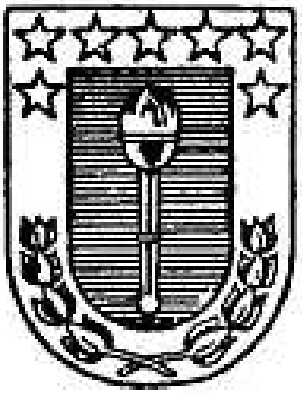
Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

EL PACTO DE SEPARACION DE BIENES Y EL PERJUICIO A LOS ACREEDORES

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

SUMARIO: 1.- El cuadro jurídico en que se inserta el texto legal, y su tenor; 2.- La situación típica, que motiva este análisis; 3.- Interrogante a que se reduce el problema; 4.- Antecedente histórico; 5.- Alternativas; A.- Impugnación del pacto y de la liquidación: 1º Acción Pauliana (referencia a la naturaleza jurídica del pacto); 2º Acción de simulación. o de nulidad absoluta configurada por acto simulado; 3º Declaración de inoponibilidad. — Observaciones comunes; B.- Acción contra la mujer, por su responsabilidad en las deudas sociales; C.- Ejecución al marido, con embargo de bienes adjudicados a la mujer; D.- Ejecución a la mujer; 6.- Referencia al efecto declarativo; 7.- Final.

1.— *EL CUADRO JURIDICO EN QUE SE INSERTA EL TEXTO LEGAL, Y SU TENOR*

Como se sabe, tratándose del régimen que rige las relaciones económicas entre los cónyuges, en el Derecho chileno, por el solo hecho del matrimonio se contrae entre ellos sociedad conyugal. La mujer queda relativamente incapaz; el marido administra los bienes sociales y los de la mujer; es el jefe de la sociedad conyugal; y, en fin, es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y los suyos formaren un solo patrimonio (artículos 135, 136, 137, 1.447, 1.749, 1.750 del Código Civil). Dicha administración está sometida a varias importantes limitaciones, que no es pertinente precisar aquí.

Ahora bien, este régimen económico, que constituye la regla general, puede ser alterado por varios medios, antes del matrimonio, en el acto de su celebración, o durante la vida matrimonial. En tales situaciones, los cónyuges viven en régimen de separación total o parcial de bienes. En el primer caso –que aquí más importa–, la mujer es plenamente capaz (al menos desde este punto de vista), y cada cónyuge administra libremente sus bienes y los que vaya adquiriendo en el desarrollo de sus actividades. Uno de esos medios es el denominado pacto de separación de bienes, contemplado en el artículo 1.723 del Código Civil. Por una sola vez, los cónyuges mayores de edad pueden efectuar cambio de régimen; y sólo pueden ir, de la sociedad conyugal o de la separación parcial, hacia la separación total de bienes.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Dice el precepto: "Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán substituir el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total.

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

En la escritura pública de separación total de bienes podrán los cónyuges liquidar la sociedad conyugal y celebrar entre ellos cualesquier otros pactos que estén permitidos a los cónyuges separados de bienes; pero esa liquidación y estos pactos no producirán efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción a que se refiere el inciso precedente". (Incisos 1º, 2º y 3º de 5).

2.— *LA SITUACION TIPICA, QUE MOTIVA ESTE ANALISIS*

El planteamiento del problema a que se referirán las siguientes opiniones, y que se expondrá luego, surge en este caso que, por sus características y por la frecuencia con que se observa en la práctica, puede calificarse de típico: Un sujeto, casado en sociedad conyugal, contrae una deuda (generalmente dineraria, por ejemplo, mediante un mutuo). Posteriormente pacta, con su cónyuge, separación total de bienes, como lo permite el texto transcrito. En el mismo pacto, como también es posible, liquidan la comunidad quedada por la disolución social, adjudicándose, a cada uno, bienes en entero de sus respectivos haberes. Constituyen, también, hechos corrientes y que, por lo mismo, contribuyen a la tipicidad aludida: a) Que la mujer acepta los gananciales; b) Que al ser el deudor el marido, a ella se le adjudican bienes y a él, dinero y algunos bienes, de poco valor; c) Que no obstante la separación de bienes, continúan viviendo juntos o, al menos, los bienes muebles continúan en el hogar conyugal, en el que permanece la mujer. En cuanto a los inmuebles, se inscribe la adjudicación, quedando inscritos a nombre de la mujer adjudicataria (hasta entonces estaban inscritos a nombre del marido); del mismo modo se procede respecto de los vehículos motorizados.

Posteriormente, exigible el crédito, el acreedor demanda al deudor el pago y embarga, o intenta embargar, bienes que eran sociales y que, actualmente, son (o serían) de la mujer, según las adjudicaciones efectuadas en la liquidación.

Si el embargo se practica, la mujer interpone tercería, ya de dominio, ya de posesión, fundada en los actos mencionados, para lograr el alzamiento del embargo.

Queda así establecida la dificultad. Tratándose de bienes registrados, ella puede surgir en forma de controversia entre el acreedor y el Conservador de Bienes Raíces, por negativa de éste a inscribir el embargo.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3.— *INTERROGANTE A QUE SE REDUCE EL PROBLEMA*

Con el texto transcrito y los hechos reseñados, el problema puede ser reducido a la siguiente interrogante: ¿cuál es el alcance de la frase "el pacto de separación total de bienes no perjudicará, en caso alguno, los derechos, válidamente, adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer . . ." contenida en el artículo 1.723 del Código Civil?

En otros términos, qué significa que no puede perjudicar a los terceros; o, cómo se concreta esa protección a los terceros ahí proclamada.[1]

4.— *ANTECEDENTE HISTORICO*

Para los posteriores efectos, conviene reseñar, aunque sea brevemente, algunos antecedentes de la historia del texto aludido.

Sobre reformas al código, en materia de régimen económico entre los cónyuges, deben mencionarse, en primer término, el Decreto Ley Nº 328, y, luego, la Ley Nº 5.521.

Pero, para lo que aquí más importa, debe destacarse que fue la Ley Nº 7.612 de 21 de octubre de 1943, la que introdujo la reforma substancial. Hasta la dictación de esta ley, se mantenía muy firme el principio de la inmutabilidad del régimen económico adoptado por los cónyuges. No era posible, hasta entonces, modificarlo por su voluntad[2].

1 El problema parece ser común a las legislaciones que admiten la mutabilidad del régimen matrimonial por voluntad de los cónyuges. Así lo revelan algunos estudios procedentes de países que la admiten. Por ejemplo, España (V. Magariños Blanco, Victorio: "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores". En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Madrid, 1982, Nº 548, págs. 47 y siguientes; Torres Escámez, Salvador: "Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales". Misma Revista, 1978, Nº 528, págs. 963 y siguientes); Francia (V. Nerson, Roger et Rubellin-Devichi, Jacqueline: "Le changement de régime matrimonial". En Revue trimestrielle de droit civil. París, 1982, Nº 2, págs. 388 y siguientes; Poisson, Elizabeth: "Le changement de régime matrimonial". Misma Revista, 1969, Nº 3, págs. 468 y siguientes). Ambos la han incorporado mediante reformas a sus códigos civiles. En este último país el cambio es admitido "en interés de la familia" y requiere de homologación judicial. Semejante exigencia es pedida en el Código Civil italiano. Este control preventivo parece ampliamente recomendable, y bien podría implantarse en Chile. Como roles de esa intervención judicial, podrían imponerse: la detentación de fraude a los acreedores, para lo cual habría de citarse a los terceros en general; y, si se agregare la justificación de un interés familiar, la constatación de éste. Que el pacto separatorio comience a producir efectos luego de cierto plazo, es también otra medida conveniente (así ocurre, por ejemplo, en Francia, respecto de terceros). En España, donde la homologación no está requerida, es reclamada por algunos. (Así, Magariñas, Victorio. Ob. cit., pág. 50; Lete del Río, José y Alvarez Caperochipi, José: "Notas sobre mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho común". En Revista de Derecho Privado. Madrid, marzo, 1977, pág. 166). Pero ha sido objetada. (Torres Escámez, Salvador. Ob. cit., pág. 968).

2 En la doctrina, como se sabe, la mutabilidad o inmutabilidad del régimen económico matrimonial por acuerdo entre los cónyuges, constituye una querella de elevada jerarquía jurídica. (Una síntesis de la polémica en: Lete y Alvarez. Ob. cit., págs. 163 y siguientes). En los Derechos europeos de nuestras raíces, la inmutabilidad había dominado hasta no hace mucho tiempo. (En otros estaba ya desplazada). En Francia, la reforma data de 1965 (Art. 1.397); en España, de 1975 (Art. 1.325); en Italia, de 1975 (Art. 163) (todos los Arts. de los respectivos códigos civiles). Recordando este antecedente, resulta algo sorprendente nuestra precocidad al respecto; la anticipación es, como se ve, de algunas décadas. Los Derechos forales españoles, notablemente, la admiten desde mucho antes. (Así, en Cataluña, Aragón, Navarra, donde el principio de la mutabilidad se vincula estrechamente con instituciones familiares y sucesorias. Para la trascendental función que cumplen los capítulos matrimoniales en los Derechos forales españoles, V. Castán Tobeñas, José: "Derecho Civil español, común y foral". Edit. Reus S.A. Madrid, 1976. T.V., Vol. 1 9ª Edic. Rev. y puesta al día por García Cantero y Castán Vásquez, págs. 634 y siguientes). Un cuadro general, para Europa, sobre el estado actual de la mutabilidad del régimen, como de los sistemas económicos entre cónyuges, en general, puede verse en Fernández Cabaleiro, Eugenio: "El régimen económico - matrimonial legal en Europa". Ilustre Col. Nac. de los Regs. de la Prop. de España. Madrid, 1969; para la mutabilidad, especialmente págs. 61 y siguientes. (Puede observarse que la obra es anterior a las reformas española e italiana). En general, la mutabilidad ha terminado por imponerse.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Desde ella se permite la modificación durante la vida matrimonial, con una nueva redacción del artículo 1.723. Se admite el pacto de separación total, reemplazando a la sociedad o a la separación parcial.

Posteriormente, la reforma fue completada por la Ley Nº 10.271 de 2 de abril de 1952, que dejó al precepto indicado en su redacción actual transcrita. Esta ley precisó, entre otras cosas, lo siguiente:

a) Que quienes pueden pactar la separación total son los cónyuges mayores de edad;
b) Que el plazo para la subinscripción de la escritura de separación al margen de la inscripción matrimonial es de 30 días;
c) Que en la misma escritura pública de separación puede liquidarse la comunidad quedada al disolverse la sociedad; y
d) Que una vez celebrado el pacto, no puede dejarse sin efecto por mutuo acuerdo de los cónyuges.

(Esta ley fue, también, la que permitió pactar la separación en el acto matrimonial; hasta entonces sólo podía pactarse antes de la celebración).

Según lo dicho debe, entonces, puntualizarse que la expresión de que el pacto no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros (como todo lo esencial de la reforma relativa a este pacto), ha sido obra de la Ley Nº 7.612 aludida. Desde allí permanece. La Ley Nº 10.271 no alteró su tenor. Pero esta última no es completamente extraña al análisis, en cuanto permitió la liquidación en la misma escritura, como se verá luego.

El precedente dato histórico induce, para ahondar en la determinación del alcance, a examinar los antecedentes fidedignos del establecimiento de la Ley Nº 7.612; específicamente, el mensaje con que el Ejecutivo envió al Congreso el proyecto y la siguiente discusión parlamentaria. Efectuada la averiguación, las actas y demás documentos no arrojan mayores luces sobre el punto. La expresión no fue objeto de comentario. Algunas observaciones que se formularon al contenido general del proyecto de artículo 1.723 sólo destacaban que el pacto protegía suficientemente los derechos de los terceros, para lo cual se agregaba que ello era debido a que no producía los efectos, entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que la escritura se subinscribiera al margen de la respectiva inscripción matrimonial. No se reparó, pues, en observaciones sobre la protección a los terceros en relación con la citada expresión; o, en otros términos, no se relacionó dicha frase con un hipotético caso como el que aquí se ha relatado.

