



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**ESCUELA DE DERECHO**

**“REGÍMENES PATRIMONIALES TÍPICOS DEL MATRIMONIO; SUGERENCIAS PARA  
POSIBLES REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO  
DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**AUTORA: JOSSELYN VALVERDE PUNIN**

**DIRECTOR: DR. JORGE MORALES ÁLVAREZ**

**CUENCA-- ECUADOR**

**2020**

## DEDICATORIA

En mi vida principalmente está mi Dios, te agradezco Señor por haberme dado la vida, salud, unos padres abnegados que siempre me regalaron su amor incondicional, perseverancia, y permitirme llegar hasta este momento tan importante y significativo en mi vida Profesional.

Papi, Mami, gracias por su apoyo, consejos, comprensión por inculcarme valores, me han dado todo lo que soy como persona, principios, mi empeño, perseverancia, mi coraje para perseguir mis objetivos.

Stephanie: hermana mía, eres una bendición en mi camino, gracias por siempre extenderme tus dos manos, por enseñarme que la vida es bella, que vale la pena vivirla, y que hay que darse el valor que uno merece, hermana eres mi más grande apoyo,

A mis tíos que han sido incondicionales en este camino, Tía Liliana mi bella, gracias por estar en el lugar y momento precisos.

Hermanos ustedes son el pilar fundamental siempre tengo vuestro cariño, comprensión sin importar nuestras diferencias de opiniones, hemos pasado momentos difíciles económicamente pero nunca nos faltó el AMOR de Familia.

Freddy Rafael mi pequeño, Dios me sorprendió con esta pequeña bendición eres mi razón, mi motor para vivir.

Freddy Calderón gracias por estar ahí, por la paciencia, por creer en mí, apoyándome en mi carrera, por saber soportarme en los días atareados, pero la luz salió al final del camino

Gracias a mis queridos compañeros, que me apoyaron y me permitieron entrar en sus vidas.

**“REGÍMENES PATRIMONIALES TÍPICOS DEL MATRIMONIO; SUGERENCIAS PARA  
POSIBLES REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**

**Tabla de contenido**

|                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| RESUMEN .....                                                                                                         | 5  |
| ABSTRACT .....                                                                                                        | 6  |
| INTRODUCCIÓN .....                                                                                                    | 7  |
| CAPÍTULO I: ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL O RÉGIMEN<br>PATRIMONIAL DE MATRIMONIO .....                | 8  |
| 1.1.-- El Matrimonio y su Economía en el Derecho Romano “Régimen de separación de<br>bienes” .....                    | 8  |
| 1.2.- El régimen matrimonial germano, “La igualdad de los cónyuges en la economía Familiar” ..                        | 10 |
| 1.3.--Los orígenes de la economía matrimonial en España .....                                                         | 11 |
| 1.4.-- Francia como régimen convencional. ....                                                                        | 16 |
| 1.5.-- Alemania se introdujo con la ley de igualdad .....                                                             | 19 |
| CAPÍTULO II: REGÍMENES PATRIMONIALES TÍPICOS DEL MATRIMONIO .....                                                     | 21 |
| 2.1.-- Efectos patrimoniales del matrimonio. ....                                                                     | 21 |
| 2.2.-- Régimen de Comunidad de Bienes. ....                                                                           | 22 |
| 2.3.-- El Régimen de Separación de Bienes. ....                                                                       | 24 |
| 2.4.-- El Régimen de Participación de Gananciales. ....                                                               | 25 |
| 2.5.-- Contratos Matrimoniales o Capitulaciones.....                                                                  | 26 |
| 2.6.-- Crítica al régimen patrimonial típico del matrimonio.....                                                      | 28 |
| CAPÍTULO III: LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA RESPECTO DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL<br>MATRIMONIO (SOCIEDAD CONYUGAL) ..... | 31 |
| 3.1.-- Formación de la sociedad conyugal .....                                                                        | 31 |
| 3.2.-- Clases de patrimonio que la integran. ....                                                                     | 32 |
| 3.3.-- El Haber Absoluto de la Sociedad Conyugal. ....                                                                | 32 |
| 3.4-- El Haber Relativo de la Sociedad Conyugal .....                                                                 | 37 |

|                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.5-- El Haber Personal de cada Cónyuge.....                                                                       | 39  |
| 3.6-- De las Cargas de la Sociedad Conyugal: Deuda Social. Deudas Personales.....                                  | 46  |
| CAPITULO IV: LEGISLACIÓN COMPARADA .....                                                                           | 52  |
| 4.1.-- Regímenes Patrimoniales y Administración de la sociedad conyugal en Argentina.....                          | 53  |
| 4.2.-- Regímenes Patrimoniales y Administración de la sociedad conyugal en Chile.....                              | 61  |
| 4.3.-- Regímenes Patrimoniales y Administración de la sociedad conyugal en España.....                             | 80  |
| 4.4.-- Regímenes Patrimoniales y Administración de la sociedad conyugal en Inglaterra.....                         | 91  |
| 4.5.-- Regímenes Patrimoniales y Administración de la sociedad conyugal en Estados .....                           | 100 |
| CAPÍTULO V: ESTUDIO CRÍTICO DEL SISTEMA ACTUAL REFERENTE AL RÉGIMEN .....                                          | 118 |
| PATRIMONIAL TÍPICO EN EL MATRIMONIO COMO BASE PARA UNA POSIBLE REFORMA<br>LEGAL.....                               | 118 |
| 5.1.-- Propuesta: Reforma al sistema del régimen patrimonial típico del matrimonio el sistema<br>ecuatoriano. .... | 118 |
| 5.2.-- Capitulaciones matrimoniales.....                                                                           | 119 |
| 5.3.-- Haber relativo de la sociedad conyugal .....                                                                | 119 |
| 5.4.-- Haber absoluto de la sociedad conyugal .....                                                                | 121 |
| 5.5.-- Administración.....                                                                                         | 122 |
| 5.6.-- Deudas.....                                                                                                 | 123 |
| CONCLUSIONES .....                                                                                                 | 126 |
| BIBLIOGRAFÍA.....                                                                                                  | 130 |

## **RESUMEN**

El objeto del presente trabajo de graduación es el de efectuar un análisis comparativo de diferentes regímenes patrimoniales típicos del matrimonio como antecedente para proponer probables reformas al régimen jurídico de la sociedad conyugal en el Ecuador. Para cumplir este objetivo, esta investigación comprende el estudio de la estructura de la sociedad conyugal en el Ecuador y en diversas legislaciones de la Familia Jurídica Romanista y Angloamericana.

## ABSTRACT

The purpose of this graduation work was to carry out a comparative analysis of different patrimonial regimes typical of marriage as a background to propose probable reforms to the legal regime of the conjugal society in Ecuador. To meet this objective, this research carried out a study regarding the structure of the conjugal society in Ecuador and in various laws of the Romanist and Anglo-American Juridical Fam.



Translated by

Ing. Paúl Arpi

## INTRODUCCIÓN

El matrimonio da lugar a una sociedad conyugal, generadora de deberes y derechos recíprocos entre ambos cónyuges, y de los dos para con terceros, estos deberes y derechos son de orden personal y económico, destacando entre estos segundos un tema fundamental, consistente en el soporte económico que garantice la estabilidad y permanencia de la familia, en donde también se dan relaciones de orden económico, pues cada uno de los cónyuges tiene la posibilidad de llevar al matrimonio el patrimonio que tenía cuando era soltero, y ya dentro del matrimonio, adquirirá bienes y contraerá obligaciones.

De acuerdo con la legislación ecuatoriana, la unión matrimonial provoca la necesaria entrada en escena de un modelo patrimonial que regule las relaciones económicas o financieras. En particular, en Ecuador, el régimen legal aplicable es la sociedad conyugal, un régimen económico matrimonial de tipo comunitario en cuya virtud se forma una sociedad patrimonial entre los cónyuges constituida por los bienes muebles que éstos aportaran y por los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso por ambos durante la vigencia de la misma, como norma general, se divide en dos mitades iguales al tiempo de su disolución.

Dentro de la unión marital, se señala que tanto el hombre como la mujer que la integran deben contribuir al mismo acorde a sus condiciones e ingresos. En ese sentido, se dice que nuestra legislación no ha previsto las capitulaciones matrimoniales, pues en puridad no hay plena autonomía y libertad para que los novios o cónyuges, en su caso, ¿decidan como mejor les parezca fijar las reglas que regularán su vida económica; cierto es, y hay que reconocerlo, se da a los contrayentes, e incluso cónyuges, la posibilidad de escoger entre dos regímenes, el de la sociedad de gananciales o el régimen legal de la separación de patrimonios. Es indispensable ahora realizar un análisis crítico al sistema ecuatoriano de tal manera que se pueda encontrar cual es la verdadera inclinación que tiene nuestro sistema respecto a esta problemática y buscar posibles reformas.

## **CAPÍTULO I: ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL O RÉGIMEN PATRIMONIAL DE MATRIMONIO**

### **1.1.-- El Matrimonio y su Economía en el Derecho Romano “Régimen de separación de bienes”**

Alarcón (2005): en su artículo “Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la novísima recopilación” nos dice que, en el Derecho Romano, el matrimonio no estaba revestido del carácter formal que distingue a la institución hoy en día. Se reconocía en el *affectio maritalis*, es decir, la predisposición emocional y afectiva de ambos cónyuges a permanecer juntos; de esta forma, cuando dichos sentimientos desaparecían, el matrimonio se consideraba terminado.

Cuando el marido recibía la *manus* (potestad), la mujer automáticamente perdía su capacidad patrimonial, el marido frente a terceros era el responsable, con todo su patrimonio, sumando todo aquello que la mujer tuviese cuando contrajo matrimonio (Alarcón, 2005).

Se dio la institución de la dote, entendida como una compensación adelantada a la mujer como resultado de la pérdida de sus derechos sucesorios de su familia. Sobre la titularidad de la dote pertenecía en propiedad al marido durante el matrimonio, una vez el matrimonio fuera disuelto debería restituirla. Entre las limitaciones a las facultades del marido sobre los bienes dotedales, se le prohibía enajenar bienes sin el consentimiento de su mujer, no podía gravarlos con hipoteca, ni siquiera con este consentimiento. (Alarcón, 2005)

Debía estipularse en la constitución de la dote la restitución de esta, después de disuelto el matrimonio, existía una acción pretoria para recuperarla, que fue drásticamente modificada por Justiniano, debía ser siempre restituida, esta acción fue transmisible a los herederos de la persona legitimada para ejercerla. Los fondos debían ser restituidos inmediatamente, las demás cosas después del plazo de un año. Otro de los cambios efectuados por Justiniano es el que otorga a la mujer una hipoteca general sobre los bienes del marido y estaba protegido con el derecho a otra hipoteca que respaldara sus acciones para obtener la dote prometida y a la garantía de evicción por los objetos recibidos en dote. El régimen de separación establecido en

la dote, estaba acompañado de la prohibición de donación entre cónyuges. Como señala Gracia Garrido, el principio inspirador del régimen clásico de los bienes aportados al matrimonio está inspirado en la exclusión de toda liberalidad que pueda ser perjudicial para los cónyuges.

Otra de las instituciones determinantes del Derecho Romano fue “donativo ante nupcias”, ¿el mismo que consistía en los bienes que el futuro marido regalaba a la mujer antes de las nupcias; se constituía entonces una excepción a la prohibición de las donaciones entre los cónyuges. Esta figura adquiere importancia a partir de la época postclásica, ya que inicialmente los bienes donados consistían en bienes de poco valor económico, entregados como muestra de afecto. Durante los siglos III Y IV estas donaciones alcanzaron una cuantía considerable.

En épocas de Justiniano esta institución recibe una nueva regulación, llamada “donatio propter nupcias”, permitiéndose posteriormente de la celebración del matrimonio, independiente de las demás donaciones, para estas continúa rigiéndose la prohibición, constituyó una verdadera aportación del marido al patrimonio familiar junto con la dote. De esta forma a la muerte del marido, la mujer tenía el usufructo y los hijos la nuda propiedad.

Justiniano considera la “donatio propter nuptias” como similar a la dote, justificada en interés de la familia y como contraprestación a la dote. Con ello, aunque mantiene la distinción entre las distintas masas patrimoniales, dote, paraferna, donaciones, refuerza las reglas para una eventual restitución, considera los bienes de los cónyuges como un patrimonio común destinado a la familia, bajo la dirección del marido, estableciendo con ello, en opinión de algunos, las bases de una comunidad de bienes entre cónyuges.

Esta aportación de bienes de ambos cónyuges no cambiaba las reglas de la responsabilidad que estos tenían frente a terceros, seguía respondiendo frente a los acreedores con su patrimonio. Si bien el marido recibía bienes cuyos frutos admitían el aumento del suyo, con ello, la mejora del objeto de su responsabilidad patrimonial, bienes con los que no debía responder directamente de sus deudas por la carga restitutoria que pesaba sobre ellos (Alarcón, 2005).

## **1.2.- El régimen matrimonial germano, “La igualdad de los cónyuges en la economía Familiar”**

En la concepción germana acerca del matrimonio cabe hablar de la organización alrededor del vínculo conyugal:

Pasando a los pueblos germanos, podemos decir que en esta comunidad no existía los férreos lazos de la primitiva familia Romana. Tenían una autoridad, pero representaba la dirección, la administración, y la protección; los individuos de la familia no eran cosas sino personas; la mujer era la compañera, no la esclava del hombre, y ella le ayudaba en todas sus empresas, le acompañaba en la guerra y participaba de los derechos de todos. (Alarcón, 2005, pág. p.10).

En cuanto al manejo de la economía familiar, una vez efectuado la unión “el contrayente entregaba al padre ciertas suma de dinero o determinados objetos, que representaban el precio de la transmisión” (Alarcón, 2005, pág. p.11). Además, el marido realizaba una entrega adicional como recompensa por la virginidad de la mujer. La dote entregada podía consistir tanto en bienes materiales (joyas, dinero, objetos) como bienes raíces.

