

**Nº 195**  
**AÑO LXII**  
**ENERO - JUNIO 1994**  
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986



# **REVISTA DE DERECHO**

**UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCION**

Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales

## *REGIMEN DE PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES*

HERNAN TRONCOSO LARRONDE

Prof. Derecho Civil

Universidad de Concepción

### *1. ANTECEDENTES*

El régimen matrimonial de "Participación en los gananciales" fue establecido como alternativo del de sociedad conyugal, por la ley N° 19.335, publicada en el *Diario Oficial* del día 23 de septiembre de 1994.

Dicho régimen se establece, según se verá, en la que se denomina variable "crediticia".

### *2. CONCEPTO*

En doctrina, el régimen de participación en los gananciales es aquel en que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra separadamente los bienes que poseía al contraerlo y los que posteriormente adquiera; pero disuelto el régimen, los gananciales obtenidos por uno y otro deben distribuirse entre ambos en forma que cada uno quede en iguales condiciones que el otro en lo que a ellos se refiere.

Al finalizar el régimen de participación en los gananciales puede aplicarse una de las siguientes dos alternativas:

a) Los bienes que forman los gananciales de ambos cónyuges pasan a formar una comunidad de la cual éstos son titulares. Es decir, los cónyuges o el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro son comuneros en dichos bienes, debiendo posteriormente procederse a la liquidación de dicha comunidad. A este régimen se le denomina de "comunidad diferida".

b) La otra alternativa es la llamada "variable crediticia" de este régimen, que es la que sigue la ley N° 19.335; en ella "los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo. Al finalizar la vigencia del régimen de bienes, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos

tienen derecho a participar por mitades en el excedente" (art. 2º).

Lo que caracteriza a este régimen es la administración autónoma que cada cónyuge tiene del patrimonio que le pertenece.

Las dos variables del régimen de participación en los gananciales presentan ventajas e inconvenientes. Aquella de "comunidad diferida" implica una mayor seguridad para aquel de los cónyuges que durante el matrimonio ha obtenido menos bienes que el otro, o para sus herederos, pues pasan a tener la calidad de comuneros de los bienes que integraban los gananciales de ambos. Esto es, pasa a ser titular de un derecho real sobre dichos bienes, con todas las ventajas inherentes a ellos. Pero esta alternativa es desfavorable para los terceros que contraten con los cónyuges durante el matrimonio, pues éstos al hacerlo tuvieron en vista el patrimonio de éste, para hacer efectivo su derecho de prenda general, y por un hecho que escapa totalmente a su previsión y control aquél puede verse confundido con el del otro cónyuge, lo cual puede implicar un riesgo para dicho tercero.

En tanto que en la "variable crediticia" los patrimonios de los cónyuges no sufren alteración alguna al término del régimen, permaneciendo separados, lo cual implica evidentemente una ventaja para los terceros que contrataron con ellos, ya que dicha circunstancia no alterará en manera alguna su derecho de prenda general. Pero en lo que dice relación con el cónyuge que obtuvo menores gananciales durante el matrimonio no tendrá la calidad de comunero en los gananciales, esto es, no será titular de un derecho real, sino que sólo tendrá un crédito contra el otro cónyuge con los riesgos y desventajas que ello implica.

Al término del régimen, los gananciales obtenidos por cada cónyuge se compensan, y en el excedente que se produce tienen ellos derecho a participar por mitades.

### 3. OPORTUNIDAD PARA ESTABLECER ESTE REGIMEN

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1º de la ley Nº 19.335, el régimen de participación en los gananciales requiere de pacto expreso al igual que el de separación total de bienes. Si no hay pacto expreso en los sentidos indicados, el régimen matrimonial será el de sociedad conyugal, arts. 135 y 1.718.

El régimen de participación en los gananciales puede ser pactado:

- a) Por los esposos en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio, arts. 1º ley 19.335 y 1.716.
- b) Por los esposos en las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio, arts. 1º ley 19.335 y 1.715.
- c) Por los cónyuges mayores de edad, quienes de acuerdo al artículo 1.723 pueden "sustituir el régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación total", art. 1º ley 19.335.

