a las facultades de disposición de cada uno de los cónyuges. Este proyecto no se materializa.

rán hasta la concurrencia de los de menor valor y aquel que hubiere obtenido menores gananciales tendrá derecho a que el otro le pague, a título de participación, la mitad del excedente." Y el inciso primero del artículo 1792 - 20 del CCCh agrega que el crédito de gananciales se originará al término del régimen de bienes. La finalidad última del régimen es que ambos cónyuges obtengan los mismos resultados económicos¹⁶.

III. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES

Ya se ha dicho que la participación en los gananciales es un régimen legal, pero de acceso exclusivamente convencional y, por consiguiente, se presenta como una alternativa frente al régimen legal supletorio de la sociedad conyugal y al de la separación total de bienes, también de acceso convencional. Por esta razón habrá que preguntarse ¿cuándo los cónyuges pueden convenir la participación en los gananciales? El régimen de participación puede convenirse, sea en una capitulación matrimonial anterior o coetánea a la celebración del matrimonio, sea en una convención matrimonial, constante el matrimonio, siendo indiferente que éste se haya celebrado en Chile o en el extranjero Me referiré, entonces, brevemente a cada una de estas oportunidades, con énfasis en el supuesto de sustitución de régimen durante el matrimonio y el de los matrimonios celebrados en el extranjero.

1. Oportunidad para la celebración de la convención matrimonial

a) Capitulación matrimonial anterior y coetánea al matrimonio. Los esposos podrán convenir este régimen en una capitulación matrimonial anterior al matrimonio de acuerdo a lo prescrito por los artículos 1716 y concordantes del Código Civil¹⁷. Asimismo, según el artículo 1715 del Código Civil, los contrayentes pueden pactar la participación en los gananciales en el acto mismo del matrimonio. Para asegurar el consentimiento libre e informado de los contrayentes, la ley impone el deber del Oficial de Registro Civil de proporcionar a los interesados la información necesaria sobre los regímenes económicos matrimoniales¹⁸. Sin embargo, la inobservancia de este deber no afecta la validez del matrimonio, sino simplemente acarrea responsabilidad administrativa para el funcionario infractor. Fuera de esta información la ley prescribe que el funcionario debe explicar a los contrayentes -en el acto del matrimonio- que ellos pueden celebrar pactos de separación total de bienes o de participación en los

¹⁶ Para el profesor Rodríguez Grez con la compensación de las utilidades o ganancias se consigue equiparar a ambos cónyuges en el goce de los beneficios económicos que la pareja ha logrado en la vida matrimonial. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Regímenes patrimoniales*, cit. (n. 10), pp. 236 - 237. En la misma dirección, la profesora Schmidt Hott expresa que el régimen opera por medio de un ajuste de cuentas, proceso que es puramente contable. SCHMIDT HOTT, Claudia, *Nuevo Régimen matrimonial*, cit. (n. 11), p. 10.

¹⁷ Pienso en el inciso primero del artículo 1792 - 1 del CCCh.

¹⁸ Véase el inciso primero del artículo 10 de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

gananciales y que si no lo hacen o nada dicen al respecto, se entenderán casados bajo régimen de sociedad conyugal¹⁹.

b) Convención matrimonial durante el matrimonio. Como se viene diciendo, los cónyuges pueden optar por este régimen durante el matrimonio, reemplazando, o el de sociedad conyugal, o el de separación de bienes. De acuerdo el artículo 1792 - 1 del CCCh, el pacto de participación debe hacerse con sujeción a lo prescrito por el artículo 1723 del CCCh y los requisitos que el precepto exige son: a) mayoría de edad de ambos cónyuges; b) otorgamiento de escritura pública; c) subinscripción de la escritura pública al margen de la inscripción matrimonial dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su otorgamiento. La omisión de los dos primeros requisitos acarrea la nulidad absoluta del pacto; en cambio, si no se cumple con la exigencia de la letra c) el pacto es absolutamente ineficaz entre las partes y respecto de terceros. La eficacia de este pacto reconoce el límite de los derechos válidamente adquiridos por los terceros, en el sentido que el pacto no podrá perjudicarlos. El perjuicio, en esta materia, equivale a la circunstancia que el pacto o los acuerdos que en él se contengan produzcan la insatisfacción total o parcial de la acreencia de los terceros como consecuencia de la disminución patrimonial que de la celebración de uno u otro se siga. Si se produce el perjuicio y así lo prueban los terceros, éstos disponen del remedio de la inoponibilidad.

Hasta antes de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil –como se anticipó – era discutible si la convención matrimonial celebrada según el artículo 1723 del CCCh podía dejarse sin efecto por una convención posterior, en el sentido que si los cónyuges sustituían el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes, podían, o no, posteriormente reemplazar este último por el de participación de gananciales. En mi opinión, bajo la sola vigencia del inciso segundo del citado artículo, no cabía esta posibilidad. Según el precepto la convención no puede ser dejada sin efecto por mutuo consentimiento de los cónyuges. Sin embargo, hoy día el nuevo artículo 165 del CCCh, modificado por la ley N° 19.947, deja abierta la posibilidad de sustituir, por una sola vez, la separación convencional de bienes por el régimen de participación. Esta disposición evidencia que nuestro legislador reconoce a los cónyuges la opción de pactar, por una sola vez, cualquiera de los regímenes matrimoniales de aplicación convencional. Lo que no está permitido es el regreso al régimen de bienes ya sustituido; así, por ejemplo, los cónyuges pueden haberse casado bajo régimen de sociedad conyugal, luego reemplazarlo por el de separación total de bienes y finalmente por el de participación en los gananciales. Si contraen matrimonio bajo régimen de participación de los gananciales, en este caso, sólo procede sustituirlo por el de separación de bienes, llegando hasta ahí la autonomía privada de los cónyuges.

En consecuencia, el alcance de la última frase del inciso segundo del artículo 1723 del CCCh es el que sigue: los cónyuges no pueden dejar sin efecto la convención matrimonial volviendo al régimen de la sociedad conyugal o a un

¹⁹ Véase el artículo 38 de la Ley de Registro Civil.

régimen de aplicación convencional ya sustituido por una convención anterior.

La regla, así formulada, estaría en conflicto con el artículo 40 de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, norma que si bien dispone que la reanudación de la vida en común de los cónyuges posterior a la separación judicial no revive la sociedad conyugal o la participación en los gananciales –disueltas por efecto del artículo 34 de la misma ley– autoriza el pacto, por una sola vez, de la participación en los gananciales de acuerdo al artículo 1723 del CCCh²⁰. El conflicto consistiría en que pese a que los cónyuges hayan pactado participación en los gananciales antes de la separación judicial, igualmente podrían posteriormente, si reanudan su vida en común, reemplazar la separación de bienes de carácter legal por el mismo régimen. A mi juicio, el artículo 40 deberá interpretarse con arreglo a la regla que, sobre la materia, se deduce del citado artículo 1723. Por ello, la posibilidad de pacto de participación en los gananciales sólo sería permitida cuando el régimen anterior a la separación legal hubiese sido el de la sociedad conyugal. En otras palabras, no existiría el conflicto, éste sería aparente.

c) Situación de los matrimonios celebrados en país extraño. En el caso de los matrimonios celebrados en el extranjero, los cónyuges pueden pactar participación en los gananciales, debiendo previamente practicar su inscripción en el Registro Civil de la Primera Sección de la comuna de Santiago²¹. Si los cónyuges no celebran pacto alguno, el régimen legal supletorio es el de la separación total de bienes. Queda por resolver, cómo se compatibiliza la regla enunciada con la del artículo 1723 del CCCh.

Un sector de la doctrina sostiene que el citado artículo 1723 se aplica sólo a los cónyuges chilenos casados en el extranjero cuyo régimen legal supletorio sería el de la sociedad conyugal, por aplicación del artículo 15 del Código Civil (estatuto personal). Por consiguiente, al igual que los casados en Chile, quedarían autorizados para sustituir durante el matrimonio la sociedad conyugal, o por la separación total de bienes, o por la participación en los gananciales. Consiguientemente, el artículo 135 del CCCh sólo se aplicaría a los matrimonios celebrados en el país extraño, o por extranjeros o por un chileno y un extranjero²².

Otro sector, en cambio, no hace distinción alguna y entiende que las dos normas en cuestión sencillamente fijan la oportunidad en la que los cónyuges pueden convenir la participación en los gananciales. Tratándose de matrimonios celebrados en el extranjero, los cónyuges podrán pactar participación en los gananciales: a) cuando inscriban el matrimonio en el Registro Civil de la Primera Sección de la Comuna de Santiago según el artículo 135, excluyendo el régimen

²⁰ Sobre el sentido de esta disposición véase: BARRIENTOS GRANDON, Javier - NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley N° 19.947: Celebración del Matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad* (Santiago, LexisNexis, 2004), p. 340.

²¹ Véase el inciso primero del artículo 135 del CCCh.

²² Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, Bienes familiares y participación en los gananciales, cit. (n. 11) p. 135. El autor trata el supuesto del artículo 135, inciso segundo, como uno de acceso extraordinario. En un sentido similar: GUZMÁN LATORRE, Diego, *Tratado de derecho internacional privado* ² (Santiago, 1989), pp. 484 y ss.

de separación de bienes, que es el legal y supletorio; y b) en un momento posterior, pero siempre después de haberse procedido a la inscripción del matrimonio en Chile y sujetándose a las exigencias del citado artículo 1723²³.

En mi opinión el sentido que debe atribuirse a los preceptos en cuestión es el que sigue: en el caso de los matrimonios celebrados en el extranjero: a) la ley entiende a los cónyuges como separados totalmente de bienes y prescinde del régimen aplicable conforme el derecho extranjero; b) empero, se les reconoce la facultad, al momento de inscribir el matrimonio en Chile, de celebrar una convención matrimonial, o de sociedad conyugal, o de participación en los gananciales; c) después de la inscripción del matrimonio en Chile, independientemente a si se pactó, o no, sociedad conyugal, los cónyuges, sujetándose a la disposición del artículo 1723 del CCCh pueden sustituir, sea el régimen supletorio de separación total de bienes, o el convencional de sociedad conyugal, por el de participación en los gananciales. De acuerdo a esta interpretación los cónyuges siempre podrán reemplazar el régimen de sociedad conyugal pactado por el de participación en los gananciales, posibilidad que no cabría para la primera opinión, desde que para ella el precepto sólo sería aplicable a los matrimonios celebrados en el extranjero entre chilenos²⁴. A mi juicio, el artículo 135 prevalece, por especialidad, sobre la disposición general del artículo 15 del CCCh, siendo la primera aplicable a los matrimonios celebrados, o entre chilenos, o entre un chileno y un extranjero o simplemente entre extranjeros. La disposición no distingue, no siendo lícito al intérprete hacerlo.

2. *Facción de inventario al momento del pacto de participación en los gananciales*

Como una medida de protección a los intereses de los propios cónyuges que convienen este régimen, el legislador exige - con el objeto de preconstituir la prueba del patrimonio originario - que los esposos o los cónyuges, según sea el caso, confeccionen un inventario simple de los bienes que componen su patrimonio originario. Si se omite esta formalidad, el régimen matrimonial es igualmente válido; las consecuencias de la omisión se proyectan en el ámbito probatorio, en tanto el patrimonio originario del cónyuge infractor sólo podrá probarse por instrumentos cualificados, a menos que el cónyuge infractor acredite que no pudo procurárselos²⁵. En efecto, la ley precisa que el patrimonio originario podrá probarse mediante otros instrumentos, tales como facturas, registros o títulos de crédito, aceptando excepcionalmente otros medios cuando *“se demuestra que, atendidas las circunstancias, el esposo o cónyuge no estuvo en situación de procurarse un instrumento”*

El artículo 1792 - 11 del CCCh establece una verdadera prelación de medios de prueba: primero, el inventario simple de los bienes; en defecto de éste, otros

²³ Cfr. MERINO SCHEIHING, Francisco, Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales, cit (n. 11), pp. 191 - 192.

²⁴ Esta misma interpretación, aunque no explicitada, se encuentra en: SCHMIDT HOTT, Claudia, *Nuevo régimen matrimonial*, cit. (n. 11), pp. 14 - 15.

²⁵ Artículo 1792 - 11 del CCCh.

instrumentos; y a falta de éstos, cualquier otro medio, siempre que se justifique que atendidas las circunstancias los esposos o cónyuges no pudieron procurarse ninguno de los antes mencionados instrumentos.

La exigencia del inventario se justifica porque al inicio del régimen debe quedar fijado el patrimonio originario de cada uno de los cónyuges –a lo menos respecto de los bienes que a ese momento poseen– patrimonio que, al término del régimen, deberá contrastarse con el patrimonio final, todo ello con la finalidad de calcular el crédito de participación en los gananciales.

La ley sólo exige la facción del inventario simple de los bienes, guardando absoluto silencio sobre las obligaciones de los cónyuges. Siendo así, creo que la prueba tasada de los bienes que conforman el patrimonio originario no se aplica a las obligaciones que lo conforman, las que quedan sujetas a las reglas generales en materia de prueba.

3. Posibilidad de cambio o sustitución del régimen

Como se estudia en materia de capitulaciones matrimoniales, el principio que rige sobre la materia es el de la inmutabilidad del régimen matrimonial escogido al momento de celebrarse el matrimonio²⁶. Así se infiere del inciso tercero del artículo 1716, del Código Civil, la prescribir que: *“celebrado el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales no podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas”*. Sin embargo, se trata de un principio que admite una excepción, reconocida por la misma disposición cuando agrega *“sino en el caso establecido en el inciso primero del artículo 1723”*. El problema es que según el inciso primero del citado artículo, sólo estaría permitido: a) sustituir la sociedad conyugal, o por la separación total de bienes, o por la participación en los gananciales; y b) sustituir la separación de bienes por la participación en los gananciales. Quedaría excluida la sustitución de la participación en los gananciales por la separación total de bienes. Pese a la remisión que hace el artículo 1716 y el tenor literal del inciso primero del artículo 1723, esta sustitución la permite el inciso segundo del artículo 1792 - 1, disposición que se apoya, precisamente, en el artículo 1723.

Entonces, la excepción a esta regla de la inmutabilidad de la capitulación matrimonial está representada por las convenciones matrimoniales celebradas durante el matrimonio, cuyo objeto es reemplazar el régimen supletorio o convencionalmente aplicable, o por la separación total de bienes o por la participación en los gananciales, según corresponda.

¿Cuáles son las mutaciones de régimen matrimonial que hoy día admite nuestro ordenamiento jurídico? a) La sociedad conyugal puede ser substituida

²⁶ SCHMITD HOTT, Claudia, *Nuevo régimen matrimonial*, cit. (n. 11), pp. 14-15. La profesora expresa que el legislador de la ley N° 19.335 alteró el principio de la inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio, valor que sustenta en la necesidad de proteger los derechos de los terceros y que constituye, además, una directriz aceptada universalmente, sin perjuicio de los dispuesto en la última parte del inciso segundo del artículo 1723 del Código Civil.

por la separación total de bienes o por la participación en los gananciales²⁷.

La separación total de bienes, pactada antes del matrimonio o al momento de su celebración, puede substituirse durante el matrimonio por la participación en los gananciales²⁸. b) La participación en los gananciales, pactada antes del matrimonio o en el acto de su celebración, puede ser substituida durante el matrimonio por el de separación total de bienes²⁹. c) La separación de bienes supletoria para los matrimonios celebrados en el extranjero puede reemplazarse por la participación en los gananciales, siempre y cuando se haya inscrito el matrimonio en Chile. d) Y la sociedad conyugal pactada de acuerdo al inciso segundo del artículo 135 del CCCh por la participación en los gananciales con arreglo al artículo 1723 CCCh.

A hasta antes de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, como se ha explicado, mi opinión era que fuera de los casos del párrafo anterior, regía la inmutabilidad del régimen escogido por los cónyuges. Por consiguiente, no había la posibilidad de sustituir el régimen de separación total de bienes pactado durante el matrimonio por el de participación en los gananciales; o el de este último, pactado en la misma oportunidad, por el primero. En cambio, otros sostenían la mutabilidad del régimen pactado durante el matrimonio - separación total de bienes y participación en los gananciales - por el de participación en los gananciales o el de separación total de bienes, respectivamente. Opinión que se apoyaba, de un lado, en el artículo 1792 - 1, introducido por la ley N° 19.335, que admite la sustitución de régimen sin limitación y, de otro, en que la frase final del inciso segundo del artículo 1723 sólo impediría volver al régimen originario, objeto de la sustitución (sociedad conyugal; separación total de bienes; participación en los gananciales); siendo perfectamente posible, entonces, el tránsito desde la separación total de bienes pactada durante el matrimonio a la participación en los gananciales o viceversa³⁰.

²⁷ Artículo 1723 relacionado con el artículo 1764 N° 5, ambos del CCCh

²⁸ Artículo 1723, inciso primero, del CCCh.

²⁹ Artículos 1792 - 1, inciso 3° y 1792 - 27 N° 6, ambos del CCCh.

³⁰ Merino Scheihing se pronuncia sobre el problema, pero no se inclina por una opinión definitiva, afirmando: "Cuál es el sentido o alcance que ahora debe darse a ella? (norma que dispone la irrevocabilidad de la convención matrimonial del artículo 1723 del Código Civil) Sabido es que con tal mandato, el legislador de la época pretendió impedir que los cónyuges que hayan optado por cambiar el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes pudiesen, por su mera y mutua voluntad, retrotraer su situación jurídica patrimonial al mismo estado anterior al de la celebración del pacto (la misma idea que a propósito de la extinción de las obligaciones, de manera gráfica, no exenta de cierta impropiedad aparece del tenor del inciso primero del artículo 1567 del Código Civil). Si este sentido se mantiene en la norma del artículo 1723, significa que el marido y la mujer casado "ab initio" bajo régimen de sociedad de bienes pudiesen posteriormente, durante su vida conyugal, cambiar en dos oportunidades su estatuto jurídico del patrimonio: pasar a participación en los gananciales y luego a separación total de bienes, o al revés. Tal conducta no implicaría para ellos volver al anterior régimen al que se encontraban sujetos, sino cambiarlo por otro diferente. La referida interpretación posee la ventaja que hace accesible el nuevo régimen de participación en los gananciales a los actuales matrimonios que hoy se encuentran casados bajo régimen de separación

Como he dicho, hasta ese momento no compartía esta última interpretación dado que la norma del inciso segundo del artículo 1723 es lapidaria cuando dispone que *“una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”*. De la sola lectura de la disposición se desprende que una vez celebrada la convención matrimonial - cualquiera sea su objeto - el régimen queda fijo e irrevocable, sin que sea permitido a los cónyuges un nuevo pacto para transitar a otro régimen distinto.³¹

Sin embargo, hoy día no es posible defender mi interpretación dado que ella se opone al texto expreso de la ley. En efecto, como se ha reiterado, el nuevo artículo 165 del CCCh autoriza expresamente el tránsito desde la separación convencional de bienes - sin distinguir con relación al momento en el que se accede a ella - a la participación en los gananciales; no habiendo argumentos para impedir el tránsito en sentido contrario. En consecuencia, debe entenderse que el legislador reconoce a los cónyuges la facultad de optar por los dos regímenes de aplicación convencional, sea por capitulación matrimonial o por convención matrimonial del artículo 1723. Como ya se ha dicho arriba, la inmutabilidad de la convención matrimonial del citado artículo se traduce en la imposibilidad de volver, o a la sociedad conyugal, o al régimen alternativo sustituido por convención matrimonial.

