Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

Nº 198
AÑO LXIII
JULIO - DICIEMBRE 1995
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

DE LOS BIENES FAMILIARES

RENE RAMOS PAZOS
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

1. Generalidades. La Institución de los bienes familiares fue incorporada por la ley 19.335, publicada en el *Diario Oficial* del 23 de septiembre de 1994, mediante una modificación al Código Civil, en cuya virtud agregó un párrafo, que pasó a ser el párrafo 2°, al Título VI del Libro I del Código Civil, compuesto de 9 artículos, 141 al 149 inclusive.

Si bien la ley entró en vigencia 3 meses después de su publicación, en lo que respecta a los bienes familiares comenzó a regir de inmediato, por disponerlo así su artículo 37.

2. Fuentes. Los antecedentes de esta institución los encontramos en el Código Civil español, después de la reforma introducida el 1981, y en el Código de Quebec. En el primero, el artículo 1320 establece que "para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial" (inc. 1º). La semejanza de esta norma con los bienes familiares creados por la ley 19.335 es manifiesta.

Por su parte el artículo 449 del Código de Quebec dispone que la vivienda familiar y su mobiliario no pueden ser enajenados sino con el consentimiento de ambos cónyuges. A falta de acuerdo, la autorización debe darla la justicia. Como podrá observarse lo mismo ocurre en Chile.

Está claro que la ley 19.335 se inspiró en estos ordenamientos positivos extranjeros. Sólo nos resta agregar que varios años antes, algunos profesores, en nuestro país, ya se habían preocupado de la situación de la vivienda familiar , especialmente de lo que ocurría después de la disolución del matrimonio. Así Fernando Fueyo en un Proyecto de Ley sobre Divorcio Vincular, elaborado el año 1972, señalaba que "al regularse la obligación alimenticia, el juez decidirá sobre el uso y goce del hogar familiar, si lo hubiere, y en lo posible, se

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

concederá al cónyuge que obtenga la tuición de los hijos: y si no fueren todos los hijos, aquellos que más necesiten de la continuación en el mismo hogar (Fernando Fueyo Laneri, "Hacia una primera ley de Divorcio en Chile", págs. 46 y 47, Centro de Estudios "Ratio Juris", 1972, citado por Mario Andrés Romero Kries, "Análisis de la Institución de los Bienes familiares" –Seminario de Titulación, Universidad de Concepción, 1996, págs. 30-31). También debe citarse la opinión de don Sergio Fernández contenida en el encuentro de profesores de Derecho Civil, organizado por el Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas, celebrado el año 1972, en Jahuel, que vertió a propósito del proyecto de ley de divorcio presentado por Fueyo. Según su parecer, las especies que componen el hogar común deben determinarse en la misma sentencia de divorcio y deben atribuirse a aquel de los ex cónyuges –o al tercero en su caso– a quien se confíe la tuición de los hijos menores. (Mario Romero K., ob. cit. págs 32 a 35).

3. Fundamento de la institución. Con esta institución se persigue asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad, aun después de disuelto el matrimonio. Como señala un autor: "La introducción del patrimonio familiar es una fuerte garantía para el cónyuge que tenga el cuidado de los hijos, en casos de separación de hecho o de disolución del matrimonio, y para el cónyuge sobreviviente, en caso de muerte. Evita que las disputas patrimoniales entre los cónyuges o entre el sobreviviente y los herederos del otro cónyuge concluyan con el desarraigo de la residencia habitual de la familia y es una garantía mínima de estabilidad para el cónyuge patrimonialmente más débil" (Enrique Barros Bourie, "Proyecto para introducir en Chile la participación en los gananciales como régimen de bienes normal del matrimonio", contenido en la obra *Familia y Personas*, Edit. Jurídica 1991, pág. 130).

Constituyen una manifestación de lo que la doctrina del Derecho Civil denomina "Régimen Matrimonial Primario", que se define como el "conjunto de normas de orden público matrimonial, aplicables incluso a los cónyuges casados bajo separación de bienes y que no pueden ser dejados sin efecto en las capitulaciones matrimoniales" (Barros, ob. cit. pág. 129).

4. Están destinados a proteger la familia matrimonial. Así lo ha entendido la doctrina (Eduardo Court Murasso: "Los bienes Familiares en el Código Civil", *Cuadernos Jurídicos*, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, pág. 9). Ello parece indiscutible, si se considera, en primer lugar, que los Bienes Familiares están tratados en el código como un párrafo del Título VI del Libro Primero,"Obligaciones y Derechos entre los Cónyuges" y , en seguida, que prácticamente todas las disposiciones del párrafo (141, 142, 143, 144, 145 y 146) hacen referencia a los "cónyuges".