En todos estos casos deberá cumplirse con las solemnidades que la ley establece para las capitulaciones matrimoniales celebradas antes o al momento del matrimonio, o con las del pacto de sustitución del régimen matrimonial, que señalan los artículos 1.716 inciso primero y 1.723 inciso segundo del Código Civil.

Cabe señalar aquí que el inciso final del artículo 1º de la Ley 19.335 contempla la posibilidad de sustituir el régimen de participación en los gananciales por el de separación total de bienes, eventualidad que no está expresamente contemplada en el artículo 1.723, que fuera sustituido por dicha ley.

Al respecto hay que indicar que el legislador no señala en forma expresa las solemnidades a que está sujeto este pacto. Pero por la redacción de la norma puede sostenerse que debe cumplir con las mismas que indica el artículo 1.723 inciso segundo del Código Civil. Ello, porque después de señalar que los cónyuges, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.723 del Código Civil, pueden sustituir el régimen de sociedad conyugal o el de separación por el de participación en los gananciales, añade "del mismo modo" podrán sustituir el régimen de participación en los gananciales por el de separación total.

#### 4. ADMINISTRACION

Durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales, cada cónyuge tiene la administración autónoma de su patrimonio, así como también el goce y disposición libre de los bienes que lo componen. En consecuencia, ambos cónyuges se encuentran en iguales condiciones, no habiendo diferencia alguna entre ellos en este aspecto.

No obstante, esta autonomía tiene ciertas limitaciones, cuales son:

a) Las originadas en el patrimonio familiar, contemplado en el párrafo segundo del Título VI del Libro Primero del Código Civil, arts. 141 y siguientes, normas que requieren de la intervención de ambos cónyuges en los actos de enajenación y gravamen de dichos bienes, y

b) Para que uno de los cónyuges pueda otorgar una caución personal a una obligación de terceros requiere del consentimiento del otro cónyuge. El art. 3º de la ley 19.335 señala que dicha autorización se sujetará a lo establecido en los artículos 142, inciso segundo, y 144 del Código Civil.

Luego, la autorización del otro cónyuge puede ser tácita o expresa. Tácita, cuando interviene expresa y directamente en el acto. Expresa, cuando se hace constar por escrito, o por escritura pública cuando el acto respectivo está sujeto a la observancia de dicha solemnidad.

También puede prestarse dicha autorización por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública. Estimamos que la intención del legislador es que el mandato conste por escritura pública cuando ésta sea la solemnidad del acto para el cual se requiere la autorización.

La autorización del otro cónyuge puede ser suplida por autorización judicial cuando éste se encuentre imposibilitado de prestarla o cuando se niegue a darla sin que ello se funde en el interés de la familia. El juez deberá proceder con conocimiento de causa, y previa citación del cónyuge respectivo, en caso de negativa de éste.

Esta limitación es similar a la que se establece en el artículo 1.749 del Código Civil que exige la autorización de la mujer para que las cauciones otorgadas por el marido respecto de obligaciones de terceros afecten los bienes socia-

les. El objetivo de la limitación a la administración del patrimonio de los cónyuges que se analiza tiene por finalidad proteger la integridad de los gananciales.

Si alguno de los cónyuges otorga cauciones personales para garantizar el cumplimiento de obligaciones de terceros, sin el consentimiento del otro o la autorización supletoria de la justicia, dicho acto adolece de nulidad relativa.

El plazo de cuatro años dentro del cual se puede hacer valer dicha nulidad se cuenta desde que el cónyuge que alega la nulidad tuvo conocimiento del acto, pero en caso alguno podrá demandarse la rescisión pasados que sean diez años desde la celebración del acto o contrato. No cabe duda que el hecho de establecer que el cuadrienio transcurrido el cual se sanea la nulidad relativa se cuenta desde que el cónyuge que la hace valer "tuvo conocimiento del acto", introduce un factor de incertidumbre, ya que siempre será difícil determinar cuándo se produjo dicha circunstancia. Pero se ha establecido como paliativo a ello el que no pueda impetrarse la nulidad transcurridos diez años contados desde la fecha del contrato o acto.