IV. FUNCIONALIDAD DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES³²

Este régimen funciona como si se tratase de uno de separación total de bienes, coexistiendo dos patrimonios, el del marido y el de la mujer, cada uno de administración libre y autónoma, salvo las limitaciones establecidas por la ley. Al término del régimen se debe contrastar el patrimonio originario con la estimación del patrimonio final de cada cónyuge; determinándose, de esta manera, los gananciales obtenidos durante su vigencia a fin de compensarlos y hacer participar de la mitad del excedente al cónyuge que obtuvo menores beneficios,

total como consecuencia de haber ya optado por él luego de haberse casado en sociedad de bienes, lo que sería imposible si se da a la oración *“no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”* un sentido más amplio que el señalado. Sin embargo, el sentido restringido al que nos hemos referido presenta como contrapartida que atentaría contra el “principio de la estabilidad” conveniente en todo régimen patrimonial, en cuya virtud se debe propender al sistema adoptado por los cónyuges la mayor fianza posible, en atención a los múltiples intereses que en ello se conjugan y que trascienden a los particulares del marido y la mujer”. MERINO SCHEIHING, FRANCISCO, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit. (n. 11), pp. 193 - 194

³¹ En este sentido: CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los bienes familiares*, cit. (n. 11), p. 105.

³² Los elementos que permiten fijar la estructura del régimen y describir su funcionalidad son los que siguen: Separación absoluta de los patrimonios del marido y de la mujer. Configuración de un patrimonio originario para ambos cónyuges. Estimación de un patrimonio final para ambos cónyuges. Determinación de los gananciales habidos por cada uno de los cónyuges al término del régimen. Compensación de los gananciales hasta los de menor valor. Nacimiento eventual de un crédito de participación que asciende a la mitad del mayor valor de los gananciales.

reconociéndole un derecho de crédito al que la ley le confiere una cierta protección.

1. *Separación de patrimonios y libre ejercicio de las facultades inherentes del dominio*

El artículo 1792 - 2 del CCCh dispone: “*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 (...)*”. Tal como se ha expresado, este régimen - en su funcionamiento - se confunde con el de separación total de bienes³³. El principio que rige en esta materia es el de la autonomía patrimonial de cada cónyuge.

En este régimen, por consiguiente, la administración, goce y disposición de los bienes corresponde al titular de su dominio. Cada cónyuge conserva la propiedad exclusiva de los bienes muebles e inmuebles que integra su patrimonio y la propiedad de los que adquiera durante su vigencia, cualquiera sea su título de adquisición. Ahora bien, si los cónyuges adquieren una cosa en común, se aplican las reglas del cuasicontrato de comunidad³⁴.

Esta autonomía patrimonial no es obstáculo, como tampoco lo es en la separación total de bienes³⁵, para que uno de los cónyuges confiera al otro mandato para la administración de todos, o una parte, de sus bienes. No existe norma que lo prohíba. Este mandato podría otorgarse, o en una capitulación matrimonial anterior a la celebración del matrimonio, o en la convención matrimonial del artículo 1723 CCCh -quedando comprendido dentro de la idea de los pactos lícitos a que se refiere el citado precepto en su inciso tercero- o en cualquier otro momento. Este mandato será esencialmente revocable, no siendo válida una cláusula de irrevocabilidad, desde que ella atenta en contra del orden público matrimonial y de la propia organización legal de este régimen económico. Es lamentable que no haya prosperado la norma del artículo 1718 del anteproyecto elaborado por el profesor Barros y del primer proyecto del ejecutivo que disponía expresamente la invalidez de la cláusula de irrevocabilidad del mandato entre cónyuges.

La titularidad dominical exclusiva de cada uno de los cónyuges respecto de los bienes que integran sus patrimonios se mantiene, incluso más allá del momento de la terminación del régimen. El artículo 1792 - 5 del CCCh, dispone que a la terminación del régimen de participación en los gananciales los patrimonios de los cónyuges permanecen separados, conservando éstos, o sus causahabientes, plenas facultades de administración y disposición de sus bienes. Cabe preguntarse por qué el legislador hace una declaración como ésta; muy simple, para que no haya duda que la modalidad adoptada por Código Civil es la crediticia y no la de una comunidad diferida³⁶.

³³ Cabe destacar que el Código Civil español, en materia de participación en los gananciales, contiene una norma supletoria que dispone que, en lo no previsto, se aplican, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de la separación de bienes (artículo 1413 Código Civil español).

³⁴ Véase el artículo 1792 - 10 CCCh.

³⁵ Véase el artículo 162 del Código Civil.

³⁶ Tal como expresa Merino Scheihing, la claridad de este precepto no puede verse opacada

2. *Limitaciones al ejercicio de las facultades de administración y disposición*

De acuerdo al inciso segundo del artículo 1792 - 2, del CCCh, los principios de la participación en los gananciales rigen en la forma y con las limitaciones establecidas en el párrafo 2° del Título XXII A del Libro IV y en el párrafo 1° del Título VI del Libro I del Código Civil. El citado párrafo II contiene una sola limitación referida al otorgamiento de cauciones personales para la seguridad de obligaciones ajenas³⁷. En lo que concierne a la remisión al párrafo 1° del Título VI, ella no es fácilmente entendible, ni mucho menos explicable. Este párrafo dispone, preferentemente, sobre los deberes personales recíprocos de los cónyuges (efectos personales del matrimonio), sin que en sí mismos puedan considerársele una limitación a las facultades de administración y disposición de los bienes de los cónyuges. La aplicación de estas disposiciones y la observancia de los deberes tiene lugar cualquiera sea el régimen matrimonial aplicable. Intentando atribuir algún sentido a la disposición, el profesor Merino Scheihing entiende que la remisión a este párrafo está hecha a las limitaciones de las facultades de los cónyuges que inciden en la economía familiar; específicamente a las del artículo 134 del CCCh, conforme el cual el marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común de acuerdo a sus facultades económicas, pudiendo la justicia, en caso necesario, reglar la manera cómo contribuir a tal fin³⁸. Sin decirlo, se deduce que los cónyuges, en el ejercicio de estas facultades de administración y disposición, deben igualmente cumplir el deber matrimonial de proveer a las necesidades de la familia común, lo que entrañaría una limitación a las mismas. Contrariamente, creo que este precepto no envuelve limitación alguna a las facultades de administración y disposición de los cónyuges, sino sólo establece, sin más, una carga de contenido pecuniario que debe asumirse en todo caso.

En principio, el mencionado párrafo primero se identifica con las normas que rigen los efectos personales del matrimonio; así se desprende, además, de su propia denominación; pero, en este párrafo también hay normas sobre los efectos patrimoniales del matrimonio, en especial, las de los artículos 135, 137, 138, 138 bis, 139 y 140 y que prescriben sobre el régimen económico aplicable según el matrimonio se haya celebrado en Chile o en el extranjero; los efectos jurídicos de los actos y contratos de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal;

por la norma del artículo 1792 - 12 al ordenar que *“al término del régimen de participación en los gananciales, se presumen comunes los bienes muebles adquiridos durante él, salvo los de uso personal de los cónyuges. La prueba en contrario deberá fundarse en antecedentes escritos”*. MERINO SCHEIHING, Francisco, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit (n. 11), p. 196.

³⁷ Lo expresado debe entenderse sin perjuicio de lo que se dirá a propósito de las agregaciones imaginarias al patrimonio final conforme el artículo 1792 - 15, disposición que a mi juicio entraña una limitación encubierta al ejercicio de las facultades de disposición durante la vigencia del régimen. Claro, los actos de disposición que contempla la norma ejecutados sin la autorización del otro cónyuge son válidos; sin embargo, la sanción consiste precisamente en la mencionada agregación imaginaria.

³⁸ MERINO SCHEIHING, Francisco, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit (n. 11), p. 196.

los casos en que el marido se halle impedido de ejercer la administración ordinaria de la sociedad conyugal; la posibilidad de recurrir al juez ante la negativa injustificada del marido para ejecutar o celebrar un acto o contrato cuyo objeto sea un bien propio de la mujer; la situación del marido, jefe de la sociedad conyugal, incapaz; y las excepciones a estas reglas y entre ellas está la existencia de bienes familiares³⁹, institución indudablemente que limita esta plena libertad en el ejercicio de las facultades inherentes al dominio de los cónyuges casados bajo el régimen en estudio.

Por consiguiente, una auténtica limitación a las facultades de administración y disposición separada se halla en la existencia de los mencionados bienes familiares cuyo régimen jurídico está en el párrafo segundo del mencionado Título. Por esta razón, creo que la remisión debió haberse hecho a este párrafo y no al primero. Sin embargo y con base a lo expresado, podría perfectamente entenderse que la remisión del artículo 1792 - 2 es al artículo 140, N°1, alusivo a los bienes familiares, quedando comprendido, también, el párrafo que les regula. Como sea y pese a lo expresado, creo que la alusión que hace el legislador a estas limitaciones es innecesaria dado que no provienen de la participación en los gananciales, como ocurre con las cauciones personales, sino propiamente de los bienes familiares, institución que es compatible con cualquier régimen económico.

Entonces, según el inciso segundo del artículo 1792 - 2, las limitaciones a las facultades de disposición y administración de los cónyuges en la participación en los gananciales son: a) la referida a las cauciones personales para la seguridad de obligaciones de terceros; b) las que provienen de la existencia de bienes familiares⁴⁰.

Como se verá, este régimen prevé otra limitación a las facultades de disposición de los bienes que integran su patrimonio, limitación más bien indirecta y que consiste en la necesidad de contar con la autorización del otro cónyuge para la ejecución o celebración de actos de enajenación contempladas por el artículo 1792 - 15 del CCCCh; en términos tales que si no la da, el legislador ordena la agregación imaginaria al patrimonio final del valor del objeto de dichos actos. El precepto entraña una limitación a las facultades de disposición desde que para evitar la agregación imaginaria, el cónyuge propietario requiere de la autorización del otro cónyuge; si no la obtiene, la sanción no incide en la validez del acto, sino que se traduce en la referida agregación imaginaria al patrimonio final del cónyuge que enajena.

a) Cauciones personales para la seguridad de obligaciones ajenas. El artículo 1792 - 3 reza: *"ninguno de los cónyuges podrá otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge"*, el que debe darse según lo prescrito por el inciso segundo del artículo 142 del Código Civil. Esta limitación alcanza a las cauciones personales, esto es, a la fianza, la solidaridad pasiva, el aval, cláusula penal o cualquiera otra modalidad típica o atípica de caución personal.

³⁹ Véase el artículo 140, N° 1, del CCCCh.

⁴⁰ Párrafo 2º, Título IV, Libro I.

Para el profesor Barros Boure la norma tiene por fin poner coto a la gratuidad de las garantías no vinculadas con actividades económicas propias de los cónyuges, siendo concordante con el fin de cautelar el interés recíproco que cada uno de ellos tiene en la conservación e incremento del patrimonio del otro. En contra, el profesor Merino Scheihing opina que esta restricción es contradictoria, carente de trascendencia positiva para los cónyuges; pudiendo ella constituir una traba en su gestión económica ordinaria. Agrega el autor que la restricción es discordante con los principios que constituyen el basamento del régimen; rechazando la explicación apoyada en la idea de la gratuidad de la caución, dado que existen otros actos gratuitos, no sujetos a estas limitaciones, como las cauciones reales y las donaciones irrevocables⁴¹.

En mi opinión la genuina intención del legislador fue la protección del interés de aquel cónyuge que otorgó la caución en la conservación del patrimonio. El interés del cónyuge es doble: a) que la disminución patrimonial que se siga del ejercicio del derecho de crédito del acreedor principal puede ser la causa del nacimiento para el cónyuge garante del crédito de participación a su favor, en circunstancias que si no hubiese otorgado la caución éste no habría nacido; y b) que la misma disminución patrimonial, posterior al nacimiento del crédito de participación del otro cónyuge impida su satisfacción.

La limitación que establece el legislador consiste en que el otro cónyuge debe consentir en el otorgamiento de la caución personal. El legislador emplea impropriamente el término consentimiento, estrictamente debió haber empleado la expresión "autorización", como lo hace la segunda parte de la disposición. Esta expresión, y no la primera, se condice con la propia naturaleza jurídica de la exigencia, con su carácter de formalidad habilitante. El cónyuge está celebrando un acto jurídico cuyos efectos se radican exclusivamente en su patrimonio y lo que se está cautelando es el interés que tiene el otro cónyuge en la conservación de ese patrimonio. Es más apropiado hablar de autorización.

La restricción se extiende únicamente a las cauciones personales (fianza, aval, solidaridad pasiva, cláusula penal u otras) que uno de los cónyuges otorgue para la seguridad de obligaciones de terceros, quedando excluidas las cauciones personales que garantizan obligaciones propias del cónyuge garante o del otro y las cauciones reales.

Esta limitación es equivalente a la del inciso 5º del artículo 1749 del CCCh que exige la autorización de la mujer para que el marido se constituya en aval, codeudor solidario, fiador u otorgue cualquier caución personal para la seguridad de obligaciones de terceros. La norma del artículo 1792 - 3, del CCCh, sólo prescribe la autorización del otro cónyuge para el "otorgamiento de cauciones", sin hacer alusión a los casos en los que el cónyuge se constituya en codeudor solidario. Por ello, aquí no tiene lugar la discusión sobre si es menester, o no, la autorización del cónyuge cuando el otro ejecute actos jurídicos que indirecta o eventualmente puedan constituirlo en codeudor solidario, como ocurre en el

⁴¹ MERINO SCHEIHING, Francisco, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit. (n. 11), pp. 195 - 196.

caso de la constitución de una sociedad colectiva comercial o en el del endoso en dominio de una letra de cambio o pagaré⁴².

Como se ha expresado la limitación consiste en la autorización del otro cónyuge, autorización que conforme el artículo 1792 - 3, del CCCh, debe otorgarse en la forma prescrita para los bienes familiares. En particular, la remisión debe entenderse a los artículos 142, inciso 2º y 144, ambos del CCCh. Por ende, la autorización debe darse con arreglo a las siguientes reglas. Debe constar por escrito o escritura pública según la naturaleza del acto⁴³. Para las cauciones personales la autorización siempre deberá ser por escrito, al no precisar de la solemnidad de la escritura pública⁴⁴. Ésta es una autorización expresa.

La autorización, también, podrá otorgarla el otro cónyuge interviniendo directa y expresamente en el acto de otorgamiento de la caución⁴⁵. Ésta es una autorización tácita.

Asimismo, puede darse por medio de mandatario especialmente facultado para tal efecto, siendo menester que el mandato conste por escrito.

En caso de negativa injustificada, o imposibilidad del otro cónyuge, el juez podrá suplir la autorización⁴⁶, salvo que la negativa se funde en el interés de la familia.

Finalmente, la autorización debe ser específica y actual, aun cuando así no lo exija norma, no caben, ni se justifican las autorizaciones generales y anticipadas. Así se infiere, por lo demás, del artículo 142 del Código Civil.

Si se omite esta formalidad habilitante, la sanción prescrita es la nulidad relativa del acto jurídico⁴⁷. Al ser una nulidad relativa, ella puede ratificarse mediante la autorización posterior del cónyuge de acuerdo a las reglas generales⁴⁸. La invalidez podrá impetrarla el cónyuge en cuyo beneficio se ha establecido, sus cesionarios o herederos y el plazo de prescripción es de cuatro años contados desde que el cónyuge que la alega tuvo conocimiento del acto, con el límite de los 10 años contados desde la ejecución o celebración del acto o contrato. La regla para el cómputo del cuadrienio introduce un elemento de incertidumbre que no se compadece con el sistema general de nulidades de los actos jurídicos, sin embargo, para el cómputo del plazo límite se vuelve a la regla del

⁴² Ello a diferencia de lo que sucede con la norma del inciso 5º del artículo 1749 que exige la autorización para que el marido se "constituya en codeudor solidario". En mi opinión la norma del artículo 1749, inciso quinto, al igual que el artículo 1792 - 3, sólo se aplica a los casos en que la voluntad del cónyuge está enderezada a caucionar una obligación de un tercero, excluyéndose los casos en que, por el ministerio de la ley, surge la responsabilidad solidaria (*en tanto caución*). Sobre la discusión véase: RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*⁴ (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), I, pp. 207 - 209; y RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Regímenes patrimoniales*, cit. (n. 10), pp. 115 - 117.

⁴³ Artículo 142, inciso 2º, del CCCh.

⁴⁴ No debe olvidarse que la fianza mercantil es solemne y la solemnidad consiste en la simple escrituración. Así lo prescribe el artículo 820 del Código de Comercio.

⁴⁵ Artículo 142, inciso 2º, del CCCh.

⁴⁶ Véase el artículo 144 del CCCh.

⁴⁷ Véase el artículo 1792 - 4 del CCCh.

⁴⁸ Véase el artículo 1693 del CCCh.

derecho común, esto es, el momento de ejecución o celebración del acto o contrato. Sobre la suspensión de la prescripción, el legislador no prevé una norma especial, por lo que se aplica la regla general del artículo 1692 del Código Civil⁴⁹.

Esta sanción no coincide con la del inciso sexto del artículo 1749, para el caso que el marido otorgue una caución sin la autorización de la mujer. Allí el acto jurídico es válido, pero sólo obliga a los bienes propios del marido, no así a los sociales, haciéndose excepción a la regla del inciso primero del artículo 1750 del Código Civil (confusión de patrimonios).

Finalmente, debe precisarse que si bien esta es la única limitación que explícitamente establece la ley, como se ha anunciado, del artículo 1792 - 15, del CCCh se extrae que existen otros actos o contratos que requieren de la autorización del otro cónyuge, cuya omisión no acarrea su nulidad, sino una sanción diversa: la acumulación imaginaria al patrimonio final del valor de los bienes objeto de dichos actos o contratos⁵⁰. Sobre esta limitación implícita o indirecta - como quiera llamársela - me referiré más adelante cuando estudie la composición del patrimonio final.

b) Limitaciones relacionadas con los bienes familiares⁵¹.

