

Régimen de constitución de los bienes familiares en Chile: *¿Un sistema judicial y registral pertinente?*

por

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN
Profesora de Derecho Privado
Universidad de Talca. Chile

SUMARIO

- I. BREVES NOTAS GENERALES.
- II. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN.
- III. ÁMBITO MATERIAL DE AFECTACIÓN.
- IV. SISTEMA DE AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN DE BIENES FAMILIARES:
 1. AFECTACIÓN DEL INMUEBLE Y MUEBLES QUE LO GUARNECEN.
 2. AFECTACIÓN DE DERECHOS Y ACCIONES EN SOCIEDADES.
- V. EFECTOS DE LA AFECTACIÓN DE BIENES FAMILIARES.
- VI. PALABRAS CONCLUSIVAS Y VALORACIÓN DEL SISTEMA.

I. BREVES NOTAS GENERALES

La vivienda familiar es una institución jurídica que se funda y sustenta en la existencia de una familia. Se trata de una institución protectora de la familia, que tiene una función existencial, en tanto cobija a sus integrantes y les permite desarrollarse dignamente. Tan esencial es al mantenimiento de la familia, que se superpone a otros bienes jurídicos como la propiedad o el crédito y es independiente del régimen económico del matrimonio, en su caso.

Esta esencialidad de la residencia familiar y de los bienes que la guarnecen ha motivado el establecimiento de regímenes jurídicos especiales al respecto, que ofrecen diversidad de reglamentaciones (1): en algunos casos el modelo se encuentra acotado a la familia matrimonial, en otros aparece ampliamente regulado; puede requerir acuerdo o declaración judicial de afectación u operar de pleno derecho; puede decir relación solo con la vivienda y el ajuar, o vincular todo un patrimonio familiar.

Sin perjuicio de las posibles distinciones, se trata, en todos los casos, de ciertos bienes inmuebles y muebles que cumplen una función familiar asistencial directa, al permitir y favorecer la convivencia familiar por constituir la residencia principal de la familia y satisfacer las necesidades vitales más inmediatas de la familia, como el alojamiento y la convivencia diaria (2). Prima, en consecuencia, el interés familiar sobre el individual (3). Esta circunstancia amerita, entre otros efectos, que producido el divorcio, la separación o la nulidad del matrimonio se mantengan, aunque con adecuaciones, las normas protectoras de la residencia de la familia, pues ésta, la familia, no se extingue con el matrimonio: la protección de la familia amerita evitar el desmembramiento de la vivienda familiar y su ajuar en las situaciones de crisis matrimoniales (4).

Influye en la complejidad de la institución la confluencia de diversos caracteres, así concurren en ella aspectos patrimoniales con aspectos personales propios de la dignidad humana y, de otra parte, los intereses implicados no pueden calificarse aisladamente, como puramente referidos a los cónyuges o a los hijos, se trata de un interés simplemente familiar general. A partir de ahí, como refiere GAVIDIA SÁNCHEZ, la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar en casos de separación, nulidad y divorcio, es una cuestión en la que se cruzan derechos y principios constitucionales como la propiedad privada, la protección social, jurídica y económica de la familia y el disfrute de una vivienda digna y adecuada, entre otros (5), de donde resulta que ante una eventual colisión de derechos, prima entender que la especial limitación de la propiedad privada, que se puede generar, se encuentra legitimada por el imperativo de protección de la familia (6), especialmente ante la fragilidad de

(1) Algunos antecedentes de Derecho Comparado sobre la protección de la vivienda familiar se pueden ver en CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, 2.^a ed., Santiago, 2007. Editorial Jurídica de Chile, pág. 47 y sigs.

(2) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia*, vol. IV, 2.^a ed., Madrid, 2008, Colex, pág. 206.

(3) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 55.

(4) CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005, Marcial Pons, pág. 37.

(5) GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio, en el Prólogo del libro de CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La atribución...*

(6) En este mismo sentido, CORRAL, comentando la inclusión en el año 1994 de la institución de los bienes familiares en la legislación matrimonial chilena, sostiene que no hay inconstitucionalidad por la limitación del derecho de propiedad implicado si se con-

que es susceptible en caso de conflicto. Los bienes son calificados de familiares porque la ley les reconoce una función esencial en la vida cotidiana de la familia y por ello los somete a una protección especial.

Ciertamente el favorecimiento efectivo de la función protectora familiar (7), asignada a los bienes familiares, se encuentra condicionado, entre otros aspectos, por el régimen de constitución, esto es, de afectación de tales bienes —y, luego, por el de desafectación de los mismos— que se consagre. Aunque hay un sinnúmero de cuestiones interesantes en materia de los bienes familiares y la institución puede observarse desde perspectivas diversas, la que aquí nos interesa y constituye el eje de nuestro análisis está referida al régimen de constitución de bienes familiares y su pertinencia; de ahí que la breve exposición que se hace de algunas cuestiones como los efectos de la constitución —un tema de suyo muy complejo— es meramente instrumental a los fines indicados.

II. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN

No fue sino hasta el año 1994 que el Código Civil chileno reguló la institución de los bienes familiares, por medio de la Ley 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que modificó ampliamente el Código Civil —y de menor modo, otros cuerpos legales— principalmente en los aspectos y efectos patrimoniales del matrimonio. La regulación específica fue incorporada por el artículo 28 de la referida Ley que introdujo el párrafo 2, *De los bienes familiares*, al Título VI, *Obligaciones y Derechos entre los cónyuges*, del Libro Primero del Código Civil.

La Ley, cuyo principal objetivo fue introducir el régimen de participación en los gananciales como alternativa a la sociedad conyugal y a la separación de bienes, tuvo su origen a iniciativa del Poder Ejecutivo que ingresó al Congreso, en 1991, el proyecto de ley respectivo (8). El mensaje con que fue enviado, en la parte que nos interesa, razona que advertido el inconveniente del régimen de participación en los gananciales, consistente en que

sidera el deber constitucional de protección jurídica de la familia. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 58.

(7) Sin perjuicio de esta función protectora familiar, algunos autores ubican a los bienes familiares dentro de las medidas correctivas, aplicables a todo evento bajo cualquier régimen patrimonial del matrimonio, y que protegen en general al cónyuge más desvalido económico: así, por medio de su regulación se permite proteger los bienes principales de la familia, con independencia del régimen patrimonial por el que hayan optado los cónyuges, y la protección se prolonga después de la muerte con la atribución preferencial de la residencia principal al cónyuge sobreviviente. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Ánalisis crítico del proyecto de reforma a la sociedad conyugal y creación del régimen de comunidad de gananciales* (2007). Disponible en: www.microjuris.cl, cita: MJD181 MJD181.

(8) Boletín núm. 432-07, de 1991.

durante la vigencia del régimen opera como separación de bienes, no dando origen a un patrimonio familiar, el proyecto introduce los bienes familiares con el objeto de paliar esa desventaja, aun cuando opera con prescindencia del régimen de bienes que entre los cónyuges rija.

En su tramitación, el proyecto recibió algunas indicaciones, que, en lo pertinente, asumen como una reforma de la máxima importancia, la introducción por modo heterónomo —esto es, con prescindencia de la voluntad de los cónyuges— al régimen matrimonial, de la institución del patrimonio familiar consistente en que determinados bienes, los bienes familiares, se sustraen al estatuto jurídico de derecho común y a las peculiaridades del régimen matrimonial para quedar sujetos a un estatuto único e imperativo: la administración conjunta de ambos cónyuges. La firme convicción de que, fuere cual fuere el régimen que entre los cónyuges medie, habrá un ámbito patrimonial en que se exprese, en protección de la familia, la comunidad de vida y de intereses que significa el matrimonio, guió la indicación en dichos términos.