Quizás algún antecedente pudiere estar consignado en actas u otros testimonios estampados en las sesiones de trabajo de las comisiones parlamentarias y del Instituto Chileno de Estudios Legislativos, de donde realmente emergió el proyecto de lo que sería pronto Ley Nº 7.612. Mas no ha sido posible disponer de tales elementos (si los hay).

Recordando que, a la sazón, era don Arturo Alessandri R. quien presidía el mencionado instituto y que él concurrió, como invitado, a varias sesiones de comisión, en las discusiones parlamentarias, se ha recu-

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rrido a sus obras. Tampoco hay mayores precisiones (Un comentario suyo, en el seno de una Comisión de Parlamento y un alcance al punto, en una conferencia sobre la Ley Nº 7.612, se mencionarán más adelante).

5.— *ALTERNATIVAS*

Con lo que hasta ahora se ha expuesto, procede dirigirse a los pareceres de la doctrina y a las decisiones de la jurisprudencia para lograr, con su examen, ciertas precisiones y obtener la solución de la pregunta antes enunciada.

Con ese examen, las posibilidades de acción por parte del acreedor, cuyo deudor adopta una actitud como la del caso planteado, podrían centrarse en los siguientes caminos.

A. *Impugnación del pacto y de la liquidación.*

Una primera alternativa es impugnar los actos de separación y liquidación de bienes o, al menos, obtener declaración de inoponibilidad de ellos al acreedor.

Específicamente, esta posibilidad puede adoptar algunas de estas vías:

— Acción Pauliana;
— Acción de simulación, o de nulidad absoluta configurada por acto simulado; o
— Declaración de inoponibilidad.

Las tres tienen algunas características comunes:

Pretenden privar de eficacia al acto de separación, respecto del acreedor. En todas deberá demostrarse la existencia del crédito contra el deudor; él constituye el interés del que acciona; y deberá ser anterior al pacto[3]. Los demandados serían ambos cónyuges. Su intento de realización importa el sometimiento al juicio ordinario. Sería útil la interposición de una medida precautoria prejudicial sobre los bienes adjudicados a la mujer (si permanecen en su poder). Pueden intentarse antes de demandar el cobro al marido o después de fracasada esta demanda por insolvencia (si se intenta la acción pauliana, la prueba de la insolvencia del deudor, que será necesaria y recaerá sobre el acreedor, se tornará más difícil si se interpone antes de haberse dirigido directamente contra el marido cobrando la deuda).

En estas alternativas, la tan mencionada expresión, de que el pacto no perjudicará los derechos de los terceros, prácticamente no funciona respecto de las dos primeras; al menos, no sería necesaria; bastan, para plantearlas, los preceptos generales que las configuran más los antecedentes de hecho del caso concreto, que demostrarían el cumplimiento aquí de los requisitos para que operen; sería sólo un argumento de re-

3 Podría llegarse a admitir un crédito que se ha configurado o precisado después, si su fuente es sí anterior, como si la sentencia que declara una indemnización es posterior al pacto y liquidación, pero el hecho ilícito que lo motiva es anterior.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fuerzo. En cambio, la frase constituiría el fundamento de la tercera. (Se volverá pronto sobre este punto), (examinadas, se formularán otras observaciones comunes).

1º *Acción Pauliana.* (Referencia a la naturaleza jurídica del pacto).

Como se sabe, esta acción aparece consagrada, en materia civil (no concursal), en el artículo 2.468 del Código Civil.

Este es el momento en que importa determinar la naturaleza jurídica del pacto de separación; su calificación incide en la determinación de la procedencia de la acción Pauliana.

Debe recordarse, también, para estos efectos que, siguiendo los supuestos del llamado aquí "caso típico", son dos los actos que, sucesivamente, se ejecutan: el pacto de separación y la partición de la comunidad quedada en virtud del pacto. Se efectuará, pues, un alcance respecto de cada uno.

a) El pacto de separación:

En primer término, nos parece claro que se trata de un acto de carácter patrimonial: su función es adoptar un régimen económico por el que han de gobernarse las relaciones entre los cónyuges, los cuales, desde el punto de vista familiar, continúan como tales.[4]

Un litigante, para efectos de aplicación de una ley en el tiempo, sostuvo en estrados que la separación de bienes es un derecho que deriva del estado civil de casados y constituye, por tanto, un derecho de familia (y de ese postulado concluyó que, ante un cambio de legislación, quedaba sometido a la ley nueva, por imperio del artículo 3 de la ley de efecto retroactivo de las leyes). La Corte Suprema, confirmando a la de Santiago, resolvió que no es estado civil, sino uno de los sistemas que reglamentan la situación de los bienes de los cónyuges, los intereses pecuniarios de ellos, entre sí y respecto de terceros[5]. La solución es, ciertamente, la adecuada[6]. Al negar el calificativo de estado civil y, por tanto, dejar inaplicable el artículo 3 de la ley de efecto retroactivo de las leyes, el fallo confirmó, implícitamente, que el precepto aplicable era el artículo 22 de la misma ley (como lo expresó la Corte de Santiago). De esto pudiere desprenderse que el Tribunal estima al pacto un "contrato", ya que a esta especie de convención es a la que se refiere el citado artículo 22. No compartimos esta última conclusión. Lo categórico es el rechazo a la

4 Por lo demás, su naturaleza patrimonial está expresada en la definición del Art. 1.715, cuando precisa que son las convenciones "de carácter patrimonial . . ." Es cierto que ahí se agrega que pueden pactarse antes del matrimonio o en el acto de su celebración, con lo que podría objetarse que lo definido en ese texto son esas convenciones, que el código llama "Capitulaciones matrimoniales" y aquí se está analizando el pacto celebrado durante el matrimonio. Esta observación no es consistente. El concepto teórico de capitulación matrimonial (o capítulo, como también es denominado), es independiente de la oportunidad en que se pacte o sea permitido pactar (así se aprecia claramente, por ejemplo, en los estudios que hasta aquí se han citado y en los que próximamente se citarán). Estimamos que cuando el Art. 1.715 del Código Civil chileno agregó la época en que podían acordarse, no pretendió significar con ello que sólo ésas son capitulaciones matrimoniales, sino utilizó el precepto para agregar ahí mismo las épocas en las cuales en Chile, en ese tiempo, era posible pactarlas. Introducida después la posibilidad de convenir un capítulo matrimonial durante el matrimonio —para realizar la mutación de régimen, cuya autorización fue el objetivo de la reforma—, la definición (que sólo consagra el concepto teórico) se mantiene y cubre también a este pacto posteriormente admitido.

5 Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 66, sec. 1ª, pág. 91.

6 El fallo alude, en general, a la "separación de bienes"; no se dedica a calificar, directamente, el "pacto de separación"; la separación en el caso planteado era, sí, en virtud de este pacto del Art. 1.723.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

calificación de estado civil; la aplicación del artículo 22 de la ley de efecto retroactivo puede justificarse considerando que este precepto se refiere, en sentido amplio, a todas las convenciones o acuerdos de voluntad (a continuación se verá este punto).[7]

Establecido su carácter de acto patrimonial, procede ahora avanzar en la precisión. Como en él intervienen ambos cónyuges, bien puede sentarse que es un acto bilateral, es decir, convención. Y dentro de las convenciones, ¿es contrato? No parece propio calificarlo de contrato. Del pacto no emergen, específicamente, obligaciones para los cónyuges; el efecto fundamental es reemplazar un régimen económico, en conjunto, por otro; el de sociedad conyugal o de separación parcial, por el de separación total.[8]

En cuanto a la jurisprudencia, además de la sentencia citada relativa al carácter patrimonial, que pudiere interpretarse como que califica el pacto de contrato debido a que le hizo aplicable el artículo 22 de la ley de efecto retroactivo, puede agregarse otra que hizo referencia al pacto con la expresión "contrato"; fue una de la Corte de Santiago (considerando 4: "El contrato de separación..." "tal contrato..."); no la de la Corte Suprema, junto a la cual se publica aquélla[9]. En todo caso, no era discutido, específicamente, el punto y más puede estimarse una ligereza de lenguaje.

Pero hay otro fallo que, categóricamente, la calificó de convención y rechazó un carácter contractual (se citará pronto, al exponer la actitud de la jurisprudencia respecto de la procedencia misma de la acción Pauliana).

Ahora, ¿es un acto oneroso o gratuito?

Con la definición que declara el artículo 1.440 del Código Civil, podría concluirse que es un acto oneroso, por cuanto "tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes"; cuando el precepto emplea el término "contratante", es debido a que está refiriendo el concepto a los contratos (y debido a la confusión en que incurre al considerar sinónimos "contrato" y "convención"), de modo que, tratándose de una simple convención, esa utilidad de ambos será "de ambas partes". El pacto sería de utilidad de ambos cónyuges.

7 Más tarde, un fallo, también de la Corte Suprema, formuló un leve alcance sobre la raíz familiar del pacto, pero por su brevedad no podría estimarse que su intención fue la de considerarlo esencialmente acto de familia.
Dijo: "Es un pacto que tiene relación con los derechos de familia puesto que tiende sólo a substituir un régimen matrimonial por otro . . .". Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 67, sec. 1ª, pág. 463, Consid. 9. Esta sentencia seguirá siendo citada.

8 En el mismo sentido, De Ferrari, Sergio: "Separación convencional de bienes". Edit. La Hora Santiago, 1947, pág. 9, con cierta contradicción, Memoria que no ofrece comentarios de interés sobre el tema de fondo que se está tratando. Los informes de los profesores guía y segundo informante, de dicho trabajo, profesores De la Maza y Barriga, citados por un fallo que luego se mencionará, como que califican la separación de "convención", efectivamente así lo dicen; sólo que debe recordarse que, como ese término incluye a los contratos, queda la imprecisión.
Dice a este respecto Castán: "Se consideran ordinariamente las capitulaciones matrimoniales como un contrato condicional, sujeto a la condición suspensiva de que el matrimonio se celebre (si nuptiae secutae). Pero, aparte de que mejor les cuadra la conceptuación de convención que la de contrato . . ." (Castán Tobeñas, José. Ob. cit., T. cit., pág. 300); y cita a Ruggiero, a quien atribuye un claro rechazo a su carácter contractual. Refiere la opinión a las Capitulaciones, que entre nosotros sólo evoca a los acuerdos celebrados antes del matrimonio; pero como lo traducen siempre los comentaristas extranjeros, los pactos económicos dentro del matrimonio, por ejemplo, el nuestro del art. 1.723, pertenecen también al concepto de capítulo matrimonial, como ya lo hemos destacado en nota.

9 Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 56; secc. 1ª, pág. 347.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Con todo, no lo estimamos así. En primer término, no es imperioso concluir que todos los actos jurídicos están sometidos a la disyuntiva de pertenecer a una u otra clase. Desde luego, escapan a la clasificación los actos de familia. Pero hay, incluso, actos patrimoniales que no se adaptan a estos conceptos y no hay más que resolver que escapan a ellos. Una categoría es la de actos cuya finalidad es, esencialmente, organizadora o constitutiva. Este pacto sería uno de éstos (como lo es también el creador de una asociación o una fundación). Su objetivo es tan sólo el de substituir o reemplazar un régimen económico por otro; es una medida de organización de las relaciones económicas entre los cónyuges, de modo que, en sí mismo, no desplaza un beneficio de uno al otro o recíprocamente (la utilidad a que se refiere el artículo 1.440 no es la que podría resultar para ellos del cambio de régimen; por lo demás, el cambio mismo no puede ser considerado siempre como de "utilidad" para ellos).[10]

b) La partición de la comunidad quedada al disolverse la sociedad conyugal mediante el pacto:

Aquí, el punto se traduce en calificar, en general, la partición de bienes, tema que sí tiene pronunciamientos varios de la doctrina. Sólo se expondrá una síntesis de la literatura al respecto, pues se trata de un tema que sólo incide aquí, sin ser el nuestro.