Si un bien de propiedad de uno de los cónyuges es declarado "bien familiar", el cónyuge propietario no podrá enajenarlo ni gravarlo voluntariamente ni prometer gravarlo o enajenarlo, sin la autorización del cónyuge no propietario, o del juez si el cónyuge la niega injustificadamente o se encuentra imposibilitado de darla. También se requerirá la misma autorización para la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar⁵².

Si los derechos o acciones que uno de los cónyuges tenga en una sociedad propietaria de un inmueble que sea residencia principal de la familia se encuentran afectados como bien familiar, el cónyuge socio no puede celebrar, sin la autorización del otro, actos o contratos que tengan por objeto tales derechos o acciones⁵³.

La autorización en que consiste la limitación se rige por las ya comentadas disposiciones de los artículos 142, inciso 2º, 144 del Código Civil; y su omisión

⁴⁹ En este mismo sentido: CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, cit. (n. 1), p. 110; SCHMITD HOTT, Claudia, *Nuevo régimen matrimonial*, cit. (n. 11), p. 24. En contra, Merino Scheihing afirma que por tratarse de una prescripción especial de corto plazo ésta no se suspende conforme el artículo 2524 CCCh.

⁵⁰ Cfr. SCHMITD HOTT, Claudia, *Nuevo régimen matrimonial*, cit. (n. 11), p. 24.

⁵¹ Para un estudio de los bienes familiares, véase: CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, cit. (n. 1) pp. 39-91; ROSSO ELORRIAGA, Gianfranco, *Régimen Jurídico de los Bienes Familiares* (Santiago, Metropolitana Ediciones, 1998); SCHMITD HOTT, Claudia, *Nuevo régimen matrimonial*, cit. (n. 1), pp. 50 y ss. Recientemente, recogiendo toda la jurisprudencia habida desde la entrada en vigencia de la institución: BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *Los Bienes Familiares: Problemas de Aplicación y Protección a terceros. Doctrina y Jurisprudencia*, cit. (n. 9)

⁵² Artículos 142, inciso segundo y 144 del CCCh.

⁵³ Artículo 146 del CCCh.

acarrea la rescisión del acto o contrato, así lo dispone el artículo 143 del Código Civil. En esta materia, a diferencia del artículo 1792 - 4, el legislador no se pronuncia sobre la prescripción de la acción y cómo se computa el plazo de la misma. A mi juicio, no cabe aplicar analógicamente a esta nulidad el citado precepto, ello por cuanto se trata de una norma especial de derecho estricto. Por esta razón, la respuesta a estas dos interrogantes deberá buscarse en las reglas generales sobre la rescisión o nulidad relativa⁵⁴.

V. CONFIGURACIÓN DEL PATRIMONIO ORIGINARIO

1. *Concepto*

El artículo 1792 - 6 del CCCh, define el patrimonio originario o inicial de cada cónyuge como "(...) *el existente al momento de optar por el régimen de participación*". La ley alude al patrimonio existente al momento de optar por el régimen, sin embargo, en el caso del régimen convenido en capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio, sólo queda concluir que el momento relevante no es el de la celebración de la convención, sino el de la celebración del matrimonio. Se llega a esta conclusión, sencillamente, considerando que las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económicos sólo producen sus efectos desde la celebración del matrimonio, sin perjuicio de la observancia de las formalidades prescritas por el artículo 1716 del CCCh.

En este régimen cada uno de los cónyuges es considerado titular de un patrimonio originario que, de acuerdo con el artículo 1792 - 7, resulta de deducir del valor de los bienes que el cónyuge es dueño al inicio del régimen, el valor total de las obligaciones que sea deudor a esa fecha. Ahora, si el cónyuge no tiene bienes, o si el valor de las obligaciones excede el de los bienes que posee, el patrimonio originario será considerado carente de valor. Quiere decir, no hay patrimonio originario. Empero, como se verá, a esta conclusión sólo podrá arribarse después de hacer las agregaciones que ordena la ley. En mi opinión, la deducción del valor de las obligaciones es al final, luego –como he dicho– de tales agregaciones. El patrimonio originario del cónyuge carecerá de valor si después de las agregaciones al activo originario y la deducción del valor de las obligaciones del cónyuge, incluidas las cargas que graven las adquisiciones a título gratuito, el patrimonio es igual a cero o arroja un saldo negativo.

2. *Bienes que integran el patrimonio originario*

Se sabe que este patrimonio incluye todos los bienes del cónyuge al momento de iniciarse el régimen, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporeales. Los bienes adquiridos a un título gratuito oneroso durante la vigencia del régimen se agregan al patrimonio originario, no así las hechas a un título oneroso, a menos que éste sea anterior al régimen.

⁵⁴ En contra Merino Scheihing, quien sostiene la aplicación analógica del artículo 1792 - 4 del Código Civil. MERINO SCHEIHING, Francisco, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 198.

El artículo 1792 - 9 precisa que los frutos no se incorporan al patrimonio originario. Los frutos son ganancias producidas durante el régimen y como tales deberán considerarse para la estimación del patrimonio final. Distinta la situación de los frutos pendientes a la fecha de inicio del régimen, éstos integran el patrimonio originario.

3. *Agregaciones al patrimonio originario*

La ley ordena la agregación al patrimonio originario de bienes adquiridos con posterioridad al inicio del régimen, aquéllos adquiridos a título gratuito y a título oneroso cuando la causa o título de su adquisición sea anterior al régimen⁵⁵.

a) Bienes adquiridos a título gratuito⁵⁶. Los bienes adquiridos a un título lucrativo o por una mera liberalidad no son gananciales y por ello se agregan al patrimonio originario que luego se contrastará con el patrimonio final, integrado, además, por las ganancias adquiridas a título oneroso durante el régimen.

Si las liberalidades están gravadas con cargas pecuniarias, la agregación deberá hacerse con deducción del valor de la carga. La expresión carga empleada por el legislador debe entenderse en sentido amplio, más allá de las cargas modales propiamente tales, comprendiendo las deudas hereditarias, los impuestos y todo otro valor a que sea obligado el cónyuge beneficiario con ocasión de la liberalidad⁵⁷.

Tratándose de bienes adquiridos a título gratuito por ambos cónyuges, los derechos se agregarán a los respectivos patrimonios originarios en la proporción que establezca el título respectivo o en partes iguales si nada se señala⁵⁸. Si la adquisición hecha en común lo es a un título oneroso, la ley se remite a las reglas generales sobre la comunidad: "*Los cónyuges son comuneros, según las reglas generales, de los bienes adquiridos en conjunto a título oneroso*".

La distinción que hace la ley no tiene sentido, puesto que sólo al momento de la terminación del régimen interesará si la adquisición en común fue a título oneroso o gratuito; durante el régimen es indiferente, siempre entre los cónyuges habrá un cuasicontrato de comunidad. Coincidiendo con esta crítica, Corral Talciani afirma que el sentido que a la norma debe dársele es el que sigue: las comunidades entre los cónyuges, tengan éstas su origen en un título oneroso o gratuito, se rigen –vigente el régimen– por las reglas generales (cuasicontrato de comunidad); sin embargo, al momento de la determinación de los gananciales deberá diferenciarse entre: i) los bienes comunes adquiridos a un título gratuito; y ii) los bienes adquiridos en común a título oneroso. En lo que toca a los prime-

⁵⁵ Regla equivalente a la del artículo 1736 del CCCh.

⁵⁶ Artículo 1792 - 7, inciso 2º, del CCCh.

⁵⁷ Así se recoge en: CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 120, nota 138. El autor cita el artículo 1419 del Código Civil español que dispone: "*se deducirán las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados*".

⁵⁸ Véase el artículo 1792 - 10 del CCCh.

ros, el valor de la cuota se agregará al patrimonio originario de los cónyuges y a los segundos, incrementará la estimación de los patrimonios finales.

Las donaciones remuneratorias por servicios prestados por el cónyuge que hubieren dado acción en contra de la persona servida no se agregarán al patrimonio originario⁵⁹. La solución adoptada debiese coincidir con la que se prevé para la sociedad conyugal⁶⁰, de manera que la agregación al patrimonio final del valor de las donaciones fuese hasta la concurrencia del valor efectivo de los servicios que confieren acción en contra de la persona servida; y el exceso –al constituir una liberalidad– al patrimonio originario.

b) Bienes cuya causa de adquisición es anterior a la vigencia del régimen⁶¹. El código prevé una disposición equivalente a la del artículo 1736 que se pronuncia sobre las adquisiciones a título oneroso durante la vigencia de la sociedad, cuya causa es anterior al matrimonio, ordenando su ingreso al haber propio del cónyuge adquirente o al haber social relativo, según sea inmueble o mueble⁶².

En materia de participación en los gananciales, a pesar de ser bienes adquiridos a un título oneroso constante el régimen, no se consideran gananciales porque su título o causa de adquisición es anterior a su vigencia.

Estrictamente, me parece que en cada caso deberá puntualizarse si el cónyuge adquirente incurrió en algún gasto o desembolso con ocasión de la adquisición. Si lo hizo la propia funcionalidad del régimen exige alguna operación contable que corrija la distorsión que origine la disminución del patrimonio final a costa del originario. En el caso del número 7 del artículo 1792 - 8, que consulta el caso de la promesa de compraventa, el legislador considera esta posibilidad y condiciona la agregación del bien al patrimonio originario al pago, a lo menos parcial, del precio de la compra. Como se verá esta disposición da lugar a distintas interpretaciones, optándose aquí por aquella que conduce a la agregación del valor del bien objeto de la adquisición con deducción de la parte del precio pagada al momento de la adquisición. Lo que queda por resolver es qué ocurre en los otros supuestos en los que el legislador guardó silencio y el cónyuge adquirente efectivamente incurre en desembolsos o gastos. A mi juicio, creo que, si ello sucede, debe agregarse al patrimonio originario el valor del bien con deducción de los desembolsos o gastos incurridos con ocasión de la adquisición. De otra forma se produciría una distorsión económica que, al final, incidiría en el cálculo del crédito de participación. Así por ejemplo, piénsese en algún bien que vuelve al patrimonio del cónyuge por la declaración de nulidad de un contrato. Perfectamente el cónyuge puede quedar obligado al pago de alguna prestación económica, a favor del vencido, como el abono de las mejoras necesarias

⁵⁹ Véase el artículo 1792 - 9 del CCCh.

⁶⁰ Véase el artículo 1738 del CCCh.

⁶¹ Véase el artículo 1792 - 8 del CCCh.

⁶² No lo entiende así: SCHMIDT HOTT, Claudia, *Nuevo régimen matrimonial*, cit. (n. 11), p. 33. La autora entiende que el artículo 1736 del CCCh se aplica sólo a los bienes inmuebles, precisando que esta sería una de las diferencias entre la norma que se estudia y la primera.

u otra compensación a que tuviese derecho⁶³. Me referiré al supuesto de la promesa de compraventa, por estimar que es el que ofrece un mayor interés⁶⁴.

Conforme el artículo 1792 - 8 N° 7, debe agregarse al patrimonio originario –y transcribo textualmente la norma– la proporción del precio pagado con anterioridad al inicio del régimen por los bienes adquiridos de resultas de contratos de promesa. La redacción de la norma es poco feliz, siendo ésta susceptible de tres interpretaciones sobre lo que se agrega al referido patrimonio. Según la primera, es la parte del precio pagado en virtud de la promesa celebrada antes del inicio del régimen; conforme la segunda, es el valor del bien con deducción del precio que se pagó al tiempo de la adquisición; y, la tercera el valor del bien adquirido, proporcional a la parte del precio pagado en virtud de la promesa. A mi juicio, la segunda interpretación es la que mejor concuerda con el espíritu del legislador. Por ello, podemos enunciarla de la siguiente forma. Se agrega al patrimonio originario el valor del bien a la fecha de su adquisición efectiva, con deducción de la parte del precio pagado en virtud de un contrato de compraventa⁶⁵. Asimismo, debe consignarse que el caso del numeral en comento no exige, como sí lo hace el artículo 1736 del CCCh, que la promesa conste en instrumento público o privado cuya fecha sea oponible a terceros; por lo que regirán las reglas generales sobre la materia que las contienen los artículos 1554 y 1703, ambos del CCCh.

c) Deducciones. Como se ha dicho, el mismo inciso primero del artículo 1792-7 CCCh ordena que al valor de los bienes que conforman el patrimonio originario se le deduzca valor de las obligaciones del cónyuge al iniciarse el régi-

⁶³ Según las disposiciones de las prestaciones mutuas contenidas en el Párrafo 4 del Título XII del Libro II del Código Civil.

⁶⁴ El legislador enumera, a vía ejemplar, algunas adquisiciones cuyo valor debe agregarse al patrimonio originario. a) Bienes adquiridos por prescripción adquisitiva o transacción. Los bienes que los cónyuges poseían antes del inicio del régimen, aunque la prescripción o la transacción con que los haya hecho suyos se convenga durante la vigencia del régimen de bienes (artículo 1792 -8, N°1 CCCh); b) bienes adquiridos en virtud de un título nulo saneado. Los bienes que se poseían antes del régimen de bienes por un título vicioso, siempre que el vicio se haya purgado durante la vigencia del régimen de bienes por la ratificación o por otro medio legal (artículo 1792 -8, N°2 CCCh); c) bienes que son restituidos por efecto de la ineficacia de un acto o contrato. Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato o por haberse revocado una donación (artículo 1792 -8, N°3 CCCh); d) bienes litigiosos. Los bienes litigiosos, cuya posesión pacífica haya adquirido cualquiera de los cónyuges durante el régimen de bienes (artículo 1792 - 8, N°4 CCCh); e) el derecho de usufructo que se consolida con la nuda propiedad que pertenece al mismo cónyuge (artículo 1792 -8, N°5 CCCh); f) pago de capitales de créditos. Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos anteriores a la vigencia del régimen (artículo 1792 -8, N°6 CCCh); g) pago de intereses devengados. Los intereses que se paguen después de la vigencia del régimen, pero que se hayan devengado antes (artículo 1792 -8, N°6 CCCh).

⁶⁵ En la doctrina, el profesor Corral Talciani adhiere a la tercera interpretación y el profesor Tomasello por la primera. Este último entiende que lo que se agrega al patrimonio originario es la parte del precio pagado con anterioridad al régimen en virtud de la promesa, señalando que la parte del precio pagado con posterioridad debe agregarse al patrimonio originario.

men. Leyendo esta disposición en conjunción con la del inciso segundo del artículo 1792 - 7 y las de los artículos 1792 - 8, 9 y 10, es dable pensar que esta deducción debe practicarse sobre el valor de todos los bienes que considera el patrimonio originario, incluyéndose, no sólo iniciales, sino también los agregados (adquiridos a título gratuito y por un título o causa anterior). Siendo consecuente con esta interpretación, al valor de las obligaciones iniciales, por llamarlas de alguna forma, deberá sumarse el de las cargas que graven las liberalidades hechas durante el régimen. La suma de ambos valores será la que se deduzca del valor de los todos los bienes.

El sentido aquí propuesto está en plena armonía con la funcionalidad del régimen, toda vez que al final del régimen se valora el patrimonio originario del régimen, a objeto de contrastarlo con el valor del patrimonio final.

El legislador habla de las obligaciones de que el cónyuge es deudor, pero no precisa qué obligaciones quedan comprendidas bajo la regla; ¿a toda clase de obligación: naturales, de garantía, sujetas a condición, indeterminadas, ilíquidas, etcétera? o ¿a las determinadas, líquidas y actualmente exigibles? A mi juicio se refiere únicamente a las últimas, de lo contrario sería imposible realizar la valoración y deducción ordenadas. Puede ocurrir que una obligación ilíquida anterior al régimen se liquide durante el mismo o una que no era actualmente exigible llegue a serlo. En estos casos, entiendo que igualmente debe hacerse la deducción, más aún si la deducción, según lo expresado, se hace al final del régimen.

Deducidas las obligaciones, el valor resultante será el que corresponda al del patrimonio originario; ello en la medida que el pasivo no iguale o supere el activo; si lo supera el patrimonio originario no tendría valor.

¿Qué ocurre con los bienes adquiridos a título oneroso durante el régimen cuando el pasivo inicial del cónyuge adquirente no alcanza a cubrirse con sus bienes originarios, incluidas las agregaciones? ¿Tales bienes deben destinarse al pago de la deuda o constituyen gananciales a considerar para fijar el patrimonio final? Dar respuesta a estas cuestiones obliga conciliar el derecho de garantía general de los acreedores con la funcionalidad y finalidad del régimen objeto de estudio. A mi juicio los acreedores pueden dirigirse en contra de los bienes que constituyen gananciales pese a que se trate de obligaciones anteriores, dado que a ellos no les empuja el régimen de bienes y, consecuentemente, no les puede perjudicar o menoscabar sus derechos⁶⁶. Entonces, es improcedente la oposi-

⁶⁶ Esta solución se apoya en el principio general de la seguridad jurídica y de la protección a la apariencia, conforme a los cuales una actuación posterior ajena no puede perjudicar el derecho de los acreedores anteriores a dicha actuación. Este principio, si bien no se encuentra consagrado positivamente, se induce de varias disposiciones legales contenidas en el Código Civil, siendo las más relevantes, la del artículo 1723, que limita la eficacia absoluta del pacto de sustitución del régimen cuando perjudica el derecho de terceros; la del artículo 1792 - 25, que reconoce derecho preferente de pago a los acreedores anteriores al nacimiento del crédito de participación en los gananciales; el artículo 2468, que pone a disposición del acreedor la acción pauliana para impugnar actos o contratos posteriores de su deudor hechos en fraude de su derecho. A esta nómina se suma, el artículo 65, N°2, de la Ley N° 19.947 sobre

ción a la ejecución de tales bienes por deudas anteriores al régimen y si se deduce, el acreedor hará valer la inoponibilidad del régimen.

d) Prueba del patrimonio originario. Normalmente, el patrimonio originario se prueba mediante inventario simple que cada uno de los esposos o cónyuges ha confeccionado al momento de pactar el régimen que podrá constar en el mismo instrumento de la convención matrimonial o en uno separado. A falta de inventario simple el patrimonio igualmente puede probarse, pero la ley tasa especialmente dicha prueba. El cónyuge que no otorgó el inventario podrá probar el patrimonio originario mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas o títulos de créditos y, excepcionalmente, si logra justificar que, atendidas las circunstancias, no estuvo en situación de procurarse tales instrumentos, se admitirán otros medios de prueba⁶⁷.

¿Cómo se prueban las agregaciones al patrimonio originario? No sirve el inventario simple y el legislador no se pronuncia sobre el particular. Como la regla de prueba del patrimonio originario en sentido estricto es una norma de excepción, que no admite aplicación analógica a casos previstos, la prueba de dichas agregaciones se sujeta a las reglas generales⁶⁸.