Como una entrega realizada por parte del padre de la esposa, los objetos entregados como parte de la dote le pertenecían a la mujer y, en caso de morir, se trasladaban los bienes a sus hijos, en caso de que moría antes del marido, en algunos pueblos los bienes dotales pasaban al marido, y en otros se adjudicaban por mitad al marido y a los herederos de la mujer. En el derecho de sucesiones se destacan los derechos concedidos al marido en la herencia de su mujer, y a la mujer en la herencia del marido, o sea, la participación concedida a cada cónyuge en los bienes propios o peculiares del otro.

Como se evidencia, el sistema familiar era patriarcal y la mujer debía obedecer a la figura masculina más cercana, su padre o parientes, en caso de ser viuda o soltera y, en el caso contrario, a su marido. Una vez celebrada la boda el marido “concentraba en su mano todos los bienes, tanto muebles como inmuebles, los cuales administraba y usufructuaba, pudiendo disponer solo de los primeros, mas no de los segundos, ya que estos conforman el patrimonio de la familia” (Alarcón, 2005, pág. p.11). Para la disposicion de los bienes familiares, el marido

necesitaba el consentimiento de la mujer. El marido contraía las obligaciones y tenía la capacidad para ejecutar los negocios de la familia, debía responder con todos los bienes de esta, con las limitaciones indicadas.

Los bienes obtuvieran durante el matrimonio, es decir, las ganancias hechas por la sociedad, pertenecían a ambos cónyuges, pues eran producto de los bienes de ambos o de su trabajo, y la natural y lógica solución fue adjudicarlos proporcionalmente, al esposo sobreviviente y a los herederos del premuerto.

### **1.3.--Los orígenes de la economía matrimonial en España**

Muchos autores españoles, como Gutiérrez, Sánchez Román, señalan el origen de la sociedad de gananciales en las costumbres de estos pueblos primitivos germanos que, conservadas por los godos, domiciliados luego en España, se establecieron como las primeras leyes relativas a esa comunidad de bienes.

Se pronuncia modernamente autores como la de Prieto Bancés y de los Mozos y que sostienen que el origen de la sociedad de gananciales debe situarse en el Derecho Romano vulgar. Estos autores piensan que una manifestación clara de la idea de comunidad siembra el cristianismo. Según esta doctrina se establecía que los cónyuges quedaban exentos de la obligación de rendir cuentas de los frutos provenientes de sus respectivos patrimonios consumidos durante la vida matrimonial, en su opinión, existía la costumbre de colocarlos en común para atender a los gastos de la familia y que disponían de ellos lo mismo el marido y la mujer;; viendo en ello los autores la posible derivación de la partición por mitad de los frutos restantes, al amparo de la misma se forma una costumbre, con ocasión de las donaciones nupciales, de acuerdo con la solución del reparto por mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, esta corriente reconoce la solución que dispone el reparto proporcional a las aportaciones de los cónyuges;; poniendo de relieve los autores que el carácter legal de tal régimen era supletorio y que como regla principal se tenía por costumbre los pactos prenupciales, cuyo origen debe vincularse al Derecho Romano vulgar de Occidente, lo que acreditaría su ascendencia cristiana y no germánica.

**1.3.1 La Sociedad Proporcional.** Históricamente, queda entonces fijada la época de los antecedentes de la sociedad legal de gananciales durante la España visigoda. La principal regulación, como hemos visto, es el denominado “Liber Iudiciorum”. La versión romanceada de este cuerpo de leyes, hacía hincapié en la disposición de las ganancias acumuladas durante el vínculo marital. En este caso, se consideraba que se debía realizar una división proporcional de todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, esta división se realizaría acorde a la cantidad correspondiente aportada por cada uno de los cónyuges a la sociedad. No obstante, esta separación no se dio y en Castilla se estableció la división de los bienes a la mitad, condición que se establecía en los pactos prenupciales.

Todo lo que el marido y la mujer adquirían durante el matrimonio se consideraban bienes gananciales. En lo que el marido adquiría en la guerra, por donación o herencia de amigos o extraños, de su patrono o del monarca, la mujer no tenía derecho alguno, el marido podía disponer libremente, sucediendo en ellos sus hijos o herederos. Para la mujer también eran considerados propios los bienes que de la misma forma adquiría. La división a prorrata de los aportes definía que los bienes y ganancias obtenidas correspondían al cónyuge que las había generado y aportado al matrimonio.

Con la caída de la monarquía goda y por consiguiente la invasión musulmana, se da una dispersión de la población hispana y, como consecuencia, una diversificación de la normativa, como rasgo característico de los primeros siglos de la Reconquista. Como señala Alarcón (2005), durante esta época se da mucha importancia a la economía matrimonial, lo cual se evidencia en la gran cantidad de pactos o convenciones que se establecen acerca de estos recursos, los mimos que están relacionados con el sentido de comunidad y unidad de la época.

Es precisamente esa división, convencional pero generalizada, por mitad, lo que va a constituir la base del posterior desarrollo de la comunidad de ganancias que, ya al margen de las convenciones particulares, pero con base en su generalizada práctica, aparecería divulgada en la reconquista y tomaría carta de naturaleza en fueros municipales y carácter general.

La distribución proporcional de las ganancias evolucionó hasta el de la división por mitad. Dejó de tenerse en consideración la cuantía de los bienes para tomarse la calidad de las personas, y el sentimiento estrecho y puramente material del fuero juzgo cedió sus posiciones al ataque

de otras ideas más altas y de más espíritu. En la Época del derecho romano--canónico en España, la doctrina fija en el siglo XIII con Las Partidas, los españoles estudiosos del derecho romano provenientes de universidades italianas trajeron a España los aires de renovación que para esa época se vivían en Europa. Esta época fue inicialmente teórica, con el texto de Las partidas, y luego práctica, con la labor de los juristas formados en el derecho romano de glosadores y pos glosadores que influyeron en el derecho foral.

Con el denominado Fuero Real, se establece que el derecho a la propiedad recae sobre ambos cónyuges y se determina la separación equitativa de los bienes (Alarcón, 2005). Además, la institución de gananciales se generaliza y todas las clases sociales pueden acudir a esta. Se excluían las adquisiciones por título lucrativo particular y los esposos podían hacerse donaciones entre ellos. Se impone entonces el Derecho de Castilla, sobre la división a prorrata indicada en el Fuero Juzgo.

El régimen de gananciales se regula específicamente bajo el título de las gananciales del marido y de la mujer; la primera ley señala: toda cosa que el marido y la mujer generen o compraren de consumo, por medio de consignación de la comunidad de adquisiciones entre cónyuges de una claridad irrefutable. Esta afirmación se ve confirmada con la exclusión de los gananciales en la regla siguiente, donde se señala que lo común y ganancial son los frutos de los bienes propios de ambos cónyuges y lo producido por su esfuerzo y trabajo, sin importar si haya aportado más el marido que la mujer o la mujer que el marido.

Nada se decía sobre los bienes parafernales ni dote, entregada por los padres a la mujer, pero se reconocen los bienes propios de la mujer que serían los constituidos por los bienes que le hubiesen sido donados en cuanto a la dote, se mantiene la dote y eran de propiedad de la mujer.

De las deudas, será responsable la sociedad de gananciales, las contraídas durante el matrimonio, la mujer quedaba obligada a la mitad de las deudas contraídas por el marido, como resultado de la contraprestación a los beneficios que adquiriría en la mitad de los gananciales; no lo serán las deudas propias de cada cónyuge contraídas con anterioridad. En cuanto a la administración de la sociedad, en el Fuero Real se siguen los usos y costumbres que la otorgaban al marido, sobre la administración de los gananciales su actuación no será totalmente

libre si no más controlada a favor de los intereses de la mujer, condicionándose la validez de su actuación a su deber de diligencia y a la buena fe.

La fianza prestada por el marido sin el consentimiento expreso de la mujer no se consideraba una carga de la sociedad de gananciales, por lo cual no afectaba ni a bienes propios de la mujer, ni a su parte en los gananciales. Cuando la fianza resultaba beneficiada a la mujer, aunque ella no se obligase expresamente en el contrato, respondería de la mitad de la obligación.

En lo referente a las partidas, estas y las ganancias que produjeran, se encontraban bajo la responsabilidad del marido, es decir, formaban parte de las obligaciones de dicho cónyuge. Por otra parte, “los gananciales, en caso de existir, serían el producto de los restantes bienes del marido o de la mujer y del trabajo de ambos” (Alarcón, 2005, pág. p.23).

También consagran las partidas los llamados bienes parafernales, es decir, aquellos pertenecientes a la mujer, apartados de la dote y que podía consistir en este régimen en vienes muebles o raíces, tal y como figuraba en las épocas del derecho Justiniano. Estos bienes podían ser entregados por la mujer al marido para que los administrase, pudiendo actuar sin necesidad de mandato ni de prestar caución. Los frutos y rentas de estos bienes quedaban afectados al pago de las deudas adquiridas por el marido para atender las necesidades familiares, ahora bien, si la mujer se reservaba la administración, esos bienes no se llamarían ya parafernales, si no bienes propios, en los cuales el marido no tenía derecho alguno, y para actuar sobre ellos debía prestar caución como cualquier mandatario.

En las partidas no se reglamentó la institución de los gananciales tampoco se derogó. En ellas se reconoció la subsistencia del régimen de gananciales y se ofreció solución a algunos conflictos planteados en él. La recepción introducida por la partida es mucho más difícil en materia de régimen económico matrimonial, pues el sistema Romano era ajeno a las costumbres de España, y es por ello que no llegó a prosperar en Castilla. Con posterioridad a las partidas son las leyes de toro, las principales leyes que contienen preceptos relativos a los bienes gananciales, las arras y otras donaciones, además de reglas sobre la capacidad de la mujer casada y la necesidad de licencia marital.

Llama nuestra atención especialmente lo regulado en materia de dote o donación, ya que se establece en las leyes de Toro que deberían pagarse con bienes gananciales, y en caso de no haberlos con bienes propios de ambos conyugues. Diferente era la solución en el caso se estableció que la dote debería pagarse con los bienes gananciales y a falta de ellos, con los bienes propios del marido no habiendo mediado la voluntad de la mujer en la constitución de la dote.

En términos generales sobre la administración y disposición de los bienes gananciales en estas leyes, señala Gutiérrez que el marido puede enajenar los bienes ganados, mejorados y multiplicados durante el matrimonio sin licencia de su mujer, salvo si se hubiere probado que se hizo para defraudar o damnificar a la mujer. El dominio del marido sobre los bienes era considerado in actu, con plena libertad y quedaba limitado solamente por la demostración de fraude en perjuicio de la mujer

Hay autores que consideraban que las facultades del marido eran amplísimas y otros, como Gutiérrez y Viso, por el contrario, consideraban que tenían sus limitaciones. Este último señaló cuales eran los casos en que podían entenderse excedidas tales facultades, de acuerdo a lo que reglaba la novísima recopilación y las partidas, tales eran las donaciones cuantiosas, la fianza y los desfalcos culposos.

En cuanto a la posibilidad de donación, se discutía en la doctrina si el marido ostentaba o no esta facultad;; inclinándose una parte por la libertad absoluta para donar, otros por la inexistencia de tal capacidad, otros que consideran que entre las anteriores no hay contradicción pues ambas descartan la posibilidad de donación válida mediando el fraude y los de la tesis intermedia, sostenida por Sala y Gutiérrez Fernández, siguiendo en este punto a Molina y Gutiérrez, que consideran que el marido puede hacer donaciones moderadas y con causa, mas no copiosas y sin causa que disipen el patrimonio.

En materia de responsabilidad por deudas, las contraídas por el marido durante el matrimonio serán de cargo de la sociedad de gananciales, pues las anteriores habían sido tajantemente excluidas por el Fuero Real, como se ha anotado y, por último, se señaló que no respondería la mujer ni sus bienes por fianza que hiciere el marido, sea cual fuere la razón. El marido es señor y dueño de los bienes sociales con capacidad para endeudarlos con plena libertad.

Afectos a su responsabilidad quedaban, por tanto, todos sus bienes privativos y todos los gananciales, incluyendo los frutos y productos de los bienes dotales y de los bienes parafernales. Si bien estos últimos quedan excluidos de la responsabilidad derivada de obligaciones contraídas por el marido en su beneficio exclusivo. (Alarcón, 2005)

#### **1.4.-- Francia como régimen convencional.**

La autora Yadira Alarcón Palacio en su artículo “El Régimen Matrimonial de Comunidad Legal en el Derecho Francés” menciona que antes de la revolución de 1789, ¿existía la preocupación de ciertas excepciones; los regímenes matrimoniales existentes en Francia: régimen de origen romano, en los países de derecho escrito, y el régimen de comunidad, en los países de derecho consuetudinario. En la coutume de París, existía una especie de derecho común consuetudinario, regía una comunidad de muebles y ganancias. Durante la preparación del Código Civil se defendía la idea de mantener esta dualidad, no tuvo éxito, decían que por el deseo de poder tenía, de introducir con la Codificación la unidad de derecho en Francia. Al final, debiéndose escoger el régimen aplicable, triunfó el régimen de communauté de muebles et acquets. Sin embargo, el régimen dotal fue incluido en el régimen convencional, al lado del régimen de separación de bienes, del régimen de comunidad reducida a las ganancias, del régimen de comunidad universal de bienes y del régimen sin comunidad.