La revisión del articulado que, en definitiva, se aprobó, refleja que no existe en propiedad tal patrimonio familiar de administración conjunta, aun cuando la institución de los bienes familiares puede permitir la protección de la familia por medio de la exigencia de contar con voluntad conjunta (aunque no idéntica en su significación, como veremos) para actos patrimoniales de importancia. No forman un patrimonio especial, más bien se trata de ciertos bienes sujetos a un estatuto jurídico especial, cuyas normas reguladoras son de orden público (9), así el artículo 149 del Código Civil, concluyendo el párrafo relativo a los bienes familiares, precisa: *es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo*.

El párrafo 2 del Código Civil chileno se compone de nueve artículos, destinados a regular el régimen de constitución de bienes inmuebles y los muebles que lo guarnecen en bienes familiares; los efectos de la afectación; los efectos del no requerimiento de la voluntad del no propietario para actos dispositivos; las formas de desafectación de tales bienes; la afectación de derechos y acciones en sociedades; la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre bienes familiares; el beneficio de excusión de que gozan los cónyuges reconvenidos y, finalmente, la sanción de nulidad para estipulaciones contrarias a las normas legales sobre bienes familiares.

III. ÁMBITO MATERIAL DE AFECTACIÓN

Principia el párrafo segundo del Título VI del Código Civil con el artículo 141, que fija un ámbito de aplicación amplio al establecer que determi-

(9) SCHMIDT HOTT, Claudia, y MARTINIC GALETOMIC, María Dora (directoras), *Instituciones de Derecho de Familia*, Lexis Nexis, 2004, pág. 230.

nados bienes pueden ser declarados bienes familiares *cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio* (10); en consecuencia vale para todo matrimonio, ya medie entre los cónyuges sociedad conyugal, ya medie participación en los gananciales o separación de bienes, aunque como bien advierte la doctrina nacional, cobra mayor relevancia en los dos últimos regímenes, puesto que en ambos los cónyuges pueden —en principio— disponer libremente de sus bienes, no así en la sociedad conyugal, donde es normal la enajenación del inmueble por el marido con el consentimiento de la mujer (11). Pasa, en consecuencia, a regularse con esta reforma una carga más de aquellas que impone el matrimonio, independiente del régimen patriomonial que rija entre los cónyuges (12).

Desde un punto de vista material, son bienes familiares el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnecen. Se trata de una afectación que no es independiente del título de ocupación, pues los bienes deben ser de propiedad de alguno de los cónyuges, lo que ya constituye una diferencia en relación con la regulación de otros ordenamientos, como el español, donde opera el sistema de vivienda y ajuar familiar, cualquiera que sea el título en cuya virtud se ocupa familiarmente la vivienda o se usan los muebles (13), afectándose, en no pocas ocasiones, bienes de terceros. En Chile, para que un bien inmueble —y los muebles que lo guarnecen— pueda adquirir la categoría de bien familiar, se requiere una condición objetiva: que su dominio pertenezca a uno de los cónyuges, esto es, que se encuentre inscrito a su nombre, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces al tiempo de la demanda y de la afectación. Si el cónyuge no propietario intenta evitar la afectación de un inmueble aportando el bien a una sociedad en la cual tiene participación, el legislador nacional, coherente con el presupuesto de dominio por parte de un cónyuge, no permite la afectación directa de dicho bien,

(10) Este ámbito justifica un tratamiento legal separado y previo a los regímenes de bienes del matrimonio, conformando, conjuntamente con otras instituciones, lo que doctrinariamente ha sido llamado el régimen matrimonial primario. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Curso de...,* pág. 203. Sin embargo, como apunta DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, parece equívoco que esa circunstancia se utilice para denominarlos régimen matrimonial primario, ya que en puridad no existe un régimen simple en oposición a otros más complejos, más bien integran las disposiciones generales en materia patrimonial matrimonial. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 10.^a ed., Madrid, 2006, Tecnos, pág. 136.

(11) TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen de participación en los gananciales. La reforma de la ley número 19.335*. Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág. 146.

(12) TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...,* págs. 144 y 145.

(13) MARTÍNEZ DE AGUIRRE refiere la independencia del título de ocupación, pudiendo tratarse de bienes de uno solo o de ambos cónyuges o que hayan sido alquilados por uno o por ambos o que hayan sido cedidos gratuitamente a uno o a ambos. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Curso de...,* pág. 207.

aunque sea la residencia principal de la familia, pero sí autoriza, afectar los derechos o acciones del referido cónyuge, como veremos más adelante.

Además, se requiere una condición de finalidad: dichos bienes deben servir de residencia principal de la familia, esto es, actualmente deben ser el lugar de cohabitación principal y no accidental de una familia. Considerando dicho fin se obtienen relevantes conclusiones, así —conforme a la norma— no puede afectarse más de un inmueble como bien familiar (14), pues aunque la familia tenga varios inmuebles que en diversas temporadas y con objetivos diversos habita, solo uno constituye su residencia principal, aquel donde se satisfacen ordinarias y diariamente las necesidades vitales más inmediatas de la familia y solo ese puede ser gravado con la afectación. La idea de residencia principal parece pretender excluir de la eventual afectación las residencias temporales usadas esporádicamente o en época de vacaciones, lo que es concordante con la garantía constitucional de protección de la propiedad privada por medio de su no limitación o afectación. Por otro lado, se ha entendido que no se cumple con la finalidad normativa cuando se afecta un bien como familiar si en el inmueble solo habita uno de los cónyuges y no hay hijos, pues ha dejado de ser el hogar familiar (15), razonamiento que compartimos, pues el legislador no se ocupa en esta parte, de intereses individuales —si así fuera, debiera primar el interés del propietario— sino que tiene preeminencia el interés familiar, lo que supone la presencia actual de familia, constituida, al menos, por uno de los cónyuges y los hijos.

Conforme al artículo 146 del Código Civil chileno, pueden también ser afectados como bienes familiares los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia. Esta afectación —que no recae en inmuebles de propiedad de uno de los cónyuges sino de un tercero (la sociedad)— como comenta CORRAL, pretende evitar que por medio de una propiedad indirecta, a través de formas societarias, se eluda el estatuto de los bienes familiares (16). Se trata de derechos en sociedades de personas o de acciones en sociedades de capitales que pertenezcan a los cónyuges conjunta o individualmente, pudiendo tratarse de sociedades de cualquier naturaleza, civiles o comerciales, colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita, anónimas o por acciones, y tanto nacionales o extranjeras, cualquiera sea el valor o cuantía de los derechos o acciones (17). La ley no contempla la posibilidad de que se afecten

(14) TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho de Familia*, 10.^a ed., Santiago, 2007, Lexis Nexis, pág. 266.

(15) Corte Suprema, sentencia de 21 de septiembre de 2009, en autos Rol. 5275-09. Disponible en: www.microjuris.cl, cita: MJJ21813. Antes Corte Suprema, sentencia de 4 de mayo de 2009, en autos Rol. 1968-09. Disponible en www.microjuris.cl, cita: MJJ20144.

(16) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...,* pág. 67.

(17) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...,* pág. 54. El mismo autor plantea, sin embargo, la improcedencia de la afectación parcial de una parte de esos derechos o acciones.

derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de bienes muebles que garnecen el hogar, pues la referencia normativa en este caso es exclusiva a los inmuebles.

La jurisprudencia ha extendido la aplicación del artículo 146 del Código Civil a las empresas individuales de responsabilidad limitada, pues la Ley que las regula —Ley núm. 19.857 de 2003— establece que les son aplicables las disposiciones legales que rigen a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada (18); en consecuencia, también pueden afectarse los derechos que el cónyuge constituyente o titular tenga en la empresa individual respecto de un bien inmueble transferido inicialmente o adquirido posteriormente por la empresa individual, siempre que constituya residencia principal de la familia.