Consecuencia de lo anterior es que la declaración de bienes familiares presupone la existencia del matrimonio. Si no hay matrimonio, no puede haber bienes familiares y, por la misma razón, disuelto el matrimonio ya no se po-

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

drá pedir que se declare un bien como familiar. Sin embargo, si vigente el matrimonio se declaró un bien como familiar, el solo hecho de que el matrimonio se extinga no produce la desafectación de pleno derecho, sino que deberá solicitarse judicialmente (art. 145 inciso final).

Además, el código acepta –artículo 147– que si durante el matrimonio hubo bienes familiares, a su disolución se puedan constituir sobre esos bienes derechos de usufructo, uso o habitación, en favor del cónyuge no propietario. En este sentido Eduardo Court M. (ob. cit. págs 18-19).

5. Ambito de aplicación. Los bienes familiares tienen cabida cualquiera sea el régimen matrimonial a que se encuentre sometido el matrimonio. Lo declara así, en forma expresa, la parte final del inciso 1º del artículo 141 del Código Civil. Por lo demás, si nada se hubiere dicho, de todas formas así resultaría por formar parte este nuevo párrafo –"De los Bienes Familiares"– del Título VI del Código Civil "Obligaciones y Derechos entre los cónyuges".

Lo que se viene explicando demuestra que constituyen una verdadera carga impuesta por la ley en razón del matrimonio. De ello deriva que sus normas sean de orden público, por lo que la voluntad de los cónyuges no las pueda derogar, alterar o modificar, idea ésta recogida en el artículo 149:"Es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo".

Si bien pueden darse en cualquier régimen matrimonial, es útil consignar que su establecimiento vino a ser una consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento positivo, del régimen de participación en los gananciales. En efecto, uno de los inconvenientes que la doctrina ha hecho valer en contra de ese régimen es que durante su vigencia opera como separación de bienes, no dando origen a un patrimonio familiar. "Con el objeto de paliar esta desventaja, en el proyecto se introduce, con prescindencia del régimen de bienes que entre los cónyuges rija, la institución de los bienes familiares,..." (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el Proyecto que dio lugar a la ley 19.335, Boletín de la Cámara de Diputados 432-07-1).

6. Bienes que pueden ser declarados familiares. En conformidad a lo que disponen los artículos 141 y 146 del Código Civil, la declaración de familiar puede recaer únicamente sobre los bienes siguientes:

a) El inmueble de propiedad de uno o de ambos cónyuges, que sirva de residencia principal a la familia (art. 141). Luego, el inmueble puede ser propio de un cónyuge, de ambos, social o bien reservado de la mujer.

Por otra parte, los autores concuerdan en que, como es requisito que el inmueble tenga que servir de residencia principal a la familia, ello implica que tiene que ser uno solo; y que no quedan comprendidos en el concepto las casas de veraneo, de descanso o recreo. (Leslie Tomasello Hart, *El régimen de participación en los gananciales*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1994, pág.

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

147; César Frigerio Castaldi, *Regímenes Matrimoniales*, Editorial ConoSur Ltda. 1995, pág. 149).

b) Los bienes muebles que guarnecen el hogar (art. 141), entendiéndose por tales los que forman el ajuar de una casa, no comprendiéndose el "dinero, documentos y papeles, colecciones científicas o artísticas, los libros y sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías,..." etc. (art. 574 del Código Civil).

Se preguntan los autores, si es necesario inventariar los bienes muebles que quedan afectados por la declaración de bien familiar. Court opina que deben individualizarse tanto en la solicitud como en la sentencia que se dicte al efecto (ob. cit. pág. 11). Y Frigerio afirma que "en todo caso será útil presentar conjuntamente con la petición un inventario auténtico y fidedigno de los bienes muebles que guarnecen el hogar a fin de objetivizarlos debidamente". Y agrega : El juez al acoger la demanda deberá precisar en la sentencia respectiva la individualización de tales bienes muebles que sean declarados familiares, de acuerdo con el mérito de autos, para lo cual la presentación del referido inventario será un antecedente de importancia a considerar" (ob. cit. pág. 152).

Por mi parte, antes de resolver lo del inventario, creo pertinente formular una pregunta previa. Cuando el artículo 141 habla de los bienes que guarnecen el hogar, ¿se está refiriendo a bienes muebles perfectamente individualizados, existentes en el momento en que se pide la declaración o, está pensando en una universalidad de hecho, de tal suerte, que si los bienes muebles originarios se enajenan, puedan ser reemplazados por los que el cónyuge propietario vaya adquiriendo en su reemplazo? Personalmente, me parece mejor solución la segunda, pues, lo contrario implicaría hacer un inventario al momento de producirse la afectación y posteriormente tener que estar concurriendo a los tribunales cada vez que se adquiriera un nuevo bien, para pedir que se le considerare bien familiar. El mismo hecho que la ley no haya establecido la obligación de inventariar, resulta sugestivo, y hace pensar que el código tomó la expresión "muebles que guarnecen el hogar" como una universalidad de hecho. Por lo demás, esta interpretación es la que más favorece al cónyuge no propietario y a la familia, que es a quienes se pretendió proteger con el establecimiento de los bienes familiares. Y, finalmente, guarda armonía con el sistema del código que reiteradamente admite la subrogación real (1504, 1672, 1727 Nºs 1 y 2, etc.).