Al igual que en el punto anterior, como el análisis se está efectuando, básicamente, para concluir en la procedencia (o improcedencia) de la acción Pauliana, el interés radica en resolver si la partición es una simple convención o un contrato y si es un acto oneroso o gratuito.

En otro sentido, es supuesto del presente comentario que se trata de una partición de común acuerdo (ese supuesto forma parte también del "caso típico").[11]

En la doctrina es discutido si la partición de común acuerdo es una simple convención o un contrato, incluso en el Derecho chileno[12]. La doctrina nacional, al parecer mayoritaria, niega el carácter contractual

10 Hay una doctrina que, categóricamente, puntualiza que hay actos o negocios que escapan a la clasificación. Por ejem., De Castro y Bravo, Federico: "El negocio jurídico". Inst. Nac. de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967, pág. 266. Este autor menciona varias categorías de ellos. Y señala especialmente las Capitulaciones matrimoniales dentro del grupo que él llama "actos constitutivos", en los que la finalidad atributiva de bienes pasa a segundo plano y, directamente, sólo organizan o constituyen. Como ya se ha prevenido en otra nota, las referencias de las Capitulaciones son aplicables al pacto que comentamos. Al mencionar a las Capitulaciones separadamente de los actos de familia, puede concluirse también que el autor la estima acto patrimonial.

Estos actos que no son reductibles a las categorías de gratuitos u onerosos, han sido denominados "neutros" (Cfr. Cariota Ferrara, Luigi: "El negocio jurídico". Trad. de Albaladejo. Edit. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 187).

11 Si la partición se efectúa por un juez partidor, lo impugnable sería la sentencia particional; en tal caso, no sería admisible en su contra la acción Pauliana. Hay afirmación doctrinaria en orden a que esta acción no es procedente contra una sentencia particional: Somarriva, Manuel: "Indivisión y partición". Edit. Jurid. de Chile, Santiago, 1956; 2ª Edic., T. II, pág. 432.

12 Así, por ejemplo, se ha sostenido que tanto en doctrina general como en el Derecho nacional es un contrato: Calderón Moreno, Eliana: "Nulidad y rescisión de las particiones". s/c., 1949, pág. 19 y siguientes. Cita en su apoyo a Mucius Scevolae, Sánchez Román, Manresa y Navarro, de Buen, Demolombe, Chevallier. Ahí puede verse también, en general, el debate doctrinario. También sostiene lo mismo Alessandri, Fernando: "Partición de bienes". Edit. Nascimento, Santiago, 1940; pág. 92. Recientemente se ha sostenido que, precisamente, la liquidación de la comunidad quedada al disolverse la sociedad de gananciales, es un contrato, agregándosele el adjetivo "particional". Torres Escámez, Salvador. Ob. cit., pág. 972.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la partición efectuada de común acuerdo[13], pero admitiendo que es convención, lo que compartimos.[14]

En cuanto a la jurisprudencia, se ha inclinado por rechazar su carácter contractual.[15]

Aceptado que es convención, procede precisar si es acto jurídico oneroso o gratuito.

La doctrina, al parecer mayoritaria, considera a la partición como acto oneroso y ello aunque el origen de la adquisición sea gratuito, como la sucesión por causa de muerte[16]. Lo estimamos de igual modo. Adecuando los términos del artículo 1.440 del Código Civil, tiene por objeto la utilidad de todos los comuneros.

En síntesis, bien puede sostenerse que el pacto de separación es un acto patrimonial, una convención (ni gratuita ni onerosa). Y la partición, en general (y, por tanto, la de la comunidad que aquí se forma) es una convención onerosa.

Ahora, con estas puntualizaciones, se puede responder si procede en su contra la acción Pauliana.

Para esa respuesta debe cotejarse esas características con el artículo 2.468 del Código Civil. Y, concluimos que sí, el pacto –calificado aquí de convención, no gratuita ni onerosa– queda cómodamente incluido en el Nº 2, ya que este número está dedicado, en general, a los "actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente"; aquí se menciona genéricamente a los "actos" (sin limitación a los contratos) y no se restringe a los gratuitos; incluye ampliamente a los "no onerosos". La partición de la comunidad queda incluida en el Nº 1. Es cierto que, según se ha dicho, la partición es calificable de convención onerosa y este número se refiere a los "contratos onerosos". Pero la fórmula debe entenderse en términos amplios, comprensiva de "actos" en general. Ese extenso sentido se extrae, tanto del general enunciado del precepto, como de su Nº 2; el enunciado se refiere a los "actos" y el Nº 2 a "actos y contratos".[17]

Don Manuel Somarriva acepta expresamente este camino. Más aún, es con la acción Pauliana con lo que él relaciona la frase, tantas veces citada, del artículo 1.723. Con relación a esta acción fija su alcance. Sólo que al formular su planteamiento no distingue entre el pacto y la partición (fija el alcance del pacto, con argumentos en favor de la pro-

13 Doña Eliana Calderón, en su obra citada, menciona a varios autores chilenos bajo el epígrafe de "Autores que desconocen la naturaleza convencional de la partición hecha por los herederos" pero del examen de sus opiniones, incluso transcritas por ella, se aprecia que lo que niegan no es exactamente su carácter de convención, sino de contrato; salvo algunos como don Galvarino Gallardo Nieto, ahí también citado, para quien no es contrato ni convención, según aclara.

14 Así, por ejemplo, Somarriva, Manuel. Ob. cit., T. cit., Nos. 314 y 644. Los argumentos pueden verse en la obra de Calderón citada; siempre se ha destacado, para afirmar que no es contrato, el art. 1.348 del Código Civil, que ella rebate con una explicación bastante plausible. También se encuentran en Somarriva, Manuel. Ob. cit., T. cit., pág. 88.

15 Fallos, pueden verse en las obras citadas de Somarriva y Calderón; ésta observa que más bien se deben a que no han distinguido entre partición judicial y de común acuerdo; cita, en todo caso, algunos que le atribuyen carácter de contrato; además, hay que mencionar el fallo que luego se citará aquí, y que estimó que ni el pacto ni la liquidación podrían ser considerados contratos onerosos.

16 Así, por ejemplo, Josserand, Louis: "Derecho Civil". Rev. y Compl. por Brun. Trad. Santiago Cunchillos. Edit. Ejea. Buenos Aires, 1951. T. III. Vol. II pág. 396; Somarriva, Manuel. Ob. cit. T. cit. Nos. 642 y siguientes, págs. 427 y siguientes. Doña Eliana Calderón, con su tesis de que es contrato, conviene en que es oneroso. Galderón Moreno, Eliana. Ob. cit. pág. 25.

17 En este sentido amplio entiende el Nº 1, por ejemplo, Abeliuk, René: "Las obligaciones" Edit. López-Viancos. Santiago, 1971, pág. 496. En la tesis de doña Eliana Calderón, la partición, que para ella es contrato oneroso, se incluye sin obstáculo en el Nº 1. Si se considerare a la partición como acto gratuito, o que escapa a la clasificación en gratuitos y onerosos, queda incluida claramente en el Nº 2.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cedencia de la acción Pauliana en la partición; en todo caso, entiende que son los dos actos los atacables por acción Pauliana). Comentando la procedencia de la acción Pauliana en la partición, se ocupa del punto. Concluye que en la partición de común acuerdo es procedente esta acción, debido a los términos del artículo 2.468, que trata de "actos" y de "actos y contratos". Agrega que la partición efectuada de común acuerdo no puede ser considerada acto gratuito. De modo que, siendo acto oneroso, requiere de mala fe de todos los comuneros y no sólo del comunero deudor. El alcance –expresa– de la frase del artículo 1.723, de que el pacto no perjudicará los derechos de terceros es, precisamente, el de constituir una suerte de presunción (o, como él dice, de cuasi–presunción) de mala fe, si se prueba el perjuicio del acreedor, derivado del pacto y liquidación. Es decir, según este autor, probado por el acreedor que el pacto y liquidación le han perjudicado, funcionaría la presunción de fraude de la referida frase y el acreedor quedaría bastante liberado de probarlo.[18]

Por cierto, para la procedencia deberán cumplirse, también, los demás requisitos de la acción Pauliana, como el ánimo de perjudicar al acreedor (fraude Pauliano; en Chile, conocimiento del mal estado de los negocios) y el perjuicio propiamente (no es necesario tratarlos exhaustivamente aquí; las descripciones, contenidas en obras especializadas, habrán de adaptarse al caso).[19]

El requisito del perjuicio merece un especial alcance.

En síntesis, en la acción Pauliana (en general) se requiere que el acto haya sido otorgado en perjuicio del (de los) acreedor(es), lo que significa que el acto debió haber provocado o aumentado la insolvencia del deudor (esa insolvencia, o su aumento, deben subsistir al momento en que se solicita la revocación: así demuestra el acreedor su interés en accionar).

Lo dicho implica que debe efectuarse una comparación o cotejo entre la situación del deudor al tiempo de contraer la deuda y aquella

18 Trata el punto, no en su "Evolución del Código Civil chileno", ni en su "Derecho de Familia", sino, como ha quedado insinuado, en su Ob. cit. T. cit., Nos. 642 y siguientes, págs. 427 y siguientes. En el Derecho francés, la tendencia más reciente es la de proporcionar a los acreedores las acciones protectoras tradicionales, concretamente la Pauliana. V. Nerson, Roger et Rubellin-Devichi, Jacqueline. Ob. cit. especialmente págs. 402 y siguientes.

19 Conviene recordar que, en análisis más detenido, surge la necesidad de precisar si la noción de fraude está constituida sólo por el conocimiento del perjuicio que se está produciendo, o, además, por la intención de causarlo. El primero generalmente implica la segunda (Cfr. Nerson, Roger: "Régimes matrimoniaux". En Revue trimestrielle de droit civil. Paris, 1970, Nº 4, pág. 743; Chevallier-Dumas, Françoise: "La fraude dans les régimes matrimoniaux". Misma revista, 1979, Nº 1, pág. 64. Recordando estas observaciones, ambos convienen en entregar el punto a la prudencia del juez. Formulan estos alcances examinando la oposición a la homologación, que en Francia es exigida, pero estiman que es equivalente al fraude Pauliano). Pudiere incluso darse la situación de que los cónyuges se "representen" el perjuicio, pero no obstante ello llevan adelante la separación y liquidación, impulsados por otros objetivos; la distribución de los bienes en la partición servirá como un elemento para detectar la verdadera finalidad. En Chile, la mala fe está definida (art. 2.468, Nº 1) simplemente como "el conocimiento del mal estado de los negocios"; con ello, parece bastante con que se "conozca" el perjuicio (podría decirse, hay una presunción de Derecho de que, conociendo el perjuicio, hay intención de causarlo) (V. a este respecto, Vargas Vargas, Manuel: "La acción Pauliana concursal". Impr. Nueva. Santiago, 1949, págs. 110 y siguientes). Con lo anterior, en el cambio de régimen, el fraude Pauliano, entre nosotros, consiste en el conocimiento por parte de los cónyuges de que con el pacto separatorio y liquidación, el estado económico del cónyuge deudor quedará en peor situación que antes, respecto de las posibilidades de que los acreedores obtengan el pago de sus créditos; esto último es el perjuicio, que luego se comentará, en el cuerpo. Entendiendo en Chile por fraude Pauliano este "conocimiento", si se acepta la opinión del señor Somarriva, a ello habría que aplicar la suerte de presunción que él ve en el art. 1.723, lo que equivaldría a sostener que ese "conocimiento", "casi se presumiría", empleando sus expresiones. No olvidamos que el Nº 2 del art. 2.468 pide el requisito (en el deudor solamente) denominándolo "mala fe"; pero así también lo llama en el Nº 1, en donde lo definió en los términos que se ha dicho; por tanto, no parece haber aquí ánimo de innovar.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en que quedó luego de celebrar el acto que se impugna. Tendrá lugar la acción si al tiempo de contraer la deuda era solvente y luego del acto, y por virtud de él, no lo es; o si no siéndolo del todo allá, es más insolvente ahora (debido a él) (porque podría ocurrir que ya al tiempo de contraer la deuda era insolvente y luego del acto, simplemente, sigue siéndolo en términos muy semejantes; entonces, el acreedor no ha visto deteriorarse su situación; nunca tuvo buena posibilidad de obtener el cobro).