##### *5. EFECTOS DE LA DISOLUCION DEL REGIMEN DE PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES*

Al término del régimen de participación en los gananciales, los patrimonios de los cónyuges permanecen separados, art. 5º ley Nº 19.335.

Es decir, en el evento indicado no se produce comunidad entre los cónyuges. La razón o fundamento de esto es proteger los intereses de los terceros que hayan contratado con cualquiera de los cónyuges. En efecto, cuando un tercero contrata con uno de los cónyuges, casado en régimen de participación en los gananciales, tiene en consideración para dicho efecto el patrimonio de éste, en el cual podrá hacer efectivo su "derecho de prenda general".

Al establecerse que al término del régimen los patrimonios de los cónyuges permanecerán separados, se da a los terceros la certidumbre y seguridad que el patrimonio que tuvieron en consideración al contratar con uno de éstos no sufrirá alteraciones. Situación que no se daría si se formara una comunidad entre los cónyuges a la disolución del régimen, ya que los patrimonios de éstos experimentarían un cambio al mezclarse uno con otro, confundiendo así los activos y los pasivos de ambos.

Además de permanecer separados los patrimonios de los cónyuges, éstos o sus causahabientes conservan plenas facultades de administración y disposición de sus bienes.

A la fecha en que se produce la disolución del régimen deben determinarse los gananciales obtenidos durante la vigencia de éste.

##### *6. DETERMINACION Y CALCULO DE LOS GANANCIALES*

El legislador define los gananciales en el artículo 6º de la ley 19.335 diciendo que son "la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge".



Es necesario, por consiguiente, determinar el patrimonio originario y el patrimonio final.

#### 7. PATRIMONIO ORIGINARIO

Patrimonio originario de cada cónyuge es el existente al momento de optar por el régimen de participación en los gananciales.

#### 8. CALCULO DEL PATRIMONIO ORIGINARIO

El patrimonio originario es el resultado de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea titular al iniciarse el régimen de participación en los gananciales, el valor total de las obligaciones de que sea deudor a la misma fecha.

Es decir, se descuenta del activo del cónyuge su pasivo, todo ello a la fecha de iniciarse el régimen de participación en los gananciales, y lo que resulte de ellos es el "patrimonio originario". Ahora bien, si el valor de sus deudas, esto es su pasivo, excede del valor de sus bienes, es decir, de su activo, el patrimonio originario se estima carente de valor. En esta forma se elimina la posibilidad de que al comenzar el régimen el patrimonio originario de uno de los cónyuges tenga un valor negativo, por el hecho de ser su pasivo superior a su activo, caso en el cual sus gananciales deberían aplicarse, en primer lugar, a compensar dicha pérdida, y hecho ello sólo lo que restase se incluiría en los gananciales que deben considerarse en el reparto.

Al patrimonio originario así determinado se deben agregar todos los bienes adquiridos por el cónyuge respectivo a título gratuito durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales, descontándose las obligaciones correlativas a dichas adquisiciones, art. 7° ley 19.335.

#### 9. ACTIVO DEL PATRIMONIO ORIGINARIO. BIENES QUE LO INTEGRAN

El art. 8° de la ley 19.335 establece una norma similar a la del artículo 1.736 del Código Civil.

En efecto, aquel artículo dispone que ingresarán al activo del patrimonio originario los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales, incluso a título oneroso, cuando la causa o título de dichas adquisiciones ha sido anterior al inicio de dicho régimen. Luego, dichos bienes no se agregan al patrimonio final y, por consiguiente, no incrementan los gananciales.