El régimen matrimonial del Código Civil Francés de 1804, no difiere mucho de la legislación del Código Civil de España que reglaba en 1888--1889, ni del Código Civil de Don Andrés Bello. En cuanto a los bienes que formaban parte del patrimonio común, eran excluidos los inmuebles adquiridos antes de contraerlo o durante el matrimonio a título gratuito;; en cuanto a muebles, no se hacía la misma distinción: todos los muebles eran parte del patrimonio común, independientemente del momento de la adquisición o la forma gratuita u onerosa de la misma. En materia de gestión y disposición las reglas eran las mismas, el marido era el administrador único de los bienes del matrimonio, y por tanto su patrimonio y el común se confundían frente a terceros. La mujer no podía intervenir en la gestión de la comunidad ni controlar la ejercida por el marido (salvo en caso de fraude). El principio de la incapacidad de la mujer radicaba que en todo contrato concluido por ella sin que exista la autorización del marido era nulo. Si bien tal interpretación era imposible de admitir para los contratos usuales de la vida cotidiana, para las deudas de alimentos, de vestimenta, de sustento de la familia, que son normalmente realizadas

por la mujer. Los acreedores, no podrían perseguir el pago de sus créditos ni sobre los bienes del marido, ni sobre los bienes comunes. Esta contradicción entre el Derecho y la realidad fue superada por los tribunales, al considerar que en cuestiones de ese dominio la mujer había recibido un mandato tácito del marido, llamado mandato doméstico.

La primera reforma legislativa de mayor importancia fue en 1907, que disponía que, bajo cualquier régimen matrimonial, la mujer percibiría libremente sus salarios u otras ganancias profesionales, los cuales podría administrar libremente con amplios poderes como el de disposición. Esta era la institución denominada bienes reservados. Esta ley no cumplió en la práctica su objetivo, ya que hacía referencia a los salarios y demás ganancias profesionales, pero no a los bienes adquiridos con esos medios, se necesitan que la mujer tuviese que probar, para disponer de dichos bien, que provenía efectivamente de negocios realizados con sus ganancias profesionales. Para obtener la autorización del marido bastaba con que no se consideraran suficientes los medios de prueba que ella presentaba.

La incapacidad de la mujer casada fue eliminada en 1938, pero al no concretarse paralelamente una reforma a los regímenes matrimoniales, tampoco esta ley produjo importantes modificaciones, esto a diferencia de la ley de 1942, que a pesar de que su objetivo era facilitar la gestión de bienes del matrimonio, estas disposiciones produjeron unos resultados de cambio específicos. En primer lugar, en cuanto al mandato doméstico de la mujer, éste quedó consagrado finalmente en el texto, debido a lo cual el poder doméstico se transformó en un poder legal, aunque aún se admitiera que el marido pudiera revocarla; sobre la separación de bienes, también se admitió claramente el poder de la mujer de administrar sus bienes propios.

Sobre el régimen de comunidad, los poderes del marido sufrieron una notable restricción, ya que no se le permitiría disponer sin el consentimiento de la mujer. Así mismo se dispuso que los bienes comunes responderían al pago de las obligaciones de la mujer, cuando éstas se produjesen en el ejercicio de su profesión u obtuviese para ello autorización judicial; esta última podía ser reclamada para la plena propiedad de sus bienes propios. Lo más destacable de estas leyes la restricción de los poderes del marido ya una extensión de los poderes de la mujer. Sin embargo, hasta 1965 dos eran las características que se mantenían desde la vigencia del Código Civil de 1804, en cuanto a la propiedad de los bienes, seguía siendo el régimen de comunidad de muebles y ganancias, y en cuanto a la repartición de poderes entre los esposos,

a pesar de los cambios que hemos mencionado, el principio de unidad de gestión subsistía en cabeza del marido.

La opción escogida por el legislador francés en 1965 fue que todos los bienes y todas las deudas existentes al momento de contraer matrimonio se mantenían como propias. La comunidad empezaba desde cero. Para cambiar el régimen se intentó conservar el modelo de repartición de bienes, modificando las partes correspondientes a los poderes de los esposos. En la práctica, y especialmente en la notarial, se venían presentando los casos en que el marido no podía concluir ninguna operación ni sobre los inmuebles comunes, y ni siquiera sobre los inmuebles propios, sin el consentimiento de la mujer. A falta de una subrogación o de una renuncia consentida por ella, los terceros se resistían a realizar negocios sólo con él. A pesar de que legalmente no era obligatorio, en la práctica la participación de la mujer en los actos del marido se imponía, todo lo cual trajo como consecuencia la transformación del régimen existente.

El marido es el responsable en lo que a la administración se refiere, pero este no puede realizar actos de disposición, sino solo con el consentimiento de la mujer, con respecto a los bienes propios de cada uno, tienen, libre administración, disposición y la plena propiedad. Sin embargo, esta libertad está limitada, para ambos, en el régimen de comunidad, porque la comunidad tiene el usufructo de los bienes propios de los cónyuges. Lo cual implicaba que, aunque la mujer sea capaz, no puede disponer de sus bienes sino en nuda propiedad, tanto marido como mujer podrán libremente percibir de los frutos de sus bienes, y disponer de ellos con libertad.

Sobre las convenciones matrimoniales se mantenía la libertad, los futuros cónyuges podían por contrato de matrimonio planificar como desearan sus relaciones patrimoniales entre ellos y con terceros, limitados por el orden público y las buenas costumbres.

A pesar del gran cambio que significó conseguir la igualdad entre marido y mujer en el aspecto del dominio sobre sus bienes propios y el ejercicio de su profesión, también es cierto que el marido conservó su hegemonía y poder sobre el patrimonio ganancial. Esto provocó que los movimientos feministas siguieran con sus protestas de cambio, apoyadas por mas organizaciones que propugnaban por una reforma que lograra la igualdad entre marido y mujer. El derecho internacional también contribuyó a la reforma: en 1978, el Comité de Ministros del

Consejo de Europa adoptó una resolución recomendando a los gobiernos de los estados miembros la promoción de la igualdad de los esposos en derecho civil, y la Asamblea General de la ONU, en 1979, aprobó una convención tendiente a la eliminación de todas las formas de discriminación con respecto a las mujeres.

El Derecho comparado ayudo en la reforma, especialmente Francia, Bélgica, por ley de 1976 se constituyó su régimen matrimonial legal, que fue fuente de inspiración del legislador francés de 1985, al establecer en él un sistema de gestión concurrente en el que, cada uno de los esposos se ven individualmente investidos del poder para realizar tanto actos de administración como de disposición, exigiéndose siempre su consentimiento común para la validez de las operaciones consideradas importantes. Diversas leyes antecedieron la reforma que para Francia traería la definitiva igualdad entre los cónyuges en la comunidad patrimonial", El proyecto de ley de 1985 fue finalmente el que se constituiría en la Reforma definitiva. (Alarcón, 2003)

### **1.5.-- Alemania se introdujo con la ley de igualdad**

Alfonso Rentería autor del magnífico libro "Manual de Derecho Privado y Justicia Preventiva Europea" nos mencione que desde 1958, se plasma la igualdad de derechos civiles del hombre y la mujer, el de "Comunidad de participación en el valor de las adquisiciones". Este régimen viene a sustituir al régimen legal de separación de bienes y aquel es aplicable a los cónyuges que estaban sometidos al régimen anterior de "comunidad de adquisiciones" salvo el caso de que los esposos hubieran decidido mantener su antiguo régimen legal, dicho régimen supone una forma del "régimen de separación de bienes", ya que el patrimonio de los cónyuges no forman un patrimonio común, los bienes adquiridos después del matrimonio permanecen separados, y sólo tras el divorcio, las adquisiciones de los cónyuges) son objeto de una compensación.

Durante el matrimonio hay, una sola limitación; que es que ninguno de los esposos puede comprometerse a una posible disposición, disponer de su patrimonio o ponerlo en juego, necesita el consentimiento del otro cónyuge. A la terminación del régimen, es preciso deducir de la fortuna inicial de la sociedad, al tiempo del matrimonio. El resultado son las ganancias de cada uno, por separado. Si un esposo tiene más ganancias, debe pagar la mitad, en líquido al otro. Entonces el valor de las adquisiciones de ambos esposos, durante el matrimonio, será la

misma para ambos cónyuges. En caso de fallecimiento de uno, la participación del sobreviviente, se efectúa añadiendo a la posible parte que le corresponde en el reparto.

Si los esposos han concluido unas capitulaciones, pueden convenir entre ellos una participación en los valores de las adquisiciones modificado y que hace posible excluir a determinados bienes de la participación en los valores de ciertas adquisiciones, cabe también concertar el régimen de separación de bienes en capitulaciones, lo que ocurre, si los esposos excluyen de su matrimonio el régimen de comunidad de participación en las ganancias, sin establecer otro régimen matrimonial, o para el supuesto de disolución judicial del régimen legal de comunidad de participación en las adquisiciones. La ley permite además optar por otros regímenes matrimoniales: así el de separación de bienes o el de comunidad de bienes.

Al decir de Alfonso Rentería, el régimen de comunidad de bienes sólo se encuentra, en algunas regiones rurales, y en este caso, el conjunto de los bienes de cada cónyuge, deviene bien común de ambos esposos. Por tanto, el otro cónyuge adquiere, en virtud de la ley, la copropiedad de los bienes del otro consorte, lo que se aplica sobre todo a los bienes inmuebles.

El poder de disposición de las personas casadas, está sujeto al estatuto del régimen matrimonial, de acuerdo con el cual, si el matrimonio está sujeto al régimen legal, dicho de comunidad de ganancias, cada esposo puede disponer libremente de sus bienes, salvo dos excepciones: un cónyuge no puede sin el consentimiento del otro, disponer de los objetos que integran el “ajuar familiar” ni de los inmuebles que constituyen el hogar familiar;; y además ninguno de los mismos puede, sin el consentimiento del otro disponer de la totalidad de sus bienes, sin el consentimiento del otro cónyuge. La jurisprudencia aplica esta regla a los objetos aislados, que puedan ser la totalidad del patrimonio, salvo que tales bienes no superen el porcentaje de un 15% del valor global, que se debe mantener en poder del disponente.

Por lo demás, los cónyuges pueden concluir, entre ellos, toda clase de actos y contratos, a título oneroso o gratuito, aunque los legitimarios o los acreedores, pueden atacar aquellos actos que perjudiquen sus intereses. También son válidas las donaciones entre esposos, aunque dentro del marco del régimen de comunidad en las ganancias, la donación al cónyuge se puede luego imputar al crédito de compensación que pueda tener en su día, el cónyuge donatario. (Arocena, 2007)

## **CAPÍTULO II: REGÍMENES PATRIMONIALES TÍPICOS DEL MATRIMONIO**

### **2.1.-- Efectos patrimoniales del matrimonio.**

El matrimonio supone la creación de un vínculo jurídico, por el cual los cónyuges se someten a la comunidad o sociedad gananciales, en donde existe un interés de ambos en la prosperidad del hogar, de la comunidad conyugal. La aparición de derechos y deberes sobre la comunidad, que otorga la ley, sea cual fuere el que aportó los bienes a la sociedad, ello implica que no se puede privar a ninguno de los conyuges sobre la totalidad de esos bienes. El matrimonio al constituirse como contrato tiene como característica la indivisión de los bienes de la comunidad, es una condición de los coparticipes, que se forma por los bienes a título oneroso, las aportaciones y el capital total obtenido en el tiempo de duración de la comunidad. El carácter de contrato civil que tiene el matrimonio, en el cual se accede por parte de una pareja a efectos como unificar el patrimonio de ambos en uno solo, mediante la implícita sociedad conyugal (Belluscio, 2011).

Es regla de la conformación del matrimonio, la indivisión de los bienes de la sociedad, siendo que es un derecho universal de gananciales, y que protege a los cónyuges. Por lo que se deriva que la administración de tales bienes corresponde a ambos coparticipes. El régimen matrimonial pone una limitación a la vida contractual de los cónyuges, en el que se pueden establecer bienes propios de cada cónyuge, que pertenecen exclusivamente a cada dueño.

Ahora bien, puede ocurrir que la pareja manifieste la voluntad de no compartir la sociedad conyugal, por lo que de mutuo acuerdo usan la capitulación matrimonial como herramienta para lograr tal fin, la misma será celebrada antes de firmar el contrato de matrimonio, ambos cónyuges identificarán por medio del consentimiento libre y voluntario que mantendrán la separación de bienes, por lo queda establecido que los bienes que se adquieran dentro del tiempo del matrimonio siga perteneciendo a cada uno de ellos de forma individual, siendo su único efecto o propósito la no creación de la sociedad conyugal como efecto del matrimonio (Borda, 2008).

En caso de que los cónyuges no hayan celebrado una capitulación matrimonial y, estando dentro del ejercicio del matrimonio, desearan eliminar esta institución con efectos jurídicos,

también pueden hacerlo ante un notario público del cantón de su residencia, o en caso de que no exista consenso entre las partes para tal efecto, también pueden hacerlo ante un juez de lo Civil mediante el procedimiento sumario determinado por el COGEP (Gaspar, 2019).

Cabe destacar que la disolución de la sociedad conyugal solo tiene como efecto terminar la vida jurídica de esta institución, siendo el caso que los bienes adquiridos durante la vigencia de esta sociedad conyugal deberán ser liquidados, es decir, repartidos entre los socios de forma voluntaria ante un notario público del cantón de su residencia o de forma controvertida, ante un juez de lo Civil de la localidad en que residan, en procedimiento similar al de la partición de bienes dentro de una sucesión. Siempre los efectos de estos actos relativos al matrimonio, tales como capitulaciones matrimoniales, disolución de la sociedad o liquidación de la misma, deberán ser registrados mediante marginación ante la Dirección del Registro Civil de Ecuador, dentro del acta de matrimonio que hayan celebrado los interesados, para que los mismos tengan plena validez y efectos jurídicos de conformidad a sus voluntades (Gaspar, 2019).

## **2.2.-- Régimen de Comunidad de Bienes.**

Cualquiera de los cónyuges puede administrar los bienes, de forma libre, si lo convienen de esa manera, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges, cuando se trata de enajenación o gravamen de bienes raíces, sin especificación de cuantía.

Cualquiera de los cónyuges puede comprar o adquirir toda clase de bienes, en general, a cualquier título, sin autorización del otro. Obviamente, si la adquisición se efectúa a título oneroso, el bien entra a formar parte de la sociedad conyugal. Por otro lado, cuando la adquisición de un bien cualquiera trae consigo un gravamen adicional, el otro cónyuge se ve en la necesidad de participar del proceso de compra. Vale decir en el caso de que se constituya una servidumbre en el predio que se adquiere (Morán, 2009).