Si no estuviera en lo cierto, parece absolutamente razonable entender que los bienes tienen que ser inventariados, aunque la ley no lo exija.

Aun cuando no está claramente dicho en el artículo 141, en el caso de los bienes muebles pueden ser declarados como familiares, siempre que sean de propiedad de uno o de ambos cónyuges y que guarnezcan el hogar, aunque esta familia tenga su hogar en un inmueble arrendado.

c) Los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias del inmueble que sea residencia principal de la familia (art. 146). Pa-

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

ra que nos encontremos en este caso, tienen que cumplirse los siguientes requisitos: a) que la familia tenga su residencia principal en un inmueble o en parte de un inmueble, que sea de propiedad de una sociedad; y b) que uno o ambos cónyuges tengan acciones o derechos en esa sociedad. Si bien el artículo 146 habla de los derechos y acciones que los "cónyuges" (en plural) tengan en sociedades, entendemos que basta que uno solo tenga esas acciones. Así también lo entiende la doctrina, Frigerio. (ob. cit. pag. 149), Court (ob. cit. pág. 44).

7. Forma de constituir un bien como familiar. En cuanto a la forma de constituir un bien como familiar, debemos hacer una distinción, según que el bien en que incide la declaración sea de propiedad de uno de los cónyuges o de una sociedad en la que uno o ambos cónyuges tengan acciones o derechos. En el primer caso, rige la norma del artículo 141; y en el segundo, la del artículo 146.

8. Constitución de familiar de un bien inmueble de propiedad de uno de los cónyuges. En conformidad al artículo 141 inciso 2° esta declaración "será hecha por el juez en procedimiento breve y sumario, con conocimiento de causa y citación del cónyuge". La acción para demandar la constitución de un bien como familiar la tiene el cónyuge no propietario, exclusivamente.

Cabe tener presente que el proyecto original establecía que esta declaración podía hacerla cualquiera de los cónyuges, mediante escritura pública, anotada al margen de la inscripción de dominio respectiva. Posteriormente se cambió a la forma actual, por cuanto el Senado consideró que "por razones de prudencia era conveniente entregar la declaración de bien familiar a la decisión de un órgano jurisdiccional..." y así fue finalmente aprobado.

Lo anterior explica el inciso final del artículo 141. En efecto, esta disposición expresa que "el cónyuge que hiciere fraudulentamente la declaración a que se refiere este artículo –entiéndase de bien familiar– deberá indemnizar los perjuicios causados". Tal precepto tenía sentido en el proyecto original, pero dejó de tenerlo cuando se aprobó que la declaración de familiar la hacía la justicia, pues al ocurrir así, mal puede hablarse de declaración fraudulenta de un cónyuge.

9. Constitución provisoria. Si bien, como se acaba de explicar, la declaración como bien familiar la hace la justicia , el inciso 3° del artículo 141 dispone que "con todo, la sola presentación de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate". Después continúa la norma señalando que "en su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia" y termina expresando que "el Conservador practicará la subinscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal".

De manera que basta que se presente la demanda al tribunal para que provisoriamente quede transformado el bien en familiar. Este aspecto de la ley ha sido el más controvertido. El profesor Hernán Corral Talciani escribió en el

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

diario *El Mercurio* del día 1 de julio de 1995, un artículo que tituló "Bienes Familiares: desconcierto legal". Allí sostiene, en relación con el aspecto que estamos estudiando, lo siguiente: "El artículo 141 del Código Civil dispone, para asombro de todos quienes tienen algún grado de conocimiento jurídico, que 'la sola presentación de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate'. Esto, lisa y llanamente, quiere decir que con sólo dejar una demanda en el mesón del tribunal, y sin que siquiera se haya proveído o notificado al cónyuge propietario, los bienes pasan a la categoría de familiares, y como resultado, cualquier enajenación, gravamen, hipoteca e incluso arrendamiento o simples préstamos de uso (comodatos), son anulables si no cuenta con el consentimiento también del cónyuge no propietario demandante".