Esto es aplicable a la situación que nos ocupa; habrá que comparar el estado del deudor al contraer la deuda, con la situación en que ha quedado luego del pacto separatorio y liquidación; deberá demostrarse: que su situación ha empeorado (empeoramiento que persiste al accionar) y que ese empeoramiento se ha debido al pacto y liquidación.[20]

Es probable que en estos planteamientos surja la afirmación, por parte del acreedor, de que el deudor demandado, que antes era solvente, en virtud del pacto y liquidación "no tiene bienes".

Es útil detenerse en esta última afirmación desde el ángulo del peso de la prueba. Lo que se expone en aquellos términos puede apreciarse que implica, o puede implicar, el planteamiento de una negativa (o, como suele afirmarse –poco apropiadamente, a nuestro juicio–, un "hecho negativo"). Ahora bien, como se sabe, las negativas, en general, no producen por sí solas una alteración del peso de la prueba; son susceptibles de prueba (mediante la prueba del positivo contrario) y, por tanto, debe demostrarla aquél a quien corresponde según las reglas del onus probomdi (generalmente, el que la propone). Pero, como también se sabe, hace excepción a lo dicho la llamada "negativa indeterminada"; ella no es susceptible de prueba (no tiene un exacto positivo contrario), por tanto, queda liberado de prueba el que la plantea (de no ser así, se le estaría pidiendo una prueba imposible); la parte a quien afecta podrá desvirtuarla, probando lo que proceda.

Puede concluirse que la proposición de que el deudor demandado, ahora (después del pacto y liquidación) no tiene bienes, o no tiene otros que los que se señalen o que aparecen adjudicados en la liquidación (y que, se supone, son insuficientes, o de muy difícil persecución), es una negativa indeterminada. Por tanto, no podría exigírsele al que la propone (el acreedor), que la pruebe; así, si el deudor (o su cónyuge o quien desee hacerlo y pueda intervenir procesalmente en el litigio) quiere desvirtuarla, habrá de probar que sí tiene otros bienes.[21]

Debe notarse que, aun cuando en la liquidación subsecuente al pacto el marido aparece recibiendo sólo dinero, o bienes de escaso valor o difícil embargo, bien puede ocurrir que tenga bienes y siga siendo,

20 Si, a esta altura, el demandado alegare que ese deterioro es debido a otros factores, parece procedente que él deba probarlo; de lo contrario se impondría al demandante una prueba imposible, cual sería la negativa indeterminada de que "no han influido otros factores". El punto es semejante al que sigue.

21 Esto mismo puede surgir, siendo aplicable la conclusión, en las otras alternativas que se indicarán pronto; señaladamente en la declaración de inoponibilidad y en la de embargar bienes adjudicados a la mujer, al ejecutarse al marido; aquí sería la mujer la que tendría que probar que el marido tiene otros bienes; esto último siempre que se acepte como adecuada esta alternativa. Pronto se examinará.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por tanto, muy solvente, como si tiene bienes propios, que no han ingresado a la sociedad conyugal.[22]

Resta, en este punto, una referencia a una afirmación –formulada en un fallo– en orden a que el pacto separatorio, en sí mismo, no puede causar perjuicio al acreedor, pues lo que hace es sólo reemplazar un régimen por otro (y al no producir perjuicio, esto sería un fundamento –junto a otros– para rechazar la procedencia de la acción Pauliana); lo perjudicial podría ser –parece decir, implícitamente– la liquidación, pero no el pacto (el fallo es uno que terminó rechazando la procedencia de la acción Pauliana y que será citado luego).

Esa afirmación nos parece acertada sólo en parte. Es cierto que es en la subsecuente liquidación donde, frecuentemente, y, tal vez, en mayor envergadura, se produce el perjuicio; ahí es donde, fundamentalmente, queda, o puede quedar, en insolvencia el cónyuge deudor. Pero debe recordarse también que, en cierta medida, el solo pacto ya perjudica al acreedor: por obra del pacto fue que se disolvió la sociedad conyugal y se originó una comunidad entre los cónyuges; hasta entonces el acreedor se prevalía del artículo 1.750 del Código Civil, según el cual, respecto de él (del acreedor) el marido era el dueño (único) de los bienes sociales; ahora, en virtud del pacto, ya no funciona ese precepto y sólo hay una masa de bienes, que es de dominio común; como consecuencia, si antes, en el cobro podía recurrir a los bienes sociales íntegramente, ahora sólo podría recurrir a la cuota (mitad) del marido (salvo su derecho a demandar a la mujer por su responsabilidad en las deudas sociales, pero ése es otro camino, que se verá más adelante). Por último, si se conviene en que la liquidación sí le causó perjuicio al acreedor, bien puede incluirse en la acción al pacto, que fue el acto que condujo a aquella perjudicial liquidación.[23-24]

Con esta acción, si prospera, se logrará dejar sin efecto el acto de separación y la siguiente liquidación, con lo que los bienes adjudicados a la mujer (que podrían estar inmovilizados por una medida precautoria), volverán al marido y, en su poder, si se dispone de título ejecutivo, podrán incluirse en la ejecución (recuérdese sí, que el efecto de esta acción se limita al monto del perjuicio sufrido por el acreedor).

22 Inmuebles adquiridos antes del matrimonio; o adquiridos durante él, a título gratuito; y ellos no aparecerán, seguramente, en la liquidación, puesto que ésta lo es "de la comunidad" quedada al disolverse la "sociedad conyugal".

23 Como lo ha planteado un autor, comentando la posibilidad de defraudar a los terceros, si el cambio de régimen es el medio utilizado para defraudar a los acreedores, el fraude se materializa y toma cuerpo en el acto de partición (Chevallier-Dumas, Françoise. Ob. cit., pág. 64). Ocurriendo así, es bien natural incluir en la revocación el antecedente inmediato, que llevó a la liquidación, cual es el pacto separatorio.

24 La acción Pauliana evoca, con alguna frecuencia, a la acción oblicua o subrogatoria. De ahí que formulemos una referencia a ella. Puede tener lugar la situación de que, como consecuencia de la liquidación de la comunidad quedada al disolverse la sociedad conyugal, se derive una acción para uno de los cónyuges, específicamente, para el cónyuge deudor. Concretamente, puede surgir la posibilidad de la lesión. Como es sabido, en las particiones está admitida la rescisión por lesión, cuando un comunero ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota (art. 1.348, inc. 2º). Ahora bien, puede ocurrir que, con motivo de la liquidación de la comunidad conyugal, y en el afán de despojar de bienes al cónyuge deudor, se le adjudiquen bienes en monto lesivo. Entonces él tendría la acción de lesión para rescindir la partición; si no la ejerce, injustificadamente (no lo hará si la intención es evadirse del acreedor), el acreedor ¿podría intentarla por él?; es decir, ¿podría intentarla por la vía oblicua? Bien puede tenerse por otro recurso que le asiste; no se ve inconveniente, teóricamente, para conferírsela; sólo que entre nosotros surge la grave dificultad de determinar si la acción oblicua tiene una general vigencia o solamente es aplicable en las situaciones en que expresamente la ley lo permite (entre las que no está la presente); y en Chile la doctrina —puede afirmarse mayoritaria— la tiene por no contemplada. V. para la discusión, Abeliuk, René, Ob. cit., págs. 486 y siguientes.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Un fallo de la Corte Suprema ha rechazado una demanda de esta naturaleza. Sostuvo que la acción Pauliana es improcedente, debido a que ni el pacto de separación ni la liquidación, pueden ser calificados de "contratos onerosos", interpretando exegética y restrictivamente el Nº 1 del artículo 2.468. Fue el recurrente de casación quien planteó como infringido, específicamente, el artículo 2.468 Nº 1; es decir, él se encuadró, derechamente, en este número; la Corte estimó que no había infracción al considerarlo inaplicable al pacto y liquidación porque éstos no son contratos onerosos (ni contratos ni onerosos)[25]. Tampoco se preocupó de pronunciarse directamente sobre la posibilidad de incluirlos en el Nº 2; no lo hizo, quizás, porque no fue mencionado por el recurso, Pero, en general, termina resolviendo que la acción Pauliana no es la vía para que el tercero logre protección. (No fue aludida la argumentación de don Manuel Somarriva).[26]

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

Como todo acto que se celebra, conscientemente, sin la voluntad de realizarlo, el pacto de separación y la siguiente partición, si es del caso, son atacables por la vía de la simulación. Si ha habido simulación, lo más probable es que se trate de la denominada "absoluta" (tras el acto ostensible no se oculta ninguno). Sólo se habría aparentado una separación y liquidación, pero se tiene la intención de continuar en el mismo estado de cosas (la continuación de la vida económica de los cónyuges, en la misma situación de antes, especialmente, en la tenencia material de los bienes liquidados, sería uno de los elementos de prueba que tiende a configurarla).

En cuanto al modo de actuar en concreto, aquí sólo es pertinente recordar que, si bien hay sentencias que han admitido "una acción de simulación"[27], lo más frecuente, en la práctica, en Chile, es que esta institución se utiliza como medio de explicación de los hechos, para concluir demandando la nulidad absoluta por falta de voluntad, y, aun de causa, por causa ilícita, etc.[28]

Puede agregarse, también aquí, al estar relacionado el punto con nuestro tema, que se ha aceptado en la doctrina la posibilidad de demandar simulación de las particiones, en general, por lo que bien podría incluirse ésta, con la agregación de incluir también el pacto de separación.[29]

En todo caso, conviene puntualizar que este camino es difícil, como siempre lo es el de la simulación. La prueba deberá ser bastante

25 Con respecto a la onerosidad, la Corte resolvió que el pacto no puede ser calificado de oneroso porque no es contrato, y son éstos los calificables de oneroso. Esto implica sostener que las simples convenciones escapan a la clasificación en gratuitos y onerosos, lo que puede discutirse.
26 Fallos del Mes, Nº 143; octubre de 1970; también publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 67; secc. 1ª, pág. 463.
27 V. por ejemplo, en Parra, Ricardo: "Simulación. Doctrina y Jurisprudencia". Concepción; 1975; págs. 211 y siguientes.
28 V. Parra, Ricardo. Ob. cit., págs. 262 y siguientes.
29 Somarriva, Manuel. Ob. cit. T. cit., p. 433; este autor, categóricamente, afirma que, "como nuestro código no consagra una acción especial de simulación, la demanda tendría que fundarse en la nulidad absoluta de la partición por falta de causa o de consentimiento". Hay sentencias que han aceptado autónomamene una acción de simulación, como se ha dicho. Cita a Josserand, para refutarlo, en cuanto este autor incluye la simulación dentro de la acción Pauliana, en las particiones.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rigurosa, por lo que deben seleccionarse cuidadosamente los casos, por sus antecedentes de hecho, que serían objeto de una acción de esta especie.