La adquisición y administración de los bienes supone hacer todas las diligencias correspondientes, para mantener la seguridad el patrimonio común, por lo que las decisiones que se tomen para tal fin deben ser en beneficio de ambos cónyuges. Esa decisión implica no

hacer una compra de bien inadecuada, o que comprometa el patrimonio en conjunto, poniendo en entre dicho la seguridad del otro cónyuge, ello obedece a un carácter de responsabilidad y deber moral en el matrimonio.

El patrimonio en la comunidad conyugal, forma parte de también de esa estructura que se forma en contrato matrimonial, porque supone ser el respaldo económico, que implica la seguridad que debe tener ese matrimonio y su descendencia, de allí la importancia jurídica de que esos bienes sean pertenecientes a ambos cónyuges por sociedad conyugal. Respalda y considera el esfuerzo hecho por cualquier de los cónyuges en la adquisición del bien y otorga propiedad compartida, entendiendo, el esfuerzo que ambos realizan en el aumento del patrimonio común.

La sociedad o comunidad conyugal tiene como objetivo principal formar un patrimonio económico común, el día que dicha sociedad se extinga que se distribuirá entre ambos cónyuges, y sus herederos, se divide en partes iguales.

Ahora bien, la Constitución (2008) y el Código Civil (2005) los cónyuges tienen la facultad de asumir libremente la administración de los bienes que les pertenece de forma exclusiva. La existencia de un régimen económico matrimonial ocurre del mismo momento de la celebración del matrimonio, ya que la sociedad conyugal se supedita a su existencia. Sin embargo, la disolución de la sociedad no ocurre necesariamente con la terminación del matrimonio, pues pueden ocurrir otros elementos, según Larrea Olguín (2015): a) La disolución voluntaria de la sociedad. b) La disolución de la sociedad por petición de uno de los cónyuges.

En caso que los futuros cónyuges hayan determinado otro tipo de régimen económico, este deberá constar por escrito y se hará de conformidad al Art. 224 del Código Civil.

En suma, la sociedad conyugal es una comunidad universal de bienes. Los cónyuges son titulares de un derecho universal, exigibles solo al momento de su disolución, por lo que requiere de una partición.

El régimen de sociedad común de bienes se mantiene a pesar de los cuestionamientos que pueda hacerse desde la doctrina, al cuestionar su función y utilidad, sobretodo porque se fundamentaba en aspectos como la incapacidad civil de las mujeres casadas y en el gobierno de la sociedad de bienes por parte del marido, porque en la actualidad pueden distinguirse otros aspectos como mantener cohesión sobre el patrimonio en seguridad de uno de los cónyuges, independientemente de cuál sea y de sus herederos (Gómez, 2012).

### **2.3.-- El Régimen de Separación de Bienes.**

Cuando se realiza un contrato de matrimonio, las partes mediante previo acuerdo deciden establecer la *separación de bienes* (Holguín, 2015), el cual es un *régimen* económico matrimonial que permite que los patrimonios de cada uno de los cónyuges estén diferenciados como lo señalan los Artículos 215 a 216 del Código Civil de *Ecuador* (2005). Tal figura se ejecuta para resguardar el patrimonio de uno o de ambos cónyuges, o de las adquisiciones que se hagan dentro de matrimonio por alguno de los dos cónyuges. En esta protección se deja en claro qué bienes corresponden a cada uno de los cónyuges y de las posibles ganancias que se obtengan en un futuro próximo de ellas. Esa decisión no afecta el patrimonio conyugal de la pareja, pero si resguarda aquellos bienes que alguno de los cónyuges desea separar de la sociedad conyugal.

En la separación de bienes, cada cónyuge trabaja sobre la base de su propio patrimonio, es decir sus rentas de capitales, beneficios, y utilidades, por lo tanto, los bienes se incrementan individualmente de los cónyuges. Se considera entonces como un incremento individual del patrimonio.

Bajo esta figura, el divorcio, acarrea la separación de bienes, de pleno derecho, o de forma directa la separación de bienes, los cónyuges se someten a dicho régimen. Una vez decretada la separación de bienes, se extingue la sociedad.

Cada uno recibirá en la separación sus propios bienes y los gananciales que le correspondan, liquidada la sociedad conyugal. Luego de decretada la separación ninguno de los ex cónyuges podrá reclamar parte alguna, en la partición se aplicarán todas las normas establecidas para tal

acto. Este acto de separación de bienes busca el cumplimiento de distintos objetivos según (Lovato, 2013): a) La eliminación de la incapacidad civil de las mujeres casadas, de lo que se deriva que la mujer pueda continuar haciendo disposición de sus bienes, y de su patrimonio de forma individual. b) La eliminación del gobierno de la sociedad de bienes por parte de marido. En el entendimiento de los cambios en la sociedad actual, ya el rol de dominación del hombre reflejado en la sociedad conyugal ya no tiene razón, ni lugar, c) El establecimiento de derechos de igualdad para los hombres y mujeres, se trata de una reivindicación universal, los derechos sociales, que se han demandado por años igualdad de derechos, y reconocimiento a la voluntad de la mujer. d) El hecho de evitar, que el marido se enriquezca, perjudicando al patrimonio de la mujer. Un conflicto que se presenta en la sociedad conyugal, es que existen persona que pueden valerse de la buena fe de su cónyuge para tomar sus bienes originales e) Evitar el despilfarro del patrimonio ajeno. Uno de los puntos esenciales de la sociedad conyugal es mantener el patrimonio en común en resguardo, por el bien del matrimonio.

Es un régimen propio de protección al patrimonio, entendiendo que se exponen igualdad de condiciones y derechos ante la ley, en el que cada quien administra sus propios bienes, y disponga de ellos a su criterio propio. En el caso de la mujer y en estos tiempos actuales, en el que la mujer tiene mayor capacidad económica, producto de su trabajo y profesionalización, de disponer de sus bienes de su disposición y administración, sin que ello signifique rendirle cuentas a su pareja.

#### **2.4.-- El Régimen de Participación de Gananciales.**

Es una figura en la cual la aportación económica de cualquiera de los cónyuges hubiere aportado bienes o solo una actividad lucrativa, se cumple una partición de los bienes gananciales, para que se cumplan la regla de la partición hereditaria, donde cualquiera de los cónyuges actúa como liquidador de los bienes, y cuya administración le corresponde (Gómez, 2012). Bajo el poder de administrador hecho con fines de liquidación de los bienes. El otro cónyuge tiene la facultad de designar un representante con facultades para exigir la rendición de cuentas.

Todos los patrimonios de los cónyuges son diferenciados y cada uno tiene potestad absoluta sobre lo que corresponde como suyo. Una vez finalizada la vigencia del régimen se compensa el valor de las ganancias obtenidas por los cónyuges y éstos vienen a participar en división paritaria de los excedentes.

A entender de Martínez (2016) los gananciales son la diferencia entre el valor neto entre el patrimonio originario y final de cada cónyuge. En este sentido se elabora un inventario en el que se contemplan los activos y pasivos, en los que se compara patrimonio inicial con final.

En el Código Civil, se contempla que la sociedad conyugal dividirá las ganancias adquiridas durante el matrimonio de forma igualitaria entre los miembros de la sociedad, cónyuges o herederos, en este caso, no se tomará en cuenta el capital individual aportado por los cónyuges, incluso cuando alguno de ellos no hubiese contribuido a la sociedad con cualquier bien.

La disolución de la comunidad de bienes se liquida en iguales proporciones, tal como sucede en una sociedad común, las partes reciben lo que les corresponde. Es así que ambos cónyuges cumplieron una tarea dentro del matrimonio, por lo cual aportaron algo dentro de esa sociedad, para el cumplimiento de metas y objetivos en conjunto se entiende que las ganancias de tal sociedad deben ser repartidas. Cuando ya es liquidada la sociedad, los gananciales que quedan, luego del correspondiente pago de todas responsabilidades frente a terceros, se divide a parte iguales entre los cónyuges o herederos según las circunstancias (Fernández, 2015).

## **2.5.-- Contratos Matrimoniales o Capitulaciones.**

Los contratos matrimoniales o capitulaciones son convenciones celebradas previas al acto de contrato o durante el matrimonio, en la que se estipulan la independencia del patrimonio en la sociedad conyugal relativa a los bienes, donaciones y concesiones (Méndez, 2010, p. 61). Esta figura se otorga mediante escritura pública, según lo establecido en los art. 25 numeral 7 de la Ley Notarial, o en acta matrimonial.

Por su parte Borda (2008) plantea que son un acuerdo de naturaleza contractual que la ley permite a los cónyuges, por lo que pueden estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio.

Para Cabanellas (2009) las condiciones que ambos cónyuges establecen para su unión matrimonial, incluidas aquellas relacionadas al régimen económico patrimonial, se realizan en el denominado contrato matrimonial, el mismo que se hace efectivo mediante escritura pública.

Las capitulaciones como acto pueden ser perfeccionadas por los contrayentes, en ello pueden determinar el régimen patrimonial del matrimonio, bajo este criterio la pareja mediante una relación contractual deja establecido los criterios por los cuales se rige la comunidad de bienes durante el matrimonio.

En Ecuador se reconoce una amplia libertad para estipular un régimen patrimonial, como crean poder llevarlo a cabo, se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes.

Estos acuerdos, si bien se establecen antes del acto del contrato de matrimonio, pueden celebrarse o modificarse durante el matrimonio, pueden volver a ser convenidas. Pueden ser otorgadas a mayores de edad o menores no emancipados con el consentimiento de sus padres o tutores siempre que pacten un régimen distinto a la separación de bienes o participación en las ganancias.

Es así que celebradas las capitulaciones matrimoniales sus efectos se producen una vez que los esposos contraen matrimonio, pero no pueden retrotraerse al momento en que fueron pactadas las capitulaciones.

Luego de constituidas las capitulaciones, los cambios que se hagan de cualquier tipo, se deben hacer de la misma manera que cuando fueron constituidas, cumpliendo con todas las solemnidades, para que puedan tener validez, al ser presentadas en un futuro. En el registro de la propiedad se deben inscribir las capitulaciones que a inmuebles se refieren, el art. 152 del Código Civil (2005), nos dice que debe constar en las capitulaciones matrimoniales:

1. Los bienes que aportan al matrimonio, expresión del valor.
2. La enumeración de las deudas de cada uno.
3. El ingreso a la sociedad conyugal de ciertos bienes que, conforme a las reglas generales, no ingresarían.
4. La determinación, por parte de cualquiera de los esposos o cónyuges, de que permanezcan en su patrimonio separado, ciertos bienes que, conforme a las reglas generales ingresarían al patrimonio de la sociedad conyugal.
5. En general pueden modificarse en las capitulaciones matrimoniales, las reglas sobre la administración de la sociedad conyugal, siempre que no sea en perjuicio de terceros. (Código Civil, 2005)

El Art.-- 216 del Código Civil, establece que “si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que uno de los cónyuges administre separadamente alguna parte de sus bienes, se aplicará a esta separación parcial las reglas del artículo precedente” (Código Civil, 2005). Por otro lado, el Art. 155 del Código Civil, señala que en el caso de que exista común acuerdo entre los cónyuges, las capitulaciones matrimoniales no se entenderán como irrevocablemente otorgadas y podrán someterse a modificaciones antes o durante el matrimonio.

En el Art. 150, se definen las capitulaciones matrimoniales como

Las convenciones que celebran los esposos o los cónyuges antes, al momento de la celebración o durante el matrimonio, relativas a los bienes, a las donaciones y a las concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro (Código Civil, 2005).

A través de las capitulaciones matrimoniales, “se procede a incrementar por un lado los bienes propios de cada esposo o cónyuge, en otros casos el aporte que se realiza al matrimonio beneficia a la sociedad conyugal constituida” (Código Civil del Ecuador, 2005).

## **2.6.-- Crítica al régimen patrimonial típico del matrimonio**

Uno de los puntos que se resaltan es que el matrimonio genera deberes y derechos recíprocos entre ambos cónyuges, por lo que es necesario establecer regulaciones sobre las relaciones

patrimoniales; de esta forma se busca precautelar los intereses de los cónyuges y terceros. Cabe señalar que la sociedad conyugal funciona como una unidad, es decir, depende de aquellos que la integran.

La sociedad conyugal se convierte en titular único de un solo patrimonio. En este régimen los bienes adquiridos durante el matrimonio tienen carácter de comunes, responden, por las deudas comunes. Es un régimen que se funda en la idea de que la comunidad de vida que hace al matrimonio, no se subscribe a un esfera solo afectiva o moral, sino que abarca aspectos importantes de la convivencia de los cónyuges (Lledó, 2009).

El mantenimiento de la sociedad conyugal depende de muchos factores, pero se busca mantener intereses económicos conjunto, para constituir una plena comunidad, se trata pues que desde una visión amplia se pueda considerar que el matrimonio tiene un conjunto de implicaciones para los cónyuges por lo que deben cumplir con sus obligaciones.

El régimen patrimonial tiene una estructura muy marcada que no está acorde con la realidad que se tiene en la actualidad, sobre el concepto del matrimonio. Los cambios legales no están acordes con los cambios sociales, uno de los aspectos fundamentales, es el cambio del rol de la mujer en la sociedad actual, aquella concepción pasada, de que la mujer que contraía matrimonio pasaba a un segundo plano dentro de la comunidad conyugal dedicado al cuidado de los hijos y del hogar, en donde el hombre tenía un rol preponderante en el manejo de los bienes en común. El cambio social de la mujer en la sociedad actual se sustenta en un plano de igualdad, en el empoderamiento e igualdad en cuanto a sus condiciones, por lo que su rol dentro del matrimonio es exactamente igual al del hombre. Esta situación lleva a replantear mucha de las facetas, y consideraciones en cuanto a las funciones de la sociedad conyugal (Vidal, 2011).