De acuerdo con lo indicado, para determinar si un bien pertenece o no al activo del patrimonio originario no se atiende a la época en que se verifica la *adquisición*, esto es, su incorporación efectiva al patrimonio en cuestión, sino a aquella en que se generó el título o causa que la produjo. Si la causa o título es anterior al inicio del régimen de participación en los gananciales, el bien pertenece al patrimonio originario, aunque en el hecho haya operado el modo de adquirir durante su vigencia.

Agrega el artículo 8° de la ley 19.335 : "Por consiguiente, y sin que la enumeración siguiente sea taxativa, se agregarán al activo del patrimonio reservado:

1) Los bienes que uno de los cónyuges poseía antes del régimen de bienes, aunque la prescripción o transacción con que los haya hecho suyos haya operado o se haya convenido durante la vigencia del régimen de bienes.

2) Los bienes que se poseían antes del régimen de bienes por un título vicioso, siempre que el vicio se haya purgado durante la vigencia del régimen de bienes, por ratificación o por otro medio legal.

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

4) Los bienes litigiosos, cuya posesión pacífica haya adquirido cualquiera de los cónyuges durante la vigencia del régimen.

5) El derecho de usufructo que se haya consolidado con la nula propiedad que pertenece al mismo cónyuge.

6) Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes de la vigencia del régimen. Lo mismo se aplicará a los intereses devengados antes y pagados después.

7) La proporción del precio pagado con anterioridad al inicio del régimen por los bienes adquiridos de resultas de contratos de promesa".

En el hecho es la misma enumeración que hace el artículo 1.736 del Código Civil. Cabe destacar sí algunas diferencias que se producen en el número 7 de ambas disposiciones. Así el art. 8° de la ley 19.335 en su número 7 no exige como lo hace el número 7 del art. 1.736 del Código Civil, que "la promesa conste de un instrumento público, o de instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el artículo 1.703". Pero ello no tiene mayor trascendencia ya que por la aplicación de las reglas generales se llega a la misma situación, ya que el art. 1.554 N° 1 del Código Civil exige que la promesa conste por escrito y el art. 1.703 señala cuando el instrumento privado tiene fecha cierta respecto de terceros.

Pero, además, hay otra diferencia, en el art. 1.736 N° 7 se establece "que pertenecen al cónyuge los bienes que adquiriera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella..." En tanto que el número 7 del artículo 8° de la ley 19.335 dispone que se agregan al activo del patrimonio originario no el bien adquirido en virtud de un contrato de promesa celebrado con anterioridad al inicio del régimen, sino que "la proporción del precio pagado con anterioridad al inicio del régimen, por los bienes adquiridos a resultas de contratos de promesa". Es decir, si durante la vigencia del régimen de participación de gananciales se adquiere un bien en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella, dicho bien no ingresará al patrimonio originario, sino que lo hará la proporción del precio pagado con anterioridad al inicio del régimen.

#### ***10. BIENES QUE NO INGRESAN AL PATRIMONIO ORIGINARIO***

No ingresarán al patrimonio originario los frutos, incluso los que provengan de bienes pertenecientes a dicho patrimonio. Es decir, estos frutos se considerarán para la determinación del patrimonio final. Esta situación es similar a la que contempla el art. 1.725 N° 2, que hace ingresar los frutos de los bienes propios de los cónyuges al haber de la sociedad conyugal y no al haber propio del cónyuge respectivo.

Tampoco las minas denunciadas por uno de los cónyuges ni las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado una acción contra la persona servida.

#### ***11. SITUACION DE LOS BIENES ADQUIRIDOS EN CONJUNTO POR AMBOS CONYUGES***

La ley 19.335 en su artículo 10 reglamenta la situación de los bienes adquiridos por los cónyuges en conjunto, esto es, en comunidad.

Al respecto hay que distinguir si dicha adquisición en conjunto se hizo a título oneroso o a título gratuito.

Si la adquisición del bien se hizo por ambos cónyuges en conjunto a título oneroso, éstos serán comuneros de dicho bien según las reglas generales. Los derechos de cada cónyuge en dicho bien se agregarán a su patrimonio final y no al patrimonio originario, porque las adquisiciones a título oneroso aumentan o incrementan los gananciales.