Un autor ha relacionado el pacto con esta acción, pero sin mayores precisiones.[30-31]

Si prospera, queda sin efecto la separación y liquidación; los bienes adjudicados a la mujer (que estarían inmovilizados con una medida precautoria) volverían al marido y, en su poder, si se tiene título ejecutivo, podrían incluirse en la ejecución (como en la situación anterior).[32]

3º *Declaración de inoponibilidad.*

En esta alternativa lo que se solicita es una formal declaración del Tribunal en orden a que el pacto de separación y liquidación es inoponible al acreedor demandante. El fundamento será el perjuicio (que deberá ser demostrado) que se le ha irrogado, con esos actos, teniendo presente el precepto del artículo 1.723; aquí la frase, tan citada, constituirá la base legal más directa.

Esta alternativa parece ser bastante segura y, si se puede decir, cauta.

Al pedir la declaración de inoponibilidad se agregará que, en consecuencia, se mire o se considere, para los derechos del demandante, como que continúa la sociedad conyugal.

Podría surgir la interrogante acerca de la aceptación de la utilización de la inoponibilidad como acción (porque como excepción no hay duda razonable). Estimamos que no hay inconveniente. Así se ha sostenido también. Don Alberto Baltra concibe ampliamente ejercer la inoponibilidad como acción; menciona varios casos. Específicamente, la inoponibilidad por fraude la menciona como que puede hacerse valer como acción; incluso llegar a observar que ahí, "en la gran mayoría de los casos será indispensable la acción"[33]. Dentro de las varias categorías de inoponibilidad que

30 Pérez Donoso, Eugenio: "Comentarios a la Ley 7.612". Impr. Gral. de Prisiones, Santiago, 1948; pág. 52. El Código Civil italiano ofrece, expresamente, la simulación para atacar la convención matrimonial (art. 164).

31 A propósito de este camino, tan relacionado con la nulidad, puede observarse que también sería factible recurrir a la nulidad absoluta por causa ilícita, sosteniendo que la causa del pacto y liquidación, ha sido la de sustraer bienes del patrimonio del deudor, para evitar el pago a los acreedores. Pero a las dificultades propias de la prueba de esa intención, se agregarían aquí las de las nociones de causa y causa ilícita, que traen consigo toda la conocida discusión doctrinaria.

32 Aunque no es atingente con los acreedores, conviene efectuar un alcance en torno a la situación de las legítimas. Pudiere ocurrir que, luego de celebrar el pacto y liquidar la comunidad, en que se adjudicó valiosos y tangibles bienes al cónyuge, falleciere el cónyuge deudor. En tal caso, como su patrimonio ha quedado recién empobrecido, los legitimarios pudieren sentirse perjudicados. Entonces, si se cumplen los demás requisitos, podrían intentar demostrar que tras el pacto y liquidación se ocultó una donación, que, entre cónyuges, vale como revocable (y, para ello, no es necesario que se efectúe en forma de testamento) (arts. 1.338, 1.339 y 1.000); y, en tal caso, o piden que ha de cumplirse después del pago de las legítimas, si alcanza el patrimonio del causante, porque se consideran legados, con el art. 1.141, o recurren a la acción de inoficiosa donación. (V. también, arts. 1.362 y 1.363). Así, podría combinarse la simulación con los medios de defensa de las legítimas.

33 Baltra Cortés, Alberto: "Ensayo de una teoría general de los actos inoponibles". Impr. Direcc. Gral. de Prisiones. Santiago, 1935; pág. 185.

Recuérdese que los conceptos inoponibilidad y oponibilidad son opuestos y correlativos. La vigencia de uno implica la ausencia del otro. Además, la imposición de uno sobre el otro no es necesariamente definitivo. Lo dicho puede constatarse en una situación de inoponibilidad bien típica, como es la cesión de créditos: perfeccionada entre las partes, es inoponible al deudor y a terceros **mientras** no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste; configurada cualquiera de estas dos circunstancias, la inoponibilidad inicial desaparece y el acto se torna oponible al deudor y terceros. Ahora bien, observamos que lo que generalmente surge junto al nacimiento del acto, inicialmente, es la inoponibilidad respecto de alguien (mientras no se cumpla una exigencia que la ley impone) y posteriormente puede terminar desa-

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

menciona el autor recién citado, ésta pertenecería al grupo de las que él llama "inoponibilidad por fraude". Esto en el sentido de que la razón del precepto legal sería el fraude al acreedor; pero no para concluir que él (el fraude) sea un elemento que deba probarse en el caso concreto, para que se declare que el pacto y liquidación son inoponibles al acreedor demandante. Teniendo a la vista la citada expresión del artículo 1.723, basta el perjuicio (que sí deberá probarse). (Entonces, según estimamos, surgiría una diferencia no despreciable entre el camino de la acción Pauliana y el de esta acción de inoponibilidad; en aquélla sería necesaria la prueba del fraude y del perjuicio; en ésta, sólo la del perjuicio).

Respecto de este perjuicio, vale lo dicho para la acción Pauliana, con los varios matices allí apuntados.[34]

Si prospera, efectivamente, se entendería que para el acreedor demandante, los cónyuges demandados no se han separado de bienes y, los que se adjudicaron a la mujer, se mirarán como del marido (respecto de terceros) y si se dispone de título ejecutivo en su contra podrán ser incluidos en la ejecución.

— *Observaciones comunes*

a) Tratándose de las dos primeras alternativas, se producirán también alteraciones en el registro (de inmuebles y vehículos), pues los bienes registrados habían quedado inscritos a nombre de la mujer. Con

---

pareciendo, al cumplirse el requisito, con lo que el acto pasa a ser oponible. Pero es concebible la secuencia inversa: el acto nace con efectos erga omnes, absolutos, y la ley puede prevenir que, si se configura cierto hecho o circunstancia, el acto será inoponible respecto de alguien que señala. En el fondo, podría decirse que el acto es inoponible al tercero también desde el inicio, pero como aquí es la inoponibilidad la supeditada a cierto requisito, resulta que mientras su cumplimiento no se constate, hay que tolerar la oponibilidad, que en esta situación constituiría el principio (o la regla); así, tiempo después de la vigencia del acto (con oponibilidad a todos) puede llegar a constatarse la exigencia del supuesto de inoponibilidad y entonces ella se impone. En suma, el hecho o circunstancia, es el que provoca, a veces (quizás generalmente), la oponibilidad, y otras, la inoponibilidad. Y quien ha de constatar la existencia del supuesto es el juez. Entonces, a él habrá que pedir que, constatando la existencia de ese hecho o circunstancia, declare que el acto es inoponible respecto de la determinada persona (seguramente el que lo pide) (esto último por el efecto relativo de las sentencias); ahí estaría configurada la situación que podría denominarse inoponibilidad como acción. Tal es el caso de este pacto. Como principio, el pacto separatorio produce efectos respecto de todos, desde que se perfecciona; y todos, incluso los acreedores, han de tener a los cónyuges como separados de bienes. Pero el art. 1.723 ordena que no perjudicará los derechos de los terceros. Entonces el acreedor (que lo es desde antes del pacto), observando que en virtud de esa convención y liquidación subsiguiente el deudor ha quedado insolvente, detecta que se ha configurado el requisito de inoponibilidad que la ley ha previsto; en tal evento recurre al juez para que —constatando esa insolvencia debido al pacto y que deberá probar, junto a su calidad de acreedor desde antes—, declare que a su respecto es inoponible y, por tanto, respecto de él se proceda como si los cónyuges continuaren casados en sociedad conyugal. Debe notarse que el solo pacto y liquidación no tienen por qué traer, necesariamente, el perjuicio de los acreedores; podría ocurrir que el deudor siga siendo solvente, por tener bienes propios, que no aparecen —y no tienen por qué aparecer— en la liquidación, como ya se dijo al examinar el punto del perjuicio en el análisis de la aplicación de la acción Pauliana (al que nos remitimos).

34 Otra categoría de inoponibilidad que menciona el autor citado es la denominada "por lesión de derechos adquiridos". Si surge la duda de incluir la situación del pacto y liquidación, en ésta, puede responderse que no es lo propio. El derecho del acreedor permanece incólume en sus caracteres substantivos; su "perjuicio" consiste en la dificultad en obtener el pago del crédito debido al deterioro del patrimonio de su deudor, debido, a su vez, al pacto y liquidación; ese deterioro lo pueden sufrir la generalidad de los acreedores, en cualquier otra situación, porque, como se sabe, la sola circunstancia de contraer una deuda no "fija" los bienes del deudor en su patrimonio, el cual continúa en su permanente movimiento, configurándose la subrogación real (los que entran reemplazan a los que salen); al no haberse premunido de una caución real, el acreedor sólo tiene el derecho de prenda general: esa "prenda" tiene el riesgo permanente de disminuir (y la ventaja de poder aumentar), y de "transformarse" en bienes de difícil persecución.

Así, su inoponibilidad estaría fundada en la frase del art. 1.723 (que tendría, en este camino, su explicación en la sospecha de fraude).

Por eso es que parece más apropiado considerar esta inoponibilidad como por fraude, antes que como de lesión de derechos adquiridos.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la revocación, o declaración de nulidad por simulación, deberán cancelarse esas inscripciones (por sentencia judicial, como está contemplado en el artículo 728 del Código Civil y, formalmente, mediante subinscripción, como lo tiene previsto el artículo 91 del Reglamento del Registro Conservatorio).

En cuanto a la declaración de inoponibilidad, por tratarse de una ineficacia relativa sólo al acreedor demandante, sería improcedente la cancelación; claro que, en este caso, podría producirse, posteriormente, una ruptura en la cadena registral, si el bien se embarga: aparecería embargado en una ejecución en que el ejecutado no es la persona a cuyo nombre está inscrito el bien. El Conservador quizás objetaría la inscripción; pero el juez podría ordenarla teniendo a la vista la sentencia declarativa de la inoponibilidad; esta objeción es, justamente, la que se plantea en la vía más directa de embargar simplemente bienes adjudicados a la mujer, en la ejecución al marido, que será mencionada más adelante; aquí la objeción quedaría desvirtuada porque la inoponibilidad se obtuvo previamente, mediante el juicio declarativo. Mayor sería todavía la solución de continuidad en la cadena del registro cuando, a consecuencia del embargo, el bien sea rematado por un tercero, y quede en definitiva inscrito a su nombre: en las apariencias del registro pasaría del marido a la mujer, por adjudicación, y de ésta "saltaría" al tercero subastador. La deficiencia quedaría subsanada si en la escritura de remate, y ya en la inscripción del embargo, se deja constancia de que todo ello es debido a una sentencia de inoponibilidad previamente obtenida (sería útil esa constancia para satisfacer a quien, posteriormente, examine los respectivos títulos).

b) En estas tres alternativas, sobre todo en las dos primeras, se podría hacer presente al Tribunal que ha llegado a ser frecuente, en la práctica, que se utilice el pacto y liquidación para burlar a los acreedores, y aun para otros diversos propósitos igualmente poco confesables. Por cierto, esta apreciación no constituye una aventura. Aparte de ser una constatación bastante divulgada, ha quedado consignada en estudios respetables. Así, se ha afirmado, por ejemplo, en el conocido curso de "Derecho de Familia": "Finalmente, no son pocos los casos en que se estipula la separación a fin de burlar los derechos de terceros".[35]

Merece, también, destacarse las aprehensiones del Instituto Chileno de Estudios Legislativos, autor de la obra legal que, observando los desvíos, publicó una declaración en la prensa de Santiago, en septiembre de 1945, reprochando las distorsiones que en la práctica sufría el texto del artículo 1.723 y previniendo a las mujeres casadas de los peligros a que se exponían. Un pasaje de esa comunicación decía: "Se ha impuesto el Instituto Chileno de Estudios Legislativos que hay numerosos casos de personas que hacen uso de esa facultad (la de pactar separación de bienes) con ánimo ligero y para precaver intereses subalternos . . .".

c) Por último, es de observar que estas tres posibilidades se concretan mediante instituciones emparentadas entre sí; incluso, según se sabe, una de las explicaciones que se ha ofrecido sobre la naturaleza de

35 Somarriva, Manuel: "Derecho de Familia". Edit. Nascimento. Santiago, 1963, pág. 196; más se extiende en la aseveración el mismo autor, en su "Evolución del Código Civil chileno". Edit. Nascimento, Santiago, 1955, pág. 294.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la acción Pauliana, es que sería una especie de inoponibilidad[36]. Y para impugnar el pacto de separación, no habría inconveniente en plantearlas, conjuntamente, en términos subsidiarios.[37]

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

Otra alternativa consiste en demandar a la mujer que se ha separado de bienes y liquidado la comunidad, y, aceptando los gananciales, ha recibido bienes en la respectiva partición, para obtener una declaración del juez en orden a que ella está obligada al pago de determinada deuda del marido (ello en busca del título ejecutivo en su contra, que sería la sentencia).