El profesor Carlos Peña González, uno de los autores intelectuales de la ley 19.335, afirma que la interpretación anterior es equivocada, si bien admite que el artículo 141 no quedó redactado adecuadamente. Su posición es que la inscripción en el Conservatorio tiene por objeto justamente hacer oponibles al tercero la declaración de familiar del bien, de tal suerte que mientras tal inscripción no se practique el tercero no se puede ver afectado (artículo publicado en el Diario *El Mercurio* "Constitución de los Bienes Familiares", 2 de junio de 1995). "Entender las cosas de otra manera, señala, transgrede la voluntad explícita del legislador, que no pretendió en el artículo 141 establecer la administración conjunta del patrimonio propio una vez que el titular contrae matrimonio". Además, tal interpretación sería inconstitucional, por vulnerar el artículo 19 Nº 24 de la Constitución. Por otra parte, con esa interpretación se transgrediría una de las bases fundamentales del Derecho Privado: la protección de la confianza. Finalmente, sostiene que con la interpretación que se viene comentando, dejaría de tener sentido la obligación de practicar la inscripción.

Así las cosas, y considerando que la opinión del profesor Peña es valiosa, por su participación en la preparación del proyecto que condujo a la ley 19.335, tenemos que entender que lo que el artículo 141 inc. 3º ha querido decir es que para que el bien sea familiar, no es necesario esperar a que exista sentencia firme, teniendo provisoriamente tal carácter, *respecto del cónyuge propietario*, cuando le sea notificada personalmente la resolución que tuvo por presentada la demanda y que ordenó anotar esta circunstancia en el registro Conservatorio –ello por aplicación de las reglas generales, artículos 38 y 40 del Código de Procedimiento Civil– y *respecto de los terceros*, desde que se practique la correspondiente subinscripción en el Registro Conservatorio.

El artículo 141 inc. 3º establece que "el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la procedente circunstancia". La ley no dice cuál es esa "inscripción respectiva", pero parece razonable entender que lo será la inscripción del inmueble en el Registro de Propiedad, de manera que al margen de esa inscripción deberá practicarse la anotación. Por esta razón, estamos de acuerdo con César Frigerio, cuando afirma que "la declaración de bien familiar de un inmueble no constituye un gravamen que deba necesariamente inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces; no obstante lo cual no existe inconveniente, agrega, en que se inscriba en

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

ese Registro, de acuerdo con lo dispuesto en el Nº 3 del artículo 53 del citado Reglamento" (se refiere al Reglamento del Conservatorio de Bienes Raíces) (ob. cit. pág. 151).

Si bien el código establece la obligación de subinscribir tratándose únicamente de la declaración provisoria, parece obvio que ejecutoriada la sentencia definitiva que declare el bien como familiar, deberá practicarse una nueva subinscripción. En este sentido Court, ob. cit. págs. 15 y 16.

Estimo que habría sido preferible que el legislador hubiere establecido, como solemnidad, que la resolución judicial (provisoria o definitiva) que dé a un bien el carácter de familiar, o en el caso del artículo 146 la respectiva escritura pública, se anotare al margen de la inscripción matrimonial dentro de un plazo prudencial, que creo podría ser de 30 días. De esa forma se daría a los terceros plena seguridad para contratar.

10. Constitución de familiar de los bienes muebles que guarnecen el hogar. La ley no se ha puesto en este caso, en que la declaración de familiar va a recaer exclusivamente sobre los bienes muebles que guarnecen el hogar. Nos parece obvio que tal declaración tendrá que hacerse por la justicia, en juicio sumario, en conformidad al artículo 141 inc. 2º. Sin embargo, en este caso, atendida la naturaleza de los bienes, no procede hacer inscripción de ningún tipo, no siendo aplicable el inciso 3º de la misma disposición. Así lo entiende también Tomasello (ob. cit. págs. 149 y 151).

11. Titular de la acción para demandar la constitución de un bien como familiar. La acción para demandar la constitución de un bien como familiar sólo compete al cónyuge no propietario. Los hijos, en consecuencia, no son titulares de la acción aun cuando puedan resultar beneficiados con la declaración. Así fluye de los arts. 141 inciso final, 142, 143 y 144, que hablan de cónyuges. En este sentido Eduardo Court (ob. cit. pág. 19) y Claudia Schmidt ("*Nuevo Régimen Matrimonial*", Edit. ConoSur, 1995, pág. 55).

12. Constitución como bien familiar de las acciones y derechos del cónyuge en la sociedad propietaria del bien raíz en que tiene la residencia principal la familia. En conformidad al artículo 146 inc. 3º "la afectación (de derechos o acciones) se hará por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. En el caso de una sociedad de personas, deberá anotarse al margen de la inscripción social respectiva, si la hubiere. Tratándose de sociedades anónimas, se inscribirá en el registro de accionistas".