Por el contrario si la adquisición ha sido a título gratuito por ambos cónyuges, los derechos respectivos se agregarán a los correspondientes patrimonios, originarios, en la proporción que establezca el título respectivo, o en partes iguales, si el título nada dijere al respecto.

#### ***12. PRUEBA DEL PATRIMONIO ORIGINARIO***

La composición del patrimonio originario se prueba mediante inventario simple de los bienes que los forman, que los cónyuges o esposos, según el caso, deberán efectuar al momento de convenir este régimen.

La falta de dicho inventario no significa que no pueda probarse la composición del patrimonio originario, ya que la ley admite pruebas supletorias. Así señala que, a falta de dicho inventario, la composición del patrimonio originario podrá probarse mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas o títulos de crédito.

Además, en caso que no existan los medios de prueba precedentemente señalados y se demuestra que el cónyuge respectivo no estuvo en condiciones, atendidas las circunstancias de procurarse un instrumento, se admitirán otros medios de prueba.

El problema, en realidad, se circunscribe a los bienes muebles, y dentro de éstos sólo a los que no están sujetos a algún régimen de inscripción. En



efecto, tratándose de bienes inmuebles o de muebles que deben inscribirse, la prueba no presentará mayores problemas y respecto de ellos existirá un instrumento, desde que éste se requiere para practicar la correspondiente inscripción.

Por otra parte, se presumen comunes al término del régimen de participación en los gananciales los bienes muebles adquiridos durante éste, salvo los de uso personal de los cónyuges. Es decir, respecto de dichos bienes se presume una comunidad entre los cónyuges. Si alguno de éstos desea probar que un bien mueble no tiene dicho carácter de común deberá hacerlo necesariamente con antecedentes escritos.

### *13. VALORACION DE LOS BIENES QUE COMPONEN EL ACTIVO ORIGINARIO*

En esta materia se pretende que los bienes mantengan el valor que representaban al momento de su adquisición. Por ello es que los bienes que integran el activo originario se valoran según su estado al momento de entrar en vigencia el régimen de participación en los gananciales o de su adquisición, según el caso. Para lograr este objetivo el legislador establece que el precio que tenían los bienes al momento de su incorporación al patrimonio originario deberá ser prudencialmente actualizado a la fecha de la terminación del régimen. No fija la ley normas o reglas sobre la forma en que debe hacerse dicha actualización, y ello por consiguiente queda entregado al criterio y prudencia de quien la haga.

La valoración mencionada puede ser hecha:

- a. Por los cónyuges,
- b. Por un tercero designado por ellos, y
- c. En subsidio de los anteriores por el juez.

Las mismas reglas señaladas para la valoración del activo del patrimonio originario se aplican al pasivo de éste.

### *14. EL PATRIMONIO FINAL*

El patrimonio final se determina descontando del valor total de los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen de participación en los gananciales, el valor total de las obligaciones que tenga en esa misma fecha.

Es decir, primero se debe determinar el valor total de los bienes de que el cónyuge respectivo sea dueño al momento de ponerse término al régimen de participación en los gananciales, y a dicho valor se le debe descontar el valor total de las obligaciones que sobre él pesen en dicho momento. El resultado que así se obtenga es el patrimonio final.

Al patrimonio final de los cónyuges, de cada uno de ellos, se deben hacer ciertas agregaciones. En efecto a aquél se le agregan imaginariamente las disminuciones de su activo que sean consecuencia de los siguientes actos, realizados durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales:

- a. Donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento

proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario.

b. Cualquier especie de actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge.

c. Pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos. Esto no rige respecto de las rentas vitalicias convenidas al amparo de lo establecido en el D.L. N° 3.500, de 1980, salvo la cotización adicional voluntaria en la cuenta de capitalización individual y los depósitos en cuentas de ahorro voluntario, los que deberán agregarse imaginariamente.