Sobre los bienes familiares, el juez puede constituir, durante el matrimonio, prudencialmente a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación. Para ello, y para la fijación del plazo que les pone término, el juez debe tomar en especial consideración el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges (art. 147 CC). En este caso, lo que el legislador persigue es asegurar que el aprovechamiento de estos bienes quede radicado en quien mejor convenga atendido los intereses necesitados (19). La declaración judicial que confiere los derechos de usufructo, uso o habitación sobre tales bienes —que nunca puede formularse extinto el matrimonio por expresa exigencia normativa— sirve como título para todos los efectos legales.

Finalmente, oportuno es comentar que la norma gira en torno al supuesto de matrimonio vigente y no de cualquier modelo familiar. En base a ello se ha estimado característica esencial de la institución que la calidad de bien familiar presupone la existencia de vínculo matrimonial (20), de lo que se sigue que el legislador, en esta parte, da protección a la familia matrimonial (21) en desmedro de la familia que subsiste al término del matrimonio o que existe con independencia de vínculo conyugal, lo que resulta cuestionable a la luz de

(18) Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 25 de junio de 2009, en autos Rol. 192-2009, caratulados «Yeissy del Pilar Cuevas Troncoso con Richard Humberto Becerra Ramos». Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 42152.

(19) TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, pág. 199.

(20) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 56. Otras características relevantes son su existencia cualquiera que sea el régimen de bienes que medie entre los cónyuges; la naturaleza de orden público de las normas que los regulan es lo que genera la irrenunciabledad de los derechos concedidos por tales normas; la circunstancia de encontrar su fundamento en el deber de proveer a las cargas de familia y en la protección de la vivienda familiar, y finalmente, la naturaleza no alimenticia de la institución.

(21) TRONCOSO, apoyado en el empleo de la expresión «cónyuges» de las normas relativas a los bienes familiares, concluye que estos protegen a la familia fundada en el matrimonio, a la que denomina: familia legítima y, en consecuencia, en forma coincidente con CORRAL afirma que para que pueda hacerse la declaración de bien familiar tiene que haber matrimonio. TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho de...*, pág. 264.

los principios rectores de las últimas reformas en materia de Derecho de Familia en Chile, como la protección del interés superior del menor o del cónyuge más débil y con la finalidad de la institución (22), cual es, la protección de la familia en términos amplios y no excluyentes.

IV. SISTEMA DE AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN DE LOS BIENES FAMILIARES

La afectación de un bien como familiar se encuentra sometida a requisitos y formalidades. A los requisitos ya hemos aludido en el apartado anterior, al dar breve cuenta del ámbito material de la regulación de la institución. En lo que respecta al sistema de constitución propiamente tal, se trata de un modelo formalista, que contrasta con opciones como la española, caracterizada por la desformalización del régimen de la vivienda familiar, lo que impide conocer con certeza qué bienes tienen dicho carácter sino hasta el momento en que se realice algún acto sobre o respecto del bien de que se trate (23). Veamos los dos mecanismos de afectación que consagra el Código Civil chileno:

1. AFECTACIÓN DEL INMUEBLE Y MUEBLES QUE LO GUARNECEN

Tratándose de los bienes a que hace referencia el inciso primero del artículo 141 del Código Civil, esto es, el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnecen, las formalidades en el ordenamiento jurídico nacional son dobles: por un lado, el sometimiento a un proceso judicial y, por otro, la anotación marginal en la inscripción respectiva (24).

(22) La Corte Suprema ha señalado al respecto: Que la institución de los bienes familiares, incorporada a nuestra legislación por la Ley 19.335, tiene por finalidad principal amparar el hogar de la familia, principalmente en caso de conflictos dentro de ella. Sentencia de 21 de septiembre de 2009, en autos Rol. 5275-2009, caratulados «Felicia Johnston Mansilla con Rodrigo Guzmán Vargas». Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 42546.

(23) Esta desformalización trae como consecuencia que ante el desconocimiento de cuales bienes constituyen vivienda habitual de la familia, cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, sea necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter (art. 91 del Reglamento Hipotecario).

(24) Comenta TOMASELLO que este sistema difiere del contemplado en el proyecto del ejecutivo de 1991 y también de la indicación sustitutiva de 1992, que proponían que la declaración se hiciera por cualquiera de los cónyuges mediante escritura pública, anotada

Conforme al artículo 8.º, número 14, de la Ley 19.968 de 2004, corresponde a los Tribunales de Familia conocer y resolver los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares: *a) Separación judicial de bienes; b) Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos* (25). Lo anterior se efectúa conforme al procedimiento ordinario, aplicable a todos los asuntos contenciosos regulados en los artículos 55 y siguientes de la referida ley 19.968 (26).

Un punto no abordado hasta el momento es si puede presentarse una solicitud conjunta de los cónyuges en orden a obtener la declaración de un inmueble de propiedad de cualquiera de ellos como bien familiar, y de tal modo, acogerse al procedimiento previsto para los actos judiciales no contenciosos. Nos parece que estando ambos cónyuges contestes en el carácter de residencia principal de la familia del bien en cuestión y acreditándose dicha circunstancia y el dominio respectivo, nada obsta a esta posibilidad, que además posibilita al juez resolver de plano, pues, en principio, no será necesario oír a los interesados. En todo caso, si la solicitud conjunta se hubiere presentado por escrito, el juez puede citar a una audiencia, a la que concurrirán con todos sus antecedentes, a fin de resolver en ella la cuestión no contenciosa sometida a su conocimiento (art. 102 de la Ley 19.968). El único asunto que podría ser cuestionado es la colusión entre los cónyuges para solicitar conjuntamente la declaración en perjuicio de un acreedor del propietario, sin embargo, en dicho evento resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el inciso final del artículo 141 del Código Civil en relación con una eventual responsabilidad civil y penal por la actuación fraudulenta.

En la situación prevista por el legislador, el cónyuge interesado debe presentar su demanda individualizando completamente el bien inmueble, especialmente en cuanto al dominio y, justificando su carácter de residencia

al margen de la inscripción de dominio respectiva. TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, pág. 148.

(25) Originalmente, antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.968 de 2004, que estableció los Tribunales de Familia, la declaración de bien familiar era realizada por el juez civil, a petición del interesado, en procedimiento breve y sumario, con conocimiento de causa y citación del otro cónyuge. Parte de la doctrina criticaba ampliamente esta fórmula de procedimiento contencioso, por considerarla constitutiva de un obstáculo serio para acceder a la institución, dado que en muchos casos los cónyuges estarían de acuerdo. La crítica se fundaba en la tendencia del Derecho Comparado latinoamericano que no da lugar a procedimiento contencioso salvo en caso de oposición. SCHMIDT HOTTE, Claudia, y MARTINIC GALETOVIC, María Dora (directoras), *Instituciones...*, pág. 233. El procedimiento de los Tribunales de Familia posibilita hoy una salida rápida del asunto aun cuando sea controvertido.

(26) Como se verá más adelante, el artículo 8.º, numeral 14 de la Ley 19.968, ha servido de fuente a interpretaciones jurisprudenciales relevantes en relación con los bienes ampliando la titularidad de la acción de desafectación.

principal. Ahora bien, la sola afectación del inmueble que sirve de residencia principal de la familia no implica consecuencialmente la afectación de los muebles que lo guarnecen si, como explica CORRAL, no se ha solicitado y obtenido simultáneamente su afectación (27), razón por la cual será necesario que la demanda aluda a ellos. Respecto de estos bienes muebles que guarnecen la residencia principal de la familia, la doctrina nacional se encuentra dividida tanto en su ámbito objetivo, esto es, qué debe entenderse por *muebles que la guarnecen* como en la necesidad o no de individualización detallada de los referidos bienes en la demanda respectiva.