El fundamento está en los artículos 1.764 y siguientes del Código Civil (especial mención tiene aquí el artículo 1.777), según los cuales la mujer, si ha aceptado los gananciales, es responsable de las deudas sociales, hasta concurrencia de lo que reciba por aquel concepto).

Tal demanda equivale a hacer realidad, en un caso concreto, la responsabilidad de la mujer, impuesta en el artículo 1.777.

En este camino, la frase citada del artículo 1.723, prácticamente, sólo es aprovechable como argumento de refuerzo (como el texto del artículo 1.777 es bastante categórico, no necesita de mayor acompañamiento; en definitiva, la expresión del artículo 1.723 en realidad no serviría mayormente).

A este último propósito es oportuno recordar el comentario que formuló don Arturo Alessandri en la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados, al discutirse el proyecto de lo que sería Ley Nº 7.612 (según la sentencia del Fallo del Mes Nº 143, citada), quien habría expresado que la disposición del artículo 1.723 "no tiene otro alcance que el de ser una confirmación de las reglas generales que da el Código Civil al ocuparse de la liquidación de la sociedad conyugal; los terceros

36 Pero son instituciones diversas, como lo ha resuelto un fallo, respecto de las acciones de Simulación y Pauliana: Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 31, sec. 2º, pág. 65.

37 Cfr. Ferrara, Francisco: "La simulación de los negocios jurídicos". Trad. de Atard y De la Puente. Reimpr. Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1960; pág. 442; Díez, Raúl: "La simulación de contrato en el Código Civil chileno". Impr. Chile. Santiago, 1957, pág. 153.

Si el cónyuge no deudor ya ha transferido a un tercero los bienes adjudicados en la liquidación, surgirán dificultades (conflictos entre terceros), que son tratadas en el estudio de las materias a que estas acciones pertenecen y que, en cuanto no ostentan particularidades en este tema, le exceden.

Pueden mencionarse algunas: En la acción Pauliana, aparece la de los efectos respecto de los subadquirentes. En la nulidad (o simulación con nulidad), la relativa a la restitución de la cosa cuando quien accionó fue un tercero. El art. 1.689 del Código Civil dispone que "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores", acción que correspondería —puede agregarse— al contratante (como dueño no poseedor), pero no al actor de la nulidad (ahí podría llegar al debate la posibilidad de la acción oblicua). Si se ha declarado la inoponibilidad podría estimarse que, como para el acreedor (que obtuvo) los cónyuges se miran como que continúan casados en sociedad conyugal, si fue la mujer la que enajenó el bien, lo habría enajenado (al menos respecto de él) siendo relativamente incapaz, por lo que el acto adolecería de nulidad relativa; pero este planteamiento es excesivo: por una parte, la inoponibilidad declarada no puede llegar hasta alterar la capacidad de las personas, de modo que si la mujer estaba separada de bienes al enajenar, era capaz; en caso contrario, la inoponibilidad declarada a favor del tercero acreedor estaría afectando al tercero adquirente, lo que no es fácilmente aceptable; por lo demás, como la nulidad sería la relativa, el acreedor no tendría la acción, pues la tiene sólo aquél en cuyo beneficio la ha establecido la ley, en este caso, la mujer y el marido (para pretender interponerla, el tercero acreedor tendría que vencer, una vez más, en el problema de la vigencia general, en Chile, de la acción oblicua, la cual, desestimada al parecer mayoritariamente, aquí se tornaría más objetable) (en todas estas eventualidades, la fe —buena o mala— del tercero adquirente tiene, en cada materia, diversa influencia, que se señala en el tratamiento de las respectivas instituciones).

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se hallan en idéntica situación que si se disuelve la sociedad conyugal por cualquier otra causa, y agregó que, aunque esta disposición no hubiera existido, los derechos de los terceros habrían estado igualmente protegidos y que se estableció con el solo objeto de dejar en claro que los cónyuges no pueden valerse del pacto separatorio para empeorar la situación a que están sometidos los terceros según las reglas generales".

Además, en una conferencia que pronunciara en torno a las reformas introducidas por la citada Ley Nº 7.612, manifestó: "Naturalmente, que este pacto no altera en forma alguna los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer. Es decir, en virtud de este pacto se disuelve la sociedad conyugal de pleno derecho –y así lo dice el Nº 5 que se agregó al artículo 1.764– y todo acontece al igual que si esa sociedad se disolviere por muerte de uno de los cónyuges o por cualquiera otra de las causales que señala este artículo. Habrá, pues, que proceder a la liquidación de la sociedad conyugal de acuerdo con las reglas pertinentes: los acreedores del marido o de la mujer conservarán sus derechos y podrán hacerlos valer del mismo modo que cuando la sociedad se disuelve por cualquiera de las causales que enumera el artículo 1.764".[38]

Si prospera, con la sentencia como título se ejecutará a la mujer por el monto de la deuda, siempre hasta concurrencia de lo que haya recibido por mitad de gananciales.

Conviene precisar que, como en la mujer no se produce una separación de patrimonios entre lo que recibe, por una parte, y los demás bienes que ya tenía y siga adquiriendo, por otra, resulta que el acreedor podría ejecutarla recurriendo tanto a los bienes que recibió como a los otros; su responsabilidad es hasta "por el valor" de lo recibido y no "con los bienes" recibidos. (En todo caso, una medida precautoria perjudicial es útil, para mayor seguridad; y, en tal caso, puede recaer tanto sobre los que haya recibido como sobre los otros, por lo dicho).

A este último respecto se ha precisado que el valor por el que responde la mujer es por la cifra determinada que arrojó la liquidación, como gananciales, dividido por dos; es decir, por lo que se indicó en la escritura como mitad de gananciales, con independencia del valor real de los bienes con que se le enteró su haber, el cual, además, puede variar con el tiempo.[39]

Pueden destacarse dos diferencias prácticas entre esta alternativa y la anterior, en cualquiera de sus tres modalidades.

a) Si se declara inoponibilidad, simulación o revocación por acción Pauliana, la mujer no tiene la eventual defensa de que se le está exigiendo una contribución más allá de su mitad de gananciales, puesto que si la acción prospera, no habrá separación o se mirará como que no la hay; por lo demás, no se seguirá contra ella el cobro. Si se le persigue en esta segunda alternativa, es decir, con el artículo 1.777, tiene esa defensa, si es del caso. La prueba del exceso le corresponde, sin duda.

b) Por otro lado, si se eligió la primera alternativa, de inoponibilidad, simulación o acción Pauliana, como las cosas vuelven al estado ante-

38 Alessandri, Arturo: "Reformas introducidas al Código Civil por la Ley 7.612". En Revista de Derecho y Jurisprudencia T. 40; Prim. parte, pág. 105 y siguientes; este trozo: págs. 120-1.
39 Así, Fueyo, Fernando: "Derecho Civil". Imprenta y Lit. Universo. Valparaíso. Santiago, 1959. T. VI. Derecho de Familia. Vol. II, pág. 188.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rior, es decir, lo que la mujer recibió vuelve al marido o se mira como que está aún en su poder (pudiendo, incluso, reivindicarse de manos de terceros en el caso de simulación con nulidad y, aun, en el de la acción Pauliana, reuniéndose en este último evento los requisitos para que afecte a los subadquirentes), entonces, podrá recurrirse sólo a esos bienes. En cambio, si se demanda a ella, podrá recurrirse a todos sus bienes, hasta por el valor de lo recibido por mitad de gananciales, pues, como se dijo, ella responde de un valor, con esos bienes o con otros.

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago ha aceptado, ampliamente, esta alternativa; y precisó que si la mujer alega que la deuda que se le cobra fue contraída por el marido en su personal provecho, es decir, no era deuda social, ella debe probarlo. La lectura de la sentencia deja claro que el juicio seguido en contra de la mujer fue declarativo, en cuanto se pidió al juez que declarara que ella estaba obligada al pago de unas letras de cambio aceptadas por el marido durante la vigencia de la sociedad conyugal, letras que sólo se tuvieron a la vista, pero sin ser utilizadas como títulos para una ejecución en contra de la mujer (esto se destaca por lo que se dirá más adelante).[40]

C. *Ejecución al marido, con embargo de bienes adjudicados a la mujer.*

Se ha pretendido una tercera alternativa: disponiéndose de un título ejecutivo contra el marido (el que se configuró al otorgársele el crédito) se le ejecuta, y en esa ejecución se embargan bienes que eran sociales pero que en la liquidación fueron adjudicados a la mujer, de modo que al tiempo del embargo aparecen como de ella.

Este camino se funda en la expresión del artículo 1.723, citada, e implica conferirle un potente alcance. Significa, prácticamente, sostener que importa una suerte de inoponibilidad de pleno derecho; es decir, que sin más exigencias, nunca una separación de bienes y liquidación (efectuadas en virtud del artículo 1.723) produce efectos contra terceros acreedores (que lo son desde antes del pacto).

El alcance que ella confiere a la frase parece excesivo; ahora los bienes son de la mujer; ella debe ser oída; el principio es que los bienes que pueden embargarse en una ejecución son los del deudor y no los ajenos, o, al menos, los que están apareciendo como ajenos. Debe recordarse que el pacto, y la liquidación que es su consecuencia, producen efectos erga omnes, absolutos, practicada la subinscripción indicada en el artículo 1.723. Con esta alternativa se está considerando que la frase mencionada lo que introduce es una verdadera excepción a esos efectos absolutos; pero, entonces, tendría que oírse, previamente, a la mujer, contra quien en definitiva se va a actuar como si no existiera separación, y debe probarse que el pacto irroga perjuicio al acreedor; mientras esa prueba no se rinda, rigen los efectos absolutos del pacto. (Quien estime apropiado este camino dirá que esa prueba podría rendirse en el curso de la tercería. Si es de dominio, es posible, dado el procedimiento en tal caso; si es de posesión,

40 Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 53, sec. 2ª, pág. 96.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

es más difícil admitir un debate y prueba sobre ese perjuicio, puesto que ahí lo debatido será sólo la posesión, y el procedimiento, según se ha impuesto, es el incidental). Debe notarse que, sea la tercería de dominio o de posesión, no cabe adecuadamente ahí la discusión del perjuicio derivado del pacto y separación. En una lo debatido es el dominio y, en la otra, la posesión; aquello sería ajeno a esto.

Recuérdese, también, las varias implicancias que trae o puede traer consigo la prueba del perjuicio, vista a propósito de la acción Pauliana y que son trasladables a esta alternativa. (Lo dicho allá es aplicable aquí; y esa aplicabilidad constituye un obstáculo en la admisión de este camino).

Por otra parte, esa posibilidad lleva consigo una limitación no despreciable, cual es que los bienes que la mujer recibió permanezcan en su poder, la que no surge, por ejemplo, en la alternativa anterior.