Las agregaciones indicadas deben efectuarse considerando el estado que tenían las cosas al momento de su enajenación y se apreciarán según el valor que hubieren tenido al término del régimen de bienes.

Pero si el acto respectivo hubiere sido autorizado por el otro cónyuge no tendrá aplicación la agregación imaginaria indicada.

#### ***15. INVENTARIO QUE DEBE REALIZAR CADA CONYUGE AL TERMINO DEL REGIMEN DE PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES***

La ley establece la obligación para cada cónyuge de presentar al otro un inventario valorado de todos sus bienes y obligaciones al término del régimen. Esto es de todos los bienes y obligaciones que componen su patrimonio final. La ley establece un plazo de tres meses para cumplir esta obligación contados desde que se produce el término del régimen de participación en los gananciales. El juez está facultado para ampliar dicho plazo por una sola vez y sólo hasta por tres meses como máximo.

Es suficiente para cumplir esta obligación con un inventario simple. La ley no exige que sea solemne sino que le confiere la facultad a cualquiera de los cónyuges de solicitar la facción de inventario solemne. Además, se establece expresamente que el inventario simple firmado por un cónyuge es suficiente como prueba en favor del otro para determinar el patrimonio final de aquél, sin perjuicio de que el otro cónyuge pueda objetar el inventario alegando que no es fidedigno, pudiendo en tal evento usar de todos los medios probatorios para acreditar la composición o el valor efectivo del patrimonio final.

La ley faculta a cualquiera de los cónyuges para pedir la facción de inventario solemne y para requerir las medidas precautorias que sean procedentes.

#### ***16. VALORACION DE LOS BIENES QUE COMPONEN EL ACTIVO FINAL***

El legislador no establece ningún régimen de reajustabilidad, lo cual queda entregado al criterio de quien hace la valoración. Se limita a señalar que los bienes que componen el activo final deben valorizarse según el estado en que se encuentren al momento de la terminación del régimen.

La valoración de los bienes que componen el activo final puede ser hecha:

- a) Por los cónyuges.
- b) Por un tercero designado por los cónyuges.
- c) En subsidio de los anteriores por el juez.

Las mismas reglas señaladas rigen para la valoración del pasivo.

#### *17. SANCION A LA OCULTACION DE BIENES*

La ley establece para aquel de los cónyuges que, con el objeto de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, una sanción similar a la del artículo 1.768 del Código Civil, ya que dispone que se sumará a su patrimonio final el doble del valor de los bienes ocultados o distraídos o de las deudas simuladas, según el caso.

Determinados estos patrimonios, se establecen los gananciales que, como se señaló, son la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada uno de los cónyuges.

#### *18. FORMA DE REPARTIR LOS GANANCIALES*

El legislador establece claramente el principio básico del régimen de participación en los gananciales, que es que el total de los gananciales obtenidos durante el matrimonio se distribuya entre ambos cónyuges por iguales partes.

Por consiguiente, si uno de los cónyuges ha obtenido menos gananciales o lisa y llanamente no los ha obtenido, tiene el derecho a participar en los gananciales obtenidos por el otro.

Si sólo uno de los cónyuges ha obtenido gananciales y el otro no, éste participará en los gananciales obtenidos por aquél hasta la mitad de su valor.

Ahora, si ambos cónyuges han obtenido ganancias, éstos se "compensan" hasta concurrencia de los de menor valor, y en lo que resta aquel que obtuvo menos gananciales tiene derecho a que el otro le pague, a título de participación, la mitad del excedente. Esto es lo que constituye el crédito de participación en los gananciales. Es decir, el cónyuge que obtuvo menores gananciales tiene un crédito en contra del otro para que le pague la mitad de la diferencia o excedente.

La expresión "compensan" que emplea la ley en este caso (artículo 2° inciso primero) no está tomada en su sentido técnico de modo de extinguir las obligaciones, sino para significar que de los gananciales de mayor valor deben restarse los de menor valor, y el saldo que resulte distribuirse por iguales partes entre quienes tengan derecho a ello.