Este inventario simple a que se refiere la norma sólo tiene mérito probatorio entre de los cónyuges o uno de ellos y los herederos del otro; no así en respecto de los terceros acreedores, a menos que ellos lo hayan firmado o aprobado, aplicando mutatis mutandi el artículo 1766 del CCCh.⁶⁹

¿Puede probarse mediante confesión del otro cónyuge? La ley no excluye la confesión del otro cónyuge, siendo, por tanto, admisible; empero, ésta no producirá plena prueba respecto de terceros acreedores⁷⁰.

Como se ha expresado en líneas anteriores, la ley no exige la inclusión en el inventario simple de las obligaciones que del cónyuge sea deudor al inicio del

Matrimonio Civil, que regula las modalidades de forma de pago de la compensación económica en caso de divorcio o nulidad matrimonial y entre ellas que se cuenta la constitución de un derecho real de usufructo o habitación sobre un inmueble del cónyuge deudor de la compensación, constitución que no podrá perjudicar a los acreedores que hubiere tenido a la fecha de la misma. Sobre la protección a los acreedores por actuaciones posteriores de su deudor, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La responsabilidad civil patrimonial y la protección de acreedores en la empresa individual de responsabilidad limitada*, Universidad de Los Andes, CORRAL TALCIANI, Hernán e DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio (editores), (Santiago, 2004), pp. 79-109; y *Comentario crítico al trabajo presentado por el profesor José María Eyzaguirre de la Huerta sobre el Efecto Absoluto de los Contratos* (Trabajo presentado a la Fundación Fueyo, Santiago, 2004). En este comentario se postula como regla la inoponibilidad de contrato ajeno cuando causa perjuicio a los terceros.

⁶⁷ Véase el artículo 1792 - 11 del CCCh.

⁶⁸ En contra: CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 127. El autor sostiene la aplicación analógica de la norma para efectos de la prueba de las agregaciones al patrimonio originario.

⁶⁹ Merino Scheihing estima que atendido que el inventario simple posee el carácter de un simple instrumento privado, su importancia como medio probatorio es precaria de acuerdo a lo que dispone el artículo 1704 del Código Civil. MERINO SCHEIHING, Francisco, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 199.

⁷⁰ Véase el artículo 2485 del CCCh.

régimen, a diferencia de lo que acontece con relación al patrimonio final⁷¹. Por consiguiente, el cónyuge deudor podrá probarlas mediante instrumentos u otros medios conforme las reglas generales. No se aplica la regla de excepción en materia probatoria⁷².

VI. TERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES

Resulta del mayor interés el estudio de la terminación del régimen y sus causas, después de ese momento se aprecia nítidamente la funcionalidad del régimen. En ese momento queda fijado definitivamente el patrimonio originario, con sus agregaciones y deducciones y el patrimonio final de cada cónyuge: patrimonios que deberán valorarse y compararse para dar respuesta a si hay o no lugar al nacimiento del crédito de participación en los gananciales.

Por esta razón he ubicado esta materia inmediatamente después del patrimonio originario; y antes del estudio del patrimonio final, su composición y las agregaciones y deducciones ordenadas por la ley⁷³.

1. *Causas de terminación del régimen de participación en los gananciales*⁷⁴

El artículo 1792 - 27 enumera las causas que ponen fin al régimen de participación en los gananciales. La terminación se produce en algunos casos por vía consecuencial, como por la muerte, la declaración de nulidad o de divorcio, la sentencia de separación judicial o la que concede la posesión provisoria de los bienes del desaparecido; en otros, en cambio, es por vía principal, como el pacto de separación total de bienes o la separación judicial de bienes. Las causas son las siguientes:

a) Muerte natural de uno de los cónyuges⁷⁵. La muerte natural es causa de disolución del matrimonio conforme los artículos 78 del CCCh y 42 N° 1 de la Ley de Matrimonio Civil y por vía de consecuencia del régimen de bienes entre los cónyuges.

b) Presunción de muerte de uno de los cónyuges. La muerte presunta pone fin al matrimonio y por vía de consecuencia al régimen de bienes. La norma del artículo 1792 - 27 N° 2 se remite al Título II del Libro I del Código Civil y en concreto al modificado artículo 84 que dispone: *“en virtud del decreto de posesión provisoria terminará la sociedad conyugal o el régimen de participación en los ga-*

⁷¹ Véase el artículo 1792 - 16 del CCCh.

⁷² En contra: SCHMIDT HOTT, Claudia, *Nuevo régimen matrimonial*, cit. (n. 11), p. 35. La autora afirma que si bien la ley nada dijo con respecto a la prueba del pasivo originario, debe aplicarse por analogía la norma contenida en el artículo 1792 - 11 del CC Ch. a que se refiere la prueba del activo originario.

⁷³ Se hace esta precisión porque la doctrina estudia primero el término del régimen y después el patrimonio originario y el final (Hernán Corral Talciani) Otros, en cambio, sin observar ninguna regla metodológica, estudian el término del régimen después de haber estudiado el crédito de participación, esto es, hacia el final (Francisco Merino Scheihing).

⁷⁴ Véase el artículo 1792 - 27 del CCCh.

⁷⁵ Véase el artículo 1792 - 27 N° 1, CCCh.

nanciales, según cual hubiere habido con el desaparecido". Ahora cabe preguntarse ¿cuándo se entiende terminado el régimen de bienes? La respuesta es que se disuelve a la fecha del decreto de posesión provisoria y no a la fecha de la muerte presuntiva fijada por la sentencia que declara el fallecimiento presunto.

c) Declaración de nulidad del matrimonio o de divorcio⁷⁶. Hasta antes de la ley de matrimonio civil, que deroga el artículo 122 del CCCh y traslada esta disposición, con algunas modificaciones, a sus artículos 51 y 52, norma esta última que dispone que la buena fe y la justa causa de error se presume, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declare en la sentencia. Allí se regula, entonces, el tradicional matrimonio putativo. Llama la atención la regla que se instaura con relación al efecto de la nulidad matrimonial en los regímenes matrimoniales, en tanto, causa de disolución o terminación de la participación en los gananciales y de la sociedad conyugal, reconociendo al cónyuge que contrajo el matrimonio de buena fe y que acredita la mala fe del otro, la opción entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes o someterse a las reglas de la comunidad. Fuera de los problemas de interpretación que ofrecerá la norma en su aplicación, ella sirve de apoyo, a mi entender, a la tesis que, independientemente del momento en que cesa la buena fe por parte de ambos cónyuges, la terminación del régimen de participación tiene lugar desde que la nulidad es declarada judicialmente por sentencia ejecutoriada, ni antes, ni después. La norma del artículo 1792 - 27, N° 3, prevalece por especialidad respecto del actual artículo 51 de la Ley sobre Matrimonio Civil, descartándose la retroactividad de la nulidad en esta materia; salvo la opción que se reconoce al cónyuge de buena fe en el supuesto del inciso segundo del precepto citado en orden a desconocer la vigencia del régimen de bienes y optar por la existencia de una comunidad durante el tiempo en que se reputó válido el matrimonio. He de precisar que esta opción es más acorde con el régimen de sociedad conyugal, no así con el de participación en los gananciales.

d) Separación judicial de los cónyuges⁷⁷. Este régimen termina por la sentencia ejecutoriada de separación judicial. Los cónyuges separados judicialmente, aunque la ley no lo disponga expresamente, se considerarán separados totalmente de bienes. Así se resulta del artículo 34 de la ley de matrimonio civil que prevé como efecto de la separación judicial la disolución del régimen de participación en los gananciales y la sociedad conyugal; y del artículo 178 del Código Civil que se remite al artículo 165, disposición esta última que instaura el principio de la irrevocabilidad de la separación de bienes de origen judicial y legal. La separación de bienes de los cónyuges separados judicialmente es una de carácter legal⁷⁸.

⁷⁶ Véase el artículo 1792 - 27 N° 3, CCCh.

⁷⁷ Véase el artículo 1792 - 27, N° 4, CCCh.

⁷⁸ Sobre el particular debe considerarse lo expresado sobre los efectos de la reanudación de la vida en común de los cónyuges, en cuanto si bien la sociedad conyugal o la participación en los gananciales no reviven, los cónyuges pueden pactar, por una sola vez, participación en los gananciales sujetándose al artículo 1723 del Código Civil. Sin embargo, como lo he expresado, si la separación judicial puso término a la participación en los gananciales, no está permitido a los cónyuges volver a pactarla. Véase II.1.2 supra.

e) Separación judicial de bienes⁷⁹. Cualquiera de los cónyuges puede demandar la separación judicial de bienes basado en las mismas causas previstas para la sociedad conyugal. El inciso primero del artículo 158 del Código Civil, dispone que lo que los artículos del párrafo 4° del Título VI dicen del marido y la mujer se aplican indistintamente a los cónyuges casados bajo régimen de participación en los gananciales. Y agrega, en su inciso segundo, que una vez decretada la separación judicial de bienes deberá procederse al cálculo del crédito de gananciales. A pesar que el precepto se remite únicamente a los artículos que le anteceden, resulta absurdo excluir la aplicación de las disposiciones subsiguientes de los artículos 159 a 163 y el 165, característicos del régimen de separación de bienes, particularmente la del artículo 165 que, como se ha indicado, declara la irrevocabilidad de la separación de bienes. A mi juicio, la remisión es completa a todos los artículos del citado párrafo. Interesa poner el acento en que en este régimen la facultad de pedir la separación judicial de bienes no es un derecho privativo de la mujer, sino que también puede solicitarla, concurriendo alguna de las causas previstas por la ley, el marido.

f) Pacto de separación total de bienes⁸⁰. Finalmente, el régimen de participación puede terminar por su sustitución, durante el matrimonio, por el régimen de separación total de bienes, de acuerdo al artículo 1723 del CCCh. La redacción del inciso primero del mencionado artículo no es muy afortunada al autorizar sólo el tránsito desde la participación en los gananciales a la separación total de bienes y a la inversa, a diferencia del inciso segundo del artículo 1792 - 1, que prevé ambas posibilidades.

2. Efectos de la terminación del régimen de bienes

La terminación del régimen de participación en los gananciales produce los efectos que se pasan a relacionar.

a). Se mantiene la separación de patrimonios. No hay lugar a la formación de una comunidad de gananciales (comunidad diferida). El artículo 1792 - 5 prescribe que *“a la disolución del régimen de participación en los gananciales, los patrimonios de los cónyuges permanecerán separados, conservando éstos o sus causahabientes plenas facultades de administración y disposición de sus bienes”*. Como es lógico, pese a la terminación del régimen el cónyuge propietario de un bien familiar seguirá sujeto a las restricciones que le son propias, tanto en el caso de sustitución del régimen, como en el de la disolución del matrimonio⁸¹.

b) Presunción de comunidad de bienes muebles. Según el artículo 1792 - 12, al término del régimen de participación en los gananciales se presumen comunes todos los bienes muebles adquiridos durante él, salvo los de uso personal. Esta presunción es una simplemente legal que, como tal, admite prueba en contrario, admitiéndose sólo medios escritos.

Por consiguiente, pese a que no hay lugar a la formación de una comunidad

⁷⁹ Véase el artículo 1792 - 27, N° 5 del CCCh.

⁸⁰ Véase el artículo 1792 - 27, N° 6 del CCCh.

⁸¹ Véase los artículos 141 y 145, inciso 3°, ambos del CCCh.

diferida de gananciales, la ley presume una comunidad de los bienes muebles adquiridos durante el régimen, cualesquiera sea el título de adquisición (oneroso o gratuito) y que existan en poder de los cónyuges al momento de su terminación.

La presunción alcanza no sólo a los bienes muebles corporales, sino también a los incorporales; sin embargo, no se aplica a los bienes muebles de uso personal, calificación que deberá hacer el juez prudencialmente atendidas las circunstancias del caso.

Para develar el sentido de esta regla resulta muy útil el texto original del artículo 1739 del Código Civil, que excluía de la presunción que el precepto establece a los bienes muebles de uso personal necesario, alcanzando a los de uso personal, pero no necesarios; es decir, bienes muebles suntuarios o prescindibles, como joyas, una gran biblioteca, una colección de armas o de relojes, etcétera⁸². En el caso de la participación en los gananciales el legislador no hace esta distinción, por lo que se excluyen de la presunción todos los bienes muebles de uso personal, sean necesarios o no.

La prueba destinada a desvirtuar esta presunción de comunidad recaerá en dos aspectos: a) que se trata de un bien mueble de uso personal; y b) que el bien no es común, sino de propiedad exclusiva. La prueba de cada uno de estos aspectos queda sometida a reglas distintas. Si se intenta probar que el bien mueble es de uso personal, la prueba no queda sujeta a más limitaciones que las que prevén las reglas generales en la materia. Esta prueba obsta la presunción de comunidad. Sin embargo, si no se trata de un bien de uso personal, lo que se trata de probar es el dominio exclusivo del bien y aquí sólo se admiten medios escritos. Es decir, si el bien mueble no es de uso personal, la ley presume la comunidad y el cónyuge que intenta desvirtuar la presunción sólo podrá hacerlo por medios escritos. Si no lo logra se forma definitivamente una comunidad al término del régimen, la que se rige por la reglas del cuasicontrato de comunidad y deberá liquidarse de acuerdo a las reglas generales⁸³; y el valor de la cuota de cada cónyuge se mirará como ganancial para los efectos de la fijación del patrimonio final.

Esta presunción de comunidad podría permitir concluir que en Chile el régimen de participación en los gananciales no es puramente de crédito o modalidad crediticia, sino que, también, puede dar lugar, a su terminación, a una comunidad de bienes muebles, a menos que logre acreditarse, o que se trata de un bien de uso personal, o de dominio exclusivo de uno de los cónyuges. En contra de esta conclusión puede decirse que la comunidad presumida entre los cónyuges también es considerada para la fijación de los patrimonios finales y la ulterior y eventual liquidación del crédito de gananciales.

⁸² El profesor Alessandri Rodríguez afirma, comentando el antiguo inciso final del artículo 1739 del Código Civil, que para que se diera la exclusión del citado precepto debían concurrir dos circunstancias: uso personal y necesario “porque hay muchos muebles que, aunque son de uso personal, no son de uso necesario - así puede ocurrir con alhajas de gran valor que la mujer use muy de tarde en tarde (...)” ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Imprenta Universitaria (Santiago, 1935), pp. 182 - 183.

⁸³ Véase los artículos 2313 y 1317, ambos del CCCh.

c) Fijación de los gananciales de cada cónyuge. Conforme el inciso segundo del artículo 1792 - 5, del CCCh, a la fecha de disolución del régimen, se determinarán los gananciales obtenidos durante su vigencia, para lo cual deberá determinarse y valorarse el patrimonio final, que se confrontará con el valor del originario de cada uno de los cónyuges.

El patrimonio final de los cónyuges - compuesto por todos los bienes que componen su patrimonio, con deducción de las obligaciones existentes - se comparará con el originario y de ello resultará si ha habido o no gananciales. El momento relevante es la fecha de terminación del régimen, no pudiendo considerarse, ni los bienes adquiridos, ni las deudas contraídas, con posterioridad.

d) Compensación del valor de los gananciales. Si al finalizar el régimen, los cónyuges han obtenido ganancias, éstas se compensan hasta el monto de las de menor valor y el que obtuvo menos tiene derecho a participar de la mitad del excedente (crédito de participación en los gananciales). Así por ejemplo, A obtiene ganancias por \$ 55.000.000 y B por \$95.000.000. La primera operación que debe hacerse es compensar las ganancias hasta las de menor valor, esto es, hasta los \$ 55.000.000. Luego, el excedente - que en este caso asciende a \$ 40.000.000 - se divide por mitades, correspondiendo la suma de \$ 20.000.000 a cada uno de los cónyuges; suma a la que asciende el crédito de participación de A que nace a la terminación del régimen⁸⁴.

e) Nacimiento del crédito de participación en los gananciales. La participación en los gananciales se traduce en el nacimiento de un derecho de crédito a favor del cónyuge que obtuvo ganancias por menor valor y su monto asciende a la mitad del excedente de las ganancias. Se trata de una situación jurídica condicionada, en el entendido que el crédito de participación sólo nace después de la terminación del régimen y en la medida que haya diferencia de ganancias entre los cónyuges. Como se dirá, no cabe hablar de un derecho sujeto a condición suspensiva. El crédito de participación nace a la terminación del régimen de bienes, antes es sólo un eventual crédito⁸⁵.

Al no haber adoptado nuestro código la modalidad de la comunidad diferida, sino la crediticia, el cónyuge que obtiene ganancias por un menor valor sólo es titular de un derecho personal o de crédito. Esta opción del legislador ha dado pie para una serie de críticas al régimen de bienes fundadas en que el cónyuge quedaría en una situación de desprotección, diametralmente opuesta a la que se hubiese hallado en un modelo de la comunidad diferida, en el que el cónyuge que obtiene menos gananciales es titular de un derecho real de dominio sobre la mitad de gananciales del otro, ya no expresados en valores, sino en bienes: los adquiridos durante el régimen a un título oneroso. En nuestro régimen el cónyuge es titular de un derecho de crédito que le confiere un derecho de garantía general en contra del otro cónyuge, derecho que está sujeto a las vicisitudes propias y características de los derechos personales. Por lo anterior, como se estudiará, el legislador premune al cónyuge acreedor de una serie de medios de

⁸⁴ Véase el artículo 1792 - 2 del CCCh.

⁸⁵ Véase el artículo 1792 - 20 del CCCh.

protección que van desde las agregaciones imaginarias que se ordenan hacer al patrimonio final hasta el derecho de pago preferente y el reconocimiento de una acción revocatoria especial que actúa al margen de criterios subjetivos. El cónyuge no se encuentra en la misma situación que un acreedor cualquiera, él es un acreedor privilegiado.

VII. DETERMINACIÓN DE LOS GANANCIALES

La ley define los gananciales como la diferencia de valor entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge⁸⁶. Los gananciales son el resultado de una operación matemática consistente en contrastar, a la terminación del régimen, dos valores: el del patrimonio originario con las agregaciones y deducciones estudiadas, con el del patrimonio final. Siempre se contrastan valores netos, subentendiéndose que habrá gananciales cuando la diferencia sea positiva; de lo contrario, se estima que, sencillamente, el o los cónyuges no los obtuvieron⁸⁷.

1. *Patrimonio final y su composición*

El patrimonio final de cada cónyuge, conforme el inciso segundo del artículo 1792 - 6, es el que exista al término del régimen de participación en los gananciales y agrega el artículo 1792 - 14, aludiendo al patrimonio final líquido, que *“el patrimonio final resultará de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen, el valor total de las obligaciones que tenga en esa misma fecha”*

Entonces, la deducción del pasivo se hace sobre el valor de todos los bienes que integran el patrimonio de cada uno de los cónyuges al momento de la terminación del régimen. El patrimonio final está integrado por todos los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de la terminación del régimen. A pesar que el legislador se refiera únicamente al dominio, se considerarán para estos efectos

⁸⁶ Véase el artículo 1792 - 6, inciso 1º, del CCCh.

