

REGIMEN PATRIMONIAL Y AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD*

Claudia Schmidt Hott

Profesora de Derecho Civil e integrante del Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

1. INTRODUCCION

En un sentido objetivo el Derecho de Familia constituye un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales que mantienen entre sí sus diferentes miembros, y si bien pertenece al campo del Derecho Civil, Derecho privado común y general, se aparta de uno de sus principios fundamentales, como es el de la autonomía de la voluntad. En efecto, y en atención a que la familia, célula fundamental de la sociedad, interesa a toda esta, trasciende al interés puramente particular y, por lo mismo, las normas que lo regulan son esencialmente imperativas o prohibitivas y de orden público. Como consecuencia de ello, desaparecen o se atenúan las derivaciones de la autonomía de la voluntad, y es así como prima el formalismo por sobre el consensualismo; la irrenunciabilidad por sobre la renunciabilidad de los derechos subjetivos extrapatrimoniales de familia y, muy especialmente, la aplicación de un estatuto jurídico predeterminado e imperativo por sobre la libertad contractual de estipulación, manteniéndose, en general, sólo la libertad contractual de conclusión. Por otra parte, el contrato de matrimonio más que generar derechos y obligaciones, genera deberes y derechos-funciones, pues muchos de estos son de contenido moral (fidelidad, respeto, protección, ayuda mutua, etc., recíprocos), y así también el concepto patrimonial de obligación y los efectos que esta genera tanto desde el punto de vista de su cumplimiento como desde la perspectiva de su incumplimiento no tiene plena aplicación. Así por ejemplo, las obligaciones de familia, si pudiéramos conceptualizarlas de tales, no pueden estar sujetas por regla general, a modalidades. Es por ello que en otras latitudes se han dictado Códigos de Familia, como son los casos, entre otros, del Código de Familia de Panamá, de 17 de mayo de 1994, y del Código de Familia de Bolivia, de 23 de agosto de 1972. Por otra parte, los Códigos Civiles del siglo XIX, al tratar de los efectos que genera el matrimonio entre los cónyuges, distinguen entre dos categorías de normas jurídicas: aquellas destinadas a regular los deberes-derechos de índole personal y aquellas destinadas a reglamentar las relaciones de carácter patrimonial. Las primeras que conforman lo que se ha denominado el régimen primario (deberes recíprocos de fidelidad, respeto, protección, cohabitación,

* Ponencia presentada al X Congreso Internacional de Derecho de Familia "El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas", Mendoza, 20/24, septiembre, 1998, Comisión N° 3 "Régimen económico de la familia", "Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad"

ayuda y socorro, etc.), están contenidas en el Libro relativo a las Personas, en tanto que las destinadas a regular el régimen económico y las convenciones matrimoniales, se encuentran incluidas en el Libro relativo a las Obligaciones y a sus Fuentes. Es así como puede citarse, a modo de ejemplo, el Código Civil español de 1889 que en el Libro Primero "De las personas", Título IV "Del Matrimonio", Cap. V regula los derechos y deberes de los cónyuges, en tanto que en el Libro Cuarto "De las obligaciones y contratos", Título III reglamenta el régimen económico matrimonial. Así también, el Código Civil argentino de 1869 en el Libro Primero "De las personas" reglamenta en la Sección Segunda, Título I, Cap. 8, los derechos y deberes de los cónyuges. En cambio el régimen matrimonial está reglamentado en el Libro Segundo "De los derechos personales en las relaciones civiles", Sección Tercera "De las obligaciones que nacen de los contratos, Título 2 "De la sociedad conyugal". En cambio, algunas legislaciones dictadas en el presente siglo, si bien no han promulgado un Código de Familia, han recopilado el Derecho de Familia dentro del Código Civil en un solo Libro, tanto en lo que se refiere al aspecto personal como al ámbito patrimonial. Así por ejemplo, el Código Civil peruano de 1984 regula en el Libro III el Derecho de Familia, abordando la sociedad conyugal, la sociedad paterno-filial y el amparo familiar. De lo expuesto hasta el momento, puede concluirse que el Derecho de Familia está comprendido dentro del Derecho Civil, pero presenta características especiales como ya se ha señalado, y en él, en lo que se refiere a los efectos que el matrimonio genera entre los cónyuges, se distinguen dos categorías de normas, a saber, las que conforman el régimen primario, en las cuales los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual de estipulación se encuentran descartados, y aquellas que dan lugar al régimen económico, materia en la cual la libertad contractual tiene una cabida limitada.

II. AMBITO DE APLICACION DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL SISTEMA ECONOMICO DEL MATRIMONIO

Para abordar esta temática, debe considerarse la clasificación de regímenes matrimoniales que atiende a su origen o fuente, según la cual, se distingue entre los sistemas contractuales o convencionales y los regímenes legales o predeterminados. Los primeros, como su nombre lo refleja, son aquellos generados o pactados por los esposos o cónyuges y se subclasifican atendiendo a la mayor o menor libertad de conclusión y de estipulación, entre los de libertad absoluta y los de libertad limitada, restringida o relativa. En el primero los esposos o cónyuges adoptan el sistema que más les convenga, teniendo como únicas limitaciones al orden público y a las buenas costumbres. En cambio, en los regímenes de libertad restringida, los contrayentes prefieren uno de los varios regímenes propuestos por el legislador. En general, puede sostenerse que las estructuras contractuales presentan la desventaja de exigir en la persona de los contrayentes o cónyuges un grado de cultura adecuado, una información jurídica previa y pertinente, y una madurez necesaria. Por su parte, los sistemas legales o predeterminados son aquellos por los cuales el legislador determina el régimen patrimonial que regirá las relaciones económicas de los cónyuges entre sí y respecto de terceros, ya sea imponiéndolo, dando lugar a una estructura legal y obligatoria, o supliendo la voluntad de los contrayentes, disponiendo la aplicación de un sistema legal y supletorio.

III. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL CHILENO

El Código Civil regula en la actualidad en forma inorgánica el sistema patrimonial del matrimonio. En efecto, si bien está tratado principalmente en el Libro IV "De las obligaciones en general y de los contratos", Título XXII "De las convenciones matrimoniales y de la sociedad conyugal" y Título XXII-A "Régimen de la participación en los gananciales", encontramos normas que le son aplicables en el Libro I "De las personas", Título VI "Obligaciones y derechos entre los cónyuges", artículos 135 al 167, que reglamentan, entre otros temas, los bienes familiares, el patrimonio reservado de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal y otros casos de separación de bienes. En consecuencia, considero que en una futura reforma debiera regularse el régimen económico dentro de un Libro destinado a tratar íntegramente el Derecho de Familia.

Entrando derechamente al tema, debe señalarse que en la legislación chilena rige como sistema legal y supletorio la sociedad conyugal, que, atendiendo a la tipología de sistemas comunitarios, constituye una comunidad limitada a las ganancias y bienes muebles. Sin embargo, al dictarse el Código Civil en el siglo pasado, la sociedad conyugal constituía un régimen legal y obligatorio que sólo podía coexistir con una separación parcial de bienes convenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio, situación que cambia a partir de la dictación del DL N° 328 de 1925, cuerpo legal perfeccionado por la Ley N° 5.521 de 19 de diciembre de 1934, desde cuya dictación la sociedad conyugal pasó a ser un régimen legal y supletorio, modificándose el artículo 1720, el que permitió pactar la separación total o parcial de bienes en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio. Posteriormente, la Ley N° 7.612 de 21 de octubre de 1943 posibilitó que durante el matrimonio los cónyuges pudieran sustituir convencionalmente la sociedad conyugal por una separación total de bienes (artículo 1723). En el año 1952, con la dictación de la Ley N° 10.271, se facultó a los contrayentes pactar la separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio, bastando que ese pacto conste en la inscripción matrimonial (artículos 1715 inciso 2 y 1716 inciso 1). Esta situación persistió hasta el año 1994 en que se dictó la Ley N° 19.335 que, ampliando el sistema convencional, consagró la participación en los gananciales en su modalidad crediticia, como estructura contractual y alternativa. Si bien los artículos 135 inciso 1 y 1718 del Código Civil prescriben que por el mero hecho del matrimonio se entiende contraída la sociedad conyugal, como régimen legal y supletorio, a partir de la dictación de la Ley N° 18.802 de 9 de junio de 1989 esta regla general tiene una calificada excepción consagrada en el artículo 135 inciso 2 (modificado posteriormente por la Ley N° 19.335) según el cual, "los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago y pacten en ese momento sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción". Por lo tanto, la sociedad conyugal excepcionalmente tiene origen convencional y puede pactarse después de contraído el vínculo matrimonial. Cabe agregar además que la sociedad conyugal impuesta supletoriamente por la ley y aquella pactada al amparo de lo dispuesto por el artículo 135 inciso 2, puede sustituirse convencionalmente en

conformidad a lo dispuesto por los artículos 1723 y 1792 N° 1 y por una sola vez, por una separación total de bienes o por una participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios, convención que es solemne.

El régimen convencional de separación de bienes se clasifica en cuanto a su extensión en total y parcial. En cuanto al momento en que puede pactarse la separación total de bienes, pueden distinguirse las siguientes hipótesis: 1) pueden los esposos acordarla en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) otorgadas antes de contraer matrimonio en conformidad a lo prescrito por los artículos 1720 inciso 1 y 1716; 2) en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) que se celebren en el acto del matrimonio conforme a lo expresado en los artículos 1715 y 1716; 3) durante el matrimonio en conformidad a lo señalado por el artículo 1723, esto es, los cónyuges mayores de edad están facultados para sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación total, pacto que es irrevocable; 4) durante el matrimonio pueden también sustituir la participación en los gananciales por la separación total de bienes según lo dispuesto por el artículo 1792 N° 1 inciso 2, pacto que también es irrevocable; y, 5) finalmente, habiendo contraído matrimonio en el extranjero y siendo, en consecuencia, considerados separados totalmente de bienes en Chile, si hubieren pactado sociedad conyugal o participación en los gananciales en conformidad a lo señalado por el artículo 135 inciso 2, pueden sustituir cualquiera de estos regímenes, por una sola vez, por una separación total de bienes, amparados por lo prescrito en los artículos 1723 inciso 1 y 1792 N° 1 inciso 2. En consecuencia solamente la separación total de bienes pactada en las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio o en el acto de su celebración, puede ser modificada convencionalmente y por una sola vez, por una participación en los gananciales (artículo 1792 N° 1 inciso 2).

La separación convencional parcial, en cambio, sólo puede ser convenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad a la celebración del matrimonio en conformidad a lo señalado por los artículos 1720 y 167. Esta separación coexiste con la sociedad conyugal y, por lo tanto, no constituye un régimen patrimonial independiente.