La mujer en la actualidad busca la igualdad económica, y en ocasiones ya incluso puede recibir una remuneración económica superior a la del hombre, por lo que su patrimonio y los bienes que pueda aportar en la sociedad conyugal son mayores. Esta nueva realidad social difiere de la concepción inicial del régimen patrimonial. Porque hay consideraciones por parte de los cónyuges en la actualidad de mantener una separación, dominio, y administración de sus

bienes independientemente del régimen patrimonial. Ello requiere que dicho régimen patrimonial, sea replanteado entendiendo, unas limitaciones al contrato matrimonial, es así que la idea de matrimonio que en un principio planteaba la idea de los deberes, obligaciones y responsabilidades, que abarcaban incluso la fusión patrimonial (Farsi, 2012). En este sentido el matrimonio podría tener ciertas limitaciones en cuanto al régimen patrimonial, reconociendo por un lado la individualidad de los bienes que adquiere cada uno de los cónyuges, de su patrimonio, y de su administración. Por el otro el reconocimiento de la voluntad que tienen los cónyuges a aportar lo que ellos consideran necesario a la sociedad conyugal, sin que ello signifique una limitación o coacción al desarrollo de sus propios intereses.

Hay que tomar en cuenta que la sociedad está en constantes cambios, y la evolución de aspectos sociales, en la actualidad son distintos, la visión machista, de la sociedad y del derecho, hoy por hoy ha cambiado, a incluir procesos de inclusión de la mujer como agente activo, en principios de oportunidades iguales a los hombres, que tiene exactamente los mismo derechos, por lo que afirmaciones, o concepciones como que el régimen patrimonial debía defender la integridad social de una mujer, o que el hombre debía como marido administrar sus bienes en la actualidad que se vive no tiene sentido, y es incoherente con la realidad y las perspectivas de la mujer actual.

### **CAPÍTULO III: LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA RESPECTO DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO (SOCIEDAD CONYUGAL)**

#### **3.1.-- Formación de la sociedad conyugal**

Es importante primero conocer el concepto de sociedad conyugal; me parece muy completo y acertado el presentado por el Dr. Jorge Morales (1992) quien define esta como un conjunto de bienes, provenientes de los bienes individuales de los cónyuges y de aquellos obtenidos a título oneroso, que conforman un patrimonio social y se encuentran bajo la administración de uno de los miembros de la sociedad, generalmente el marido en caso de no especificar lo contrario.

De acuerdo a lo que establece el artículo 157 del Código Civil Ecuatoriano, el haber de la sociedad conyugal, compone de los siguientes bienes:

- 1.-- De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio.
- 2-- De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses, y lucro de cualquier naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios, de cada uno de los cónyuges, que se devengan durante el matrimonio.
- 3.-- Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquirieren obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.
- 4.-- De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiere, quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.
- 5.-- De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio, a título oneroso. (Código Civil, 2005)

### **3.2.-- Clases de patrimonio que la integran.**

Los patrimonios que integran la sociedad conyugal son: todas aquellas adquisiciones hechas a título oneroso, por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, en especial las adquisiciones de bienes inmuebles, aportes, capitales.

Según el artículo 158 del Código Civil Ecuatoriano:

Las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentarán el haber social, sino el de cada cónyuge (Código Civil, 2005).

### **3.3.-- El Haber Absoluto de la Sociedad Conyugal.**

El haber absoluto es aquel conjunto de bienes que ingresan a la sociedad conyugal sin cargo a restitución, y se encuentra compuesto según el artículo 157 del Código Civil Ecuatoriano (2005) por los siguientes bienes:

- 1.-- Salarios y emolumento de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio.
- 2.-- De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquier naturaleza que provengan, sea de los bienes, sociales, sea de los bienes propios, de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio.
- 3.-- Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquiere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma

4.-- De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.

5.-- De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio, a título oneroso.

Se realizará una explicación de cada uno.

**1.-- Salario y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio.**

Se consideran todos los bienes pertenecientes al haber absoluto, es decir, aquellos que se obtuvieron durante el matrimonio. Nos referimos a utilidades, indemnizaciones laborales ya sean trabajos físicos o intelectuales, préstamos, fondos de reserva, todo tipo de remuneraciones que ingresen periódicamente sea salario, jornal, honorario de profesionales, bonificaciones, gratificaciones, precios de contratos de obra o de empresa, comisiones, salarios, en resumen, todo lo que los cónyuges perciban. En otras palabras, todo el dinero o bienes obtenidos por los cónyuges, provenientes de actividades directas e indirectas que se realizaron durante el matrimonio, forman parte del haber absoluto y no poseen cargo a restitución para ninguno de los miembros de la sociedad ya que se considera de patrimonio común.

Por otro lado, existen casos especiales por ejemplo cuando se obtiene un salario a partir de una obra que se ha comenzado antes del matrimonio y que ha finalizado dentro del matrimonio. Respecto a este caos, Holguín (1978) considera que cabe hacer la distinción entre servicios divisibles de los indivisibles;; en tal situación, ya sea que la actividad se haya desarrollado antes, durante o después de la sociedad conyugal, la labor se considera indivisible, es decir, su valor se toma a consideración de forma completa, y será este el que entre o no en el haber absoluto, según se llegue a un acuerdo entre los miembros de la sociedad.

Por ejemplo, como señala Holguín (1978) algunos servicios indivisibles son los de un abogado que deba defender un juicio, los de un artista que debe entregar su obra o un constructor que deba entregar una casa terminada, etc. En estos casos, se entiende que la remuneración queda

devengada una vez que se ha concluido con el trabajo y, por tanto, si la fecha de término cae dentro del matrimonio, el valor completo del trabajo debe considerarse como parte del haber absoluto.

**2.-- De todos los frutos y réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio.**

Proudhon (1988) considera que los frutos de una cosa o actividad es la remuneración que proviene de esta. Así, como lo señala el artículo 157 del Código Civil, se concuerda que la sociedad conyugal si bien debe soportar las cargas del matrimonio también se ve en el derecho de gozar de sus frutos. En nuestra legislación, los frutos se clasifican en frutos Civiles y frutos naturales. El artículo 660 de nuestro código define a los frutos naturales como aquellos que “da la naturaleza ayudada o no de la industria.” (Código Civil, 2005)

En el artículo 663 se consideran frutos civiles a “las pensiones, los precios, los cánones de arrendamiento, impuestos a fondo perdido o los intereses de capitales exigibles” (Código Civil del Ecuador, 2005)

Al corresponder a los emolumentos obtenidos durante el matrimonio, los frutos, ya sean civiles o naturales, forman parte del patrimonio común de la sociedad conyugal y no poseen cargo a restitución. Por otra parte, los frutos de los bienes sociales entran al haber absoluto por la accesión, que nuestro Código Civil define como el modo en el que el dueño de un bien también tiene potestad sobre aquello que este produzca (Ley en materia Civil, 2005).

En el haber absoluto de la sociedad conyugal, ingresan tanto los bienes propios de cada cónyuge como los bienes sociales pues los frutos pertenecen al dueño de la cosa. Muchos tratadistas afirman que esto se debe a que existe un usufructo legal a favor de la sociedad. El usufructo se entiende como “un derecho de uso y de goce con cargo a restituir al dueño una vez que se ha cumplido el plazo o que se haya producido la muerte del usufructuario” (Código Civil del Ecuador, 2005).

**3.-- Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquiriere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.**

El artículo 171 de nuestro Código Civil (2005) nos dice que la sociedad conyugal está obligada; al pago de:

- 1.-- Pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, y que se devenguen durante la sociedad.
- 2.-- De las deudas y obligaciones que correspondan de conformidad con el Art. 147, y que no fuesen personales de uno de los cónyuges, como las que se contrae para el establecimiento de los hijos de uno de ellos.
- 3.-- De las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello.
- 4.-- De las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge.
- 5.-- Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de cualquiera otra carga de familia. Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges.

De igual forma, el artículo 173 señala que:

El marido o la mujer deberá a la sociedad el valor de toda donación que hiciere de cualquiera parte del haber social; a menos que sea de poca monta, atendida la cuantía del haber social, o que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar un grave menoscabo a dicho haber (Código Civil del Ecuador, 2005).

Dentro de esta también se toma en cuenta se deben distribuir y abonar todos aquellos valores que se produjeran de la adquisición o cobro de bienes de cualquiera de los dos cónyuges.

En otro apartado, los artículos 177, 178 y 179 sobre las recompensas señalan que, si mientras duró la sociedad conyugal, el valor de los bienes incrementó debido a expensas hechas por cualquiera de los cónyuges, la sociedad tiene derecho a pedir dicha recompensa. Por otro lado, en el caso de que el valor de los viene supere al de las expensas, se recompensa a la sociedad

por erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común. En el caso de que uno de los cónyuges causará daños o perjuicios a la sociedad, este se verá en la obligación de recompensar a la misma, así como realizar el pago de multa y reparaciones pecuniarias si fuere condenado por delito o cuasidelito.

También tenemos los productos al azar, cuando se ganan apuestas, loterías, juegos de azar y rifas durante el matrimonio a título oneroso, ya que se están arriesgando y pueden ser perjudicados capitales de ésta. (Código Civil del Ecuador, 2005)

**4.-- De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, ¿o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.**

El artículo 170 de nuestro Código Civil nos dice que a menos que se pruebe lo contrario, todos los bienes materiales e inmateriales que fuesen de la potestad de los cónyuges al tiempo de la disolución de la sociedad, se consideraran como parte del haber común. En este caso, no se consideran pruebas suficientes las declaraciones de los cónyuges sobre el dominio individual de los bienes y tanto los bienes de uso personal como el vestido serán considerados como parte del patrimonio individual de cada cónyuge (Código Civil del Ecuador, 2005).

**5.-- De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, a título oneroso.**

Comprende bienes muebles (créditos, cosas corporales) e inmuebles (que se han adquirido o pagado con bienes sociales).

En cuanto a la adquisición, acorde al título de adquisición se considerará esta como parte de la sociedad conyugal, aquí se observa la causa de la adquisición y no la incorporación definitiva del bien. A pesar que la adquisición se hubiese realizado a título oneroso, es decir, que no se adquirió con bienes sociales, se consideran como excepciones que no entra al haber absoluto de la sociedad.

El Artículo 159 señala que no forman parte del haber social:

- Bienes que correspondan a inmuebles subrogados a otro inmueble propio de los cónyuges (por ejemplo, vende la casa que tenía antes de casarse y con el dinero de la venta compra otra)
- Cosas adquiridas de forma individual con valores de uno de los cónyuges destinado a ella en capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.
- Aumentos materiales que incrementen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella (Código Civil, 2005).

### **3.4-- El Haber Relativo de la Sociedad Conyugal**

Son aquellos bienes que al momento de liquidar la sociedad conyugal pasaran nuevamente al cónyuge que los aportó, es decir este adquiere un crédito contra la sociedad conyugal, es el haber aparente de la sociedad conyugal.

Cabe tener en cuenta que esto se da como resultado de las propias obligaciones de la sociedad conyugal. En la unión marital existen cargas familiares que deben sustentarse, sin embargo, una vez liquidada la sociedad, se devuelve el bien en el mismo valor o la misma especie en que ingresó a la sociedad conyugal.

No obstante, esta devolución no se considera usufructo ya que, a pesar de que los bienes son de la sociedad conyugal, el cónyuge que aportó dichos bienes tiene derecho a una restitución equitativa de los mismos. Otra diferencia cabe en que, mientras que el usufructo solo puede obtener sus frutos teniendo que devolver el bien íntegro, en el caso del haber relativo de la sociedad conyugal se puede devolver en valor o especies.

En el libro “Derecho Civil de las Personas” escrito por el DR. Jorge Morales (2015) hace constar que conlleva el haber relativo de la sociedad conyugal:

- 1.-- Los dineros aportados o adquiridos durante la sociedad conyugal, con excepción de los pertenecen al haber absoluto.
- 2.-- Bienes muebles y cosas fungibles, adquiridos en ella a título gratuito aportados a la sociedad conyugal.
- 3.-- La parte del tesoro que le corresponde al cónyuge descubridor.

4.-- Por medio de capitulaciones matrimoniales, los inmuebles aportados a la sociedad conyugal con cargo de recompensa. (Morales, 1992)

Nos referiremos a cada uno:

**1.-- Los dineros aportados a la sociedad conyugal o adquiridos durante ella con excepción de los correspondientes al haber absoluto**

Se ha referido que el haber absoluto está formado por todos los bienes o dinero que ingresa a la sociedad conyugal ya sea a título oneroso o proveniente de los salarios, sin embargo, en este caso se hace referencia al haber relativo entendido como aquellos dineros que ingresan a título gratuito, es decir, que forman parte de la adquisición individual y a beneficio de uno de los cónyuges. Por ejemplo, todos los dineros recibidos de a través de donaciones o bienes que no provengan de un proceso de compra.

Al momento de que la sociedad conyugal se liquide, este valor numérico o especie se devuelve al cónyuge.

**2.-- Cosas fungibles y bienes muebles aportados a la sociedad conyugal, o adquiridos en ella a título gratuito**

Se entiende por cosas fungibles aquellas que por su propia naturaleza están destinadas a destruirse una vez que se hace uso natural de ellas. Cuando las cosas fungibles han sido destruidas, pueden ser reemplazadas por otra semejante sin que esto afecte o cambie el valor inicial de adquisición.

Dentro de este grupo también se encuentra el caso de los bienes incorpóreos como es el caso del bien de propiedad intelectual que, en un inicio, se considera como parte de la sociedad conyugal, pero que una vez disuelta esta se restituye al cónyuge correspondiente.

**3.-- La parte del tesoro que le corresponde al cónyuge descubridor.**

El artículo 163 del Código Civil considera que “la parte del tesoro que según la ley pertenece al que lo encuentra, se agrega al cónyuge que lo encuentre” (Código Civil del Ecuador, 2005).

En este caso, el tesoro no corresponde al haber personal del cónyuge descubridor y más bien ingresa al haber relativo.

#### **4.-- Los inmuebles aportados a la sociedad conyugal por medio de capitulaciones matrimoniales con cargo de recompensa.**

Los bienes aportados a la sociedad conyugal por medio de capitulaciones matrimoniales ingresan al haber relativo. No obstante, al momento de la liquidación, se debe restituir el valor en especie.