Como puede observarse, esta declaración es solemne, siendo la solemnidad doble: escritura pública y, tratándose de sociedades de personas, anotación al margen de la inscripción social. En el caso de sociedades anónimas, escritura pública e inscripción en Registro de Accionistas. Si la sociedad fuere colectiva civil, como no están sujetas al régimen de inscripción, no será posible cumplir con esta segunda solemnidad. A ello se refiere la frase "si la hubiere".

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

En todo caso conviene insistir que la "anotación" o "inscripción", según proceda, no es un requisito de oponibilidad, sino una solemnidad del acto de afectación.

13. Efectos de la declaración de bien familiar. La declaración de familiar de un bien no lo transforma en inembargable, por lo que no se causa perjuicio a terceros; sólo limita la facultad de disposición de su propietario (que ya no lo podrá enajenar o gravar ni prometer enajenar o gravar, ni ceder la tenencia, sin la autorización de su cónyuge) y otorga al cónyuge en cuyo favor se hace la declaración, un beneficio de excusión, con el objeto de que si es embargado por un tercero, pueda exigir que antes de procederse en contra del bien familiar se persiga el crédito en otros bienes del deudor.

14. Limitación a la facultad de disposición. Esta limitación será diferente según: a) el bien que se declara familiar sea el inmueble que sirva de residencia principal a la familia, o los bienes muebles que guarnecen el hogar, o b) se trate de las acciones o derechos que los cónyuges tengan en una sociedad propietaria del bien raíz que sirve de residencia principal a la familia.

En el primer caso, el efecto está consignado en el artículo 142 inciso 1º "No se podrán enajenar ni gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino concurriendo la voluntad de ambos cónyuges. Lo mismo regirá para la celebración de contratos que concedan derechos personales de uso o goce sobre algún bien familiar" (arrendamiento, comodato).

En el segundo, el efecto está indicado en el artículo 146 inc. 2º: "Producida la afectación de derechos o acciones, se requerirá asimismo la voluntad de ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar". (La expresión bien familiar en este inciso es impropia, desde que el bien no es de ninguno de los cónyuges sino de la sociedad en que los cónyuges son socios). Luego, el cónyuge propietario, en este caso, queda sujeto a una doble limitación: 1. No puede disponer de los derechos o acciones en la sociedad, sino con autorización del otro cónyuge o de la justicia en subsidio y 2. requiere de la voluntad del otro cónyuge para realizar los actos que deba hacer como socio o accionista, siempre que recaigan sobre el bien familiar.

No cabe ninguna duda que el cónyuge propietario, en el caso que estamos comentando, queda sujeto a la doble limitación indicada. Ello lo prueba la expresión "asimismo", contenida en el artículo 146 inciso 2º, y lo confirma la historia fidedigna de la ley, pues al aprobarse en el Senado, se incorporó esta expresión para dejar en claro justamente que la limitación comprendía los dos aspectos.

15. Constitucionalidad de la institución de los bienes familiares. Durante la discusión del proyecto que dio lugar a la ley 19.335 se plantearon, en el Senado (senador Sergio Fernández), dudas sobre la constitucionalidad de algunos aspectos. Así, se objetó que la declaración de familiar la pudiera hacer el

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

cónyuge no propietario, lo que quedó solucionado, modificando el proyecto en el sentido de entregar la declaración a la justicia.

Se señaló también, que al limitarse la facultad de disponer de un bien propio, se vulneraba el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 Nº 24, y se atentaba en contra del principio, de no entrabar la circulación de los bienes, idea central de nuestro ordenamiento positivo desde la dictación del Código Civil. El Senado tuvo a la vista un informe del profesor Carlos Peña, defendiendo la constitucionalidad del proyecto, en que se expresa que "la institución importa un desmedro de la autonomía de la voluntad, puesto que su facultad de disposición deja de ser omnímoda. Pero para que ello constituya una razón de inconstitucionalidad sería necesario que equivaliera a una privación de dominio, o a una limitación del mismo por justificaciones distintas a las autorizadas por el inciso 2º del número 24 del artículo 19 de la Constitución", agregando que "nuestro ordenamiento jurídico contiene diversas instituciones relativas a la propiedad, que se fundan en el interés mediato o inmediato de la familia, cuya naturaleza es igual a la que el proyecto denomina bienes familiares: el derecho de alimentos, que puede pagarse mediante derechos reales limitativos del dominio (art. 11 de la ley 14.908); el usufructo legal del marido y el padre de familia (art. 810, en relación con los artículos 243 y 1.753 del Código Civil), etc." (Boletín del Senado 423-07).