Sobre lo primero, el debate se presenta entre el recurso al artículo 574 del Código Civil (28), referido a los bienes que forman el ajuar de una casa (29) y una interpretación más amplia, comprensiva incluso de bienes muebles que se encuentran al servicio de la familia, como un vehículo (30); conforme al significado pertinente de la expresión y considerando por un lado, que los bienes a que hace referencia la norma son los que guarnecen el inmueble que sirve de residencia principal de la familia y no otros y, por otra parte, que la finalidad de la norma es asegurar un hogar físico estable para que la familia se desenvuelva normalmente (31) favoreciendo la satisfacción de necesidades vitales básicas, estimamos que el ajuar de que habla el artículo 574 se presta mejor a dicho fin, al equipar y revestir la residencia principal y hacerla apta para el fin considerado en la norma (32). En este sentido se ha pronunciado también la Corte Suprema, al sentenciar, en base a los artículos 574 y 1121 del Código Civil, que se colige que los bienes muebles de una casa o los que guarnecen la residencia familiar, son aquéllos que la visten y se encuentran en ella, con excepción de los que tienen un carácter personal o profesional, siendo evidente que la institución de los bienes familiares se orienta a no privar a la familia de su vivienda y amoblado, esto es, a mantener, en la

(27) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 51, y SCHMIDT HOTT, Claudia, y MARTINIC GALETOVIC, María Dora (directoras), *Instituciones...*, pág. 239.

(28) Artículo 574 del Código Civil: Cuando por la ley o el hombre se usa de la expresión *bienes muebles* sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el artículo 567.

En los *muebles de una casa* no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de arte y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carroajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa.

(29) TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, págs. 146-147.

(30) En CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, págs. 52-53.

(31) SCHMIDT HOTT, Claudia, y MARTINIC GALETOVIC, María Dora (directoras), *Instituciones...*, pág. 229.

(32) El artículo 1320 del Código Civil español habla de muebles de uso ordinario de la familia, expresión que ha sido entendida relativa al mobiliario que está al servicio de la vivienda habitual y por tanto que están destinados a un uso familiar. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Curso de...*, pág. 206.

medida de lo posible, la estabilidad del ambiente familiar, sin distinguir entre los que son imprescindibles y los que no lo son (33).

En relación con lo segundo, para algunos autores es necesario presentar conjuntamente con la demanda un inventario de los bienes muebles, los que deberán aparecer individualizados en la resolución declarativa respectiva, satisfaciendo con ello un principio mínimo de seguridad jurídica; para otros, en cambio, no es necesario ni conveniente tal nivel de individualización por cuanto se trata más bien de una universalidad de hecho cuya individualización no ha sido requerida por el legislador y que puede ir variando en su composición con el tiempo (34), posición que compartimos, sobre todo por cuanto el recurso al artículo 574 del Código Civil permite ya una buena delimitación en este punto (35).

Presentada la demanda, el juez debe citar a los interesados a la audiencia preparatoria. La situación normal será que la demanda sea presentada por el cónyuge no propietario, pero nada obsta a que la solicitud sea formulada por el propietario (36), debiendo ambos ser citados a la audiencia por tener interés en la declaración. Cuando la familia tiene hijos, el tribunal podría citar y oír a aquellos que tienen suficiente juicio y discernimiento, dado su evidente interés en el asunto como miembros de la familia y considerando que de ese modo se posibilita, en términos del artículo 16 de la Ley 19.968, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Si no se formula oposición, el juez debe resolver en la misma audiencia. Formulada oposición o si el juez estima que faltan antecedentes para resolver, citará a la audiencia de juicio y probados los requisitos que se establecen en el inciso primero del artículo 141 del Código Civil, esto es, que el inmueble es de propiedad de algunos de los cónyuges y que sirve de residencia principal de la familia, declarará el inmueble y los muebles que lo guarnecen —si así se ha pedido— como bienes familiares. Desde que queda ejecutoriada la sentencia definitiva respectiva los bienes adquieran, en forma definitiva, el carácter de bienes familiares.

En nada obsta a la declaración de bien familiar de un departamento ubicado en un edificio, la circunstancia que este último no se encuentre sub-

(33) CS, sentencia de 31 de mayo de 2007, en autos Rol. 1245-07. Disponible en: www.microjuris.cl, cita: MJJ10086.

(34) La exposición de los principales argumentos de ambas posturas puede encontrarse en RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, Tomo I, 5.^a ed., Santiago, 2005, Editorial Jurídica de Chile, págs. 337-338.

(35) La práctica de los tribunales es variable y en algunos casos suele acompañarse el inventario detallado.

(36) En contra TRONCOSO, para quien la acción compete solo al cónyuge no propietario. TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho de...*, pág. 267. En la misma línea de TRONCOSO se encuentra RAMOS, para quien en consecuencia, los hijos aun cuando puedan resultar beneficiados con la declaración no son titulares de ella. RAMOS PAZOS, René, *Derecho de...*, pág. 342.

dividido y aparezca inscrito como un sitio en el Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces, por cuanto este último debe limitarse a sub-inscribir la sentencia declarativa, al margen de la inscripción del sitio respectivo, de modo que se entienda que es el departamento del edificio construido, ubicado en el sitio cuya inscripción allí se registra, el que constituye bien familiar (37). Negar la declaración, concurriendo todos los requisitos del artículo 141 del Código Civil constituye vicio casable y, en la práctica, podría dar lugar al juego doloso de no hacer la subdivisión de un precio para impedir la declaración de bien familiar.

Para los efectos de impedir que el cónyuge propietario pueda frustrar la solicitud mientras se resuelve en definitiva sobre la afectación, el legislador establece que la sola interposición de la demanda transformará, provisoriamente, en familiar el bien de que se trate. Se produce, por tanto, una afectación legal del carácter familiar de los bienes, de naturaleza provisoria, en la cual no media intervención del juez y que opera aún antes de ser notificada la demanda. El juez en su primera resolución debe disponer que se anote al margen de la inscripción del inmueble respectiva la precedente circunstancia, lo que obviamente se producirá respecto del inmueble, pues los muebles por su naturaleza no están sujetos a sistema registral. El Conservador de Bienes Raíces practicará la subscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal. Esto último reafirma el carácter legal y de premura que asiste a esta afectación provisoria, pues el juez actuará sin petición de parte, lo que resulta hoy consistente con el principio de actuación de oficio que orienta a los Tribunales de Familia (art. 13 de la Ley 19.968).

El legislador no se pronuncia sobre la necesidad de anotación o cancelación conforme al resultado del juicio, sin embargo, parece evidente que es posible y pertinente la subinscripción de la sentencia definitiva firme que declare el carácter de bienes familiares, del mismo modo que lo es también la cancelación de la subinscripción de afectación provisoria si en definitiva la correspondiente demanda es rechazada (38). Para ello, el Tribunal de Familia podrá obrar de oficio, conforme a sus atribuciones y así ocurre en la práctica procediendo los tribunales a ordenar la anotación —o cancelación, en su caso— al margen de la inscripción de dominio respectiva (39).

(37) Corte Suprema, sentencia de 19 de febrero de 2009, en autos Rol. 454-09. Disponible en: www.microjuris.cl, cita: MJJ19625.

(38) En este sentido, TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...,* págs. 150-151.

(39) La doctrina, en general, estima 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, aunque nada impide que se haga, por lo que las referencias legales a la *inscripción respectiva*, se entienden en relación con la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad. RAMOS PAZOS, René, *Derecho de...,* pág. 341.

Los bienes resultan afectados definitivamente desde el día en que queda ejecutoriada la resolución del Tribunal de Familia que lo declara, siendo la afectación perfecta entre los cónyuges. La subinscripción mediante anotación marginal en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo tiene una clara y relevante finalidad de publicidad, considerando que la referida declaración, tratándose de inmuebles, es una cuestión de interés también para los acreedores del propietario, por tanto, la declaración produce efectos respecto de ellos y les resulta oponible, desde la correspondiente anotación (40).