⁸⁷ Para Rodríguez Grez los gananciales son la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge (cita el artículo 1792 - 6, del Código Civil) y agrega que, por consiguiente, pueden producirse las siguientes situaciones: i) que el patrimonio común de ambos cónyuges sea inferior a su patrimonio originario; ii) que el patrimonio final de uno de los cónyuges sea superior a su patrimonio originario; y el patrimonio final del otro sea inferior al patrimonio originario; iii) que el patrimonio final de ambos sea superior al patrimonio originario. En el primer caso no existen gananciales y, por ende, cada cónyuge soportará las deudas que haya contraído en la administración de sus bienes. No lo dice la ley, pero se desprende del inciso primero del artículo 1792 - 19 que dispone que si el patrimonio final del cónyuge fuere inferior al originario sólo él soportará las pérdidas. El segundo caso está expresamente reglado en el inciso segundo del citado artículo al disponer que si sólo uno de los cónyuges ha obtenido gananciales, el otro participará de la mitad de su valor, o sea, nace un crédito de participación a su favor. En el tercer caso, cuando ambos cónyuges obtienen ganancias, éstas se compensan hasta las de menor valor y aquel cónyuge que hubiese obtenido menores ganancias tendrá derecho a que el otro le pague, a título de participación, la mitad del excedente. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Regímenes matrimoniales*, cit. (n. 10), pp. 263 - 264.

todos los derechos de que sea titular, sean reales o personales (créditos)⁸⁸. Como se sabe, sobre los derechos personales, según el artículo 583 del Código Civil.

Dentro del patrimonio final se incluyen todos los bienes corporales e incorporeales, muebles e inmuebles, cuya titularidad corresponda al cónyuge al momento de terminarse el régimen, sin importar la fecha de su adquisición (antes o después al inicio del régimen) y el título de la misma (gratuito u oneroso). O sea, el patrimonio final comprende tanto los bienes que integran el patrimonio originario, incluidas las agregaciones a que se ha hecho referencia, sus frutos y aumentos de valor, como aquéllos que se adquieran a un título oneroso durante el régimen.

También, de acuerdo al artículo 1792 - 23, deben considerarse los derechos reales de usufructo, uso y habitación constituidos sobre los bienes familiares a favor del cónyuge, cuya valoración la hace prudencialmente el juez.

Para estos efectos, debe recordarse lo dicho con relación a las adquisiciones hechas en común por los cónyuges, constante el régimen. Cuando los cónyuges adquieren bienes en común, se forma una comunidad que sometida a las reglas generales, independientemente el título de adquisición (gratuito u oneroso); lo que interesará al momento del término del régimen, pues si la adquisición fue a título gratuito el derecho cuotativo se agregará al patrimonio originario; en cambio, si fue a título oneroso, dicho derecho integra el patrimonio final por constituir un ganancial. También se agregará, como se ha dicho, al patrimonio final el derecho cuotativo sobre los bienes muebles presumidos comunes conforme el artículo 1792 - 12, del CCCh, salvo que se pruebe lo contrario.

Quedan fuera del patrimonio final

a) La labor del cónyuge que tuvo a su cargo el cuidado del hogar doméstico. Con ello se favorece a la mujer que trabaja en el hogar al participar íntegramente de la mitad de los gananciales obtenidos por el marido. La aportación del trabajo de la mujer en el cuidado del hogar queda justamente compensado con su derecho a participar en la mitad de las ganancias del marido⁸⁹.

⁸⁸ Inclusive, aquellos créditos que tenga uno de los cónyuges en contra del otro. Así se infiere del inciso final del artículo 1792 - 19 que dispone que el crédito de gananciales es sin perjuicio de otros créditos y obligaciones entre los cónyuges.

⁸⁹ Lo que queda en duda si se tiene en cuenta la institución del derecho a la compensación económica a favor del cónyuge que se dedicó al cuidado personal de los hijos o a las labores propias del hogar en caso de divorcio o nulidad de matrimonio, cuando a consecuencia de esta dedicación no pudo desarrollar una actividad remunerada durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería. Entre las circunstancias que se deben considerar para determinar la existencia del menoscabo y la cuantía de la compensación no se encuentra el régimen de bienes aplicable durante el matrimonio, pero sí la situación patrimonial de ambos, teniendo aquí cabida la consideración del crédito de participación en los gananciales. Sin entrar al fondo del problema, pareciese que en el caso de la participación en los gananciales y en el de la sociedad conyugal ya se está compensando al cónyuge que no pudo desarrollar una actividad remunerada o no lo hizo como quería a consecuencia de su dedicación al hogar y a los hijos; compensación que se identifica con el derecho a los gananciales en la sociedad conyugal y a la participación de los mismos en el régimen en estudio. La compensación económica en caso de divorcio o nulidad está regulada por el párrafo primero del Capítulo VII de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

b) Los fondos provisionales de los cónyuges⁹⁰. Esta exclusión queda justificada por la especial naturaleza y finalidad de estos fondos, que conforme el artículo 34 del DL 3500, están destinados a generar prestaciones provisionales y son inembargables e indisponibles para el afiliado. Esta conclusión se ve reforzada por el artículo 1792 - 15, N° 3 que excluye la agregación imaginaria al patrimonio final de los pagos que hubieran servido para la contratación de rentas vitalicias convenidas al amparo del mencionado decreto ley; esto es, las cotizaciones provisionales que dieron origen a esta forma de pensión. Entonces, no existe razón alguna para considerarlos cuando el cónyuge no opte por la modalidad del retiro programado.

En cambio, sí deben acumularse imaginariamente al patrimonio final las cotizaciones adicionales voluntarias y el ahorro voluntario del respectivo cónyuge. Empero, podría dudarse sobre la agregación de las primeras, al estar sometidas al régimen legal de la seguridad social, en tanto se las asimila a las cotizaciones obligatorias. En el caso del ahorro voluntario se trata de un bien de libre disposición por parte del cónyuge y que, consecuentemente, debe integrar su patrimonio final.

2. *Agregaciones al patrimonio final*

Para llegar al patrimonio final y así definir si el cónyuge titular obtuvo, o no, gananciales, la ley ordena hacer algunas agregaciones imaginarias, es decir, adicionar valores al de los bienes que componen el patrimonio del cónyuge concernido. Indudablemente, estas agregaciones buscan resguardar la funcionalidad del régimen y proteger el interés del cónyuge que obtuvo gananciales por menor valor. Por esta razón la ley ordena acumular imaginariamente al patrimonio final efectivo el valor de bienes enajenados con anterioridad a la terminación del régimen en determinadas circunstancias. Se persigue evitar disminuciones voluntarias del patrimonio final en perjuicio del otro cónyuge.

Para el profesor Ramos Pazos la explicación de agregar cada uno de los valores a que se refiere la norma del artículo 1792 - 15, del Código Civil, es la protección del otro cónyuge frente actos que impliquen una indebida generosidad (N° 1); un fraude (N° 2) o que persigan la sola utilidad del cónyuge que los ejecuta (N° 3)⁹¹.

a) Valores que se agregan imaginariamente. Los valores que se agregan imaginariamente son:

i) Donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales en consideración a la persona del donatario⁹². Si el cónyuge hace una de estas donaciones, sin contar con la autorización del otro cónyuge, el valor de su objeto deberá acumularse al patrimonio final. Sólo se excluyen las denominadas donaciones irrevocables "de uso" y las

⁹⁰ Se hace cargo en profundidad de esta exclusión: CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los bienes familiares y la participación en los gananciales*, cit. (n. 11), pp. 130 - 132.

⁹¹ RAMOS PAZOS, Rene., *Derecho de familia* ⁴ cit. (n. 42) p. 304.

⁹² Véase el artículo 1792 - 15, N° 1, del CCCh.

que se hacen en cumplimiento de un deber moral. Cuando el legislador habla de la consideración de la persona no hace alusión al carácter *intuitu personae* de las donaciones irrevocables, sino a la calidad de la persona del donatario que determina la existencia del deber moral o el uso social⁹³.

ii) Cualquier especie de actos fraudulentos en perjuicio del otro cónyuge⁹⁴. El cónyuge perjudicado por el acto deberá probar el fraude⁹⁵, como también el perjuicio que el acto le produce. El perjuicio se materializa en la disminución del crédito de participación en los gananciales a que tiene derecho o en el incremento del importe de su deuda para con el otro cónyuge (obligación correlativa del derecho de crédito de participación), a causa del acto fraudulento⁹⁶.

Esta acumulación imaginaria no procederá cuando el otro cónyuge haya impugnado el acto por medio de una acción de nulidad o de revocación. La acumulación será real, dado que el ejercicio de la cualquiera de estas acciones producirá el regreso de la especie al patrimonio final del cónyuge. Tampoco procederá la acumulación imaginaria cuando el cónyuge que enajena ha indemnizado el perjuicio al otro cónyuge. En este caso, la indemnización sustituye la agregación imaginaria de que se habla, la que se considerará en el patrimonio final del cónyuge afectado por el fraude.

Con relación a esta agregación conviene puntualizar que el artículo 1792 - 24, del CCCh, prevé una acción revocatoria especial en contra de los actos ejecutados por el cónyuge deudor en fraude de los derechos del acreedor del crédito de participación. Esta norma no obsta la acumulación imaginaria ordenada para efectos del cálculo del valor del patrimonio final y, en último término, del crédito de gananciales. Esta acción revocatoria está destinada a obtener el cobro del crédito de participación –ya determinado– cuando los bienes del cónyuge deudor sean insuficientes. Pareciere que se trata de una cuestión lógica, sin embargo, a la hora de estudiar la disposición, suele confundirse con la agregación imaginaria objeto de estudio. Ésta es anterior al ejercicio de la acción del cónyuge acreedor, ejercicio que es eventual. En efecto, puede ocurrir que habiéndose hecho esta agregación, el cónyuge que ejecutó el acto fraudulento no sea deudor del crédito de participación; o que siéndolo el cónyuge acreedor no haga uso de la acción revocatoria especial por no concurrir su presupuesto.

iii) Cualquier especie de actos de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge. Ya no se trata de actos fraudulentos, sino de administración imprudente o irracional (dilapidación). Queda en evidencia que el legislador, indirectamente, restringe la facultad de los cónyuges de administrar y disponer libremente los bie-

⁹³ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 132.

⁹⁴ Véase el artículo 1792 - 15, N° 2, del CCCh.

⁹⁵ Para Corral Talciani el fraude es una especie particular de dolo (siguiendo a Domínguez Águila) y, por lo tanto, el acto será fraudulento cuando se compruebe la intención de utilizar la libertad negocial para eludir el crédito de gananciales que debería pagarse o para incrementar el que podría demandarse. CORRAL TALCIANI, Hernán, cit. supra.

⁹⁶ Véase el artículo 1792 - 15 N° 2, del CCCh.

nes que integran su patrimonio. Conviene recurrir a la norma del artículo 445 del CCCh para definir si hubo, o no, acto de dilapidación.

iv) El precio de las rentas vitalicias u otros gastos que permitan asegurar una renta futura al cónyuge que ha incurrido en ellos⁹⁷. En este supuesto lo que se acumula es el valor invertido para el aseguramiento de una renta futura y no el de la cosa incorporal en que consiste el derecho a percibir la renta vitalicia o la renta futura asegurada⁹⁸.

b) Requisitos para la agregación imaginaria. Para que proceda la agregación deben concurrir los siguientes requisitos: i) una disminución del activo del patrimonio final de uno de los cónyuges a consecuencia de alguno de los actos y contratos previstos expresamente por el artículo 1792 - 15; ii) que el acto o contrato haya sido ejecutado durante la vigencia del régimen de participación⁹⁹; y iii) ausencia de autorización del otro cónyuge. Que el acto o contrato no haya sido autorizado por el otro cónyuge¹⁰⁰. Aparentemente, al no regular el legislador cómo debe darse la autorización, ésta podría ser de cualquier forma, incluso tácita. Sin embargo, dada la naturaleza jurídica de la autorización –una formalidad habilitante– creo que la autorización debe sujetarse a las mismas reglas que la autorización exigida para las cauciones personales, comprendida la autorización judicial supletoria en caso de negativa injustificada. Se aplican, entonces, los artículos 142, inciso segundo y 144, ambos del CCCh.

Lo que caracteriza a esta formalidad habilitante es la sanción por su omisión, que consiste en la acumulación imaginaria del valor de la enajenación, y no en la nulidad relativa. La sanción, para este caso, podría asimilarse a una inoponibilidad establecida a favor del otro cónyuge para el único efecto del cálculo de los gananciales y del eventual crédito de participación.

En la opinión del Merino Scheihing esta exigencia negativa de la no autorización del otro cónyuge se aplica sin inconvenientes a los actos o contratos a que se refieren los numerales 1) y 3) de la norma estudiada, no así al del numeral 2) referido a los actos o contratos fraudulentos. La autorización para estos actos o contratos importaría, según el autor, la condonación del dolo futuro y adolecería de objeto ilícito, conforme el artículo 1465 del Código Civil¹⁰¹. En cambio,

⁹⁷ Véase el artículo 1792 - 15, N° 3, del CCCh.

⁹⁸ Como se ha expresado, quedan excluidos los pagos realizados por concepto de cotizaciones provisionales que dan lugar a una renta vitalicia conforme el DL 3500. Sin embargo, si se acumulan imaginariamente las cotizaciones provisionales adicionales voluntarias en la cuenta de capitalización y los depósitos en cuentas de ahorro voluntario

⁹⁹ Así se desprende del inciso primero del artículo 1792 - 15 del CCCh.

¹⁰⁰ Así lo dispone el inciso final del artículo 1792 - 15 del CCCh.

¹⁰¹ MERINO SCHEIHING, FRANCISCO, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit. (n. 11), pp. 202. "En efecto, en ese numerando se mencionan conductas ejecutadas por uno de los cónyuges con dolo específico, cual es el de perjudicar al otro; la autorización que la disposición permite, implica la admisibilidad de condonación de dolo futuro, lo que como norma de carácter general prohíbe el artículo 1465 del Código Civil; en el supuesto de sostenerse que la autorización a que aludimos fue concedida por el legislador como posibilidad "a posteriori" del acto fraudulento o de dilapidación, lo que representaría

Corral Talciani no pone en duda la aplicación del inciso final del precepto a los actos o contratos fraudulentos; al contrario, precisa los efectos jurídicos de la autorización en estos supuestos expresando que “es claro que respecto de los actos fraudulentos, si se prueba la autorización del cónyuge perjudicado, no procederá la acumulación, porque tampoco subsistirá el fraude.”. Por su parte, el código civil francés en su artículo 1573, norma que dispone sobre las acumulaciones fictas o imaginarias, exige la autorización del otro cónyuge sólo para las enajenaciones a título gratuito (donaciones entre vivos) no así a las enajenaciones fraudulentas, que se acumulan en todo caso.

A mi juicio, apoyando parcialmente la posición de Merino Scheihing y viendo la solución del código civil francés, la autorización no evitaría la acumulación imaginaria del valor de las especies objeto de los actos o contratos fraudulentos, acreditado que sea el fraude por el otro cónyuge. Pero la solución no puede ser la misma para los actos de dilapidación, dado que el otro cónyuge podría perfectamente consentir en él y autorizarlo, evitándose la acumulación imaginaria de su valor. Por consiguiente, mi interpretación escinde la norma –ahí su debilidad– distinguiendo entre los actos fraudulentos y los de dilapidación. Sólo para los primeros, la autorización no impediría la acumulación. Si esta interpretación no tiene acogida, la solución vendría dada por las reglas generales. Me explico. Como se trata de un acto o contrato fraudulento, no es dable pensar que el cónyuge haya dado la autorización a sabiendas del fraude; éste después se descubrirá. Si es así y el cónyuge perjudicado prueba el fraude, cabría invalidar, no el acto fraudulento en sí mismo, sino la autorización, abriéndose paso la acumulación imaginaria. Ahora ¿cuál sería la causa de nulidad? Como la autorización es un acto jurídico unilateral, éste como tal es susceptible de invalidación, sea por causa de dolo o error, según las reglas generales en materia de acto jurídico.

c) Valor que se acumula imaginariamente. El legislador, de un extremo, habla de los montos de las disminuciones del activo del patrimonio final¹⁰²; y de otro, que las agregaciones se harán considerando el estado que tenían las cosas al momento de su enajenación¹⁰³. Adicionalmente, se dispone que los bienes que componen el activo final se valoraran según sea su estado al momento de la terminación del régimen¹⁰⁴.

De estas disposiciones resulta que el valor a acumularse es aquél que hubiese tenido el bien al momento de la terminación del régimen si hubiesen permane-

juzgar con suma benevolencia este actuar legislativo, igualmente la norma es poco feliz puesto que abre una vía que otorga amplias oportunidades para vulnerar patrimonialmente legítimos intereses de la familia y de los terceros que contraten con los cónyuges”. Por su parte, Schmid Hott, comentando el numeral 2 del artículo 1792 - 15 afirma que la situación que éste regula constituye una hipótesis absurda, pues difícilmente el cónyuge autorizará un acto fraudulento o de dilapidación que lo perjudique, contradicción que no se aprecia en el artículo 1573 del código civil francés. SCHMID HOTT, Claudia, *El nuevo régimen matrimonial*, cit. (n. 11), p. 25.

¹⁰² Véase el inciso primero del artículo 1792 - 15, del CCCh.

¹⁰³ Véase el inciso segundo del artículo 1792 - 15 del CCCh.

¹⁰⁴ Véase el artículo 1792 - 17 del CCCh.

cido en el patrimonio del cónyuge, considerando su estado al tiempo de la enajenación. El artículo 1425 del código civil español adopta explícitamente este criterio al disponer: *“Los bienes constitutivos del patrimonio final se estimarán según el estado y valor que tuvieran en el momento de la terminación del régimen y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían el día de la enajenación y por el valor que hubiesen tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación”*.

d) Una limitación encubierta a las facultades de administración y disposición de los bienes de los cónyuges. Como se ha explicado, el artículo 1792-15 establece implícitamente una limitación al ejercicio de la facultad de disposición de los bienes de los cónyuges consistente en la necesidad de contar con la autorización del otro cónyuge para la ejecución o celebración de ciertos actos o contratos, en términos tales que si no la obtiene el valor del objeto del acto o contrato se acumulara imaginariamente al patrimonio final para efectos de calcular los gananciales y el eventual crédito de participación. Por consiguiente, cuando se estudian las limitaciones que impone el régimen debe incluirse, entre ellas, a los actos de enajenación a que se refiere la norma, sumándose a la limitación de las cauciones personales de artículo 1792 - 3.