Se dejó en claro que "desde el punto de vista del cónyuge no propietario, su voluntad es puramente declarativa, y además no es un acto de autotutela, sino que de tutela de los intereses familiares. El derecho a intervenir en la administración del bien es, para este cónyuge, un derecho personal de base legal concedido en interés de la familia, que sólo le permite asentir o disentir fundadamente, enfrente a las decisiones dispositivas del propietario". (Boletín 423-07)

Se criticó también al proyecto la posible lesión al derecho de prenda general de los terceros, concluyéndose que la declaración de bien familiar no afectaba a los acreedores anteriores y, respecto de los posteriores, la posibilidad de excusión es una circunstancia que conocerán o podrán saber mediante el sistema registral y en tutela de sus propios intereses. (Boletín del Senado 423-07).

16. Forma como el cónyuge no propietario presta su autorización. El artículo 142 inciso 2º prescribe que "la voluntad del cónyuge no propietario que no intervenga directa y expresamente en el acto, podrá hacerse constar por escrito, o por escritura pública si el acto requiere esta solemnidad. También podrá prestarse esa voluntad por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública, según sea el caso".

El profesor Court llama la atención que la redacción de este inciso es diferente a la establecida en el artículo 1.749, en que se dice que la autorización debe ser "específica" y que se entiende dada concurriendo la mujer expresa y directamente "de cualquier modo" en el acto. No se estableció en este caso la especificidad, seguramente porque tratándose de bienes familiares, la autoriza-

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

ción tiene que ser necesariamente específica. Y en cuanto a la supresión de la frase "de cualquier modo", debe llevar a la conclusión de que en el caso de los bienes familiares, la autorización deba ser necesariamente expresa (ob. cit. pág. 24).

17. Autorización judicial subsidiaria. El artículo 144 establece que "en los casos del artículo 142, la voluntad del cónyuge no propietario de un bien familiar podrá ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. El juez procederá con conocimiento de causa, y con citación del cónyuge, en caso de negativa de éste".

¿Puede darse la autorización judicial supletoria en el caso del artículo 146? El problema se presenta porque el artículo 144 sólo establece tal autorización "en los casos del artículo 142". A nuestro juicio, al no estar expresamente establecida para el caso que nos ocupa, la autorización judicial, ella no es procedente. Al parecer, tiene una opinión contraria Tomasello, ya que al tratar el artículo 146 expresa que "en cuanto a la forma de manifestarse la voluntad del cónyuge no socio o accionista de la sociedad respectiva, son aplicables los artículos 142 y 144 y, en cuanto a la sanción, el artículo 143" (ob. cit. pág. 155).

18. Sanción para el caso de que se realicen estos actos sin la autorización del cónyuge no propietario. La sanción es la nulidad relativa, correspondiendo la acción rescisoria al cónyuge no propietario. Así lo dice el artículo 143 inciso 1º. En el caso del artículo 146, también la sanción es la nulidad relativa, pero no por aplicación del artículo 143 (que sólo hace referencia al artículo anterior), sino de las reglas generales, por haberse omitido un requisito establecido en atención al estado o calidad de las partes.

No señala la ley desde cuándo se debe contar el cuadrienio para alegar la nulidad relativa. Pensamos que el plazo debe comenzar a correr desde la celebración del acto o contrato. En ese sentido Claudia Schmidt (ob. cit, pág. 60). Court, en cambio, es de opinión que en esta materia debería seguirse la misma fórmula que el artículo 4º de la ley señala en el régimen de participación, esto es, que el cuadrienio se cuente desde el día en que el cónyuge que alega la nulidad tomó conocimiento del acto. Ello siempre que se aplique también la limitación de los 10 años, que ese artículo contempla (ob. cit. pág. 28).

19. Efectos de la nulidad respecto de los terceros adquirentes de un bien familiar. El artículo 143 en su inciso 2º establece que "los adquirentes de derechos sobre *un inmueble* que es bien ~~social~~ familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine".

Respecto de esta regla, queremos formular un par de comentarios. El primero, que nos encontramos frente a una presunción de derecho. En seguida, que la presunción rige únicamente para la enajenación de bienes inmuebles. No para los muebles, por no encontrarse sujetos a registro. Para ellos mantienen su vigencia el artículo 1.687 y la presunción de buena fe del artículo 707.

En relación con la buena o mala fe del tercero, Frigerio señala que

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

"durante la discusión de este artículo surgió la duda acerca de la situación de los terceros adquirentes de bienes muebles no sometidos a registro, entendiéndose que ellos deben regirse por las reglas del artículo 1490 del Código Civil (Diario de Sesiones del Senado, pág. 286)".(César Frigerio, ob. cit. pág. 155).

20. Derechos de usufructo, uso o habitación constituidos judicialmente sobre un bien familiar. El artículo 147 inciso 1° prescribe que "durante el matrimonio o disuelto éste, el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares". Agrega la norma que "en la constitución de estos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges" y termina señalando que "el tribunal podrá, en estos casos, fijar otras obligaciones o modalidades si así pareciere equitativo".