Así como la constitución de bienes familiares no opera de *facto* sino mediante la satisfacción de formas específicas, la desafectación sigue igual regla, aunque con mayor amplitud, por cuanto el legislador permite que pueda ser convencional o judicial (art. 145 CC). En el primer caso y tratándose de inmuebles, opera por declaración de común acuerdo que debe constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción de propiedad respectiva. Si no media acuerdo, el cónyuge propietario puede pedir al juez de familia la desafectación de un bien familiar fundando su petición en que el referido bien no está actualmente destinado a los fines que le son propios —esto es, conforme al art. 141, *servir de residencia principal de la familia*— lo que deberá probar. La Ley 19.947 de 2004, que modificó la regulación del matrimonio civil e incorporó el divorcio como causal de término del mismo, agregó el siguiente inciso tercero al artículo 145 del Código Civil que comentó: *Igual regla se aplicará si el matrimonio se ha declarado nulo o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos, el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular al juez la petición correspondiente.*

La norma del artículo 145 merece diversos comentarios y observaciones, de partida, el silencio en relación con los muebles que guarnecen la residencia principal de la familia y que han sido constituidos bienes familiares, lo que en general no debiera ocasionar mayores problemas, pues si se asume que la afectación de dichos bienes es meramente funcional, en el sentido de favorecer la residencia del inmueble en calidad de hogar para la familia, parece evidente que desafectado éste cesa también la afectación sobre aquellos bienes. Más interesante parece resolver los siguientes cuestionamientos: ¿existen otros titulares de la acción de desafectación?, ¿pueden desafectarse bienes familiares por formas distintas a las señaladas en la referida norma?, ¿constituye la sentencia de divorcio condición objetiva, pura y simple, para obtener la desafectación de un bien familiar?

Sobre lo primero, conforme al tenor de la norma, pareciera que solo los cónyuges son titulares de acción de desafectación, sin embargo, con ocasión

(40) RAMOS PAZOS, René, *Derecho de...,* pág. 341.

del encabezado del numeral 14 del artículo 8.^º de la Ley 19.968 (citado más arriba) la jurisprudencia ha ampliado la titularidad para solicitar la desafectación de bienes familiares, señalando que del tenor de la norma se advierte que la competencia asignada a los Tribunales de Familia —en relación con los bienes familiares— se restringe a la declaración y desafectación de aquéllos pero solo en los casos en que tales asuntos sean promovidos entre los cónyuges. Con base al mismo texto concluye que el ejercicio de la acción de desafectación no se encuentra limitada únicamente a la actividad de los cónyuges, desde que del encabezado reproducido se señala: «*Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges*», se desprende que también se puede promover entre quienes carecen de tal calidad y, en tal caso, *a contrario sensu*, no será materia que deba ser conocida y resuelta por un Tribunal de Familia, siendo entonces de competencia de un tribunal civil por aplicación de las reglas generales (41). Así se ha ampliado el ámbito subjetivo de titularidad de la acción.

La norma pareciera, también, cubrir todos los eventos posibles que pueden dar lugar a la desafectación de bienes familiares: el común acuerdo o la extinción de los fines que le son propios. La voluntad común de los cónyuges deberá constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción de propiedad respectiva, constituyendo un mecanismo no controversial ideal, que se presentará normalmente cuando no hay crisis en el matrimonio, o que, en caso de crisis, pudiera ser de aquellas estipulaciones libremente pactadas en el convenio regulador, completo y suficiente, que deben acompañar los cónyuges que conjuntamente solicitan el divorcio por la causal de cese efectivo de la convivencia (42). Ahora bien, cómo la constitución de bienes familiares tiene por finalidad la protección de la familia, no se justifica la mantención de tal calidad cuando los bienes respectivos han dejado de satisfacer la finalidad normativa, en consecuencia, el derecho de dominio del propietario no puede seguir limitado y condicionado a la obtención del común acuerdo, por lo que el legislador autoriza para demandar ante el juez de familia la desafectación, con arreglo al mismo procedimiento de afectación, pudiendo resolverse en la audiencia preparatoria si no se formula oposición y obra la prueba pertinente. En este sistema de desafectación judicial, la causa de pedir será que los bienes actualmente no están destinados a los fines que le son propios —*servir de residencia principal de la familia*—.

(41) Corte Suprema, sentencia de 14 de julio de 2008, en autos Rol. 2084-078. Disponible en: www.microjuris.cl, cita: MJJ17801. En los autos, la entidad bancaria adjudicataria del inmueble constituido bien familiar obtuvo la desafectación del mismo y la cancelación de la anotación marginal respectiva ante el tribunal civil.

(42) El artículo 21 de la LMC, dentro del párrafo de la separación de hecho norma el convenio regulador para estos casos, constituyéndose estas normas en las reglas basales del convenio regulador para el caso de divorcio; luego el artículo 27 LMC, refiriéndose a la solicitud conjunta de separación judicial en forma preceptiva establece la necesidad de acompañar un acuerdo con iguales características que el normado en el artículo 55 LMC.

Doctrina y jurisprudencia han agregado una tercera causal de desafectación: la *desafectación tácita*, que se produce por la enajenación voluntaria o forzada de un bien familiar que le hace perder *ipso facto* tal calidad, sin necesidad de declaración judicial en tal sentido. El fundamento de esta causal de desafectación es la pérdida de una de las condiciones para que un bien se constituya en familiar, esto es, que sea de propiedad de uno de los cónyuges; a lo que se suma, como apunta RAMOS PAZOS, que la ley no estableció subrogación real (43). No puede subsistir la calificación de bien familiar con motivo de una subasta pública —o de una enajenación voluntaria que ha cumplido con todos los requisitos legales—, al haber desaparecido el dominio de uno de los cónyuges (44), condición necesaria a la afectación en Chile. Salvo este caso especial, queda claro que el legislador nacional sigue la regla de procedimiento formal —escritura pública o sentencia judicial— de desafectación y, además, la misma opera solo por una razón de fondo: el inmueble no debe estar sirviendo actualmente de residencia principal de la familia.

Como se anticipó, la reforma de 2004, respecto de los bienes familiares, agregó un inciso final al artículo 145 del Código Civil chileno, conforme al cual se permite que si el matrimonio ha sido declarado nulo o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio, el excónyuge propietario, o cualquiera de sus causahabientes, pueda pedir al juez la desafectación del bien familiar, fundado en que ya no sirve de residencia principal de la familia (45).

(43) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 88, y RAMOS PAZOS, René, *Derecho de...*, pág. 351.

(44) Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 2 de septiembre de 2005, en autos Rol. 642-05. El 21 de septiembre de 2006, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación deducido en contra de la referida sentencia. Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 35161.

(45) Artículo 145 del Código Civil chileno: *Los cónyuges, de común acuerdo, podrán desafectar un bien familiar. Si la declaración se refiere a un inmueble, deberá constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva.*

El cónyuge propietario podrá pedir al juez la desafectación de un bien familiar, fundado en que no está actualmente destinado a los fines que indica el artículo 141, lo que deberá probar. En este caso, el juez procederá en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 141.

Igual regla se aplicará si el matrimonio se ha declarado nulo, o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos, el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular al juez la petición correspondiente.

La expresión «igual regla», que emplea este nuevo inciso, genera dudas interpretativas, tanto en doctrina como en la jurisprudencia, como veremos, que inciden en una indeterminación de la solución normativa respecto de los requisitos de procedencia de la solicitud de desafectación. Podría entenderse que igual regla a la del inciso segundo se aplicara en caso de nulidad de matrimonio o divorcio, en términos de que ahora el excónyuge propietario puede pedir la desafectación fundado en que el bien no está destinado a los fines del artículo 141 del Código Civil, lo que siempre deberá probar o, podría considerarse, que en el caso de nulidad o divorcio, igual regla de solicitud de desafectación se puede presentar por el propietario en base al antecedente objetivo de dichas sentencias, sin ser necesario acreditar otras circunstancias.

Resulta curioso que aunque no hubo pronunciamiento alguno sobre los bienes familiares con orientación protectora, declarado el divorcio se habilita al cónyuge propietario para solicitar la desafectación de aquél que vigente el matrimonio se había constituido en tal carácter. Esto ha generado que se cite, sin mayor desarrollo en la cuestión, como efecto derivado del divorcio en Chile no su atribución de uso, sino la posibilidad de desafectación (46).