### **3.5-- El Haber Personal de cada Cónyuge**

El Patrimonio Personal o Haber Personal de cada cónyuge, es considerado el haber, que, al día de la liquidación de la sociedad conyugal, no entra a formar parte de la masa a adjudicar o dividirse a cada cónyuge. Son todas las adquisiciones, que a cualquier título se realizaron con anterioridad al matrimonio, sin estar sometido al régimen de sociedad.

Según el artículo 158 de nuestro Código Civil se señala que:

Las adquisiciones hechas, por cualquiera de los cónyuges a título de herencia, donación o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge heredero, donatario, o legatario y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges paralelamente, a cualquiera de estos títulos, no aumenta el haber social sino el de cada cónyuge (Código Civil, 2005).

De la misma forma, el artículo 164 nos dice que cuando existen cosas a título gratuito estas se entenderán como parte del patrimonio individual del cónyuge donatario, incluso cuando las donaciones fuesen hechas por consideración al otro cónyuge (Código Civil, 2005).

A continuación, se presentan los principales bienes, pertenecientes al haber personal de cada cónyuge:

- 1.-- Inmuebles que los cónyuges adquirieron antes del matrimonio
- 2.-- Bienes adquiridos dentro del matrimonio a título gratuito
- 3.-- Bienes que los cónyuges han excluido de la sociedad
- 4.-- Los vestidos y demás bienes muebles de uso personal y necesario
- 5.-- Aumentos que experimentan los bienes de los cónyuges
- 6.-- Recompensas que los cónyuges pueden hacer de la sociedad conyugal
- 7.-- Inmuebles subrogados a bienes propios. (Morales J. , 2015) A continuación, se presenta cada una de ellas:

- 1.-- Inmuebles que los cónyuges adquirieron antes del matrimonio.

La ley establece que pertenecen al haber personal por no estar incluidos en el haber social.

No afecta si fueron adquiridos a título gratuito u oneroso, o sea que fueron obtenidos antes del matrimonio. También establece que no forma parte del haber social los inmuebles adquiridos con título anterior al matrimonio. Así lo señala el art. 167: “Cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a la sociedad, las especies adquiridas durante la sociedad no pertenecen a ésta, aunque se haya adquirido a título oneroso” (Código Civil del Ecuador, 2005).

Por lo tanto, no forma parte de la sociedad conyugal:

**1.-- “Las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se completa o verifica durante la sociedad”;; (Código Civil, 2005)**

Por ejemplo, si una persona poseyó una casa bajo condición de dueño mientras estaba soltero y mantiene el bien una vez que ha contraído matrimonio, este adquiere el dominio de la casa por prescripción en base a dicha especificación. Así, el bien no formaría parte del haber de la sociedad conyugal, sino que se mantiene en el haber del cónyuge que empezó a poseer la cosa antes del matrimonio.

Tampoco ingresaría a la sociedad un inmueble que ha entrado en litigio y luego del matrimonio se lo adquiere. Esto se realiza a través de un contrato por el cual las partes dan por terminado un litigio o precaven un litigio eventual.

**2.-- “Los bienes que se poseían antes de la sociedad, por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro medio legal” (Código Civil, 2005)**

En el caso que el bien que se haya adquirido adolezca de algún vicio, que puede traer consigo una consecuencia de nulidad relativa, y que posteriormente haya sido convalidado durante la sociedad, mediante la ratificación o por el pasar del tiempo, ya no ingresa al haber absoluto y se mantiene en el haber personal del cónyuge que la adquirió.

**3.-- “Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges, por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación” (Código Civil del Ecuador, 2005)**

Este ítem está relacionado con los casos anteriores e igualmente se respeta como haber personal del cónyuge. Por ejemplo, un bien propio que se vendió, pero vuelve a poder del cónyuge por una anulación de contrato o similares, en estos casos se afirma que el valor adquirido nunca salió del patrimonio personal del cónyuge.

**4.-- “Los bienes litigiosos, de los que, durante la sociedad, ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica” (Código Civil del Ecuador, 2005)**

Cuando un bien que se encontraba en litigio mientras no existía la sociedad, y se declara el derecho mediante sentencia dictada cuando la persona ya había contraído matrimonio, esto tampoco ingresa a la sociedad conyugal como haber absoluto.

**5.-- “El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge. Sólo los frutos pertenecerán a la sociedad” (Código Civil, 2005).**

Aquellos valores que ingresan al capital de uno de los cónyuges como parte de créditos constituidos antes del matrimonio, así como los intereses devengados, bonificará al cónyuge acreedor. Uno de los puntos más discutidos es que si para que ingrese el bien en el haber personal, el usufructo debe terminar por la muerte del usufructuario, o la llegada del plazo o si por la compra del derecho de usufructo. La discrepancia surge principalmente en lo que respecta a la forma de adquisición del usufructo: ¿en el caso que se dé por la muerte o por la llegada de plazo, los tratadistas consideran que el bien puede quedar como parte del haber personal; no obstante, cuando el usufructo se da por compra. ¿En este aspecto, Holguín (1978) cree que debería ingresar al haber social, ya que la adquisición se realiza a título oneroso y durante el matrimonio; por otra parte, tratadista como Alessandri y Somarriva consideran que la ley no hace referencia a estos casos en concreto y, por lo tanto, bien no debe ingresar al haber social.

## **2.-- Bienes adquiridos dentro del matrimonio a título gratuito**

Sabemos que los inmuebles pueden obtenerse a título gratuito, como en el caso de las herencias, legados o donaciones: ¿Estos bienes adquiridos de encuentran dentro de los bienes propios, porque no se hallan incursos en el artículo 157 y 158 del Código Civil; el art. 158 señala que

¿Las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentarán el haber social, sino el de cada cónyuge (Código Civil del Ecuador, 2005).

A partir de lo mencionado, se asegura que las adquisiciones de los cónyuges a título gratuito pertenecen a cada uno de ellos. Acerca de esto, el artículo 164 del Código Civil agrega

Las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito, ¿se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario; y no se atenderá a si las donaciones u otros actos gratuitos a favor de un cónyuge han sido hechos por consideración al otro (Código Civil del Ecuador, 2005).

De esta forma, se entiende que los bienes a título gratuito no se ciñen solo a aquellos obtenidos por herencia o legado, sino también incluyen la remisión de deudas, que se asimila como una donación.

### **3.-- Bienes que los cónyuges han excluido de la sociedad**

En este caso, se hace referencia a los bienes que no forman parte de la sociedad conyugal.

Dentro de las capitulaciones matrimoniales, se puede proceder a la exclusión de ciertos bienes muebles que, normalmente formarían parte de la sociedad conyugal, pero que no ingresan debido a estas exclusiones. Así, dichos bienes no son administrados por el marido, quien suele ser nombrado como el administrador ordinario de la sociedad.

El art 152, numeral 4 señala que “la determinación, por parte de cualquiera de los esposos o cónyuges, de que permanezcan en su patrimonio separado, ciertos bienes que, conforme a las reglas generales, ingresarían al patrimonio de la sociedad conyugal” (Código Civil del Ecuador, 2005). Así se puede proceder a la exclusión de bienes.

### **4.-- Los vestidos y demás bienes muebles de uso personal y necesario**

Así lo establece el artículo 170 inciso final donde se menciona que los vestidos y todos los bienes considerados de uso personal son definidos como bienes personales de cada cónyuge (Código Civil del Ecuador, 2005).

Dentro de los bienes considerados individuales se toman en cuenta:

- a) Recuerdos familiares
- b) Pensiones alimenticias
- c) Rentas vitalicias o seguros de vida
- d) Indemnizaciones por daños personales (HOLGUÍN J. L., 1978)

## **5.-- Aumentos que experimentan los bienes de los cónyuges**

Para este punto, rige la premisa de que aquellas acciones determinadas para los puntos principales determinan las pautas para los puntos agregados. El bien propio aumenta cuando se le aumenta algo que es inseparable, ya que de esta forma se construye un todo indivisible. Así lo señala el artículo 159 numeral 3 del Código Civil: “Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa”. (Código Civil del Ecuador, 2005)

Se consideran dos tipos de aumento:

- Natural: no requiere pagar ningún valor (aluvión)
- Humano: se reconoce una recompensa (edificación)

## **6.-- Recompensas que los cónyuges pueden hacer de la sociedad conyugal**

Al momento de la disolución de la sociedad conyugal, se considera que el cónyuge posee un crédito en contra de la sociedad, el mismo que se hace efectivo una vez disuelta. Los créditos se consideran como aquellos aportes que se realizaban a la sociedad como haber relativo (dinero y bienes muebles). Sucede de la misma forma con el exceso del valor de un bien subrogado respecto al subrogante.

## **7.-- Inmuebles subrogados a bienes propios**

Según el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas se entiende por subrogación: “una ficción jurídica, es decir cuando la ley a pesar de que sabe que no es cierto se toma como tal para los efectos que determina” (CABANELLAS, 1979).

En otras palabras, se hace referencia a una ficción en virtud de la cual una cosa o persona pasa a ocupar el lugar que le correspondía a ésta. La subrogación puede ser personal (cuando la sustitución se da por una persona) o real (se sustituye por cosas).

Así, con el producto del bien se sirve la persona para adquirir otro bien y este para el haber personal. Se puede determinar dos tipos de subrogación:

- 1) De bien inmueble a bien inmueble
- 2) De valores a bien inmueble

### **1) De bien inmueble a bien inmueble:**

El bien, que es de propiedad del cónyuge, se vende con el objetivo de adquirir otro inmueble y para que la subrogación sea efectiva debe constar, de forma escrita, la voluntad de subrogación, además debe existir proporcionalidad.

Se entiende por proporcionalidad la concordancia entre el precio del bien antiguo y el bien nuevo, es decir, cuando existe un exceso del primero sobre el segundo, este exceso le corresponde al cónyuge subrogante. Además, no se entenderá por subrogación cuando exista una diferencia excesiva (cuando el nuevo bien representa más del doble o menos de la mitad del bien antiguo) si excede a la mitad del precio del bien antiguo, entonces el bien le pertenece a la sociedad conyugal y, posteriormente, la sociedad deberá restituir los valores o el bien.

### **2) De valores a bien inmueble**

En primer lugar, los bienes deben estar excluidos de la sociedad conyugal, por medio de capitulaciones matrimoniales, y con estos mimos bienes excluidos de la sociedad se procede a la adquisición de otros inmuebles. Así como en el caso anterior, se debe expresar el ánimo de subrogación de forma escrita y los valores deben ser proporcionales.

### **3.6.-- De las Cargas de la Sociedad Conyugal: Deuda Social. Deudas Personales.**

En primer lugar, se entiende por cargas a aquellas obligaciones que tiene que pagar la sociedad, previo a proceder a realizar la partición y adjudicación de la masa de bienes a cada uno de los cónyuges o dependiendo del caso los herederos.

#### **Deuda Social**

Acorde a lo propuesto por Morales (2015), se puede hacer referencia a la trilogía de las cargas de la sociedad conyugal, conformada por las deudas de la mujer, del marido y de la sociedad conyugal o deudas sociales. “Las deudas sociales son aquellas cuyo pago soporta la sociedad conyugal, mientras que las deudas personales son las que corresponden al marido o a la mujer individualmente y al final gravitarán el patrimonio particular de cada cónyuge” (Morales J. , 2015).

Clases de pasivos dentro de la sociedad conyugal:

**PASIVO ABSOLUTO:** son las deudas que se deben pagar de forma definitiva ya que corresponde a las obligaciones propias de la sociedad, aquí se consideran los frutos sin recompensa (Morales J. , 2015).

**PASIVO RELATIVO:** en este caso nos referimos a las deudas a cancelar pero que, en este caso, sí generan recompensa (Morales J. , 2015). Cabe señalar que estas deudas no son definitivas como bien social ya que al momento de la disolución deben ser restituidas.

Según el artículo 171 del Código Civil se establece cuáles son los pasivos que se tomarán en cuenta como deuda social y que la sociedad deberá pagar:

- 1.-- De las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, y que se devenguen durante la sociedad.

2.-- De las deudas y obligaciones que correspondan de conformidad con el Art. 147, y que no fuesen personales de uno de los cónyuges, como las que se contrae para el establecimiento de los hijos de uno de ellos.

3.-- De las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello.

4.-- De las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge.

5.-- Del mantenimiento de los cónyuges ; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de cualquiera otra carga de familia. Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges. (Código Civil, 2005).

Pero el juez podrá moderar este gasto, si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge.

Si la mujer y el marido acuerdan en las capitulaciones matrimoniales el derecho de la primera a disponer ya sea aleatoria o periódica de cierta cantidad de dinero, que podrá manejar a su arbitrio, será de cargo de la sociedad este pago. (Código Civil del Ecuador, 2005)

### **Deudas Personales.**

Se considera como deudas propias o personales, las que son adquiridas con anterioridad a la celebración del matrimonio. Como se ha establecido y precisado al hablar del pasivo relativo de la sociedad conyugal, que ésta paga provisionalmente las deudas personales de los cónyuges adquiriendo simultáneamente un crédito contra el respectivo consorte, el cual se hace efectivo al momento de la liquidación de la sociedad de bienes.

La determinación de dichas deudas personales tiene pues importancia en el momento final, para dar lugar a las respectivas recompensas a favor de la sociedad. Las deudas personales de cada uno de los cónyuges, pueden ser las adquiridas antes del matrimonio o durante el matrimonio, en caso de la disolución de sociedad conyugal o separación de bienes.

Las deudas personales deben ser pagadas con los bienes propios del cónyuge, a fin de no perjudicar el patrimonio de la sociedad, patrimonio del otro cónyuge, o de los herederos, debiendo establecer con claridad, cuáles son los bienes propios y de igual manera se establecerá con exactitud cuáles son las deudas personales de cada uno.