La participación de bienes que fue adoptada por la Ley N° 19.335 de 23 de septiembre de 1994 como un régimen convencional y alternativo, y que en atención a sus efectos se caracteriza por ser limitada a las ganancias y con compensación de beneficios, puede pactarse en las siguientes oportunidades: 1) en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) otorgadas con anterioridad al matrimonio (artículos 1716 y 1792 N° 1 inciso 1); 2) en las capitulaciones matrimoniales (solemnes) celebradas en el acto del matrimonio (artículos 1715 inciso 2, 1716 y 1792 N° 1 inciso 1); 3) durante el matrimonio, siempre y cuando los cónyuges fueren mayores de edad, para sustituir la sociedad conyugal legal y supletoria o reemplazar la separación total de bienes pactada antes o durante el acto de celebración del matrimonio a través de las capitulaciones matrimoniales (artículo 1792 N° 1 inciso 2 en relación al artículo 1723) y, finalmente, 4) durante el matrimonio, siempre y cuando los cónyuges inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, pueden pactar en ese acto la participación de bienes, dejando constancia de ello en dicha inscripción, cuando por haber contraído matrimonio en el extranjero, sean considerados por la ley separados totalmente de bienes (artículo 135 inciso 2 en relación al artículo 1792 N° 1 inciso 2). La participación de bienes pactada en las capitulaciones matrimoniales, ya se hubieren otorgado estas antes o durante

el acto de celebración del matrimonio y aquella convenida de acuerdo a lo prescrito por el artículo 135 inciso 2, puede ser sustituida convencionalmente, y por una sola vez, por una separación total de bienes en conformidad a lo prescrito por el artículo 1792 N° 1 inciso 2.

En consecuencia, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen económico del matrimonio en nuestra legislación tiene una aplicación restringida en los siguientes aspectos: 1) no rige el principio del consensualismo, derivación de la autonomía de la voluntad en la etapa de conclusión de las convenciones matrimoniales, pues estas son solemnes y, por lo tanto, tiene aplicación el formalismo, y ello, entre otras consideraciones, con el fin de proteger los intereses de los terceros; 2) el régimen legal de sociedad conyugal es supletorio y, en consecuencia, se consagra un sistema convencional alternativo de libertad restringida, por cuanto se puede elegir sólo entre aquellas fórmulas reguladas por la ley, estas son, la separación total de bienes o la participación limitada de ganancias en su modalidad crediticia; 3) la libertad de conclusión de los regímenes alternativos está limitada en lo que se refiere al momento en que puede celebrarse la respectiva convención matrimonial, y 4) la libertad de estipulación de las fórmulas convencionales está descartada por cuanto no pueden alterarse las normas dadas por el legislador, así por ejemplo, no es posible pactar que dentro de la participación en los gananciales, el sistema de compensación opere en forma distinta que la determinada por la ley.

IV. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL REGIMEN MATRIMONIAL EN EL DERECHO COMPARADO

1) Alemania

El Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) regula el sistema económico del matrimonio en el Libro IV "Derecho de Familia", Sección Primera, "Matrimonio Civil", Título VI "Derecho Patrimonial del Matrimonio", artículos 1363 al 1563, previendo como régimen legal y supletorio a partir de la dictación de la Ley sobre igualdad de derechos del hombre y de la mujer en el campo del Derecho Civil (*Gleicher G*) que entró en vigencia el 1 de julio de 1958, una participación restringida a las ganancias en su modalidad crediticia que denomina *Zugewinnngemeinschaft* (artículos 1363-1390). Como se trata de una estructura legal y supletoria, el BGB regula dos regímenes alternativos, cuales son, la separación de bienes (*Gütertrennung*, artículo 1414) y la comunidad de bienes (*Gütergemeinschaft*, artículos 1415 y siguientes). La separación de bienes es convencional cuando se la adopta en las convenciones matrimoniales (*Ehevertrag*) que deben otorgarse ante notario y que pueden celebrarse antes o durante el matrimonio (artículos 1408 y 1410), sin perjuicio que el régimen de separación de bienes puede tener cabida también como sistema legal subsidiario al cesar por sentencia judicial ejecutoriada la participación en las ganancias (artículo 1388); cuando termina la comunidad de bienes por sentencia judicial ejecutoriada (artículos 1449 y 1470), y cuando los cónyuges excluyen el sistema legal supletorio en las convenciones matrimoniales y no señalan otro (artículo 1414). Por su parte, el BGB contemplaba diversos tipos de regímenes comunitarios, a saber, la comunidad universal (*Allgemeine Gütergemeinschaft*); la comunidad restringida de bienes muebles (*Fahrnisgemeinschaft*), y la comunidad limitada de ganancias

(*Errungenschaftsgemeinschaft*), todos lo cuales a partir del 1 de julio de 1958 (*Gleicher G*) fueron unificados en uno solo que pasó a denominarse *Gütergemeinschaft*. Esta fórmula comunitaria de origen convencional puede combinarse con un patrimonio reservado (*Vorbehaltsgut*), con lo que puede asemejarse a una comunidad limitada de muebles o de muebles y ganancias y así pueden distinguirse cinco patrimonios o masas de bienes: el común (*Gesamtgut*, uno); el propio de cada cónyuge (*Sondergut*, dos), y el reservado (*Vorbehaltsgut*, dos). Los bienes comunes están sujetos a una administración conjunta, salvo pacto en contrario (artículo 1421), en tanto que el patrimonio reservado y los bienes propios son administrados por cada cónyuge. Cabe agregar que el régimen comunitario cesa, entre otras causas, por muerte de alguno de los cónyuges, salvo que en esta hipótesis en el contrato matrimonial se hubiere estipulado su continuación, convención que no afecta a los bienes reservados ni a los propios, los que son heredados por los causahabientes del cónyuge difunto (*Fortgesetzte Gütergemeinschaft*, artículos 1483 y siguientes). De lo expuesto, puede concluirse que el BGB contempla un sistema convencional de libertad, si bien limitado, más amplio que en otras legislaciones que se analizarán^{1, 2, 3}.