Si se trata de bienes registrados (inmuebles, vehículos motorizados), la culminación de gestiones del embargo tropezaría con la inscripción. El Conservador podría negarse a inscribir, lo cual tendría bastante fundamento; el bien aparece inscrito a nombre de persona distinta del deudor (y, seguramente, lo que el Tribunal ordenó fue trabar embargo sobre bienes del deudor si no pagare); y este funcionario vela antes que nada por el mantenimiento de las formas y continuidad registral (no tanto por su legalidad substantiva); debe recordarse, en fin, que el reglamento le ordena negarse a inscribir cuando el título emana de persona que no es dueño o actual poseedor (según el registro) (artículo 14); es cierto que el precepto aludido está dado para la transferencia de dominio, pero el principio que fluye de esa importante disposición es el del mantenimiento de la continuidad registral, controlada por el funcionario.

Un Conservador de bienes raíces se negó a inscribir el embargo de un bien raíz que figuraba inscrito a nombre de la mujer –en virtud de una adjudicación al separarse de bienes de su marido– en una ejecución seguida a éste.

El interesado acudió al juez de primera instancia a fin de que, con las pertinentes disposiciones del reglamento, ordenare al Conservador inscribir. El juez no lo ordenó; manifestó acuerdo con el Conservador. El interesado apeló. La Corte de Temuco confirmó la resolución del juez. El interesado interpuso recurso de queja. La Corte Suprema rechazó la queja por estimar que no había falta o abuso al resolverse así[41]. (Conviene insistir en que lo rechazado fue la queja; quizás si mantendría su predicamento la Corte en un recurso de casación).

Puede ocurrir que el Conservador efectivamente inscriba un embargo sobre bienes adjudicados ya a la mujer. En tal situación se ha resuelto que debe desecharse el recurso de queja interpuesto por la mujer del ejecutado en contra del Conservador de bienes raíces, fundado en que éste procedió a inscribir el embargo trabado sobre un fundo registrado a nombre de la recurrente y que fue designado por el ejecutante en juicio seguido contra su marido.[42]

41 Fallos del mes Nº 245: mayo de 1979.
42 Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 29, pág. 292.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De la lectura del fallo no se desprende que el Tribunal estime que se puede embargar el bien inscrito a nombre de otra persona que el deudor; lo que concluye es que si de hecho ya el Conservador inscribió, no es lo procedente que la mujer interponga queja en su contra, pues tiene otros medios: los que la ley confiere a terceros para hacer valer sus derechos y llegar al alzamiento del embargo (tercerías); debe solicitarse al Tribunal el alzamiento y allí se resolverá lo que corresponda (por la redacción de la sentencia, parece dar a entender también que el Conservador no podría negarse a inscribir, pero no queda establecido en modo alguno como afirmación categórica; no era, por lo demás, punto debatido).[43]

Aquí, es la ocasión de mencionar también una sentencia de la Corte de Temuco, que acogió una tercería de dominio interpuesta por la mujer. Un acreedor ejecutó a un deudor suyo; en la ejecución embargó bienes que ya habían sido adjudicados a la mujer (por la separación de bienes y liquidación); la mujer interpuso tercería de dominio; el juez de primera instancia rechazó la tercería; la Corte, revocando la sentencia, la acogió[44]. El fundamento del ejecutante para pedir el rechazo de la tercería era la frase citada del artículo 1.723. Y se agregó la circunstancia de que en el caso no se había practicado el inventario y la tasación, prescritos en los artículos 1.765 y 1.766 del Código Civil, y que la mera declaración efectuada por los cónyuges en la escritura de separación y liquidación no es suficiente y no tiene valor en juicio, como lo señalan esos preceptos. El fallo resuelve que si se quiere perseguir la responsabilidad de la mujer por el artículo 1.777, tendría que demandarse a ella, puesto que es, plenamente, capaz. Agrega que la exigencia de inventario y tasación de los artículos 1.765 y 1.766 estaría derogada tácitamente por las reformas introducidas al artículo 1.723 y, que, si no lo están, se cumplió con ella, no siendo necesario que el inventario fuere solemne en el presente caso.

Aun cuando algunas afirmaciones del fallo son muy discutibles, la conclusión de admisión de la tercería de dominio es bastante aceptable. Si se tienen a la vista las alternativas que aquí se han planteado, habría que estimar que está ubicada en la posición más sólida.

Respecto de la vigencia, para esta forma de disolver la sociedad conyugal, de la exigencia de inventario y tasación a que se refieren los preceptos citados, si bien no parece apropiado considerar que, en general, está derogada, si es plausible la afirmación de que para esta disolución convencional lo estaría, desde que se ha permitido la liquidación en el mismo pacto de separación; no es razonable concluir que, por una parte, se permita la liquidación inmediata y, por otra, se pide inventario y tasación efectuados con solemnidad judicial. (Ellos sí podrían aún practicarse –y, por tanto, pueden exigirse– en otras causales de disolución). Además, si no se practican, y se concluyere que rige la exigencia incluso aquí, la sanción es que no pueden hacerse valer en juicio, pero ello no autorizaría

43 A este respecto, quizás la razón que podría aducirse para sostener que el Receptor trabe embargo y el Conservador inscriba, es que en la práctica no es tan extraño —aunque es poco frecuente— que un bien aparezca inscrito a nombre de la mujer cuando, en realidad, es de la sociedad conyugal y, por tanto, embargable por acreedores del marido (se compra y registra "a nombre" de la mujer, pero es adquisición de inmueble a título oneroso durante la sociedad conyugal). Justamente porque es poco frecuente, es que la explicación es débil.

44 De 9 de septiembre de 1981; se ha tenido a la vista en fotocopia; se ignora si ha sido publicada y si fue objeto de recurso.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

para embargar bienes que, actualmente, son de alguien que no es el ejecutado y cuyo dominio (o posesión) podría acreditarse por diversos medios probatorios. En otros términos, la falta de esa exigencia –si se estima vigente para el caso–, no tiene por qué traer como consecuencia algo bastante distinto, como sería deducir que para todos los efectos se continuara estimando que los bienes son sociales.[45]

Con todo lo discutible que resulta, el camino descrito tiene, sin embargo, notables fallos que lo acogen.

Uno es de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictado en un incidente (al parecer, de tercería de posesión). El caso, referido a bienes muebles, se acerca bastante al que se ha reseñado al comienzo. El juez de primera instancia (don Israel Bórquez), estimando que debió demandarse a la mujer si se quería perseguir su responsabilidad, acogió su incidencia de excluir del embargo en la ejecución al marido, los bienes (muebles) que a ella le habían cabido en la liquidación. La Corte revocó dicha sentencia y resolvió, citando el artículo 1.723 en cuanto al pacto de separación no puede perjudicar a los derechos de los terceros, que esos bienes, como pertenecían a la sociedad conyugal al tiempo de contraerse la deuda, podían ser embargados; expresó que la mujer "carece de derecho para solicitar que se excluyan del embargo los bienes muebles que fueron objeto de esa medida en la presente ejecución".[46]

En todo caso, debe advertirse que, como hecho de la causa, estaba el de que en la liquidación se estableció que no había gananciales (porque había deudas superiores al activo) y que, a mayor abundamiento, la mujer renunciaba a los que pudiera haber y que, en consecuencia, el marido quedaba como único responsable de las deudas sociales. Y, se agregó, que a la mujer se le adjudicaban ciertos bienes muebles (los posteriormente embargados) en pago de la recompensa que la sociedad le debía por un aporte, de dinero, que ella habría hecho en su oportunidad.

La Corte estimó que no se había probado, suficientemente, el hecho del aporte.

En general, pudiere pensarse que si se admite el embargo de lo que recibe en recompensa por aporte, con mayor razón podría serle embargado lo que reciba como gananciales. Pero lo que aquí es de observar (y puede haber sido esto de fuerte influencia en el espíritu de la Corte) es que parece haberse diseñado por los cónyuges este esquema de renuncia a los gananciales y de adjudicación por recompensa de aporte, para evitar ulterior responsabilidad de la mujer; entonces, la Corte habría detectado que, si se rechazaba el embargo, al acreedor *no* le quedaba el camino de recurrir a la demanda ordinaria contra la mujer por el artículo 1.777, puesto que ésta responde hasta su mitad de gananciales y aquí no los había. No es posible afirmar que esta situación fue simulada; pero, al menos, surge la duda.

— Otro es de la Corte de Apelaciones de Concepción[47]. Se rechazó la tercería interpuesta por la mujer, aceptándose que en la ejecución al marido se embarguen bienes adjudicados a la mujer.

45 Así también, Revista de Derecho y Jurisprudencia. T. 56; sec. 1ª, pág. 44; misma revista, tomo y sección, pág. 347.
46 Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 46; sec. 2ª, pág. 23.
47 De 15 de octubre de 1976, conocido en fotocopia.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

— Un tercero es de la Corte de Apelaciones de Talca[48]. Se llegó a la misma resolución, rechazándose la tercería interpuesta por la mujer, aceptándose que en la ejecución al marido se embargaren bienes adjudicados a ella. Se tuvo en vista, fundamentalmente, la mencionada frase del artículo 1.723. En todo caso, conviene destacar que, según la sentencia, "la separación convencional se llevó a efecto con posterioridad a la iniciación del correspondiente juicio ejecutivo, lo que es abiertamente atentatorio de lo expresamente estatuido en el artículo 1.723 del Código Civil..."; no precisa si ya se había trabado embargo sobre los referidos bienes (al parecer, sí). (El punto de la separación después del embargo será tratado pronto).[49]

Hay otras sentencias que pueden mencionarse en ese acápite, pero que carecen de fuerza de convicción, porque no acogen esta alternativa, sino que formulan ciertas declaraciones y versan sobre ciertos hechos, que sólo indirectamente o a contrario sensu (con el peligro que encierra este argumento) podrían apuntar a la misma tesis:

a) Un fallo resolvió que antes de la liquidación de la sociedad conyugal no puede ejecutarse a la mujer por deudas del marido (fallecido), porque no se sabe la responsabilidad de la mujer conforme a los artículos 1.777 y 1.354 del Código Civil (la deuda no es, respecto de ella, líquida y, actualmente, exigible). Podría estimarse que da a entender que si hubiere liquidación, sí podría ejecutársele.[50]

b) Otro, que si no hubo gananciales, la mujer no puede ser ejecutada (después de disuelta la sociedad conyugal por sentencia judicial), por un mutuo contraído por el marido durante la vigencia de la sociedad conyugal. Podría estimarse que da a entender que si hay gananciales, sí.[51]

c) Y otro, que si durante la sociedad conyugal la mujer aceptó letras de cambio con mandato del marido, el responsable es el marido mientras no se practique liquidación. Si fallece la mujer, sigue responsable el marido (por el total) mientras no se practique la división de la comunidad (sin que sea aceptable objetar que habría personas no demandadas, los here-

48 De 12 de diciembre de 1980, conocido en fotocopia.
49 El Tribunal Supremo de España, avocado a una situación semejante, desestimó la tercería. La síntesis publicada dice así: "Se interpuso recurso de casación en autos de juicio de tercería de dominio, por entender la tercería recurrente que los bienes embargados a su marido son de su exclusiva propiedad, toda vez que otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que establecían separación de bienes. Recurso que fue desestimado, ya que las deudas que dieron lugar al embargo fueron contraídas con anterioridad al otorgamiento de los Capítulos, quedando, por tanto, los bienes comunes afectos al pago de dichas deudas.
El fundamento de las dos sentencias de instancia, para desestimar la pretensión de tercería ejercitada por la hoy recurrente en el juicio ejecutivo seguido contra su marido, no es otro sino el reconocimiento hecho por ambos cónyuges de que hicieron el pedido de los géneros a que responden las cambiales insatisfechas, recibidos a plena conformidad, que el negocio comercial era del matrimonio regentado por el marido, que pagaba incluso las rentas del arrendamiento de un local, y que los pisos también embargados fueron adquiridos poniéndose a nombre de la mujer, todo ello en fecha anterior al otorgamiento de los Capítulos, lo que permite afirmar a los juzgadores, que la deuda se contrajo con anterioridad al 2 de agosto de 1974, fecha en que se otorgó la escritura de capitulaciones matrimoniales con régimen de separación de bienes, teniendo hasta entonces los bienes discutidos el carácter de comunes que tienen que responder a las deudas contraídas durante su vigencia, por imperativo de lo dispuesto en los arts. 41-5º y 42-1º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón". En Rev. de Derecho Privado. Madrid, febrero, 1980, p. 191. (La base legal provenía, en el caso, según se expresa al final, del Derecho foral de Aragón, cuyos textos, como se ha dicho antes aquí, admiten el pacto separatorio desde antes de la reforma al Código Civil; para estos efectos, la responsabilidad por el pasivo de la sociedad conyugal no difiere esencialmente de nuestro sistema).
50 Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 20, sec. 1ª, pág. 172.
51 Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 26, sec. 1ª, pág. 493.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

deros de la mujer). (No se aplica, agregó, el artículo 1.337, porque aquí el marido sigue responsable debido a las reglas de la sociedad conyugal y no en su carácter de heredero de la mujer). Podría estimarse que da a entender que si hubiere liquidación, sí sería responsable la mujer, o sus herederos.[52]

Este último es aún más tenue en su eventual derivación.