Las deudas personales están constituidas por:

- a) Deudas del uno u otro cónyuge contraídas antes del matrimonio
- b) Las deudas contraídas respecto de hijos de anterior matrimonio, o para cubrir otras cargas similares.
- c) Las obligaciones excesivas, a juicio del Juez, relativa a cargas de familia, alimentos de ascendientes o descendientes, o alimentos a quienes se debe por ley.

Las obligaciones que expresamente puedan establecerse en las capitulaciones matrimoniales a cargo de un cónyuge

### **3.7.-- Administración de la Sociedad conyugal en el Ecuador**

#### **Administración Ordinaria**

Como ya se ha mencionado antes, dentro de la sociedad conyugal se establece normalmente que el marido es el administrador ordinario de la sociedad.

A lo largo del tiempo y la historia desde el establecimiento de las uniones conyugales, el marido era quien administraba sus bienes propios, sociales y hasta los de la esposa, situación que se

mantuvo hasta el año 1970, en donde se establece la capacidad de la mujer casada para administrar libremente sus bienes propios.

Hasta hace algunos años, el Código Civil establecía que la administración ordinaria le correspondía por mandato de ley al marido, se registraba de la siguiente manera

El marido tiene la administración ordinaria de la sociedad conyugal, pero podrá autorizar a la mujer para que realice actos relativos a tal administración. No podrá presumirse la autorización del marido sino en los casos en lo que la ley lo haya previsto” (CÓDIGO CIVIL, 1970).

Sin embargo, de acuerdo a la última reforma, cualquiera de los dos cónyuges puede administrar la sociedad conyugal, incluso, se elimina la estipulación automática de que en caso de no aclarar lo contrario la administración está a cargo del marido. El artículo 180 reformado, dice

La administración ordinaria de la sociedad conyugal tendrá el cónyuge que, conste como tal en las capitulaciones matrimoniales o en el acta de matrimonio; a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido. El administrador, se sujetará a las obligaciones determinadas en la ley y en las capitulaciones matrimoniales, de haberlas (CODIGO CIVIL, 2005).

Como se observa, la última reforma señala que dentro del establecimiento de la sociedad conyugal se debe especificar quien será el administrador de la sociedad, siendo algo desde mi parecer totalmente justo ya que no necesariamente el marido debe ser el administrador de la sociedad conyugal, puesto que ambos son capaces de hacerlo.

Si bien dentro de la sociedad conyugal, cada uno de los miembros administran sus bienes personales de forma individuales, el administrador ordinario de la sociedad además tiene las facultades de disponer de los bienes sociales. Legalmente, este es designado y aparece como como dueño de los bienes ante terceros.

La designación de un administrador es necesaria pues permite facilitar los procesos de la sociedad conyugal como son

:

- Comprar materiales necesarios
- Cobrar y pagar deudas
- Interrumpir la prescripción
- Venta de productos ordinarios

Para realizar actos que no son del diario accionar se necesitará autorización del otro cónyuge. Hay determinados actos para los cuales es necesaria la autorización del cónyuge no administrador.

No obstante, se requiere la autorización del otro cónyuge para disponer de los bienes sociales. El artículo 181 del Código Civil reza lo siguiente

El cónyuge a cuyo cargo está la administración ordinaria de los bienes sociales necesitará de la autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles, de vehículos a motor y de las acciones y participaciones mercantiles que pertenezcan a la sociedad conyugal (Código Civil del Ecuador, 2005).

Asimismo, en caso de que el cónyuge cuyo consentimiento fuere necesario se encontrare imposibilitado de expresarlo, es necesaria una autorización del juez donde se dé la potestad y conste la autorización del cónyuge para el administrador de los bienes sociales. El juez para conceder la autorización, procederá, previa la determinación de la utilidad y con conocimiento de causa, conveniencia o necesidad de realizar el acto o contrato. En el caso de que se pase por alto la necesidad de consentimiento expreso del otro cónyuge o de la autorización del juez, el contrato que se haya suscrito será anulado de forma parcial o total. Podemos ver entonces que para la disposición de los bienes sociales es necesario el consentimiento del cónyuge no administrador.

En el proceso de autorización se pueden establecer gravámenes sobre los bienes, es decir toda limitación al derecho de propiedad, por ejemplo, se puede gravar un inmueble constituyendo sobre éste un derecho de prenda o hipoteca.

Asimismo, se puede revocar la autorización, lo cual no tiene efecto retroactivo sino únicamente para lo venidero, que podría afectar a terceros. Los consentimientos entre los cónyuges son de dos tipos: expreso o tácito.

El consentimiento expreso se manifiesta en el mismo acto o contrato, o como ya se revisó, a través de una autorización de poder conferido. De igual forma, se debe manifestar la voluntad que se enajene o se grave cierto bien social.

En cuanto a la duración del poder, algunos autores señalan que el poder debe asignarse para todos los actos similares al autorizado, mientras que otros, como Holguín (2015), sostienen que la autorización es particular al acto y se debe apreciar la conveniencia de este para otorgar el consentimiento.

Por otro lado, el consentimiento tácito corresponde a la realización de algunos actos en los que se demuestra estar de acuerdo y que no existe reclamo alguno sobre lo actuado.

Como ya mencionamos la administración corresponde al cónyuge que conste en el acta matrimonial; no obstante, debido a diversos motivos legales puede faltar esta administración consensuada, para lo cual la Ley implementa la denominada administración extraordinaria.

El artículo 185 del Código Civil señala sobre la administración extraordinaria que en caso de ausencia por más de tres años o que uno de los cónyuges reciba una privación judicial que lo imposibilite de la administración, automáticamente la administración de la sociedad corresponderá al otro cónyuge (Código Civil, 2005).

A continuación, se aclaran ambos casos que conllevarían a la asignación de una administración extraordinaria:

### **Interdicción de uno de los cónyuges**

En el caso de que una vez consentida la administración ordinaria a uno de los cónyuges y éste presente actitudes como disipador, ebrio consuetudinario, toxicómano o haberse vuelto demente o sordomudo, causas que debieron darse después del matrimonio, el

administrador será declarado interdicto y la administración de la sociedad pasará a manos del otro cónyuge.

### **Ausencia de tres años o más sin comunicación con su familia**

Este acápite hace referencia a los casos en que se dé la ausencia de uno de los cónyuges por más de tres años, como lo marca la ley. En estas circunstancias, la sociedad pasa a cargo del otro cónyuge a quien se le atribuye la potestad de administrar. En el caso de que este causal termine, es decir, cuando cesan las causas por las que se procedió a la administración extraordinaria, la administración volverá a manos del administrador original, así lo detalla el artículo 188 del Código Civil.

Existen muchas críticas respecto a esta premisa pues la ley establece que el tiempo mínimo de ausencia es de 3 años, lo cual muchos consideran que es bastante exagerado y lo califican como un tiempo poco prudente para asumir la administración extraordinaria, e incluso para conceder el divorcio por abandono.

Otro punto que se cuestiona es que no existe una disposición clara de cuando termina la administración extraordinaria ya que se devuelve la administración ordinaria de forma inmediata una vez que se reintegra el cónyuge. Esta confusión podría ocasionar daños a terceros y la misma sociedad ya que se desarrollarían actos bajo ambas administraciones.

Sobre la administración extraordinaria cabe señalar que tiene las mismas funciones que la administración ordinaria y, en algunos casos, incluso mayores pues puede llevar a cabo actos que normalmente necesitaría autorización del otro cónyuge. Así, el Art. 186 de Código Civil detalla que “el cónyuge que tenga la administración de la sociedad conyugal en el caso del artículo precedente, podrá ejecutar por sí solo los actos, para cuya legalidad es necesario el consentimiento del otro cónyuge” (Código Civil, 2005).

## **CAPITULO IV: LEGISLACIÓN COMPARADA**

#### **4.1.-- Regímenes Patrimoniales y Administración de la sociedad conyugal en Argentina.**

Regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación” El Régimen Patrimonial Matrimonial” al que se le han efectuado importantes modificaciones en relación al código velezano. Se destaca fundamentalmente la posibilidad de elegir entre el Régimen de Comunidad de Bienes y el Régimen de Separación, consagrando el principio de la autonomía de la voluntad de las partes a diferencia del régimen único legal y forzoso de comunidad de gananciales previsto por el código derogado. (SPILA, 2016)

La presente tesis tiene por objeto el análisis de los regímenes patrimoniales y la administración de la sociedad conyugal. Cinco modelos de derecho comparados sobre la materia, entre ellos tenemos el de Ecuador, Argentina, Chile, España e Inglaterra, que nos sirven de referente para la revisión de este tema, la evolución que dichas leyes han tenido.

Comenzaremos este análisis con el Código Civil de Argentina: del mismo que iremos desarrollando y analizando aspectos fundamentales de los Regímenes Patrimoniales del matrimonio en dicha legislación, ¿tales como; Efectos Patrimoniales del matrimonio, Régimen de Separación de Bienes propios y Gananciales, Deuda Social y Deudas Personales, Administración de la Sociedad Conyugal y la Terminación o Extinción de la comunidad.

#### **Efectos Patrimoniales del matrimonio**

El matrimonio es aquel surgimiento de relaciones de carácter personal entre los cónyuges el mismo que conlleva facultades y deberes recíprocos. Derivan de él consecuencias de fondo patrimonial. “El régimen matrimonial” es una de las consecuencias jurídicas del matrimonio la que se refiere a las relaciones patrimoniales, y se determina la forma de contribución de los cónyuges para el beneficio de la sociedad, como el caso de suplir las necesidades del hogar, así como lo referente al porvenir del matrimonio en relación a la administración y la propiedad de los bienes que cada uno de los cónyuges aportan o adquieren durante la unión, de la misma forma la medida en que estos bienes responderán ante terceros por deudas. En la Ley Argentina se reconoce el régimen legal y el convencional; sin embargo, se señala que antes de la celebración del matrimonio se puede definir el tipo de régimen que adoptará la sociedad

conyugal ya sea este único, forzoso u otro régimen prematrimonial, en este caso la ley puede regular los distintos regímenes, por el que pueden optar los contratantes o, si lo prefieren, determinar sus propias cláusulas. Los sistemas que admiten los regímenes convencionales, prevé igualmente en un régimen legal supletorio, para el caso de ausencia de convención prematrimonial al respecto. (si los esposos no se adhieren a ninguno de los regímenes que prevé la ley, se someten a lo que ella supletoriamente establece)

### **Régimen de Separación de Bienes propios y gananciales**

En esta legislación el régimen matrimonial admite dos categorías de bienes: los propios de cada cónyuge y los gananciales que tiene cada uno antes tras la disolución hablaremos sobre cada uno de ellos.

Como ya se ha mencionado, los bienes propios o personales son aquellos que posee cada cónyuge antes de la celebración del matrimonio, los que ha adquirido como título gratuito, aquellos obtenidos por subrogación real con otro bien propio o título de adquisición, todos previos a la conformación de la sociedad conyugal.

Por otro lado, los bienes gananciales son aquellos obtenidos dentro de la sociedad como forma de título oneroso, o aún después de la disolución de la sociedad conyugal por una causa o título anterior a la disolución. Siempre se debe considerar la época de adquisición, el carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones durante el matrimonio, los fondos empleados en las adquisiciones.

El Artículo 446, nos dice: Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones únicamente con los objetos siguientes:

- a) la enunciación de las deudas;
- b) las donaciones que se hagan entre ellos;
- c) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;
- d) la opción que se hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.

Toda convención sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor, de

la misma deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

Las convenciones matrimoniales pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública, con respecto a cualquier modificación que se quiera hacer después de la celebración del matrimonio el artículo 449 alude sobre el tema diciéndole que el régimen patrimonial si puede modificarse por acuerdo de los cónyuges, puede ser otorgada siempre que sea después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública.

Para que este cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse en el acta de matrimonio. Para no perjudicar a terceros se estipula que al cambio de régimen quien sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron”. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

En caso de no elegir por la separación de bienes, ¿el matrimonio queda sometido al de “La comunidad de gananciales” donde el Código civil y Comercial de Argentina establece detalladamente cuales con los bienes propios de cada cónyuge y cuáles son los gananciales; el Artículo 464 Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

- a) Los adquiridos durante la comunidad por legado, herencia, o donación, aunque sea conjuntamente por ambos, excepto la recompensa habida a la comunidad por los cargos soportados por ésta.
- b) Los bienes de los cuales tienen derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad o de los cuales los cónyuges tienen la propiedad.

Los recibidos por legado, herencia, o donación se estiman propios, excepto en el caso que el donante o el testador hayan designado partes determinadas, no son propios los bienes recibidos por donaciones remuneratorias, excepto que los servicios que dieron lugar a ellas hubieran sido prestados antes del inicio de la comunidad. En caso de que el valor de lo donado exceda de una equitativa remuneración de los servicios recibidos, la comunidad debe recompensa al donatario por el exceso:

- c) Los adquiridos por medio de cambio con otro bien propio, mediante inversión propia, o la reinversión de un valor obtenido a través de la venta de bienes personales, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario.
- d) los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio.
- e) los productos de los bienes propios, con excepción de los de las canteras y minas.
- f) las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado.
- g) los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación.
- h) los adquiridos en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella.
- i) los originariamente propios que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico.
- j) los incorporados por accesión a las cosas propias, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella.
- k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición.
- l) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, así como la de los bienes gravados con otros derechos reales que se extinguen durante la comunidad, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes gananciales.
- m) las ropas y los objetos de uso personal de uno de los cónyuges, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si son de gran valor y se adquirieron con bienes de ésta; y los necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si fueron adquiridos con bienes gananciales.

- n) las indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales y por daño físico causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales.
- ñ) el derecho a jubilación o pensión, y el derecho a alimentos, sin perjuicio del carácter ganancial de las cuotas devengadas durante la comunidad y, en general, todos los derechos inherentes a la persona.
- o) la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad. El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

Con respecto a los bienes Gananciales en el artículo 465 del Código Civil y Comercial de Argentina nos enumera cada uno de ellos; Son bienes gananciales los siguiente:

- a) los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 464;
- b) los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar, como lotería, juego, apuestas, o hallazgo de tesoro;
- c) los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad;
- d) los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad;
- e) lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio;
- f) los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad;
- g) los créditos o indemnizaciones que subrogan a otro bien ganancial.