2) Argentina

El Código Civil argentino regula en el Libro II "De los derechos personales en las relaciones civiles", Sección Tercera "De las obligaciones que nacen de los contratos", Título II "De la sociedad conyugal", artículos 1217 y siguientes el régimen patrimonial del matrimonio, que a juicio del Doctor E. Zannoni "es de orden público, forzoso, y los que pretenden casarse no pueden de ninguna manera convenir en alterarlo", y agrega que "los demás contenidos de las posibles convenciones matrimoniales no atañen al régimen patrimonial del matrimonio en sí mismo"⁴.

En consecuencia, se trata sin lugar a dudas de un régimen económico que en atención a su origen es legal y obligatorio, excluyéndose de esta manera el principio de la autonomía de la voluntad, pues la separación de bienes puede tener cabida excepcionalmente en las hipótesis previstas en el artículo 1294, pero en ellas estamos frente a una separación judicial de bienes que puede demandarse por cualquiera de los cónyuges a partir de la dictación de la Ley N° 23.515 de 12 de junio de 1987. Sin embargo, la separación judicial no es inmutable, pues puede cesar por voluntad de ambos cónyuges entre otras formas, pacto que es solemne, ya que debe otorgarse por escritura pública (artículo

¹ BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), Beck - Texte im dtv, Textausgabe mit ausführlichem Sachregister und einer Einführung von Universitätsprofessor Dr. Helmut Köhler, 37., überarbeitete Auflage Stand: 1. September, 1995.

² BEITZKE, Günther, Familienrecht, 22 Auflage, Verlag C.H. Beck, München 1981, págs. 83-136.

³ SCHMIDT HOTT, Claudia - HOZVEN DURÁN, Marcela, La unidad y la Individualidad en el Sistema Económico del Matrimonio, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1982, págs. 126 - 132.

⁴ Revista Temas de Derecho Privado. Vol. II, Departamento de Derecho Privado. La Contratación Contemporánea, Ciclo de Mesas Redondas: Convenciones Prematrimoniales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1990, pág. 112.

1304). El régimen económico matrimonial argentino ha sido calificado, entre otras categorías, como una comunidad de ganancias y también como una separación de bienes con participación⁵, en atención esto último a lo dispuesto por los artículos 1276 y 1277 reformados por la Ley N° 17.711 de 26 de abril de 1968. Cabe hacer presente que desde que las tradicionales fórmulas comunitarias que reconocían como único jefe y administrador al marido fueron modificadas por las diversas legislaciones con el fin de consagrar la igualdad de derechos del marido y de la mujer en estas materias, surgieron nuevos esquemas comunitarios por una parte y por la otra, tomó auge el régimen de participación tanto en su modalidad de comunidad diferida como en su forma crediticia. Desde este punto de vista, el sistema argentino podría calificarse hoy como un régimen de comunidad restringido con administración separada (artículo 1276) o como una participación limitada con comunidad diferida. Sin embargo, si se atiende al lenguaje que utiliza el legislador y a muchas de las soluciones que da (por ejemplo, las contenidas en los artículos 1284, 1286 y 1291), se trataría, en la especie, de una comunidad limitada en manos separadas o con dualidad de administración. Cualquiera sea la calificación jurídica que se le atribuya, para los efectos de esta ponencia, presenta la peculiar característica que en consideración a su origen o fuente, es un sistema legal y obligatorio. Es peculiar esta solución, por cuanto no es esa la tendencia que se observa en las demás legislaciones analizadas y de hecho ha sido objeto de variadas críticas. Así, en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil se concluyó que “debe posibilitarse a los futuros cónyuges la adopción, mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen sus relaciones entre sí y respecto de terceros, y sólo a falta de capitulaciones, debe aplicarse un régimen legal supletorio⁶. Sin embargo, un sector de la Doctrina está por la mantención del régimen legal obligatorio. Así la Doctora María Josefa Méndez Costa señala: “lo fundamental, para preferir un régimen imperativo es su valoración”, y cita la opinión de Borghonovo, vertida en su ponencia a las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil: “Este régimen patrimonial del matrimonio, organizado por Vélez Sarsfield, constituye un gran acierto de política jurídica. Protege al matrimonio argentino de la especulación y del egoísmo. Sin opción para discutir e instrumentar convenios, los esposos no pierden afecto y mutuo respeto en discutirlos y se reduce al mínimo de influencia de terceros”. A juicio de la Doctora Méndez Costa, las costumbres argentinas se inclinan por un sistema imperativo, que sería como algo consustanciado con el matrimonio⁷. Sin embargo, el Proyecto elaborado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo (1993) propuso una apertura a la voluntad de los contrayentes o cónyuges, que tiene su máxima expresión en la elección que los novios efectúen por uno de los regímenes organizados, con sistema supletorio de comunidad de ganancias, pudiendo optar por la separación de bienes o la participación en las ganancias en su modalidad crediticia o con compensación de beneficios⁸. Así también, el Proyec-

⁵ Revista Temas de Derecho Privado, Vol II, ob. cit., págs. 109-127.