Además de la paradoja general que representa la norma referida, dentro de una reforma que aboga por principios protectores de la familia, a lo menos dos aspectos son dignos de referencia. De una parte, aparentemente terminado el matrimonio, la importancia relativa de los derechos constitucionales se invierte, pues resulta que alguna superioridad de la propiedad privada se está sugiriendo con aquel nuevo inciso del artículo 145 del Código Civil chileno que amplía las circunstancias que ameritan o hacen procedente la solicitud unilateral de desafectación por parte del propietario. Por otro lado, hay un debilitamiento de la protección familiar cuando ésta deja de estar fundada en el matrimonio válido, lo que se demuestra porque no en todos los casos que suelen comprenderse dentro del género crisis matrimoniales, se genera el derecho a solicitar la desafectación invocando la situación de crisis; así la separación de los cónyuges, justamente por mantener el vínculo matrimonial no da pie a esta solicitud (47), más aún, si no había a la fecha de la separación inmueble declarado bien familiar, es perfectamente posible obtener su afectación en base a la vigencia del matrimonio, si se dan los presupuestos legales, esto es, si sirve de residencia principal de la nueva familia que ha resultado de la separación.

Con todo, es necesario tener presente, como ya hemos dicho, que la mera extinción del matrimonio por divorcio —declaración de nulidad y aún por muerte— no produce de pleno derecho la desafectación del bien constituido previamente como bien familiar; es necesaria una resolución judicial que así lo declare, a petición del propietario, con el mérito de la sentencia de divorcio —nulidad o la muerte— (art. 145, inciso 3.^º CC) y la prueba de no estar destinados los bienes a los fines que les son propios (48). La imposibilidad

(46) RAMOS PAZOS, René, *Derecho...,* pág. 108; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, Santiago, 2006. Lexis Nexis, pág. 399; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *Derecho...,* pág. 104, entre otros autores.

(47) Aunque se debe tener presente que en los casos de separación siempre quedarán vigentes las alternativas generales que permiten desafectar un bien familiar conforme al artículo 145, incisos primero y segundo, esto es, respectivamente, el común acuerdo o la solicitud del propietario fundada en no estar destinado a sus fines, lo que deberá probar.

(48) BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Nuevo...,* pág. 399.

Analizando la situación de desafectación judicial, se sugiere por alguna doctrina, conforme al estricto tenor literal del artículo 145 del Código Civil, que, por regla general, la solicitud del propietario procede si el bien no está actualmente destinado a los fines que justifican la afectación, esto es, servir de residencia principal de la familia, o guarnecer dicha residencia, lo que se deberá probar (inciso segundo), pero, no se requeriría dicha

de operar automáticamente la desafectación por la extinción del vínculo conyugal significa de algún modo, aun débil, el reconocimiento de la familia no matrimonial como titular de dicho beneficio y por tanto su necesidad de protección. El legislador considera que aun disuelto el matrimonio, el bien familiar puede continuar siendo la residencia principal de la familia, prevaleciendo ésta sobre el matrimonio como elemento esencial caracterizante de dicha institución y, en consecuencia, el juez debiera, en dicho evento, denegar la solicitud de desafectación del propietario. En este sentido se ha pronunciado por primera vez la Corte Suprema de Justicia (49), con fecha 15 de abril de 2009, señalando que es un hecho establecido y no cuestionado por el recurrente, que el inmueble declarado bien familiar constituye la residencia principal de la familia, al continuar viviendo allí la demandada y el hijo de las partes, circunstancia que justifica el proceder de los Jueces del fondo en orden a asegurar la protección que la ley le brinda a éste y a la excónyuge que tiene a su cargo el menor (Considerando décimo).

Tres importantes cuestiones asienta este fallo. Por un lado, se fija la finalidad de la institución —y con ello un criterio lógico de interpretación normativa— al señalar que *si bien los bienes familiares están previstos para los casos en que existe matrimonio entre los involucrados, lo cierto es que con ellos se intenta asegurar a la familia mediante la subsistencia en su poder de bienes indispensables para su desarrollo y existencia, prescindiendo del derecho de dominio que sobre los mismos tenga uno de los cónyuges*. El fallo agrega que este *instituto pretende asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad, ejerciendo los roles y funciones que les corresponda, aun después de disuelto el matrimonio* (Considerando séptimo).

Más importante aún que la nota anterior, resulta ser el acogimiento de una concepción amplia y no restrictiva de familia: *la principal beneficiaria de los bienes familiares es la familia, y desde esta perspectiva no puede desconocerse el hecho que si bien ella ha podido tener su origen en el matrimonio de las partes (...), lo cierto es que la misma subsiste más allá de la disolución de la relación conyugal, permaneciendo vigente en relación a los hijos, a quienes en este caso la ley busca asegurar su protección mediante la consagración de la institución en comento con la extensión de sus efectos más allá del término del matrimonio, si se dan los presupuestos legales que justifican tal proceder* (Considerando noveno), esto es, servir de residencia principal de la familia. Esta interpretación sugiere un abandono de la idea de

prueba en caso del inciso tercero, por cuanto ahí sería procedente la desafectación judicial con el solo dato objetivo de la disolución del matrimonio o la declaración de nulidad. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 107.

(49) Sentencia de la Corte Suprema (2009), Rol. 1.086-2009. Disponible en: www.legalpublishing.cl, número identificador: 41926.

la familia matrimonial como beneficiaria exclusiva y excluyente de los bienes familiares (50).

Finalmente, el fallo, en su Considerando décimo, atiende al interés de los hijos e indirectamente al de los excónyuges, sugiriendo con ello que la protección que se otorga por medio de la subsistencia de la afectación de los bienes familiares más allá de la vigencia del matrimonio, a favor del excónyuge no propietario, lo es solo *per relationem*, esto es, está determinada por la protección de los hijos y en tanto éstos se encuentren a su cargo (51).

2. AFECTACIÓN DE DERECHOS Y ACCIONES EN SOCIEDADES

En el caso especial del artículo 146 del Código Civil, la afectación de derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia tiene carácter extrajudicial, sin perjuicio de lo cual, es igualmente formal, pues se hace por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. A lo anterior acompaña igualmente un mecanismo de publicidad consistente en la anotación marginal a la inscripción social si se trata de sociedad de personas o, en la inscripción en el registro de accionistas, si se trata de sociedades anónimas.

Nótese que, en este caso, no se afecta en forma directa el inmueble que sirve de residencia principal de la familia, que no es de propiedad de ninguno de los cónyuges, sino de una sociedad, sino que se gravan los derechos o acciones —bienes incorporales— que uno de los cónyuges o ambos tengan en la sociedad que es propietaria del inmueble que sea residencia principal de la familia. En este evento es posible que el cónyuge declarante deba concurrir a la justicia para solicitar la declaración de bien familiar de los muebles que garantizan el referido inmueble y que no alcanzan a quedar afectos por el mecanismo establecido para derechos o acciones.

(50) El fallo fue acordado con un voto en contra, que estuvo por acoger la casación basado en que el artículo 145, inciso tercero del Código Civil chileno, se refiere a una situación objetiva consistente en el divorcio de las partes, sin que sea necesario demostrar, además, que el bien familiar no cumple con sus objetivos propios. Se argumenta que no es posible extender los efectos de los bienes familiares, más allá de la existencia de la propia institución en que se funda su existencia. En efecto, refiere el Ministro, el divorcio puso término al matrimonio y a la situación patrimonial de las partes, siendo la cuestión de la casa habitación una cuestión de carácter alimenticio, por lo que no constituye ésta la vía prevista por la ley para asegurar la protección, en este caso, del hijo común.

(51) Sin embargo, en el considerando séptimo se precisa que en los casos de separación de hecho o divorcio, el mantenimiento de la afectación de los bienes familiares constituye, desde otra perspectiva, una garantía o forma de protección para el cónyuge más débil o para el que tenga el cuidado de los hijos; separando con ello la posibilidad de beneficiar con la afectación al cónyuge, de la necesaria presencia de hijos.