3. Sanción por distracción u ocultamiento de bienes o simulación de obligaciones

El artículo 1792 - 18 del CCCh ordena: *“si alguno de los cónyuges, a fin de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, se sumará a su patrimonio final el doble del valor de aquéllos o éstas”*¹⁰⁵. Al sumarse al patrimonio final el doble del valor de los bienes ocultados o distraídos o las obligaciones simuladas, este patrimonio aumentará y con ello los gananciales, lo que eventualmente podría incrementar el crédito de participación del otro cónyuge. El precepto establece una sanción o pena civil para el cónyuge que comete este ilícito especialmente tipificado, con la particularidad que la ley no exige el dolo de parte del cónyuge que oculta o distrae bienes o simula obligaciones; basta que actúe el fin de disminuir sus gananciales y de ello se siga un perjuicio para el otro cónyuge. He aquí una diferencia con el artículo 1768 que sanciona al cónyuge

¹⁰⁵ Para la doctrina tradicional que comenta la disposición del 1768 del Código Civil, hay distracción cuando alguno de los cónyuges o sus herederos sustrae un bien social para apropiárselo o exclusivamente en perjuicio del otro, de los herederos o de los acreedores sociales y hay ocultación cuando, con el mismo objeto, esconde o hace desaparecer un bien social o silencia o niega su existencia, no obstante que la conoce o lo tiene en su poder. Esta distracción u ocultación puede referirse a cualquier bien social, aunque sea reservado. Por consiguiente, para que la sanción del artículo 1769 sea aplicable deben concurrir tres requisitos copulativamente: - que el bien sea social, incluidos los reservados de la mujer; que exista algún acto de ocultación o de distracción; y que dicho acto sea doloso. En cuanto al acto de distracción se ha fallado que la ley ha dado al verbo distraer un significado más amplio que el que le da la Real Academia, la que lo hace sinónimo de malversar, que significa invertir caudales en usos distintos de aquellos a que están destinados; en cambio, el precepto tiene un alcance más amplio, siendo aplicable no sólo a caudales, sino a cualquier objeto, mueble o raíz. Por lo tanto, estos actos importan sustraer bienes o valores de la liquidación de la sociedad conyugal.

en la sociedad conyugal por la ocultación o distracción dolosa de bienes sociales. En materia de participación de gananciales, se objetiva la sanción y ella actúa al margen del dolo, siendo suficiente la prueba de la distracción u ocultamiento de bienes o de la simulación de la obligación. La sola ocultación o distracción evidencia el fin de disminuir los gananciales y, por consiguiente, el perjuicio para el otro. En contra de esta interpretación se encuentra Corral Talciani quien opina que pese a que la norma no exige el dolo del cónyuge, habrá que aplicar el mismo criterio del citado artículo 1768, siendo menester la intención o propósito de disminuir los gananciales, lo que en realidad es una forma de comportamiento doloso¹⁰⁶. Adhiere a esta opinión el profesor Ramos Pazos. El profesor afirma que los actos del precepto comentado son actos manifiestamente dolosos realizados en perjuicio del otro cónyuge, desde que están destinados a disminuir los gananciales para achicar el crédito de participación que deberá pagar este último. Tanto es así que sostiene que el plazo de prescripción de la acción es la del artículo 2332 del Código Civil, aplicable a los delitos civiles¹⁰⁷.

La ocultación, distracción o simulación, pueden producirse durante el régimen o después de su terminación. Por ello, pese a que la norma sólo se refiere al cónyuge, habría que considerar a sus herederos cuando la causa de terminación del régimen sea la muerte¹⁰⁸. Contrariamente, Merino Scheihing considera que la norma se aplica sólo a la distracción u ocultamiento de bienes después de disuelto el régimen, porque durante su vigencia rige la norma del artículo 1792 - 15¹⁰⁹. El profesor Corral, por su lado, reconoce que hay colisión entre las dos disposiciones y propone una solución que permite diferenciar el ámbito de aplicación de cada una, reservando el artículo 1792 - 15, N° 2 para aquellos actos de enajenación -no susceptibles de ser dejados sin efecto- que se han ejecutado fraudulentamente para disminuir los gananciales y el artículo 1792 - 18 para los que puedan ser impugnados a objeto de lograr que los bienes, objeto de los mismos, sean efectivamente restituidos al patrimonio del cónyuge culpable.

No se concuerda con ninguna de estas opiniones. La primera confunde dos conductas típicas distintas; la enajenación fraudulenta de bienes con la distracción u ocultamiento de los mismos; o la suposición de deudas. La segunda, formula una distinción sobre una base desconocida. Creo que ambas normas tienen su propio ámbito de aplicación, por lo que no existiría la colisión denunciada. La primera se refiere a actos o contratos que constituyen un título traslativo de dominio, ejecutado o celebrado en fraude del otro cónyuge durante la vigencia del régimen. La segunda, en cambio, a actos materiales de distracción u ocultamiento de bienes; o de simulación de deudas cuyo único fin es la disminución de sus gananciales, perjudicando, de este modo, al otro cónyuge; actos materiales que pueden ejecutarse, o durante el régimen, o después de su terminación.

¹⁰⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 137.

¹⁰⁷ RAMOS PAZOS, Rene, *Derecho de familia* ⁴, cit. (n. 42), pp. 305 y 306

¹⁰⁸ Cfr. con el artículo 1768 del CCCh.

¹⁰⁹ Cit. supra.

¿Cuál es la sanción que prevé la norma?

Según se lee de la norma la sanción consiste en sumar al patrimonio final el doble del valor de los bienes o de las obligaciones simuladas. Por ende, habrá que distinguir si se trate de la distracción u ocultamiento o de la simulación de una obligación. En el caso de distracción u ocultamiento de bienes. Si el bien vuelve al patrimonio del cónyuge, aquí habrá una acumulación real (la especie) y una imaginaria (su valor), llegándose así al doble de su valor. En cambio, si el regreso de la especie no se produce, la agregación del doble será puramente imaginaria, por el doble de su valor. En el evento de las obligaciones simuladas. Si se descubre y prueba la simulación, la obligación se excluirá del pasivo del patrimonio final y su valor se agregará a su activo; según algunos, su valor; según otros, el doble del mismo. A mi juicio, se debe agregar al activo únicamente su valor.

4. *Deducciones del patrimonio final*¹¹⁰

De acuerdo a lo que dispone el artículo 1792 - 14 del Código Civil, el patrimonio final resultará de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen, el valor total de las obligaciones que tenga en esa misma fecha. Se deducen, inclusive las obligaciones que un cónyuge tenga respecto del otro¹¹¹.

Al propósito del patrimonio final se plantea el mismo problema de las obligaciones existentes al momento de la entrada en vigencia del régimen que sirven para determinar el patrimonio originario, debiendo llegar a la misma conclusión, es decir, se requiere que al momento de la terminación del régimen las obligaciones sean líquidas y actualmente exigibles. En lo que concierne a las obligaciones que se liquiden o que se hagan exigibles después, ellas sólo podrán deducirse en la medida que hayan existido al tiempo de la terminación del régimen y que ello ocurra antes de la liquidación del crédito de gananciales.

5. *Prueba del patrimonio final*¹¹²

El artículo 1792 - 16 ordena a los cónyuges la facción de inventario valorado de los bienes y obligaciones que integran su patrimonio final dentro de los tres meses subsiguientes a la terminación del régimen, plazo que podrá ampliar el juez por una sola vez y hasta por tres meses más. En la confección de este inventario no es menester, ni la intervención judicial, ni la observancia de formalidad alguna, sólo se requiere que conste por escrito y que sea firmado por el cónyuge que lo otorga. Así se deduce de los incisos primero y segundo de la norma citada. Esta obligación, que la ley pone de cargo de los cónyuges, debe entenderse, también, impuesta a sus herederos, cuando la causa de terminación del régimen sea la muerte del cónyuge¹¹³.

¹¹⁰ Véase el artículo 1792 - 14 del CCCh

¹¹¹ Véase el artículo 1792 - 18 del CCCh.

¹¹² Véase el artículo 1792 - 16 del CCCh.

¹¹³ Así se consignó en la historia del establecimiento de la ley "*las referencias a los cónyuges están hechas, en su caso, a los causahabientes del cónyuge fallecido*" (Primer informe Comisión de Constitución del Senado).

El principio es que el inventario firmado por el cónyuge hace plena prueba respecto del otro cónyuge sobre el patrimonio final del primero. Pese a la redacción del precepto, el otro cónyuge puede perfectamente impugnar el inventario alegando que no es fidedigno, esto es, que no da cuenta verdadera de los bienes y obligaciones que componen el patrimonio final declarado o de su valor; pudiendo probar por todos los medios que establece la ley la composición o valor efectivo de dicho patrimonio. La impugnación puede ser total o parcial. Cuando es parcial, la parte no objetada hace plena prueba respecto del otro cónyuge.

Se establece, por consiguiente, una regla especial sobre el valor probatorio de este instrumento privado, haciendo excepción a las generales de los artículos 1702 del Código Civil y 346 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, dicho instrumento privado –el inventario– hace plena prueba mientras el otro cónyuge no lo impugne conforme la disposición citada¹¹⁴.

Lo dicho sólo se aplica al otro cónyuge o a sus herederos, no así a los terceros, a quienes el inventario no le será oponible en tanto no lo haya firmado o aprobado. Ello por aplicación analógica del artículo 1766 del Código Civil.

Adicionalmente, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la facción de inventario solemne, conforme las reglas del Código de Procedimiento Civil y requerir las medidas precautorias que procedan. Esta facción podrá solicitarse en cualquier tiempo, incluso antes de la expiración del plazo legal, o ampliado judicialmente, para la facción del inventario simple. A diferencia del inventario simple, el solemne, en cuanto instrumento público, producirá plena prueba respecto del otro cónyuge, sus herederos y los terceros.

6. *Valoración de los patrimonios originario y final*

a) Valoración del patrimonio originario¹¹⁵. Los bienes que componen el patrimonio originario se valorizan según su estado al momento del inicio del régimen. Si hay bienes que se agregan con posterioridad, éstos deberán ser valorados al tiempo de su adquisición. La valoración podrá hacerse por los cónyuges de consuno o por un tercero que ellos designen, o en subsidio, por el juez. El valor inicial de los bienes que componen el patrimonio originario deberá actualizarse prudencialmente al término del régimen. Se trata de una norma similar a la del artículo 1734 del Código Civil que recoge el principio del realismo monetario en materia de recompensas, donde también la ley no se vincula con un mecanismo específico de actualización determinado, sino que su determinación para el caso concreto queda entregada a la prudencia del juez, quien no podrá negar lugar a dicha actualización.

Las deudas se valorizan conforme la misma regla, esto es, puede hacerse por los cónyuges o por un tercero designado o, en subsidio, por el juez¹¹⁶.

¹¹⁴ En contra se pronuncia Corral Talciani. El autor condiciona la plena prueba del inventario a las reglas generales arriba citadas, es decir, a que sea reconocido o mandado a tener por reconocido. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 140

¹¹⁵ Véase el artículo 1792 - 13 del CCCh

¹¹⁶ Véase el inciso final del artículo 1792-13 del CCCh.

De lo que he expresado se infiere que cuando el legislador emplea la expresión “valorar” no se refiere al precio del bien, de la especie o de la deuda, sino a su valor que no necesariamente coincide con su precio; valor que, además, como se sabe, debe actualizarse.

Pienso que es esencial la valoración al momento de entrada en vigencia del régimen (inicial), tanto del activo, como del pasivo, porque facilita la liquidación del régimen a su terminación, quedando pendiente sólo su actualización prudencial sometida a la regla arriba enunciada y la valoración del patrimonio final, lo que tendrá lugar cuando se produzca la reseñada liquidación. Es evidente que el momento que interesa es este último, el de la liquidación del régimen, sin embargo, la valoración del patrimonio originario debe ser inicial y preferiblemente en el mismo inventario simple que se confeccione al efecto conforme el artículo 1792 - 11, del Código Civil.

b) Valoración del patrimonio final. Como ya se ha anticipado los bienes que componen el patrimonio final se valoran de acuerdo a su estado al momento de la terminación del régimen, siendo menester considerar sus deterioros y aumentos que hubieran experimentado constante el régimen. Si se trata de bienes del patrimonio originario, los deterioros constituirán una pérdida para el cónyuge propietario y los aumentos constituirán gananciales.

Como también se ha señalado, el valor de las acumulaciones imaginarias será el que hubiesen tenido los bienes al tiempo de la disolución del régimen según su estado en el momento de su enajenación¹¹⁷.

Las obligaciones se valoran de acuerdo a las mismas reglas de valoración de los bienes, esto es, según su valor al tiempo de la terminación del régimen¹¹⁸.

¿Estos valores se actualizan al momento de la liquidación del régimen? La ley no se pronuncia sobre el particular. Cuando el régimen se liquide inmediatamente después de su terminación no habrá problema; no así cuando tenga lugar después, caso en el cual deberá actualizarse prudencialmente, ello por extensión analógica de la disposición del artículo 1792 - 13 del Código Civil y principalmente por el principio del realismo monetario cuya vigencia se extiende más allá de sus manifestaciones en normas específicas.

¿Quién hace la valoración del patrimonio final?

Al igual que en el patrimonio originario, la valoración de los bienes y obligaciones que componen el patrimonio podrá hacerla, o los cónyuges de común acuerdo, o un tercero designado por ellos, o, en subsidio, el juez¹¹⁹. Cabe consignar que en ambos casos, los cónyuges podrán designar a uno o más terceros para que hagan la valoración del patrimonio¹²⁰. En el caso de la valoración judicial, ésta tendrá lugar en el juicio de determinación del crédito de participación

¹¹⁷ Véase el inciso segundo del artículo 1792 - 17 del CCCh.

¹¹⁸ Véase el inciso tercero del artículo 1792 - 17 del CCCh.

¹¹⁹ Véase el inciso segundo del artículo 1792 - 13 y inciso tercero del artículo 1792 - 17, ambos del CCCh.

¹²⁰ Cfr. con los artículos 1809 y 2067, ambos del CCCh.

en los gananciales ex artículo 1792 - 26 del Código Civil¹²¹.

7. *Determinación de los gananciales y del crédito de participación*

Una vez hecha la valoración de los patrimonios (originario y final), deben compararse ambas estimaciones a objeto de definir si los cónyuges obtuvieron, o no, gananciales durante la vigencia del régimen y, así, según el resultado, determinar si nace o no el crédito de participación.

De esta comparación puede resultar, o que el valor del patrimonio originario es igual o superior al del patrimonio final; o que el valor del patrimonio final es superior al del patrimonio originario. Sólo, en este último evento, la diferencia se computará como ganancial. En el primero, simplemente, no habrá gananciales. Luego de determinar la situación de cada cónyuge, ella se compara con la del otro, pudiendo presentarse las siguientes situaciones:

a) Ambos cónyuges presentan pérdidas. Cada uno de los cónyuges debe soportar su pérdida. El artículo 1792 - 19, inciso 1º, dispone que si el patrimonio final de un cónyuge fuere inferior al originario, sólo él soportará la pérdida. La regla es una consecuencia natural de la propia funcionalidad del régimen desde que cada uno de los cónyuges administra libremente los bienes que componen su patrimonio (salvas excepciones). Podría estimarse que el sistema es poco solidario entre los cónyuges y que lo lógico sería que éstos compartieran, también, las pérdidas.

Supóngase que Marta y Pedro pactan participación en los gananciales. Sólo la primera cuenta con un patrimonio originario que asciende a la suma de \$ 5.000.000, según valoración hecha de común acuerdo al momento de pactar el régimen. Al término del régimen se facciona el inventario y un tercero valora el patrimonio final de Marta en un pasivo que asciende a \$ 20.000.000 y el de Pedro, igualmente compuesto por un pasivo de \$ 15.000.000. En este supuesto cada uno de los cónyuges debe soportar sus pérdidas, quedando obligado al pago de las deudas.

b) Uno de los cónyuges obtiene gananciales y el otro experimenta pérdidas. En este caso, según el inciso segundo de la norma citada en el párrafo anterior, el cónyuge que experimenta las pérdidas participará de la mitad de los gananciales del otro.

Como ilustración, supongamos que Marta y Pedro contraen matrimonio y cada uno es titular de un patrimonio originario, que valoran en una capitulación matrimonial anterior al matrimonio, el de Marta en la suma de \$ 19.000.000 y el de Pedro en \$ 5.000.000. Al término del régimen se facciona el inventario y de común acuerdo valoran el patrimonio final de Marta en \$ 38.000.000 y el de Pedro en deudas por la suma de \$ 7.000.000. En este supuesto Marta obtiene gananciales por \$ 19.000.000 y Pedro experimenta pérdidas por \$ 2.000.000, quedando fijada la situación de cada uno de los cónyuges. Posteriormente, se comparan las situaciones, resultando que Pedro tiene derecho a participar de la

¹²¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 145; SCHMIDT HOTT, Claudia, *El nuevo régimen matrimonial*, cit. (n. 11), pp. 34 - 38.

mitad de los gananciales de Marta, esto es, en la suma de \$ 9.500.000 (crédito de participación en los gananciales).

c) Ambos cónyuges obtienen gananciales. Si ambos cónyuges han obtenido gananciales, éstos se compensan hasta la concurrencia de los de menor valor y el cónyuge que hubiera obtenido menores gananciales tiene derecho a exigir al otro el pago de la mitad del excedente.

Ilustración c). Marta y Pedro contraen matrimonio y cada uno es titular de un patrimonio originario, que valoran en la capitulación matrimonial anterior al matrimonio, el de Marta en la suma de \$ 19.000.000 y el de Pedro en \$ 5.000.000. Al término del régimen se facciona el inventario y de común acuerdo se valora el patrimonio final de Marta en \$ 38.000.000 y el de Pedro en \$ 67.000.000. En este supuesto cada uno de los cónyuges obtiene gananciales; Marta por \$ 19.000.000 y Pedro por \$ 62.000.000. Queda fijada la situación de cada uno de los cónyuges. Seguidamente, se comparan ambas situaciones y resulta lo siguiente: los gananciales de Pedro se compensan hasta la concurrencia de los de Marta y ella tiene derecho a exigir del primero el pago, a título de participación en los gananciales, de la suma de \$ 21.500.000.

Cabe preguntarse ¿podrían convenir los cónyuges, al momento de pactar el régimen, una repartición de los gananciales que no sea por mitades? La norma de los incisos segundo y tercero del artículo 1792 - 19 es de carácter imperativo y por ende la respuesta a la interrogante planteada es negativa. Esa capitulación matrimonial es nula de nulidad absoluta por aplicación del artículo 1717 Código Civil por ir en detrimento de uno de los derechos de uno de los cónyuges. Esta capitulación envuelve una renuncia anticipada parcial del crédito de participación, renuncia que rechaza el artículo 1792 - 20 del Código Civil¹²². En el derecho comparado, el código civil francés, en su artículo 1581, acepta la estipulación de una participación no igualitaria; lo que también es admitido en el código civil español¹²³, pero en este último se admite a condición de que rija por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y a favor de ambos cónyuges y siempre que no haya descendientes comunes¹²⁴.