⁶ XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Belgrano, Buenos Aires 1987, Comisión N° 5: Régimen Patrimonial del Matrimonio: Reformas posibles, punto I.

⁷ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Reformas al Código Civil* (N° 16) dirigido por los Drs. Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana; Abeledo - Perrot, págs. 163 y 164.

⁸ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, ob. cit., pág. 101.

to aparecido en el Diario de Asuntos Entrados del Honorable Senado, el 13 de agosto de 1993, propone en su artículo 495 que los esposos en las convenciones matrimoniales previas a la celebración del matrimonio puedan optar por alguno de los regímenes matrimoniales que el Código prevé, cuales son la comunidad de ganancias (artículos 514 y siguientes), la separación de bienes (artículos 556 y siguientes) o la participación de ganancias en su modalidad crediticia (artículos 561 y siguientes). A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los esposos quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias. (artículo 514 propuesto) Por lo tanto, puede concluirse que la tendencia mayoritaria es transformar el régimen imperativo de comunidad de ganancias en su sistema legal supletorio, abriendo paso a la libertad de estipulación, previendo regímenes convencionales alternativos⁹.

3) *Bolivia*

El Código de Familia boliviano, aprobado por DL N° 10.426 de 23 de agosto de 1972, vigente desde el 26 de agosto de 1977 (elevado a rango de Ley N° 996 el 4 de abril de 1988), regula el régimen económico del matrimonio en el Libro Primero "Del matrimonio", Título III "De los efectos del matrimonio", Capítulo III "De la comunidad de gananciales", artículos 101 al 128, excluyendo absolutamente el principio de la autonomía de la voluntad. En efecto, el matrimonio da lugar a una comunidad de bienes que, en atención a su regulación, puede calificarse como un sistema comunitario restringido a las ganancias con administración conjunta de los bienes comunes, perteneciendo la administración de los bienes propios a cada cónyuge, estructura patrimonial que no puede renunciarse ni modificarse por convenios, bajo sanción de nulidad. En consecuencia, en la legislación boliviana se establece un sistema legal obligatorio que sólo termina por las causales señaladas por la ley (artículo 123)¹⁰.

4) *Brasil*

El Código Civil de Brasil, de 1 de enero de 1916, regula los regímenes patrimoniales del matrimonio en la Parte Especial, Libro Primero "Derecho de Familia", Títulos III y IV, artículos 256 y siguientes, materia en la cual ha sido objeto de diversas modificaciones (Ley N° 4.121 de 27 de agosto de 1962 y Ley N° 6.515 de 26 de diciembre de 1977), estableciendo como sistema legal supletorio una comunidad parcial de ganancias (artículo 258), cuya administración compete al marido (artículo 274). Sin embargo, en ciertas hipótesis se impone una separación de bienes por la ley (artículo 258), como por ejemplo, cuando los contrayentes requieren de autorización judicial para celebrar el matrimonio. En consecuencia, al establecer un sistema legal que opera a falta de pacto en contrario, se da lugar a un régimen convencional de libertad limitada, por el cual los futuros cónyuges pueden, con anterioridad a la celebración del matrimonio, otorgar capitulaciones matrimoniales que deben concederse por escritura pública y deben ser seguidas del casamiento, de lo contrario, son nulas. Para que

⁹ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, ob. cit., págs. 185, 203, 230 y 231.

¹⁰ *Código de Familia Boliviano*, Servando SERRANO TORRICO, Editorial Serrano Ltda., Cochabamba, Bolivia.

estas convenciones tengan efectos respecto de terceros, deben inscribirse en el libro especial a cargo del Oficial del Registro de Inmuebles que corresponda al domicilio de los cónyuges. A través de estos pactos se puede convenir una comunidad universal, un sistema comunitario parcial, una separación de bienes o un régimen dotal, todos los cuales se encuentran previstos por el legislador. Se consagra además el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio y se establecen como restricciones a la libertad de estipulación los pactos que perjudiquen a los cónyuges en sus derechos que conforman el régimen primario¹¹.

5) Colombia

El Código Civil colombiano de 1873, siguiendo al Código Civil chileno de 1855, había establecido como régimen legal una comunidad de ganancias que llamó "sociedad conyugal" y que reguló en el Libro IV "De las obligaciones en general y de los contratos", Título XXII "De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal", se caracterizó como todos los Códigos de su época por consagrar un sistema comunitario relativo a las ganancias regido por el principio de la subordinación de la mujer al marido, entregando la jefatura de la sociedad conyugal al marido, quien administraba no sólo sus bienes propios y comunes, sino que, además, los bienes particulares de su mujer (artículo 1805). Esta situación varía sustancialmente con la dictación de la Ley N° 28 de 12 de noviembre de 1932, la cual, con el fin de consagrar la plena capacidad civil de la mujer casada, transformó la comunidad restringida de ganancias en un régimen de participación con comunidad diferida, pero que sigue llamando sociedad conyugal. En efecto, el artículo 1 de la mencionada ley señala: Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y, en consecuencia se procederá a su liquidación. En consecuencia, el régimen de bienes varió en sus efectos, sin perjuicio que sigue siendo un sistema legal y supletorio (artículos 1774 y 180 del Código Civil). En cuanto al sistema contractual, la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad sigue siendo bastante restringido, tanto en lo que atañe a la libertad de conclusión como a la libertad de estipulación. En efecto, el artículo 1771 dispone: Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebren los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro, y agrega el artículo 1773 que: Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuges respecto del otro o de los descendientes comunes.