En relación con la constitución de estos gravámenes, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) que el título de estos derechos reales lo constituye la resolución judicial. Así lo consigna el inciso 2° del artículo 147: "La declaración judicial a que se refiere el inciso anterior servirá como título para todos los efectos legales". Esta sentencia deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes respectivo (artículos 32 inciso 2° y 52 N° 1 del Reglamento del Conservatorio de Bienes Raíces);

b) estos gravámenes pueden constituirse incluso una vez disuelto el matrimonio, lo que tiene mucha importancia pues es justamente al término del matrimonio cuando sobrevienen las disputas entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido. Esta norma tiende a evitar que el cónyuge sobreviviente o los hijos del fallecido, sean desarraigados de la residencia habitual de esa familia. Constituye, como ya lo hemos señalado, una real protección al cónyuge económicamente débil y a los hijos menores;

c) la sentencia judicial que constituya estos derechos determinará el plazo de término. No pueden tener el carácter de vitalicios. Cumplido el plazo se extinguen (arts. 804 y 812 del Código Civil);

d) La sentencia judicial puede establecer otras obligaciones y modalidades si así pareciere equitativo. Ello lo hará teniendo presente el interés del cónyuge no propietario y de los hijos y la fuerza de los patrimonios. Court señala que en uso de esta facultad el juez podría establecer, por ejemplo, que el cónyuge beneficiario pague una renta al cónyuge propietario o a sus herederos (ob. cit. pág. 34);

d) estos gravámenes no podrán afectar los derechos de los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución (art. 147 inc. 3°);

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

e) no aprovechan a los acreedores del cónyuge en cuyo favor se constituyen estos derechos. Ello lleva a Tomasello a concluir que "estos derechos de usufructo, uso o habitación tienen un carácter personalísimo, no son embargables y los acreedores no pueden subrogarse en su ejercicio" (ob. cit. pág. 159). Por nuestra parte, estamos de acuerdo en la inembargabilidad (confirmada, por lo demás, en el caso de los derechos de uso y habitación, por el artículo 1618 Nº 9 del Código Civil y 445 Nº 15 del Código de Procedimiento Civil) y en que no opere la subrogación, sin embargo, discrepamos que tratándose del usufructo, constituya un derecho personalísimo, pues de ser así no podría cederse y, al no prohibir la ley esta cesión, estimamos que se puede hacer por aplicación de las reglas generales. No pasa lo mismo con el uso y la habitación que sí son derechos personalísimos, por disponerlo de ese modo, el artículo 819 del Código Civil.

21. Estos derechos ¿tienen carácter alimenticio? No es claro el artículo 147, en relación con este punto.

Tomasello considera (ob. cit. pág. 158) que "el fundamento de la constitución de los derechos de usufructo, uso o habitación a que alude el artículo 147 del Código Civil no es puramente alimenticio, puesto que no se ha derogado el artículo 11 de la ley 14.908, y tales derechos pueden constituirse, en favor del cónyuge no propietario, incluso una vez disuelto el matrimonio...", caso este último –precisamos nosotros– en que no hay obligación legal de proporcionar alimentos.

Por su parte, Frigerio expresa que a pesar de la similitud de ambas situaciones (artículo 147 y artículo 11 de la ley 14.908), se inclina "por estimarlas diferentes y, en consecuencia, los derechos reales mencionados no tienen el carácter de derecho de alimentos con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva". Y agrega: "En efecto, tales derechos los puede constituir el juez solamente sobre los bienes familiares y a favor del cónyuge no propietario. Además –aclara– si se pueden constituir después de disuelto el matrimonio, los cónyuges han dejado de ser tales y, en tal caso, no habrá título para requerir una pensión alimenticia" (ob. cit. pág. 157).

Claudia Schmidt H. se limita a señalar que "la constitución de estos derechos tiene un carácter esencialmente alimenticio, pues en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges" (ob. cit. pág. 63).

Por nuestra parte, pensamos que si bien en el caso de los matrimonios disueltos no puede hablarse de obligación alimenticia, tampoco se puede desconocer que estos gravámenes tienen "naturaleza alimenticia", como lo demuestra el hecho que el tribunal para su constitución debe considerar las fuerzas patrimoniales de los cónyuges, y lo confirma el que los acreedores del cónyuge beneficiado no los puedan embargar, según acabamos de ver. Consecuencia de ello es –a nuestro juicio– que el cónyuge afectado, invocando el artículo 332 del Código Civil, podrá solicitar el cese de estos gravámenes en cualquier tiempo que

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

el cambio en las condiciones económicas de los cónyuges no justifique su mantención.