¹²² Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *El crédito de participación en los gananciales en el sistema económico matrimonial chileno*, cit. (n. 14), pp. 164 - 165. El autor estima que ante el silencio de la ley debe optarse por la respuesta negativa y agrega que probablemente una cláusula que estableciera una parificación diferente necesariamente sería considerada como "en detrimento de los derechos y de las obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro" (artículo 1717 del Código Civil) o al menos como una renuncia anticipada del eventual crédito prohibida expresamente por la ley.

¹²³ Véase los artículos 1429 y 1430, ambos del código civil español.

¹²⁴ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Artículo 1429, Comentario del Código Civil*, (Madrid, Ministerio de Justicia, 1991), II, p. 1428.

VIII. EL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN EN LOS GANANCIALES

1. *Concepto y generalidades*

El crédito de participación en los gananciales constituye el elemento sobre el cual se estructura este régimen económico matrimonial y se encuentra establecido con la finalidad de asegurar una repartición equitativa entre los cónyuges de las ganancias resultantes de la administración separada de los patrimonios de cada uno durante la vigencia del régimen. En la opinión de Corral Talciani es un crédito que, por un lado, intenta corregir la desigualdad que podría presentarse cuando uno de los cónyuges ha reunido más bienes materiales que el otro y que, además, refleja, aunque en su momento extintivo, el consorcio de vida y de intereses patrimoniales que durante la vigencia del régimen de participación ha sido postergado por la consideración prevalente de la independencia patrimonial de los cónyuges¹²⁵.

Tal como se ha indicado, el crédito de gananciales nace al término del régimen¹²⁶. Así lo ordena el artículo 1792 - 20 cuyo tenor es “*El crédito de gananciales se originará al término del régimen de bienes*”. Ahora bien, este crédito y su obligación correlativa nacen al momento de la terminación del régimen, siempre que concurra su presupuesto legal; sin embargo, como es un crédito ilíquido, éste no es exigible sino desde la liquidación del régimen. Por excepción, el juez puede sujetar la exigibilidad del crédito, al vencimiento de un plazo, que también podrían pactarlo los cónyuges, o uno de ellos y los herederos del otro.

La fuente de este derecho de crédito es la ley¹²⁷. Así se infiere de los artículos 1792 - 20 y 1437 in fine. La estructura, efectos y extinción de este derecho de crédito quedan sujetos a las normas del derecho común; sin perjuicio de las especiales consagradas en el Título XXII - A, que tiene por objeto –como se verá– proteger, tanto la expectativa, como el derecho de crédito del cónyuge acreedor, incluida su ejecución.

Durante el régimen de participación sólo existe una expectativa de crédito de participación o como lo indica el propio artículo 1792 - 20, en su inciso segundo, un “eventual crédito”, expresión que no puede tomarse en su sentido técnico jurídico –entendido como derecho sujeto a una condición suspensiva– sino sencillamente como significando que se trata de un derecho que puede o no

¹²⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán, *El crédito de participación en los gananciales en el sistema económico matrimonial chileno*, cit. (n. 14), pp. 159 - 160. El autor agrega que se está ante una figura de doble vertiente, por un lado, es un claro elemento de justicia incluido como base esencial de un régimen económico matrimonial y, por lo tanto, toda su regulación estará influida y condicionada por la naturaleza de orden público de las normas del derecho de familia. Pero, por otro lado, el instrumento que se utiliza en un crédito propiamente tal, y por lo mismo en su estructura, funcionamiento y extinción quedará regido por el derecho de las obligaciones.

¹²⁶ En los supuestos de las letras b) y c) del numeral 7 del apartado VI.

¹²⁷ MERINO SCHEIHING, Francisco, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 205.

nacer o una situación jurídica condicionada¹²⁸. El nacimiento del derecho de crédito depende de la concurrencia del presupuesto establecido por la ley que se identifica con los casos en los que uno de los cónyuges obtiene gananciales y el otro participa de ellos. Constante el régimen, ninguno de los cónyuges puede ser considerado acreedor del otro y, por ende, no está legitimado para impetrar medidas conservativas para el aseguramiento de la satisfacción de su derecho, legitimación propia de los acreedores condicionales, como por ejemplo, en los artículos 761, 1078, 1492, todos del Código Civil¹²⁹. Otra cosa es que el legislador contemple medidas o mecanismos (como las agregaciones imaginarias al patrimonio final) que aseguren la conservación del patrimonio de los cónyuges, resguardando, así, la funcionalidad del régimen e indirectamente el eventual crédito de participación en los gananciales; medidas o mecanismos que actúan sin considerar si el cónyuge que las puede invocar llega a ser acreedor, o no, al término del régimen.

Confirmando que el crédito nace desde la terminación del régimen y que antes sólo hay una situación jurídica condicionada, el artículo 1792 - 16, inciso final, faculta a los cónyuges para pedir la facción de inventario solemne y requerir las medidas precautorias que en derecho procedan. Esta facultad emana precisamente del derecho de crédito de que es titular el cónyuge acreedor; facultad de la que carece antes de la terminación del régimen.

Antes del nacimiento del crédito de participación el legislador prohíbe cualquier acto abdicativo o convención cuyo objeto sea el eventual crédito de participación en los gananciales. La prohibición no alcanza a los actos jurídicos unilaterales no abdicativos como las asignaciones por causa de muerte que haga el cónyuge. Por consiguiente, el cónyuge eventualmente acreedor del crédito puede disponer de éste por testamento para después de sus días.

La sanción por la transgresión de esta norma es la nulidad absoluta, al ser un acto o contrato prohibido por la ley que adolece de objeto ilícito¹³⁰. Por consiguiente, una vez que nace el crédito –después de la terminación del régimen–

¹²⁸ Apoyando esta tesis: CORRAL TALCIANI, Hernán, *El crédito de participación en los gananciales en el sistema económico matrimonial chileno*, cit. (n. 14), pp. 161 - 162. Merino Scheihing habla de un crédito de carácter eventual MERINO SCHEIHING, Francisco, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 205 En contra: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Regímenes matrimoniales*, cit. (n. 10) p. 240. Para el autor se trata de un derecho condicional. "Creemos que la presencia de un derecho condicional no puede ser discutida, si se atiende al hecho de que ambos cónyuges, durante la época en que impera el sistema, tienen derechos recíprocos sobre sus respectivos patrimonios. En virtud de ellos pueden impetrar la nulidad de ciertos actos ejecutados por el otro cónyuge e incluso la separación judicial de bienes y demandar por responsabilidad extracontractual (delitos y cuasidelitos). Estas facultades suponen la existencia de derechos comprometidos y no meras expectativas".

¹²⁹ Debe tenerse presente que conforme el artículo 156 del Código Civil - aplicable a juicios de separación total de bienes - si el régimen que se intenta sustituir es el de participación en los gananciales, el cónyuge demandante está legitimado para solicitar al juez la dictación de medidas conducentes para la seguridad de sus intereses (cfr. con el artículo 158 del Código Civil).

¹³⁰ Véase los artículos 10, 1466 in fine y 1682, todos del CCCh.

cualquier acto o contrato que recaiga sobre el mismo, como por ejemplo, la renuncia total o parcial, la cesión del crédito, una dación en pago, etcétera es plenamente válido. La ley rechaza los actos o convenciones anteriores al nacimiento del crédito, precisamente porque no hay ni siquiera un derecho sujeto a condición suspensiva y por consiguiente desde el punto de vista de la teoría general del acto jurídico serían actos carentes de objeto.

2. *Características del crédito de gananciales*

a) Es un crédito ilíquido e indeterminado. Se llega a la liquidación y determinación de su cuantía observando los procedimientos establecidos por la ley. Primero, la fijación y valoración de los patrimonios originarios y final; segundo, la comparación de estos patrimonios, definiéndose la situación de cada cónyuge; y tercero, la comparación de la situación de los cónyuges a objeto de determinar si efectivamente surgió el crédito de participación y a cuánto asciende.

b) Es un crédito de naturaleza patrimonial. De ello se sigue que es renunciable, transferible, transmisible y prescriptible. La posibilidad de transferencia y transmisión del crédito, se deduce a contrario sensu del artículo 1792 - 20, inciso segundo. Cabe precisar que el Senado eliminó del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados la disposición que expresaba que desde la terminación del régimen, el crédito era cedible y transmisible y se eliminó porque ello resultaba de aplicar las reglas generales, estimándose superfluo expresarlo. La transmisión por causa de muerte del crédito se extrae del artículo 1792 - 22, que prescribe que el cónyuge o sus herederos pueden convenir daciones en pago, en tanto la presupone. Finalmente, con relación a la extinción de la obligación correlativa al crédito por prescripción, la ley no prevé una norma especial, por lo que debe recurrirse a las reglas generales sobre prescripción extintiva y su plazo será de 5 años contados desde que la obligación se hace exigible, esto es, desde la liquidación del crédito.

c) Es un crédito puro y simple. El artículo 1792 - 21 prescribe que el crédito de participación en los gananciales es puro y simple y que se debe pagar en dinero. No obstante lo anterior, el juez, concurriendo ciertos requisitos, puede conceder un plazo para el pago del crédito, que no podrá exceder de un año. Conforme el inciso segundo del artículo citado, los requisitos son: - que el pago inmediato causará grave perjuicio al cónyuge deudor o a los hijos comunes y ello se probare debidamente; - el crédito deberá expresarse en unidades tributarias mensuales; y - el deudor o un tercero deberá asegurar que el cónyuge acreedor quedará en todo caso indemne (otorgar una caución personal o real). De cualquier forma, esta disposición se aplica únicamente a los casos de liquidación judicial del crédito de gananciales, por lo que nada obsta que los cónyuges, o uno de éstos y sus causahabientes o cesionarios –dentro de una liquidación convencional del crédito– acuerden alguna modalidad para el pago. El propio artículo 1792 - 22 autoriza las daciones en pago para solucionar el crédito de participación.

d) Por regla general debe pagarse en dinero, aceptándose por excepción y

previo acuerdo de las partes, el pago en especie o sea, una dación en pago¹³¹.

Resumiendo se trata de un crédito cuyo titular es uno de los cónyuges, sus herederos o cesionarios y su deudor correlativo es el otro cónyuge o sus herederos; que es puro y simple, salvo que el juez conceda un plazo o que las partes, en una liquidación convencional, acuerden alguna modalidad que incida en su exigibilidad. El objeto del crédito es una suma de dinero, salvo que se convenga el pago en especie (dación en pago).

3. *Liquidación del crédito de participación*

a) En primer término, la liquidación del crédito de participación se hará, de común acuerdo, por los cónyuges o por uno de éstos y los causahabientes o cesionarios del otro. O sea, primeramente, la liquidación será convencional. Sobre este particular debe considerarse la disposición del artículo 1723 del Código Civil que autoriza a los cónyuges que sustituyen el régimen de participación en los gananciales por el de separación total de bienes para hacer en la misma escritura pública de convención matrimonial la liquidación del régimen.

De no haber acuerdo, la liquidación la hace el juez sometiéndose a las reglas del juicio sumario. El artículo 1792 - 26 dispone que la acción para pedir la liquidación de los gananciales se tramitará breve y sumariamente, expresión que debe entenderse - conforme el artículo 680 del Código de Procedimiento Civil - referida a las reglas del juicio sumario. Llama la atención que la ley no haya considerado el juicio de liquidación de los gananciales dentro de los casos de arbitraje forzoso, como ocurre con la sociedad conyugal. Sin embargo, como no lo es tampoco de arbitraje prohibido, perfectamente podría someterse la cuestión al conocimiento y resolución de un árbitro, siendo lícito, incluso, que los cónyuges convengan una cláusula compromisoria en la convención matrimonial que determina la aplicación del régimen¹³².

b) En la liquidación judicial, el juez deberá valorar prudencialmente las atribuciones de derechos sobre bienes familiares constituidos durante el régimen de bienes a favor del cónyuge no propietario ex artículo 147 del Código Civil¹³³, esto es, los derechos reales de usufructo, uso o habitación. Surge la duda sobre cómo debe aplicarla el juez al liquidar el crédito de participación. Una posibilidad, explica Corral Talciani, es agregar el valor del derecho real al patrimonio final del cónyuge no propietario y, al mismo tiempo, descontarlo del patrimonio final del propietario, considerándolo especialmente al valorar el bien gravado¹³⁴. Otra posibilidad es no considerar la valoración de las atribuciones de derechos en el proceso de determinación de los gananciales y reservarla para el momento

¹³¹ Dación en pago ex artículo 1792 - 22 del CCCh.

¹³² Comprendiendo las capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio y la convención del artículo 1723 del CCCh.

¹³³ Véase el artículo 1792 - 23 del CCCh.

¹³⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán, *El crédito de participación en los gananciales en el sistema económico matrimonial chileno*, cit. (n. 14), pp. 178 - 179.

en el que esté fijada la cuantía del crédito, imputándola a su pago¹³⁵. En realidad, y así lo demuestra el profesor Corral Talciani, es indiferente inclinarse por una u otra interpretación dado que ambas conducen al mismo resultado práctico¹³⁶. Sin embargo, creo que la primera interpretación es la más acorde a la naturaleza del régimen y a su funcionalidad, debiendo optarse por ella.

Cabe precisar que la norma no sólo se aplica cuando el cónyuge propietario es el deudor del crédito de gananciales, sino también cuando es acreedor, en cuyo caso, el crédito de que es titular experimentaría un aumento, cualquiera que sea la interpretación que sea aceptada¹³⁷.

Si la liquidación es convencional, pese a que el legislador no lo prevé, creo que dicha valoración igualmente debe practicarse en este caso y considerarse en la determinación del crédito. Si dicha valoración no se considera el profesor Carlos Peña sostiene que el cónyuge propietario del bien familiar gravado podría compensar el valor del derecho real para reducir el monto del crédito de participación resultante a favor del cónyuge no propietario en la parte en que a éste le hubiere correspondido sufragar a las cargas familiares y en la medida que tales derechos reales subsistan después de terminado el régimen o el matrimonio. Esta opinión coincide con la segunda interpretación, pero con la diferencia que es cónyuge deudor el que frente a la demanda del cónyuge acreedor opone la compensación del crédito.

c) Finalmente, la acción para pedir la liquidación del régimen prescribe en 5 años contados desde su terminación y no se suspende entre de los cónyuges, pero sí respecto de los herederos menores de edad¹³⁸, con el límite general de los 10 años ex artículo 2520 del Código Civil.

¹³⁵ MERINO SCHEIHING, Francisco, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 207.

¹³⁶ Así por ejemplo, piénsese en un matrimonio en el que el patrimonio originario del cónyuge propietario asciende a la suma de 50 y el patrimonio es valorado en 90; y el patrimonio originario del cónyuge no propietario titular del derecho real tiene un valor de 30 y el de su patrimonio final de 50. El crédito de participación asciende a la suma de 10. Según la primera interpretación el valor de la atribución que, en este caso es 5, debe descontarse del patrimonio final del cónyuge propietario (85) y agregarse al patrimonio final del no propietario (55). Entonces, el crédito de participación, considerando la valoración del derecho real, asciende a la suma de 5. Según la segunda interpretación, el valor de la atribución debe imputarse al pago del crédito, quedando el cónyuge deudor (propietario) obligado al pago de 5.

¹³⁷ Así por ejemplo, piénsese en un matrimonio en el que el patrimonio originario del cónyuge propietario asciende a la suma de 20 y el patrimonio final es valorado en 50; y el patrimonio originario del cónyuge no propietario titular del derecho real tiene un valor de 50 y el de su patrimonio final de 90. El crédito de participación asciende a la suma de 5. Según la primera interpretación el valor de la atribución que, en este caso es 4, debe descontarse del patrimonio final del cónyuge propietario (46) y agregarse al patrimonio final del no propietario (94). Entonces, el crédito de participación, considerando la valoración del derecho real, asciende a la suma de 9. Según la segunda interpretación, el valor de la atribución debe sumarse al crédito, quedando el cónyuge deudor (no propietario) obligado al pago de 9.

¹³⁸ Véase el artículo 1792 - 26 del CCCh.

4. *Cumplimiento y protección del crédito de participación*

Las medidas de protección de los intereses del cónyuge acreedor van desde las limitaciones a las facultades de administración de los cónyuges y las agregaciones imaginarias al patrimonio final hasta la concreta protección del crédito de participación que se manifiesta en su exigibilidad inmediata, la necesidad de pagarse en dinero; la preferencia para el pago y el reconocimiento al cónyuge acreedor de una acción revocatoria especial.

a) Oportunidad y forma de pago. Como se ha expresado, el crédito de participación es puro y simple y debe pagarse en dinero. Cada una de estas reglas admite excepciones.

i) El juez, concurriendo los requisitos arriba estudiados, puede conceder un plazo, que no puede exceder de un año, para el pago del crédito¹³⁹. Además, como se ha expresado, en la liquidación convencional del crédito los cónyuges o los que le representen pueden convenir un plazo u otra modalidad que incida en la exigibilidad del crédito. Si bien se estima que la regla del inciso segundo del artículo 1792 - 21, fue concebida para la liquidación judicial, nada obsta para que el demandado dé cumplimiento del crédito de participación - liquidado judicial o convencionalmente - oponga como excepción el beneficio del plazo, siempre que acredite la concurrencia de los requisitos previstos por la norma y ofrezca las seguridades correspondientes. En otros términos, si bien el beneficio del plazo naturalmente puede invocarse por su deudor en la liquidación judicial del crédito, perfectamente podría, además, oponerse vía excepción en la fase de su ejecución.

ii) Las partes -deudora y acreedora- del crédito de participación podrían convenir una dación en pago, según el artículo 1792 - 22. Sobre esta norma cabe precisar lo siguiente: i) es la primera disposición en el Código Civil que reconoce expresamente la figura de la dación en pago, hasta el momento de su entrada en vigencia de construcción doctrinal. La norma del artículo 2382 se limita a reconocer la posibilidad de pago con una cosa distinta a la debida; ii) sólo se autoriza el pago en especie cuando así lo hayan acordado las partes, a diferencia de lo que sucede en el derecho español. El artículo 1432 del código civil español además de prever la convención dación en pago, autoriza al juez a ordenar el pago en especie a petición del deudor; iii) el legislador, opta por una solución diversa a la del artículo 2382 del Código Civil cuando se produzca la evicción de la cosa dada en pago, ya que según el inciso segundo del artículo 1792 - 22, si se produce la evicción de la cosa, el crédito de participación en los gananciales renace y junto a él sus accesorios; a menos que el acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo¹⁴⁰. Si en la dación en pago el acreedor exime al deudor de la evicción y el primero luego prueba la mala fe del segundo, el pacto sería nulo de nulidad absoluta por aplicación del artículo 1842 del Código Civil. Esta norma abandona la explicación de la naturaleza jurídica de la dación en pago en la figura de la novación por cambio de objeto y se la estima

¹³⁹ Véase el inciso segundo del artículo 1792 - 21 del CCCh.