La afectación se produce por una declaración unilateral solemne (52), que por muy solemne que sea no deja de ser una declaración unilateral que tiene efectos directos sobre derechos y acciones que normalmente no serán de titularidad del declarante y efectos indirectos respecto de un bien que no es de dominio de uno de los cónyuges sino de un tercero: la sociedad. A partir de ahí, la norma merece diversas observaciones. Motivos de justicia general obligan a concluir que tanto la sociedad propietaria del inmueble como el cónyuge titular de los derechos o acciones en ella, podrán impugnar la afectación unilateral del otro cónyuge, la primera ante la justicia civil, el segundo ante los tribunales de familia (53).

El problema mayor, en nuestra opinión, se presenta con el mecanismo de publicidad indicado por la norma, al ser insuficiente e inefficiente. Insuficiente básicamente por dos circunstancias, por un lado, no atiende aquellos casos de sociedades no sometidas a sistema registral (54) dejándolas sin sistema de oponibilidad; por otro, no se exige la anotación marginal en la inscripción de propiedad respectiva, lo que impide un adecuado conocimiento por parte de terceros (55), desprotegiendo sus legítimos intereses. Este insuficiente sistema es además inefficiente al no considerar un plazo dentro del cual la declaración unilateral deba anotarse al margen de la inscripción social respectiva o inscribirse en el registro de accionistas, ni menos aún una sanción por la falta de incumplimiento de estas obligaciones que son de cargo del cónyuge declarante, quien podría tardar o simplemente no practicar la inscripción o anotación. A partir de ahí, es fácil concluir que, el cónyuge no declarante —normalmente el socio o accionista—, la sociedad y terceros pueden resultar perjudicados por una declaración unilateral contenida en escritura pública que no han tenido posibilidad de conocer.

Sobre la desafectación de estos derechos y acciones, lamentablemente el legislador no se pronuncia, ante lo cual habría que entender que podrá realizarla el cónyuge que los constituyó, mediante equivalente declaración unilateral que conste en escritura pública; además podrán formularla los cónyuges de común acuerdo por escritura pública; podría operar por declaración de la justicia a petición de la sociedad o del cónyuge titular de los derechos y ac-

(52) El fundamento de la forma elegida para la afectación de esta clase de bienes se desconoce a tal punto que la doctrina acusa que la opción no cuenta con fundamento alguno. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 61.

(53) Algunos autores reconocen esta posibilidad de impugnación para el cónyuge. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 61; para otros, la impugnación puede ser ejercida por el cónyuge y terceros en general, TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, pág. 151. Pero no se ha advertido que la sociedad como propietaria del bien será sujeto interesado en el asunto.

(54) SCHMIDT HOTT, Claudia, y MARTINIC GALETOMIC, María Dora (directoras), *Insti-tuciones...*, pág. 236. Lo anterior se puede producir en nuestro medio respecto de las sociedades colectivas civiles y en comandita simple civiles.

(55) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 62.

ciones, en este caso, el principal fundamento será que el inmueble de propiedad de la sociedad respectiva ya no es residencia principal de la familia. Finalmente, en caso de enajenación voluntaria o forzada por parte de la sociedad del inmueble en cuestión, procedería la desafectación tácita de los derechos y acciones del socio o accionista. En todos los casos será necesario proceder a la cancelación de la anotación marginal o inscripción efectuada.

V. EFECTOS DE LA AFECTACIÓN DE BIENES FAMILIARES

La constitución, durante el matrimonio, de determinados bienes en bienes familiares acarrea, como consecuencia, la prohibición de gravar y enajenar voluntariamente o prometer gravar o enajenar dichos bienes sin la autorización (56) del cónyuge no propietario. Se requiere igual autorización para la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualquiera otro que conceda derechos personales de uso o de goce sobre los referidos bienes. Se trata, en consecuencia, como advierte CORRAL, de una afectación de la gestión del bien, esto es, de la facultad de realizar actos de disposición y administración, pero no se altera ni la titularidad ni la facultad de goce (57).

En la misma línea, no se transforma tampoco el bien en inembargable, por lo que la sola constitución de bienes familiares no causa perjuicio a terceros (58).

La autorización que la norma legal requiere debe ser específica para el acto en cuestión; puede manifestarse por escrito, concretamente por escritura pública si el acto exigiere dicha solemnidad, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto. El cónyuge no propietario puede prestar su autorización de alguna de las formas indicadas incluso por mandatario especial cuyo mandato conste por escrito o por escritura pública, según el caso. Como claramente el legislador no pretende que la constitución de bienes familiares afecte el derecho de propiedad en su esencia, establece la posibi-

(56) La respectiva norma española habla de *consentimiento* (art. 1320 del CC español), aunque como aclara la doctrina, dada la diferente posición de ambos excónyuges respecto de los bienes, es que solo en el caso del titular se puede hablar propiamente de consentimiento, tratándose del no titular más bien se trata de un asentimiento, MARÍN LÓPEZ, Manuel, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2006, 2.^a ed., Thomson Aranzadi, pág. 226. Como se reglamenta en el medio chileno, se trata de una autorización para la realización del acto dispositivo (art. 142 CC). CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 82. DE LA CÁMARA, por su parte, aclara que no se trata de un complemento de capacidad, pues ésta no se encuentra limitada, sería, en su opinión, más bien una declaración de voluntad del tipo de las licencias y aprobaciones. DE LA CÁMARA, Manuel, *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Madrid, 2002, Civitas, pág. 251.

(57) CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, pág. 63.

(58) RAMOS PAZOS, René, *Derecho de...*, pág. 343.

lidad de que la voluntad del cónyuge no propietario pueda ser suplida por el juez en caso de imposibilidad o negativa del no propietario, que no se funde en el interés de la familia (art. 144 CC).

Dichas normas se establecieron en el año 1994, cuando el matrimonio era indisoluble por no estar regulado el divorcio vincular; su supuesto era la constante calidad de cónyuges de las partes, de ahí la permanente alusión a la voz *cónyuges*. La nueva ley de matrimonio civil no hizo adecuación compatible con la posibilidad de permanecer afectado un bien después del divorcio. En este escenario es posible entender que para disponer se requiere el consentimiento de ambas partes (antes cónyuges), esto es, el propietario y el excónyuge que se beneficia con la afectación o, en su defecto, del juez en subsidio, estimando que se configura la imposibilidad de concurrencia del cónyuge no propietario al haber perdido su calidad de cónyuge por el divorcio.

En la práctica notarial chilena, cuando un propietario casado dispone de un inmueble que puede tener el carácter de residencia familiar, el notario autorizante hace concurrir personalmente al otro cónyuge para que o bien autorice el acto por tratarse de bienes familiares o para que declare, en conjunto con el cónyuge disponente que, a la fecha del acto (fecha de la escritura), no ha sido presentada por alguno de ellos demanda que persiga la declaración de bien familiar en los términos de la Ley 19.335, respecto del inmueble materia del contrato (59). Sin perjuicio de lo cual y para efectos de los artículos 142 y siguientes y 1749 del Código Civil, de todos modos el cónyuge no propietario comparece consintiendo y aceptando en forma expresa los términos del contrato de que se trate.

Sobre las consecuencias de la disposición hecha por el titular contraviniendo las exigencias legales, el legislador chileno es claro y expreso concediendo al no propietario, cuya voluntad de autorizar no se haya expresado de conformidad a la ley, el derecho a pedir la rescisión del acto (art. 143 CC), con lo que se evita el recurso a diversas interpretaciones (60). En base a esta sanción de nulidad relativa, la doctrina entiende que la exigencia de la voluntad del cónyuge no propietario es un requisito o formalidad que la ley prescribe para el valor del acto en consideración a la calidad o estado de la persona que lo ejecuta o acuerda (art. 1682 CC) (61). Complementa lo anterior la presunción

(59) La necesidad de esta declaración se vincula con la afectación legal provisoria que se origina por la sola interposición de la demanda de afectación (art. 141, inc. 3.^º CC).