La ley establece que el crédito de participación en los gananciales es sin perjuicio de cualquier otra obligación que exista entre los cónyuges, como podría serlo, por ejemplo, la de pagar alimentos.

El legislador señala expresamente que si el patrimonio final de uno de

los cónyuges fuere inferior al originario, la pérdida gravitará sólo sobre él, sin afectar para nada al otro cónyuge.

#### 19. DEL CREDITO DE PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES

Ya se ha señalado en qué consiste este crédito. Este crédito se origina al término del régimen de participación en los gananciales y desde ese momento es transferible.

El legislador prohíbe expresamente la celebración de toda convención o contrato referente al crédito de participación en los gananciales, como también su renuncia, antes del término del régimen de participación en los gananciales. La infracción a esta prohibición tiene como sanción la nulidad absoluta, ya que el inciso segundo del artículo 20 de la ley 19.335, que la establece, es una ley prohibitiva.

Esta prohibición tiene por objeto proteger el futuro crédito de participación en los gananciales, impidiendo que el cónyuge sea privado de él.

En todo caso, la prohibición dice relación con las convenciones, contratos o renuncia celebrados o efectuados antes del término del régimen de participación, esto del crédito futuro. En consecuencia, después de terminado el régimen y cuando el crédito de participación ha cobrado existencia puede celebrarse válidamente convenciones o contratos a su respecto, o renunciarse a él por el cónyuge respectivo.

La ley señala expresamente que el crédito de participación en los gananciales es puro y simple. Luego, no está sujeto a ningún tipo de modalidades.

#### 20. FORMA DE PAGO DEL CREDITO DE PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES

La ley establece que este crédito debe ser pagado en dinero.

Como el crédito en cuestión es puro y simple, significa que no puede estar sujeto a plazo en cuanto a su pago, es decir, debe pagarse al contado.

Pero, como ello pudiera originar un perjuicio al cónyuge que deba pagarlo o a los hijos comunes, se faculta al juez para conceder un plazo de hasta un año para el pago del crédito, siempre que el pago al contado causare a las personas indicadas un perjuicio *grave* y ello se probare debidamente. Además, para que el juez pueda conceder el plazo es necesario que el cónyuge deudor o un tercero aseguren que el cónyuge acreedor quedará de todos modos indemne.

El legislador toma sí providencias para evitar que la concesión de plazo por el juez pueda ocasionar un perjuicio al cónyuge acreedor derivado de la desvalorización monetaria, estableciendo que en tal caso el crédito deberá expresarse en unidades tributarias mensuales.

La fijación de un plazo para el pago del crédito se justifica por la naturaleza especial de éste y, además, porque con ello se evita los efectos perjudiciales de una liquidación apresurada de bienes a que pudiera verse obligado el cónyuge deudor para hacer el pago en dinero tan pronto como le sea exigible.

No obstante lo señalado precedentemente, y también con el fin de

evitar la liquidación apresurada de bienes por el cónyuge deudor, el legislador establece la posibilidad de que los cónyuges o sus herederos puedan convenir daciones en pago para cancelar el crédito de participación en los gananciales.

En virtud de esto, es perfectamente posible que por medio de las daciones en pago el crédito de participación en los gananciales se transforme para el cónyuge acreedor en la titularidad de algún derecho real o, incluso, en partes cuotativas de una comunidad.

Pero si se conviene una dación en pago y la cosa entregada en virtud de ésta al cónyuge acreedor es evicta, renace el crédito de participación, salvo que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, pero ello debe quedar especificado en la respectiva convención.

## **21. DETERMINACION DE LOS CREDITOS DE PARTICIPACION DE GANANCIALES. VALORACION**

De acuerdo con el artículo 23 de la ley: "Para determinar los créditos de participación en los gananciales, las atribuciones de derechos sobre bienes familiares, efectuadas a uno de los cónyuges en conformidad con el artículo 147 del Código Civil, serán valoradas prudencialmente por el juez".