¹⁴⁰ Cfr. con el artículo 1852 del CCCh.

como una simple modalidad del pago. He aquí otra manifestación de la protección que el legislador concede al crédito de participación en los gananciales.

b) Cumplimiento forzoso del crédito de participación.

i) Una vez liquidado el crédito de participación, el deudor (cónyuge o herederos) están obligados a cumplir inmediatamente, salvo el caso del plazo judicial o las modalidades convencionales. Si el deudor no cumple el acreedor puede hacer uso del derecho de garantía general del artículo 2465 del Código Civil y los derechos auxiliares inherentes a todo derecho de crédito, pero, tratándose de este en especial, con ciertas particularidades.

El legislador establece el orden que debe seguir el acreedor en la ejecución de los bienes del cónyuge deudor o sus herederos para pagarse de su crédito cuando éste haya incumplido. Conforme el artículo 1792 - 24 el acreedor primeramente perseguirá el pago en el dinero del deudor; si éste no fuere suficiente en los bienes muebles y, a falta de éstos, en los inmuebles¹⁴¹. El legislador fija el orden que debe seguir el acreedor a la hora de hacer efectivo su derecho de garantía general, alejándose de la norma general del artículo 2465 que le autoriza a perseguir el pago en cualquiera de los bienes que integran su patrimonio, sin orden preestablecido.

ii) Si el crédito se persigue en un bien familiar cabe preguntarse si puede, o no, oponerse el beneficio de excusión que prevé el artículo 148 del Código Civil. La respuesta es negativa, ya que este beneficio sólo puede oponerse respecto de terceros y no entre cónyuges¹⁴².

iii) Si estos bienes no existiesen o fuesen insuficientes para cubrir el crédito de participación, según el inciso segundo del artículo 1792 - 24, el acreedor dispone de una acción revocatoria especial contra las donaciones entre vivos hechas sin su consentimiento o las enajenaciones a título oneroso. El ejercicio de esta acción difiere según se trate de donaciones o de enajenaciones a título oneroso. En el primer caso, se prevé una especie de acción de inoficiosa donación¹⁴³ y, en el segundo, una especie de acción revocatoria o pauliana¹⁴⁴. Sin embargo, la acción revocatoria que prevé la norma es una acción especial, distinta de la acción de inoficiosa donación y de la acción pauliana o revocatoria¹⁴⁵.

¹⁴¹ Véase artículo 1792 - 24 y concuérdese con el artículo 1773 del Código Civil en materia de sociedad conyugal.

¹⁴² Sobre el beneficio de excusión oponible a terceros, véase: HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de soluciones*, Universidad de Los Andes, CORRAL TALCIANI, Hernán (editor), (Santiago, 1998), p. 128. PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *La protección de la vivienda familiar y el ordenamiento jurídico chileno*, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Universidad Diego Portales (Santiago, 1993), N° 28, pp. 199 - 200. Finalmente, para un estudio de la jurisprudencia que existe sobre el beneficio de excusión: véase: BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *Los Bienes Familiares: Problemas de Aplicación*, cit. (n. 9), pp. 73 -77.

¹⁴³ Véase el artículo 1187 del CCCh.

¹⁴⁴ Cfr. con el artículo 2468 del CCCh.

¹⁴⁵ En contra: RAMOS PAZOS, Rene, *Derecho de familia* ⁴, cit. (n. 42), p. 307. Para el autor las acciones previstas por el artículo 1792 - 24, inciso segundo, no son acciones especiales,

En efecto, el acreedor, en caso de insuficiencia patrimonial del deudor, podrá perseguir su crédito en los bienes donados sin su consentimiento o en los enajenados a título oneroso en fraude de sus derechos. En el caso de los bienes donados, el acreedor deberá proceder en contra de los donatarios en el orden inverso al de las fechas de las donaciones, principiando por las más recientes.

La prescripción de esta acción revocatoria especial, cualquiera sea el supuesto, es de cuatro años contados desde la fecha del acto impugnado. Si bien, esta acción revocatoria especial se la mira como una importante medida de protección del crédito de participación, ello no pasa de ser una apariencia que se desvanece si se considera la regla sobre el cómputo del plazo de prescripción; éste se cuenta desde la ejecución o celebración del acto o contrato, en circunstancias que el momento relevante, para este efecto, debió haber sido el de la terminación del régimen o más precisamente el de la liquidación del crédito. Si la norma se lleva al terreno práctico, esta acción siempre se encontrará prescrita.

Fuera de esta acción especial, el acreedor podrá hacer uso de los derechos auxiliares generales de que dispone todo acreedor, como impetrar medidas precautorias ex artículo 1792 - 16, inciso 3º; ejercer la acción oblicua o subrogatoria; invocar el beneficio de separación; todo ello conforme las reglas generales aplicables a cada uno de estos remedios. Sin embargo, es menester definir si esta acción revocatoria especial excluye, o no, a la acción revocatoria o pauliana del derecho común regulada por el artículo 2468 del CCCh.

Como se ha dicho, el inciso segundo del artículo 1792 - 24 prevé una acción revocatoria especial en contra de las donaciones entre vivos hechas sin el consentimiento del cónyuge acreedor y en contra de las enajenaciones hechas en fraude de los derechos de este último, sin que sea menester para su ejercicio, en el primer caso, la prueba de la mala fe del deudor, ni en el segundo, la del tercero adquirente. En el primer caso, es suficiente que no haya mediado el consentimiento del cónyuge acreedor y, en el segundo, la prueba del fraude a los derechos del acreedor. El fraude, en este caso, consiste en que el cónyuge deudor haya sabido o no podido ignorar que esa enajenación provocaría su insolvencia para cubrir, total o parcialmente, el crédito de participación¹⁴⁶. En otras palabras, entre la enajenación y la insuficiencia patrimonial debe existir una relación de causa a efecto.

sino que corresponderían a la acción de inoficiosa donación, cuyo plazo de prescripción es de 4 años contados desde la celebración de la donación; y a la acción pauliana general del artículo 2468, que conforme su numeral 3 prescribe en un año desde la celebración del acto o contrato. Sin duda esta interpretación debe desecharse de plano por cuanto el sentido de la ley es claro y no obstante ello el autor prescinde de su tenor literal, en particular, del inciso primero del artículo 1792 - 19 del CCCh.

¹⁴⁶ En contra se pronuncia el profesor Corral Talciani. El profesor sostiene la aplicación por vía de analogía del artículo 2468 N° 1, por lo que el acreedor debe probar, también, la mala fe del tercero adquirente. Debería probarse, en las palabras del autor, la complicidad en el fraude. Su interpretación la apoya en la norma del código civil español que limita la procedencia de estas acciones en contra de terceros adquirentes a título oneroso que se encuentren de buena fe (artículo 1434 código civil español).

Entonces, la acción revocatoria especial del artículo 1792 - 24 excluye el ejercicio de la acción pauliana o revocatoria ordinaria o de derecho común, cuando se trate de actos o contratos ejecutados o celebrados durante la vigencia del régimen. En lo que concierne a los actos o contratos posteriores a la terminación del régimen, recobra vigencia la acción pauliana. De esta forma se dibuja el ámbito de aplicación de ambas acciones sin posibilidad de colisión.

iv) Con relación al ejercicio de esta acción revocatoria especial, algunos sostienen que ella sólo procede respecto de aquellos bienes que hayan sido agregados imaginariamente al patrimonio originario conforme el artículo 1792 - 15 del Código Civil. Se trataría, por consiguiente, de normas complementarias¹⁴⁷. A mi juicio se trata de normas cuyo ámbito de aplicación es diverso, la del artículo 1792 - 15 se aplica sólo para efectos de determinar el patrimonio final por medio de estas agregaciones imaginarias; en cambio, la del artículo 1792 - 24, inciso segundo presupone la liquidación del crédito de participación y se ubica en el plano de su ejecución, cuya aplicación está determinada por la inexistencia o insuficiencia de bienes del deudor, sin perjuicio de los requisitos particulares para el ejercicio de la acción. Además, las acumulaciones imaginarias del artículo 1792 - 15 proceden a favor de cualquiera de los cónyuges, sea o no acreedor del crédito de participación, incluso cuando no haya lugar a su nacimiento.

¹⁴⁷ Merino Scheihing afirma que para la procedencia de esta acción revocatoria es necesaria de la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que los montos de las disminuciones pecuniarias que hayan sido consecuencia de las donaciones y actos fraudulentos celebrados durante la vigencia del régimen de participación se encuentren agregados imaginariamente en el patrimonio final del respectivo cónyuge; b) que la insuficiencia patrimonial del cónyuge deudor para hacer pago del crédito se configure al momento mismo del término del régimen, lo que sólo puede ocurrir en el supuesto de haberse procedido a realizar las agregaciones antes referidas. Agrega que es preciso que exista una relación de causa a efecto entre las donaciones o actos fraudulentos y la insolvencia total o parcial del deudor; y c) que se acredite el hecho de carecer el cónyuge de bienes suficientes para pagar el crédito de gananciales. El autor, además entiende esta acción especial sin perjuicio de la acción pauliana del artículo 2468 del Código Civil. MERINO SCHEIHING, FRANCISCO, *Consideraciones en torno al régimen de participación en los gananciales*, cit. (n. 11), p. 207. Por su parte, Corral Talciani, afirma que una interpretación armónica de la ley exige entender que el ejercicio de la acción revocatoria presupone la previa colación imaginaria del valor de esos bienes en el cómputo de los gananciales, que han dado origen al crédito cuyo pago se pretende. CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *El crédito de participación en los gananciales en el sistema económico matrimonial chileno*, cit. (n. 14), pp. 169. El autor, en su obra sobre los bienes familiares y la participación en los gananciales, cita el código civil francés que establece expresamente que la acción revocatoria procede sobre los bienes donados o enajenados fraudulentamente que se han acumulado imaginariamente al patrimonio final (artículos 1577 y 1573 del código civil francés). Mi opinión no supone una desvinculación absoluta de ambos preceptos, desde luego podría coincidir que la acción revocatoria especial del precepto en estudio se refiera a actos cuyo valor se acumuló imaginariamente al patrimonio final del cónyuge deudor. Otra cosa es afirmar que hay una vinculación necesaria en términos que si no se procede a la agregación imaginaria no procedería el ejercicio de la acción revocatoria especial. Cabe precisar, además, que el modelo que sigue nuestro código es el del código español y éste no establece la exigencia sostenida por los autores. El código civil español, en su artículo 1433 condiciona el ejercicio de esta acción, simple y sencillamente, a la inexistencia o insuficiencia de bienes del deudor.

En consecuencia, el ejercicio de esta acción revocatoria especial procede independientemente de las acumulaciones imaginarias del artículo 1792 - 15, cuando los bienes del deudor sean insuficientes para la satisfacción del crédito de participación, pero sólo en contra de aquellas enajenaciones hechas durante la vigencia del régimen, porque para las posteriores, rige el artículo 2468 del Código Civil.

v) Finalmente, cabe preguntarse cuál es la relación existente entre la medida de protección del inciso segundo del artículo 1723 y la acción revocatoria especial del artículo 1792 - 24. En otras palabras, podría el tercero demandado por el acreedor - sea el donatario o el adquirente a título oneroso- oponer la excepción del artículo 1723 frente a la demanda revocatoria y afirmar que la terminación del régimen, como consecuencia de su sustitución, no puede perjudicar sus derechos adquiridos válidamente durante la vigencia del régimen. Por especialidad, creo que cuando se trate del cobro de un crédito de participación cuyo origen sea la convención matrimonial del artículo 1723, su acreedor no podrá hacer uso de la acción revocatoria especial del artículo 1792 - 24, inciso segundo, en contra de los terceros adquirentes. Prevalece entonces la medida de protección a los terceros. Entonces, cobraría relevancia la acción pauliana ordinaria, en el sentido que el cónyuge, invocando la disposición del artículo 2468, pretenda revocar el acto o contrato, siempre y cuando pruebe el presupuesto que autoriza su procedencia según el acto o contrato de que se trate. Para este supuesto especial, debiese aceptar la procedencia de la acción pauliana en contra de actos ejecutados durante el régimen. Esta excepción es resultado de la necesaria conciliación de los intereses en juego: el del cónyuge acreedor de la participación en los gananciales y el de los terceros.

5. *Prescripción del crédito de participación en los gananciales*

El artículo 1792 - 26 dispone que la acción para pedir la liquidación de los gananciales prescribe en el plazo de cinco años contados desde la terminación del régimen, pero nada dispone sobre la acción para exigir el cumplimiento del crédito de participación ya liquidado. Por consiguiente, se aplican las reglas generales sobre prescripción, esto es, la prescripción extintiva ordinaria de cinco años contados desde que la obligación se hace exigible, desde su liquidación, salvo el caso del plazo judicial o de alguna modalidad convencional¹⁴⁸.

6. *Situación de los acreedores de los cónyuges: protección a los intereses de terceros*

Falta resolver cuál es la situación de los acreedores de los cónyuges. Cobra interés la protección que la ley confiere, por un lado, a los terceros acreedores frente a la liquidación del crédito de participación; y, por otro, del cónyuge acreedor con relación a los acreedores del deudor del crédito de gananciales posteriores a la terminación del régimen. Por consiguiente, en estas líneas he de hacerme cargo de las dos situaciones.

¹⁴⁸ Véase el artículo 2514 del CCCh.

a) Situación de acreedores cuyos créditos nacen constante el régimen de participación.

Durante la vigencia del régimen los cónyuges tienen plena capacidad para contratar y obligarse y por ello el legislador se preocupa de la situación de los terceros acreedores, evitando que éstos vean perjudicado su derecho por el nacimiento del crédito de participación al término del régimen. Efectivamente, el artículo 1792 - 25 establece, a favor de estos acreedores, un derecho de pago preferente de los créditos que tengan una causa anterior al término del régimen con relación al cónyuge acreedor, sus herederos o cesionarios¹⁴⁹. De acuerdo a esta disposición el crédito o créditos de los terceros prefiere al de participación en los gananciales, siempre y cuando la causa del o los primeros sea anterior a la terminación del régimen, ello sin atender al momento de la liquidación del crédito. El momento relevante no es este último, sino el de la terminación del régimen; como se ha dicho, allí nace el crédito por el solo ministerio de la ley, crédito que posteriormente debe liquidarse. La falta de liquidez del crédito o su inexigibilidad no puede ser invocada por un tercero acreedor para gozar de esta preferencia cuando la causa de su crédito es posterior a la terminación del régimen, pero anterior a la liquidación del crédito.

Si la causa de terminación del régimen es el pacto del artículo 1723 del CCCh, los terceros disponen de dos medidas de protección, la inoponibilidad de esta última disposición y el derecho preferente de pago del artículo 1792 - 25. A mi juicio, se trata de medidas de protección distintas que no son incompatibles, pudiendo el acreedor, valerse de una u otra o ambas, según sea el caso concreto¹⁵⁰.

Finalmente, dentro de los acreedores cuyos créditos tienen una causa anterior a la terminación del régimen se consideran, también los anteriores al inicio del régimen.

b) Situación de los acreedores posteriores a la terminación del régimen de participación.

Contrariamente a lo que acontece con los acreedores anteriores al término del régimen, el crédito de participación en los gananciales goza de preferencia respecto de los créditos posteriores a su nacimiento. De esta forma, el acreedor de participación no se ve perjudicado por las deudas que el deudor contraiga después de la terminación del régimen. La ley N° 19.335 sustituye el N° 3 del artículo 2481 incluyendo entre los créditos de cuarta clase aquellos que tuvieren los cónyuges por gananciales y el artículo 2482 prescribe, a su vez, un orden de prelación entre los créditos de cuarta clase, disponiendo que éstos se prefieren

¹⁴⁹ Esta norma es una concreción del principio general de la protección de los acreedores frente a las actuaciones ajenas posteriores al nacimiento de su derecho de crédito. Véase n. 66.

¹⁵⁰ Para el profesor Corral Talciani atendida la preferencia absoluta que la ley les concede a estos acreedores frente al crédito de participación en los gananciales es de presumir que la norma del artículo 1723 carecerá de relevancia en estos casos. CORRAL TALCIANI, Hernán, *El crédito de participación en los gananciales en el sistema económico matrimonial chileno*, cit. (n. 14), pp. 183.

indistintamente unos a otros según las fechas de sus causas y en el caso del crédito de participación se entiende que la fecha de su causa es la del matrimonio. Cabe precisar, eso sí, que si el régimen de participación es posterior a la fecha del matrimonio, por el pacto del artículo 1723, debe concluirse necesariamente que la fecha de su causa será la de la convención matrimonial y no la del matrimonio. Así lo expresa Corral Talciani, recurriendo a la historia del establecimiento de la ley. En efecto, en la discusión parlamentaria de la ley se dejó expresa constancia que si el régimen de participación ha tenido origen después del matrimonio, la fecha del crédito será la de su inicio¹⁵¹.

Finalmente, también gozarían de esta preferencia los créditos que tengan los cónyuges entre sí, ello conforme la norma del artículo 1792 - 19, inciso segundo, que prescribe que el crédito de participación es sin perjuicio de los créditos de que sea titular un cónyuge en contra del otro.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

1. La participación en los gananciales es un régimen de bienes de aplicación convencional que prácticamente ha pasado desapercibido en la doctrina y es de aplicación muy escasa. Habrá que esperar más tiempo para que este régimen se asiente en nuestra cultura jurídica y los esposos o los cónyuges opten espontáneamente por él, sea por capitulación matrimonial, sea por pacto del artículo 1723 CCCh.

2. Este régimen ofrece ventajas frente a los regímenes de sociedad conyugal y de separación total de bienes. Con relación al primero, la separación de patrimonios y autonomía en su gestión; ambos cónyuges se ubican en un plano de igualdad; y al segundo, la circunstancia que al término del régimen el cónyuge que obtiene menos gananciales de su gestión patrimonial, tiene derecho a participar de las del otro, compensándose, de este modo, el menoscabo que experimenta o puede experimentar el cónyuge que se posterga por dedicarse, muchas veces de forma obligada, al cuidado del hogar común y de la prole.

3. La debilidad que muchos ven en este régimen derivada de su modalidad crediticia en comparación a su modalidad de comunidad diferida, es más aparente que real. Evidentemente, el régimen de comunidad diferida supone el reconocimiento al cónyuge que obtuvo menores gananciales de un derecho real de dominio sobre la mitad del excedente. Sin embargo, la titularidad del derecho de crédito en contra del otro cónyuge puede constituir un resguardo suficiente de los intereses del cónyuge acreedor, sobre todo si se considera el actual desarrollo del derecho de las obligaciones y de los mecanismos de protección del derecho de crédito en general, incluso con apoyo constitucional; y, en particular, los propios que prevé el Código Civil para este crédito de participación.

¹⁵¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales* cit. (n. 11), pp. 159.