(60) La doctrina española se encuentra dividida en este punto a falta de norma expresa. MARTÍNEZ DE AGUIRRE señala que la sanción sería la establecida en el artículo 1322 del Código Civil, esto es, anulabilidad del acto a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *Curso de...*, pág. 186. CLEMENTE MEORO, en cambio, se inclina por la inoponibilidad del acto frente al cónyuge no titular que ostenta el uso del bien. CLEMENTE MEORO, Mario, en ROCA TRÍAS, Encarnación (coord.), *Derecho de Familia*, Madrid, 1995, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, pág. 163.

(61) TOMASELLO HART, Leslie, *El régimen...*, pág. 155.

de mala fe que pesa sobre los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine (art. 143, inc. 2.º CC), resultando evidente que la mala fe se origina con motivo de la anotación en el Registro de Propiedad.

Por otro lado, la afectación de bienes familiares otorga a los cónyuges reconvenidos el beneficio de excusión en virtud del cual, cualquiera de ellos podrá exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga la satisfacción del crédito en otros bienes del cónyuge deudor. Con la finalidad de hacer viable este derecho, 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 que se notifique personalmente el mandamiento correspondiente al cónyuge no propietario (art. 148 CC). Se observa con total nitidez la relevancia que reviste la anotación registral del bien familiar, toda vez que permite su conocimiento al juez y el cumplimiento de ésta obligación legal.

En el caso de los derechos y acciones por el efecto de la afectación que, como se dijo, se produce desde que se formula la declaración unilateral en tal sentido por cualquiera de los cónyuges por escritura pública, se requerirá la voluntad de ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, siempre que dicho acto tenga relación con el bien familiar de que la sociedad sea propietaria y que constituye la residencia familiar (art. 146, inc. 2.º CC) (62). Solo queremos dejar planteado que este efecto de intromisión de un tercero en la gestión social puede generar dificultades interpretativas relevantes respecto de su alcance y extensión, y en algunos casos puede no tener impacto alguno respecto de aquello que se supone que el legislador quiso resguardar, como cuando el o los administradores, directorio o gerente tienen atribuciones suficientes para resolver sobre los destinos de los bienes sociales sin necesidad de contar con una actuación de la asamblea de socios o junta de accionistas, en que debiera concurrir la voluntad de ambos cónyuges.

VI. PALABRAS CONCLUSIVAS Y VALORACIÓN DEL SISTEMA

- I. La constitución de un inmueble y los muebles que lo guarnecen, en bienes familiares cuando sirve de residencia principal de la familia, constituye un asunto con finalidad protectora de la familia que reside en ellos y que tiene efectos respecto del cónyuge propietario,

(62) CORRAL califica esta norma de oscura, tanto por ofrecer dudas respecto a que se refiere cuando habla de «bien familiar» cuanto por qué genera dificultades para conocer qué actos que se refieren al inmueble son realizados por uno de los cónyuges «como socio o accionista». CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes...*, págs. 64-65.

- del no propietario y de los hijos comunes, pero, además, concierne a los acreedores del propietario y a los terceros adquirentes. La confluencia de los diversos intereses y derechos en juego es motivo suficiente para establecer un mecanismo de afectación y desafectación adecuado.
- II. El modelo formalista del ordenamiento jurídico chileno otorga certeza jurídica a los diversos interesados respecto de una circunstancia relevante: la fecha exacta a contar de la cual los bienes se encuentran afectos, debido al recurso, siempre, a un instrumento público: la sentencia o la escritura pública.
- III. La necesidad de resguardar los diversos intereses comprometidos en la institución justifica que la regulación contemple, respecto del inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirve de residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnecen, un sistema de afectación judicial, seguido de la inscripción registral correspondiente, lo que genera un efectivo marco protector y de publicidad, dando lugar, este último, a presunciones de mala fe de los adquirentes de derechos sobre el inmueble que es bien familiar, lo que permite observar que se han considerado todos los intereses envueltos. La desafectación por su parte, también en la línea formalista, considera las distintas voluntades: la de ambos cónyuges cuando alcanzan acuerdo; la del propietario respecto del cual sería injusto mantener la afectación cuando el bien ya no satisface el fin para el cual está prevista la institución y; la de los terceros adquirentes en enajenaciones forzadas por medio de la desafectación tácita.
- IV. De la constitución formal de determinados bienes en bienes familiares, se siguen una serie de consecuencias o efectos que modifican las condiciones normales de realización de actos dispositivos sobre bienes propios, pero que en definitiva, no afectan la esencia del derecho de dominio del cónyuge propietario y tampoco los legítimos derechos de terceros, así las cosas, el sistema puede calificarse de equilibrado en relación con los derechos e intereses de los diversos sujetos implicados.
- V. El procedimiento judicial de afectación que originalmente fue visto como un entorpecimiento al sistema por tratarse de un asunto contencioso, se salva hoy por la judicatura especializada que ofrecen los tribunales de familia y que permite resolver el asunto incluso en la audiencia preparatoria, sin perder de vista que desde la interposición de la demanda los bienes adquieren provisoriamente la condición de bienes familiares, de lo cual se dispone la correspondiente anotación marginal. Sin perjuicio de lo anterior, estimamos plena-

mente posible el recurso al procedimiento para asuntos no contenidos tanto cuando ambos cónyuges planteen la afectación de común acuerdo como cuando la afectación es solicitada por el cónyuge propietario del bien.

- VI. Quedan, sin embargo, importantes cuestiones sin atender por el legislador, como la continuidad de la afectación y los criterios de atribución de uso en caso de crisis matrimoniales o el sistema de afectación y el mecanismo de publicidad apropiado de los derechos o acciones que uno de los cónyuges o ambos tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia. Como se indicó, en este caso, el sistema es ineficiente e insuficiente, dando lugar a conclusiones absurdas y más aún, abriendo la puerta a eventuales abusos.

ABREVIATURAS

Art. (art.):	artículo
CC:	Código Civil
Inc. (inc.):	inciso

RESUMEN

AFFECTACIÓN BIENES FAMILIARES

La legislación chilena reguló en el año 1994 la institución de los bienes familiares. En dicha normativa se optó por un sistema formal de afectación o constitución de bienes familiares tanto respecto del inmueble que sirve de residencia principal de la familia como de los muebles que lo guarnecen. Dicho sistema formal considera, principalmente, la intervención judicial y mecanismos de publicidad. Lo anterior, en directa correspondencia, por un lado, con los diversos intereses involucrados y, por otro, con los efectos que la afectación genera, aparece como un mecanismo adecuado, pues permite conciliar aque-lllos y concretar estos. En este breve artículo se pretende revisar las formas es-

ABSTRACT

ENCUMBRANCE FAMILY PROPERTY

In 1994 Chilean legislation regulated the institution of family property. Chilean lawmakers opted to institute a formal system of encumbrance or creation of family property, encompassing the immovable property that is the family's main residence as well as the chattels with which the home is fitted. This formal system places its primary focus on judicial intervention and reporting mechanisms. This, in direct correspondence with, first, the various interests involved and, second, the effects encumbrance generates, appears to be an adequate mechanism, for it enables the reconciliation of the former and the specification of the latter. This short article proposes to review the forms established by legislators

Régimen de constitución de los bienes familiares en Chile...

*tablecidas por el legislador para la afec-
tación y desafectación de bienes fami-
liares, dando cuenta de las principales
controversias e interpretaciones que el
sistema de constitución y desafectación
ha generado.*

*for the encumbrance and disencumbran-
ce of family property, giving an account
of the main controversies and interpreta-
tions that the creation and disencumbran-
ce system has generated.*

*(Trabajo recibido el 13-9-2010 y aceptado
para su publicación el 15-3-2011)*