¹¹ *Código Civil de Brasil*, Antonio Luiz MEIRELLES TEIXEIRA, Editora Rideel Ltda., San Pablo, 1997.

Además cabe agregar que las capitulaciones matrimoniales son solemnes (artículo 1772) e inmutables desde el día de la celebración del matrimonio (artículo 1778). Si bien los artículos 1771 y 1781 N° 4 inciso 2 permiten pactar una separación parcial de bienes por una parte y por la otra, el artículo 1820 N° 5 establece que la sociedad conyugal se disuelve por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública; puede concluirse que el régimen convencional en la legislación colombiana es de libertad restringidísima^{12, 13}.

6) España

El Código Civil español regula el régimen económico del matrimonio en el Libro IV "De las obligaciones y contratos", Título III, materia que ha sido modificada primero por Ley N° 14 de 2 de mayo de 1975 sobre situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges, y luego por Ley N° 11 de 13 de mayo de 1981. Se advierte en este tópico, en relación a las otras legislaciones analizadas, una mayor cabida al principio de la autonomía de la voluntad, tanto en lo que se refiere a la libertad de conclusión como a lo que atañe a la libertad de estipulación. En efecto, los cónyuges son libres para determinar si otorgan o no capitulaciones matrimoniales. Si no celebran convenciones matrimoniales o si estas fuesen ineficaces, rige como sistema legal y supletorio la sociedad de gananciales (artículo 1316) que corresponde a un sistema comunitario restringido de ganancias con administración conjunta. La libertad de estipulación se consagra en forma más amplia que en otras legislaciones consultadas. Así el artículo 1315 estatuye que el régimen económico será el que los cónyuges estipulen, sin otras limitaciones que las establecidas en el Código Civil, pudiendo los otorgantes, además, estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio e introducir cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo. Rige, asimismo, el principio de la mutabilidad del sistema patrimonial, pues las convenciones matrimoniales pueden otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio, sin perjuicio que son solemnes y deben además cumplir con requisitos de publicidad. Las únicas restricciones que reconoce la libertad de pacto son las estipulaciones contrarias a las leyes, a las buenas costumbres y las limitativas de la igualdad de derechos de los cónyuges (artículo 1328). Es interesante destacar que los cónyuges pueden alterar la regla de administración conjunta de los bienes comunes que prevé el artículo 1375, sin perjuicio de las limitaciones que la propia ley establece en materia de disposición de ciertos bienes (artículo 1377). Entre los regímenes económicos regulados por el Código Civil se encuentran la participación con compensación de beneficios (artículos 1411-1434) y la separación de bienes (artículos 1435-1444). Si bien el legislador reglamenta estos sistemas, reconoce una cierta libertad de estipulación y así puede pactarse una participación distinta de la normada con la limitación que deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges (artículo 1429), no pudiendo pactarse una participación que no sea por mitad si existen descendientes comunes (artículo 1730). Por lo tanto, puede concluirse que el régimen convencional es de amplia libertad, pues si bien el legislador estableció la participación y la separación de

¹² *Código Civil Colombiano*, Luis César PEREIRA MONSALVE, Medellín, Colombia, 1995.

¹³ SCHMIDT HOTT, Claudia - HOZVEN DURÁN, Marcela, ob. cit., págs. 85-87.

bienes como sistemas alternativos, prevé a la vez la posibilidad de *convenir* otro régimen distinto (artículos 1315, 1325 y 1435 N° 3), teniendo como única limitante a la ley, las buenas costumbres y el respeto a la igualdad de derechos de los cónyuges^{14, 15}.

7) Francia

El Código Civil francés regula el régimen económico del matrimonio en el Libro III, Título V, al reglamentar el contrato de matrimonio y los derechos de los cónyuges, legislación que ha sido objeto de importantes modificaciones, entre las que cabe señalar la Ley de 13 de julio de 1965 y, más recientemente, la Ley N° 85 - 1372 de 23 de diciembre de 1985, sin perjuicio de las reformas anteriores de las leyes de 13 de julio de 1907 que había establecido el patrimonio reservado de la mujer casada y la del 18 de febrero de 1958 que consagró la plena capacidad civil de la mujer casada. El régimen legal es supletorio, pues *rige a falta de pacto en contrario* y, en atención a sus efectos, *está constituido por una comunidad restringida de ganancias con administración en manos separadas*. El sistema convencional es de libertad limitada, pero bastante más amplio si consideramos otras legislaciones consultadas. En efecto, las convenciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio como también con posterioridad, siempre que cumplan con las formalidades previstas por el legislador, y en ellas puede convenirse una separación de bienes; un sistema comunitario en el que pueden alterarse algunas normas que rigen la comunidad legal, a través de diversas cláusulas, a saber: la estipulación de una comunidad de bienes muebles y ganancias; una comunidad universal; una participación desigual; un pacto de administración conjunta, etc., teniendo como limitante las normas que integran el denominado régimen primario. Finalmente es posible pactar una participación que la propia ley regula como sistema convencional alternativo que, en atención a sus efectos, es limitado a las ganancias y de compensación de beneficios^{16, 17}.