Conviene, también, efectuar una referencia a otra interrogante que puede surgir en esta ejecución al marido *¿Y, si primero se embarga el bien, aún vigente la sociedad conyugal, y, después, trabado ya el embargo, se adjudica a la mujer?*

Desde el punto de vista de la procedencia de la adjudicación, estando el bien en ese estado, bien puede sostenerse que, tal como lo ha resuelto, reiteradamente, la jurisprudencia, la adjudicación no importa enajenación y, por tanto, no hay objeto ilícito (por el artículo 1.464, Nº 3 del Código Civil) en el acto de adjudicación.[53]

En cuanto al mantenimiento o alzamiento del embargo (mediante una tercería interpuesta por la adjudicataria), un fallo dispuso: si durante la sociedad conyugal los acreedores del marido embargan un inmueble adquirido por éste a título oneroso, el embargo subsiste no obstante que, disuelta la sociedad, se adjudique a la mujer el inmueble mencionado.[54]

También puede agregarse, en el mismo sentido, la sentencia de la Corte de Talca, de 1980, antes citada, si se entiende que en esos hechos no sólo la demanda ejecutiva ya estaba interpuesta, sino, precisamente, también el embargo ya estaba trabado sobre los bienes adjudicados después a la mujer.

Posteriormente, otro fallo ha mantenido esta solución.[55]

Aunque no surgen nuevos textos, en esta situación, sin duda, cobra vigor la posición de rechazar la tercería de la mujer.

D. *Ejecución a la mujer*

Podría, todavía, mencionarse otra posibilidad que, si no ha sido planteada formalmente, pudiere pretender elaborarse. Que si se dispone de título ejecutivo contra el marido, pudiere ejecutarse con él directamente a la mujer y embargársele bienes, ya de los que recibió en la liquidación,

52 Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 47, sec. 2ª. pág. 20.
53 Por ej. Gaceta de 1903, T. I, Nº 1.064, pág. 1.122; 1921, 1er. Sem., Nº 225, pág. 951; 1886, Nº 2.197, pág. 1.395; Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 35, pág. 424.
Incluso se ha resuelto lo mismo, más allá del embargo, aunque haya, en general, prohibiciones; un fallo resolvió que la circunstancia de que haya prohibiciones o embargos que afecten a la propiedad adjudicada a la mujer en la liquidación de la sociedad conyugal, no obsta a la inscripción de la adjudicación en el Conservador de Bienes Raíces: Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 32, sec. 2ª, pág. 33. Sin embargo, tratándose de que lo que pesa sobre el bien es una prohibición de celebrar actos y contratos, se ha resuelto, en contrario, que procede incorrectamente, cometiendo una falta que debe ser enmendada por la vía de la queja, el Conservador que inscribe a nombre de la mujer la adjudicación de un bien raíz que pertenecía a la disuelta sociedad conyugal y que se le hizo en la liquidación de la misma, prescindiendo del hecho de que la propiedad a que esa adjudicación se refiere estaba afecta a una prohibición de celebrar actos y contratos decretada en un juicio sobre cumplimiento de un contrato de promesa de venta seguido en contra del marido: Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 48, pág. 415. Parece lógica la solución; existiendo prohibición amplia, se infringe con la adjudicación, pues ella, si bien no es enajenación, sí es un acto.
54 Gaceta de los Tribunales de 1933; 2º sem. Nº 89, pág. 300.
55 Ya dada hace cien años. Fallos del mes, Nº 218, enero de 1977. Esta sentencia rechazó la tercería aludiendo a la expresión del art. 1.723 en orden a que no puede perjudicar los derechos de terceros —el ejecutante— y estimando que se configuraba una inoponibilidad a él; que sería, puede agregarse, de pleno Derecho. Debe sí, insistirse que, en el caso, el embargo se trabó existiendo aún sociedad conyugal (se agregó una explicación referente al efecto declarativo de la partición, razón por la cual este fallo se volverá a mencionar pronto).

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ya de los demás que pudiere tener; en el primer caso, basado en la inoponibilidad (de pleno derecho, se diría) contenida en el artículo 1.723, y en el segundo, en la responsabilidad que le atribuye el artículo 1.777.

Esta alternativa tendría la ventaja, frente a la anterior, de que no rompe el principio de que se deben embargar bienes del ejecutado y no de otro. Pero, en cambio, ofrece la dificultad de que se está ejecutando a una persona con un título ejecutivo en que el deudor es otro. Y este defecto es suficientemente grave como para ser desechado. Parece muy clara la falta de requisitos del título para que tenga fuerza ejecutiva respecto del ejecutado. Y serían, además, muchos los inconvenientes que se derivarían de estar ejecutando a una persona con un título relativo a otro, en cuanto a las excepciones que podrían y no podrían oponerse, etc.

6.— *REFERENCIA AL EFECTO DECLARATIVO*

Por último, resta una referencia a un punto que puede surgir en cualquier etapa del debate sobre el problema y, quizás, con varias de las alternativas de solución aquí descritas. El relativo al efecto declarativo (y, por lo tanto, retroactivo) de la partición.

Como se sabe, en general, la partición, en Chile, es un acto de carácter declarativo, según se consagra básicamente en los artículos 718 y 1.344 del Código Civil. En su virtud, se considera que cada objeto adjudicado ha pertenecido, exclusivamente, al respectivo adjudicatario desde el día en que se originó la comunidad. Es claro que este efecto declarativo alcanza a la partición de la comunidad quedada al disolverse la sociedad conyugal (por el pacto o por otra causa) (artículo 1.776), como a cualquier indivisión. Y la regla general es que el efecto declarativo se aplica retroactivamente hasta el día del origen de la indivisión.[56]

Ahora bien, si se pretende intentar el camino de embargar directamente bienes a la mujer, en la ejecución seguida al marido (que en los pasajes anteriores puede identificarse como aquella alternativa que supone que el artículo 1.723 contiene una inoponibilidad de pleno derecho a los acreedores) la mujer, en la tercería o en otra actuación, podría alegar que como la partición tiene efecto declarativo, ha de entenderse que ella es dueña del respectivo objeto desde . . . y podría sostener que desde el día en que el bien fue adquirido, afirmando que allí se originó la indivisión.

Aun cuando el aludido camino no se estima aquí muy adecuado, esa alegación de la mujer sí no es correcta y para ser desvirtuada es que se ha relacionado.

En el Derecho chileno debe recordarse que la sociedad conyugal no puede estar equiparada a una comunidad ordinaria. Más aún, durante su vigencia es el marido el dueño de los bienes sociales. Al menos respecto de terceros. Comunidad, propiamente, existe desde que la sociedad se disuelve; por tanto, a sólo ese día es que se retrotrae el efecto declarativo de la partición de esa comunidad. Puede observarse los graves inconvenientes que se generarían si se llegare a retrotraer el efecto declarativo hasta el día de la adquisición del bien adjudicado; los actos, cargas y otros

56 Preceptos citados; también Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 9, sec. 1ª, pág. 33.

Artículo: El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores
Revista: Nº173, año LI (En-Jun, 1983)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

derechos celebrados y contraídos por el marido relativo a los bienes adjudicados a la mujer serían desconocidos por ésta; desde luego, ello entraría en contradicción con aquel precepto que tiene al marido, respecto de terceros, como dueño de los bienes sociales (artículo 1.750).[57]

En términos claros y directos lo resolvió así un fallo, en que se dispuso que el efecto declarativo sólo puede retrotraerse, tratándose de la sociedad conyugal, hasta el día en que se disolvió, pues es ahí cuando adquiere realidad y vigencia el estado de indivisión.[58]

7.— *FINAL*

Concluida la exposición de alternativas para concretar aquella prevención general del precepto, en orden a que el pacto de separación de bienes no perjudicará los derechos adquiridos por terceros, y el análisis de su procedencia y efectos, con sus matices más fácilmente detectables, es posible formular una última observación:

Si se concuerda en que el texto legal traduce una afirmación de indudable justicia –que el pacto no debe perjudicar los derechos de los terceros–, surgen de ahí, al menos, estas tres derivaciones:

a) Que el texto es insuficiente y se requiere mayores precisiones para la realización de su propósito;

b) Que, mientras persista su parquedad, los criterios interpretativos del juzgador deben flexibilizarse para su efectivo cumplimiento si del mérito de los antecedentes aprecia que se está vulnerando; ello sin perjuicio de mantenerse alerta para cuidar los efectos normales del pacto que, en principio, deben respetarse; para esto, los elementos técnicos constituyen su auxilio habitual; y

c) El asomo al Derecho extranjero, en el afán de ampliar la perspectiva del análisis y obtener elementos de solución, ha permitido comprobar, entre nosotros, una notable y quizás temeraria facilidad para llevar adelante el cambio de régimen. Están ofrecidas algunas precauciones, ya inauguradas por la legislación, como el control judicial preventivo con citación de terceros interesados, y un plazo previo a la producción de efectos, que bien podrían adoptarse en Chile, con el debido cuidado en su reglamentación. A este respecto, si bien la atención se dirige fácilmente hacia la protección de los acreedores, tampoco debe olvidarse el interés de la familia, que los cónyuges, azuzados por otros objetivos, pudieren preterir.

57 En este mismo sentido, Somarriva, Manuel. Indivisión . . . cit. T. cit. pág. 352; también Alessandri, Arturo: "Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada". Edit. Universitaria. Santiago, 1935 Nº 953, pág. 578.

58 Fallos del Mes Nº 218, sent. 6, pág. 340. En términos implícitos, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 51, sec. 1ª, pág. 21. La doctrina francesa no da solución unánime, pero, aun cuando hay autores que en principio admiten el efecto retroactivo durante la vigencia de la sociedad —tal vez, como dice un autor nacional, derivado de que consideran a la sociedad como una forma de copropiedad—, sólo la aplican para ciertas consecuencias muy limitadas, y no para que el adjudicatario desconozca los actos celebrados por el administrador de la sociedad, lo que importa dejar inaplicable el efecto retroactivo durante ese tiempo. Así, por ejemplo, Colin, Ambrosio y Capitant, H.: "Curso elemental de Derecho Civil". Trad. de la Redac. de la Rev. Gral. de Legisl. y Jurispru. Reimpr. de la 3ª edic. Edit. Reus. Madrid, 1982; T. VI, p. 416; Ripert, Georges y Boulanger, Jean: "Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol". Trad. de Delia García. Edit. La Ley. Buenos Aires, 1965. T. IX; pág. 568. Según éstos: la comunidad conyugal, a diferencia de la hereditaria, está organizada, y determinados por la ley los poderes de los cónyuges. "En consecuencia, no cabe poner en cuestión la suerte de los actos realizados".