En conformidad con las normas que regulan el patrimonio familiar, es posible que el juez, atendida la situación familiar (por ej. separación de hecho, dilapidación del cónyuge propietario de inmueble que es la residencia principal de la familia), haya otorgado algún derecho real sobre el inmueble familiar a alguno de los cónyuges, por ejemplo, un derecho de usufructo. Ordinariamente, dicha atribución de derechos será en interés de los hijos y no aumentará el peculio personal de ninguno de los cónyuges. Con todo, el hecho de que ambos cónyuges en proporción a sus fuerzas deban contribuir al mantenimiento de la familia común o que la atribución de derechos se haya efectuado al cónyuge no mediando hijos, obliga, en virtud del principio del enriquecimiento sin causa, a considerar esa atribución para el cálculo de los gananciales. Así, por ejemplo, si la atribución de derechos va a subsistir más allá del matrimonio, el derecho real en cuestión deberá ser valorado prudencialmente por el juez y entregado en dación en pago al cónyuge titular del derecho concedido.

## **22. FORMA DE PERSEGUIR EL PAGO DEL CREDITO DE PARTICIPACION DE GANANCIALES. BIENES SOBRE LOS CUALES PUEDE HACERSE EFECTIVO**

La ley en el art. 24 establece un orden de prelación de los bienes sobre los cuales puede hacerse efectivo el crédito de participación. Este precepto es análogo al artículo 1773 del Código Civil.



De acuerdo con la norma mencionada, el cónyuge acreedor hará efectivo su crédito en primer lugar en el dinero del deudor, si éste no fuere suficiente para cubrirlo se dirigirá sobre los bienes muebles de éste y, en subsidio, hará efectivo su crédito en los inmuebles.

Se estipula además una acción de inoficiosa donación, porque se establece que si los bienes antes indicados no existen o son insuficientes, el cónyuge acreedor podrá perseguir su crédito en los bienes donados entre vivos, sin su consentimiento, o enajenados en fraude de sus derechos. En caso que haga valer su derecho sobre los bienes donados entre vivos deberá actuar contra los donatarios en orden inverso a la fecha de las donaciones, es decir, comenzando por la más reciente.

Se establece que esta acción de inoficiosa donación prescribe en el plazo de cuatro años contados desde la fecha del acto. En realidad, para los intereses del cónyuge acreedor dicho plazo debiera comenzar a correr desde la fecha en que nace el crédito, ya que las acumulaciones, como se ha señalado, se efectúan imaginariamente al término del régimen. Además, puede suceder que la acción ya esté prescrita cuando se produzca el nacimiento del crédito.

Existe, también, una norma en favor de los terceros cuyos créditos sean anteriores al crédito de participación en los gananciales, al determinar que "los créditos contra el cónyuge, cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, preferirán al crédito de participación en los gananciales".

Esta preferencia es lógica, ya que si no se estableciera se producirían serias deficiencias en el sistema de créditos. Nadie se arriesgaría a convertirse en acreedor de una persona sobre la cual puede pesar un crédito futuro cuyo monto se desconoce y cuya fecha de origen es incierta.

### *23. ACCION PARA PEDIR LA LIQUIDACION DE LOS GANANCIALES*

La acción para pedir la liquidación de los gananciales se tramitará breve y sumariamente.

Dicha acción prescribe en el plazo de cinco años contados desde la terminación del régimen y no se suspende entre cónyuges, pero sí en favor de sus herederos menores.

### *24. TERMINO DEL REGIMEN DE PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES*

El régimen de participación en los gananciales termina:

- 1) Por la muerte de uno de los cónyuges,
- 2) Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, según lo prevenido en el Título II, "Del principio y fin de la existencia de las personas" del Libro Primero del Código Civil,

- 3) Por la declaración de nulidad del matrimonio,
- 4) Por la sentencia de divorcio perpetuo,
- 5) Por la sentencia que declare la separación de bienes y
- 6) Por el pacto de separación de bienes.

Estas causales son las mismas que el artículo 1.764 del Código Civil contempla para el régimen de sociedad conyugal.