22. Tribunal competente y procedimiento para constituir estos derechos. La ley no ha resuelto estos aspectos. En cuanto al tribunal competente, se ha estimado que en todo caso el juez llamado a conocer del juicio de alimentos entre los cónyuges tiene competencia para constituir estos derechos (Tomasello, ob. cit. pág. 159).

Respecto del procedimiento, cuando se pida en el juicio de alimentos, será el que corresponda a ese juicio; y si se demanda fuera de un juicio de alimentos, nos parece que debe aplicarse el procedimiento sumario, en conformidad a lo estatuido en el artículo 680 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil.

23. El usufructuario, usuario o habitador, no está exento de las obligaciones establecidas en los artículos 775 a 813 del Código Civil. Ello, porque nada dijo el artículo 147 sobre el particular. Se echa de menos aquí una norma semejante al artículo 11 de la Ley sobre Abandono de Familia, en que claramente se consignó la exención de estas obligaciones, estableciéndose únicamente la de confeccionar un inventario simple.

24. Si los cónyuges estuvieren casados en régimen de participación en los gananciales, la constitución de estos gravámenes deberá considerarse al fijarse el crédito de participación. Así lo señala el artículo 23 de la ley 19.335: "Para determinar los créditos de participación en los gananciales, las atribuciones y derechos sobre bienes familiares, efectuadas a uno de los cónyuges en conformidad al artículo 147 del Código Civil, serán valoradas prudencialmente por el juez".

La norma resulta absolutamente justificada, pues en caso contrario, el cónyuge beneficiado con estos derechos reales estaría recibiendo un doble beneficio.

25. Beneficio de excusión en favor del cónyuge beneficiado con la declaración de bien familiar. La constitución de un bien, como familiar, no le da el carácter de inembargable. Sin embargo, y con el objeto de proteger al cónyuge beneficiado con tal declaración, se le otorga un beneficio de excusión, para que pueda "exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor".

Este beneficio, no obstante su nombre, es diferente al que se contempla para el contrato de fianza si bien se rige, en cuanto corresponda, por las disposiciones del Título XXXVI del Libro Cuarto, artículos 2357 y siguientes del Código Civil sobre fianza (art. 148 inc. 1º del Código Civil). Y decimos que es diferente, pues en la fianza consiste en que el fiador pueda exigir que antes de proceder en contra de él "se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deu-

Artículo: De los bienes familiares
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: René Ramos Pazos

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

da" (2357). Acá, en cambio, lo que se establece es que el cónyuge favorecido con la declaración de bien familiar puede exigir que se persiga el crédito en otros bienes del mismo deudor. (art. 148 inc. 1º).

26. Notificación al cónyuge no propietario del mandamiento de ejecución. El artículo 148 en su inciso 2º establece que "cada vez que en virtud de una acción ejecutiva deducida por un tercero acreedor, se disponga el embargo de algún bien familiar de propiedad del cónyuge deudor, el juez dispondrá se notifique personalmente el mandamiento correspondiente al cónyuge no propietario. Esta notificación no afectará los derechos y acciones del cónyuge no propietario sobre dichos bienes".

La finalidad de esta notificación es que el cónyuge no propietario pueda plantear el beneficio de excusión, mediante la correspondiente excepción dilatoria (artículos 303 Nº 5 y 464 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil).

27. Desafectación de un bien familiar. Regla esta materia el artículo 145, estableciendo tres formas de desafectación:

a) por el común acuerdo de los cónyuges, caso en que, cuando se refiera a un inmueble debe constar en escritura pública que debe anotarse al margen de la inscripción respectiva. (art. 45 inc. 1º).

No resuelve la ley si del mismo modo se hace la desafectación en el caso de las acciones o derechos en sociedades propietarias del inmueble donde tiene residencia principal la familia. Claudia Schmidt, considera que deberá cumplirse con las mismas formalidades. (ob. cit. pág. 65);

b) por resolución judicial, recaída en juicio seguido por el cónyuge propietario en contra del no propietario, fundado en que el bien no está destinado a los fines que indica el artículo 141, esto es que no sirve de residencia principal a la familia si se trata de un inmueble o, tratándose de muebles, que no guarnecen el hogar común, lo que deberá probar. Esa petición se tramita en juicio sumario. (145 inc. 2º, en relación con el artículo 141 inc. 2º) y

c) por resolución judicial cuando el matrimonio ha sido declarado nulo o ha terminado por la muerte de alguno de los cónyuges. En este caso, el contrayente del matrimonio actualmente nulo o los causahabientes del fallecido deberán formular la petición correspondiente fundados en que el bien no cumple los fines señalados en el artículo 141. Luego, la simple extinción del matrimonio no produce de pleno derecho la desafectación del bien, pues aun disuelto el matrimonio, el bien puede continuar siendo la residencia principal de la familia, caso en que no cabe la desafectación.