8) Italia

El Código Civil italiano de 1942 reglamenta el régimen económico del matrimonio en el Libro Primero "De la persona y de la familia", Título VI "Del matrimonio", Capítulo VI, artículos 159 al 230 bis, materia en la cual fue reformado por la Ley N° 151 de 19 de mayo de 1975. El sistema patrimonial legal es supletorio y *está constituido por una comunidad limitada a las ganancias con administración en manos unidas*. El régimen convencional es de libertad relativa, por cuanto, si bien pueden otorgarse convenciones matrimoniales, en ellas sólo es posible pactar separación de bienes al momento de contraerse el matrimonio o

¹⁴ *Código Civil Español*, edición preparada por José Carlos Erdozain López, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1997.

¹⁵ AVENDAÑO V., Jorge, *Los Bienes en el Matrimonio. en la Familia en el Derecho Peruano*, libro en homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chavez, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pág. 259.

¹⁶ Code Civil, Litec Codes, París, Francia, 1988.

¹⁷ SCHMIDT HOTT, Claudia - HOZVEN DURÁN, Marcela, ob. cit., págs. 136-143.

modificarse la comunidad legal por una convencional. Estas convenciones son solemnes y pueden otorgarse en cualquier tiempo; sin embargo, a través de ellas, no es posible derogar los derechos y deberes que el matrimonio genera para los cónyuges (artículo 160)^{18, 19}.

9) Panamá

El Código de Familia de Panamá de 1994 estatuye el régimen económico del matrimonio en el Libro Primero "De las relaciones familiares", Título I "Del matrimonio", Capítulo V, artículos 81 al 197, estableciendo como sistema legal supletorio una participación restringida de ganancias con compensación de beneficios. En efecto, este sistema tiene aplicación a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando estas sean ineficaces (artículo 82). El régimen convencional es de libertad limitada, pues si bien se señala que "el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales" (artículo 81), se agrega que reconoce como limitaciones las establecidas en el mismo Código y las señaladas en la ley. Así es nula cualquier estipulación contraria a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (régimen primario), y al regular el Código de Familia, los sistemas convencionales alternativos sólo contemplan el de separación de bienes (artículos 127-132) y el de comunidad de gananciales (artículos 133-197) que puede calificarse como una fórmula comunitaria limitada a las ganancias con administración en manos juntas, salvo pacto en contrario. Las capitulaciones matrimoniales están regidas por el principio de la mutabilidad, pues no se establecen topes en esta materia. Si bien se regulan formalidades objetivas como de publicidad en protección de los derechos de los terceros (artículos 87 y 94), el régimen económico es modificable durante la vigencia del matrimonio, ya sea el legal supletorio o alguno convencional²⁰.

10) Paraguay

El Código Civil de la República del Paraguay, promulgado por Ley N° 1183 de 23 de diciembre de 1985 y que entró en vigencia el 1 de enero de 1987, regula el régimen patrimonial del matrimonio en el Libro Primero "De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia", Título III, Capítulo IX, artículos 189 y siguientes, estableciendo como sistema legal supletorio una comunidad restringida de ganancias tradicional, en el sentido que le entrega la administración al marido, la que comprende no sólo sus bienes y los comunes, sino que también los propios de la mujer, la que sólo puede asumir la administración cuando fuere nombrada curadora del marido, o este fuere declarado ausente o imposibilitado de ejercerla. En cambio, la administración de los bienes reservados compete a la mujer, dentro de los que se incluyen, entre otros por

¹⁸ Codice Civile, coordinati da Piero Pajardi, con le principali leggi complementari, seconda edizione aggiornata. A cura di Mario Blandini, Umberto Loi; Pirola Editore, Milano, 1991.

¹⁹ SIMO SANTOJA, Vicente L., *Los Regímenes Matrimoniales en el Mundo de Hoy*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1978, págs. 202 y siguientes.

²⁰ *Código de la Familia de Panamá*, Ley N° 3 de 17 de mayo de 1994. Gaceta Oficial N° 22.591 de 1 de agosto de 1994, Editorial Alvarez, Panamá 1994.

ejemplo, las cosas destinadas exclusivamente a su uso personal y especialmente sus vestidos, alhajas, joyas e instrumentos de trabajo (artículo 201). No ha acogido, en consecuencia el Código Civil, pese a su reciente data, el principio de igualdad de sexos, en circunstancias que el artículo 48 de la Constitución de 1992 prescribe que "el hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional". Por su parte, el principio de la autonomía de la voluntad en esta materia tiene una escasa aplicación, tanto en lo que se refiere a la libertad de conclusión como a la de estipulación. En efecto, las convenciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio con las únicas finalidades previstas en el artículo 203, del cual se desprende que el único régimen convencional alternativo es el de separación de bienes. Si los contrayentes desean quedar sometidos al sistema comunitario, pueden pactar sólo las estipulaciones previstas por la ley, entre las que destacan la posibilidad de convenir que la administración de determinados bienes propios de la mujer se le reserve, lo que sin duda importa una suavización de la comunidad tradicional. Después de celebrado el matrimonio, los cónyuges si bien pueden otorgar convenciones matrimoniales, en ellas sólo pueden estipular los pactos previstos por la ley (artículo 204), como por ejemplo, optar por un sistema de separación de bienes o de comunidad en su caso, por lo que rige el principio de la mutabilidad del régimen económico. Por lo tanto, el sistema convencional adoptado por el Código Civil es de libertad muy limitada^{21, 22}.

11) Perú

El Código Civil de 1936 descartaba absolutamente el principio de la libertad de estipulación, pues establecía como régimen legal obligatorio una comunidad restringida que se imponía por el solo hecho del matrimonio, comunidad legal en que se distinguían cuatro clases de bienes: propios, comunes, reservados y dotales. El régimen de separación de bienes era excepcional y podía ser de origen legal (en caso de quiebra por ejemplo) o de fuente judicial sólo en beneficio de la mujer, lo que varió con la Ley N° 15.779 de 1965, en que procedía a petición de ambos cónyuges con la sola expresión de causa. Con la entrada en vigencia del Código Civil de 1984 (Libro Tercero "Derecho de Familia", Sección Segunda, Título III "Régimen Patrimonial", artículos 295 y siguientes), el régimen patrimonial varía en forma importante, por cuanto la comunidad de gananciales pasó a ser supletoria, consagrándose de esta forma la libertad contractual. Como consecuencia de ello, se reglamenta un sistema convencional de libertad limitada, constituido por una separación total de bienes que el legislador llamó "separación de patrimonios" (artículo 295), el que puede convenirse antes de la celebración del matrimonio por escritura pública, bajo sanción de nulidad, la que debe inscribirse en el Registro Personal, requisito sin el cual no surte efectos, o puede pactarse durante el matrimonio, al convenir los cónyuges la sustitución de la sociedad legal supletoria, siempre que se cumplan con las

²¹ *Código Civil Paraguayo*, Editorial El Foro, Asunción, Paraguay, 1996;

²² *Constitución Nacional del Paraguay*, junio 1992;

formalidades legales (artículo 296). Sin embargo, el régimen convencional permite, además, que durante el matrimonio los cónyuges sustituyan la separación patrimonial pactada antes de la celebración del matrimonio por la sociedad conyugal. Lo anteriormente expuesto tiene lugar sin perjuicio de subsistir la separación judicial por demanda intentada por cualquiera de los cónyuges por causas legales, y la separación legal que se produce de pleno derecho por la declaración de insolvencia de cualquiera de ellos, declaración que debe inscribirse en el Registro Personal de oficio, a solicitud del insolvente, de su cónyuge o del administrador especial para que produzca efectos frente a terceros (artículo 330 modificado por D. Leg. N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial del 21 de septiembre de 1996). Por su parte, cabe destacar que el régimen legal supletorio corresponde a un sistema de comunidad restringida, en el cual se distinguen los bienes propios y los comunes, desapareciendo, por lo tanto, los reservados y dotales, correspondiendo la administración de los bienes propios a cada cónyuge, en tanto que los comunes son administrados en forma conjunta. Sin embargo, aun en el sistema legal supletorio, se consagra la libertad contractual, pues si bien corresponde a una comunidad en manos unidas, cualquiera de los cónyuges puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración. Por lo tanto, el Código Civil de 1984 estableció un régimen de libertad limitada^{23, 24, 25}.

V. CONCLUSIONES

1. Los sistemas legales establecidos por las diversas legislaciones han de ser supletorios, recomendándose como tales, una comunidad restringida de ganancias con administración separada o una participación limitada de ganancias con comunidad diferida, exigiéndose en ambos sistemas, el consentimiento de los cónyuges para el otorgamiento de los actos jurídicos de mayor trascendencia económica;

2. Se recomienda un régimen convencional de libertad limitada por medio del cual el propio legislador reglamente alternativas convencionales, ya sea una separación de bienes, una comunidad limitada distinta de la establecida como estructura legal supletoria o una participación restringida diferente de aquella que rija como fórmula legal supletoria, en su modalidad "con comunidad diferida" o, eventualmente, con compensación de beneficios;

3. El régimen convencional debería presentar las siguientes características en relación a la libertad de conclusión y de estipulación:

- a) Se sugiere se establezcan como limitaciones a la autonomía de la voluntad al orden público, a las buenas costumbres y a la ley;
- b) Dentro de las limitaciones legales se proponen las siguientes:
 - i) deben ser considerados nulos aquellos pactos que vulneren los derechos y deberes que comprenden el régimen primario y esencialmente los que atenten contra la igualdad de derechos entre marido y mujer;

²³ *Código Civil Peruano*, Cultural Cuzco Editora S.A., Tercera Edición, Lima, Perú, 1997.

²⁴ AVENDAÑO V., Jorge, ob. cit., págs. 251-256.

²⁵ SCHMIDT HOTT, Claudia - HOZVEN DURÁN, Marcela, ob. cit., págs. 99-101.

- ii) debe prohibirse pactar una participación desigual, ya sea en los regímenes comunitarios como en los de participación;
- iii) así también, deben quedar excluidas las cláusulas que priven a cualquiera de los cónyuges de la administración de sus bienes propios y aquellas que le confieran a uno de ellos la administración exclusiva y sin limitaciones de los bienes gananciales o con aptitud de ser gananciales;

4. Tanto las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio o en el acto de su celebración, como las convenciones matrimoniales celebradas durante el matrimonio han de ser solemnes, formalidades exigidas tanto en protección de los propios cónyuges como de los terceros, requisitos sin los cuales no deberán producir efecto alguno. Entre tales formalidades se recomiendan la instrumentalización pública y la inscripción en el Registro Público encargado de llevar el registro de los hechos constitutivos del estado civil dentro de un plazo fatal;

5. En materia de mutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio, se aconseja la posibilidad de que sea sustituido convencionalmente por una sola vez durante la vigencia del matrimonio, cumpliéndose las mismas solemnidades exigidas para las capitulaciones mismas.