- h) los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias, extraídos durante la comunidad.
- i) las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que excedan el plantel original.
- j) los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella.
- k) los adquiridos por título oneroso durante la comunidad en virtud de un acto viciado de nulidad relativa, confirmado después de la disolución de aquélla.
- l) los originariamente gananciales que vuelven al patrimonio ganancial del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico.
- m) los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios.
- n) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición.
- ñ) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción, así como la de los bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de aquélla, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes propios. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

## **Deuda Social y Deudas Personales**

Con respecto a las deudas tanto sociales como personales de la sociedad conyugal, el Código Civil y Comercial Argentino nos manifiesta que cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, claro que sólo con sus bienes gananciales. El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensar a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

El artículo 489 nos menciona cuales son las cargas o deudas de la comunidad.

- a) las obligaciones contraídas durante la comunidad, no previstas en el artículo siguiente.
- b) el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar.
- c) las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, y aun la de bienes propios si están destinados a su establecimiento o colocación.
- d) los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

De la misma forma el artículo 490 nos indica a cerca de las obligaciones personales de los cónyuges:

- a) las contraídas antes del comienzo de la comunidad.
- b) las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges.
- c) las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios.
- d) las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial.
- e) las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

### **Administración de la Sociedad conyugal**

En lo referente a la administración de la sociedad conyugal diremos que los bienes propios de cada uno de los cónyuges son de libre administración y disposición, excepto lo dispuesto en el artículo 456 que nos dice que ninguno de los cónyuges puede, sin el consentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede pedir la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, o demandar la nulidad del acto, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

Con lo que tiene que ver con la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar en el caso de;

- a) los bienes registrables.
- b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824.
- c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior.
- d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

Sobre la administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente, corresponde a ambos, cualquiera sea la parte correspondiente a cada uno. En caso de discrepancia entre ellos, el que toma la iniciativa del acto puede pedir que se lo autorice judicialmente. Pongamos un ejemplo; Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar.

Si no hay pruebas, se reputa que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas los bienes respecto de los cuales ninguno de ellos puede justificar la propiedad exclusiva. Si uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios, según el caso.

### **Terminación o Extinción de la comunidad**

El artículo 475 del Código Civil y Comercial de Argentina nos dice las causas por las que la comunidad se extingue:

- a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges.
- b) la anulación del matrimonio putativo.
- c) el divorcio.
- d) la separación judicial de bienes.
- e) la modificación del régimen matrimonial convenido. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

Después de extinguida la sociedad conyugal inicia la separación judicial de todos los bienes, esta puede ser solicitada por uno de los cónyuges en los siguientes casos.

- a) Se prevé una pérdida eventual de los bienes gananciales alegando una mala administración por parte del otro cónyuge.
  - b) Si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge.
  - c) Si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse.
  - d) Si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero.
- (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

“El divorcio, la anulación del matrimonio o la separación de bienes acarrearán la extinción de la comunidad esto con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación. Solo el juez puede modificar la prolongación del efecto retroactivo fundándose en la existencia de abuso o fraude, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe”. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

Entre los cónyuges la masa común se divide por partes iguales, sin considerar el monto de los bienes propios ni la contribución de cada uno. Si se da por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte correspondiente a la mitad de gananciales del causante

Cualquiera de los cónyuges puede solicitar la “facultad preferencial” de los bienes amparados por la propiedad intelectual, de los bienes relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, agropecuario, o industrial por él adquirido o formado que constituya una unidad económica, y de la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque excedan de su parte, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos. Habida cuenta de las circunstancias. Con lo que a los gastos respecta que dé lugar el inventario y división de los bienes de la comunidad están a cargo de los cónyuges, o del supérstite y los herederos del premuerto, a prorrata de su participación en los bienes. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

#### **4.2.-- Regímenes Patrimoniales y Administración de la sociedad conyugal en Chile**

El régimen patrimonial o económico del matrimonio es el sistema de normas jurídicas a través del cual se regula la relación económica o de administración y propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, ya sea entre los cónyuges o de éstos frente a terceros.

(CONTRERAS, 2010) Acorde a la Biblioteca del Consejo Nacional de Chile. (BNC CHILE, 2010), se define el régimen patrimonial del matrimonio como un sistema que define las relaciones patrimoniales y de administración de la economía, dinero y bienes establecidos entre los cónyuges y los terceros involucrados en la sociedad.

Para el análisis del Régimen patrimonial del matrimonio en Chile nos basaremos en el Código Civil de la Legislación de Chile publicado en el 2002 por el Ministerio de Justicia de Chile.

Existen tres tipos de regímenes;

- **Sociedad Conyugal:** En este sistema el patrimonio de ambos cónyuges forma uno solo, común para ambos, que es administrado por el marido. Esto incluye tanto el patrimonio que cada uno tenía antes de casarse como lo que adquieran durante la unión, esto según el artículo 135 del Código Civil de Chile. (Código Civil de Chile, 2000)
- **Separación total de bienes:** Los patrimonios de cada cónyuge y su administración se mantienen separados antes y durante el vínculo matrimonial. Es decir “lo que es mío es mío y lo que es tuyo es tuyo”
- **Participación en los gananciales:** En este régimen los patrimonios se mantienen separados, pero si el régimen se acaba, el cónyuge que adquirió bienes de mayor valor debe compensar al que obtuvo menos, para que ambos queden iguales.

En Chile, la sociedad conyugal nace por el solo hecho del matrimonio, y en dicho régimen el marido administra ordinariamente la sociedad conyugal con importantes limitaciones que la ley ha impuesto en resguardo de los intereses de la mujer. (Artículo,135) (Código Civil de Chile, 2000).

El Código Civil de Chile (2000) en su artículo 1729 señala que los cónyuges pueden sustituir, en definición prematrimonial, el régimen de sociedad conyugal, por un régimen de separación de bienes o por el de participación en los gananciales.

Las teorías de los regímenes patrimoniales, la de la explotación familiar y del patrimonio familiar, podrían desenvolverse muy bien por el cauce que les ofrecería la existencia jurídica autónoma de la familia. No obstante, lo que se acaba de señalar, no puede desconocerse que la familia es algo más que un conjunto de relaciones individuales entre los miembros que la constituyen, y por ello no puede ser regida por criterios de interés individual ni de autonomía de la voluntad (RAMOS, 2007)

### **Capitulaciones matrimoniales**

Las capitulaciones matrimoniales son un acuerdo de las voluntades de los contrayentes o cónyuges, de naturaleza contractual, en virtud del cual establecen, modifican o sustituyen el régimen económico de su matrimonio o la donación entre consortes.

Las capitulaciones matrimoniales son, según el artículo 1715 del Código Civil de la República de Chile (2000), aquellas especificaciones que los cónyuges establecen antes de conformar la sociedad o durante la formación de la mismas, en este último caso, se hace referencia a la definición de la separación de bienes o el régimen de partición en los gananciales.

Las capitulaciones son otorgadas por escritura pública y solo valdrán entre las partes y para terceros desde el día de la celebración del matrimonio en el caso de matrimonios celebrados en el extranjero, que no se hallen inscritos en Chile, será necesario proceder previamente a su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al oficial civil que corresponda el certificado de matrimonio debidamente legalizado.

Según el artículo 1716 de Código Civil de Chile, las capitulaciones no podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas, sino en el caso establecido en el inciso 1 del artículo 1723 (2000) el mismo que nos dice que existe la posibilidad, que ya dentro del matrimonio, los miembros de la sociedad mayores de edad puedan cambiar el régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación

total. Asimismo, podrá realizarse el cambio de separación total por el régimen de participación en los gananciales.

### **Características de las capitulaciones**

1. Se trata de convenciones dependientes, por lo que quedan subordinadas en sus efectos a la celebración efectiva del matrimonio.
2. El plazo definido entre las capitulaciones y el matrimonio, al tiempo de efectuarse o dentro de los treinta días siguiente según el artículo 1716 parte final del inciso 1.
3. No opera prescripción alguna, ya que de la misma no nacen derechos y obligaciones, pero celebradas no pueden ser dejadas sin efecto unilateralmente.
4. Pueden referirse a cualquier materia de carácter patrimonial siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres y a las leyes. (Artículo 1717)
5. Pueden celebrarse antes o en el momento del matrimonio, pero en este último caso sólo puede pactarse separación total de bienes o participación en los gananciales, también durante el matrimonio los cónyuges pueden prescindir del régimen de sociedad de bienes y optar por el de participación en los gananciales o, en otros casos, el de separación total (Artículo 1723).
6. Son siempre solemnes; deben celebrarse por escritura pública, salvo cuando se pactan al momento de celebrarse el matrimonio, y además deben subscribirse en la respectiva partida de matrimonio. (Este último requisito es una solemnidad por lo prescrito en el artículo 1716 inc. 1º parte final)
7. Los extranjeros o nacionales que habiendo contraído matrimonio en el extranjero pasen a domiciliarse en Chile, pueden celebrar capitulaciones matrimoniales hasta el momento de inscribirse el matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago. (Artículo 135 inc. 2)

8. Las capitulaciones matrimoniales están concebidas preferentemente, en función del establecimiento del régimen patrimonial en el matrimonio. (Artículos 1715 y 1720)

9. Tienen reglas especiales respecto de las partes que las celebran. No pueden modificarse sino con el acuerdo de todas las personas que intervinieron en ellas. (Artículo 1727)

10 Si uno de los cónyuges recibiera una donación o herencia que especificara que los frutos de la misma no formen parte de la sociedad conyugal, se validará dicha condición, a excepción de que se tratase de bienes asignados a título de legítima rigurosa (Art. 1724).

### **El Régimen de la Sociedad Conyugal**

El artículo 2053 del Código Civil de Chile sobre la Sociedad Conyugal nos dice “La sociedad conyugal es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerado (Código Civil de Chile, 2000)

### **El haber absoluto de la sociedad conyugal**

Como se señala en el artículo 1725 del Código Civil de Chile (2000), el haber de la sociedad conyugal se compone por todos aquellos bienes obtenidos durante el matrimonio y que conformen parte del capital común de la sociedad. Así se definen:

1º. De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio.

2º. De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio.

3º. Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; obligándose la sociedad a pagar la correspondiente recompensa.

4º. De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a pagar la correspondiente recompensa. Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones matrimoniales.

5º. De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso. (Artículo 1725) (Código Civil de Chile, 2000).

### **Características del Régimen de Sociedad Conyugal**

1. No es una sociedad en los términos del artículo 2053. (La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerado) Induce a error con lo dispuesto inc. 2º artículo 2056. (Se prohíbe asimismo toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges) como podemos ver existe una contradicción.
2. No es una persona jurídica distinta de los cónyuges individualmente considerados. (Artículo 2053. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerado).
3. Tiene un administrador ordinario, el marido. En caso de que el marido esté impedido de administrar sobreviene la administración extraordinaria, que la ley concede a la mujer o a un tercero, con facultades, eso sí, distintas a las que corresponden al marido. (Artículo 1749).
4. Durante la sociedad conyugal, el marido, como administrador ordinario, es visto por terceros como dueño de los bienes sociales. Así, los acreedores pueden perseguir los bienes tanto individuales como del patrimonio común de la sociedad (Artículo 1750).

5. Según el inciso 3 y 4 del artículo 1749, el marido no puede disponer de forma arbitraria de los bienes raíces sociales, derechos hereditarios de la mujer, dar en arriendo o ceder la tenencia de bienes por más de cinco años, entre otros, sin la autorización de su cónyuge.

Hoy en día el citado artículo 1752 lleva a confusión, ya que más correcto que afirmar que la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales que si los tiene sería sostener que no tiene injerencia en la administración de los mismos y no puede, en consecuencia, exigir que se le entregue alguna parte de tales bienes mientras dure la administración ordinaria de la sociedad conyugal.

6. La sociedad conyugal principia al momento de contraer matrimonio y no se extiende más allá del matrimonio. Como se ha dicho inc. final del artículo 1721 consagra un caso de nulidad textual.
7. La sociedad conyugal abarca todos los bienes que poseen los cónyuges al momento de contraer matrimonio, con algunas excepciones. (Artículos 1725 Nº 4 y 1736)
8. La sociedad conyugal se extiende a todos los bienes que se adquieran durante el matrimonio a título oneroso, por cualquiera de los cónyuges, exceptuados los mencionados en el artículo 1727 y los inmuebles del artículo 1736.
9. El activo de la sociedad conyugal está representado por un haber absoluto o real y otro relativo o aparente. Al haber absoluto ingresan los bienes que lo hacen de manera definitiva sin derecho a recompensa, en cambio en el caso del haber relativo la sociedad conyugal se hace dueña de dichos bienes quedando pendiente la obligación de compensar su valor a través del correspondiente derecho de recompensa.
10. El pasivo de la sociedad conyugal también puede ser absoluto o real, en el caso que la sociedad pague obligaciones que en definitiva debe soportar, y aparente o relativo, en el caso que la sociedad conyugal pague obligaciones que en definitiva no debe soportar, como cuando paga obligaciones personales de alguno de los cónyuges. (Artículo 1740 Nº 3)

11. La mujer goza de privilegios especiales al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Tales prerrogativas buscan protegerla de una mala administración del marido. Ej.; puede renunciar a los gananciales para no responder del pasivo de la sociedad conyugal, puede invocar el beneficio de emolumentos --artículos 1767 y 1777, puede realizar las deducciones señaladas en el artículo 1770 con preferencia al marido, etc.
12. A la disolución de la sociedad conyugal ésta deviene en una comunidad sometida a reglas especiales en cuanto a su extensión, ya que se encuentra amparada por presunciones especiales artículo 1737 y, en lo referido a los derechos de los comuneros, como por ejemplo lo beneficios en favor de la mujer, de los que evidentemente no goza un comunero en la liquidación de una comunidad ordinaria. En lo demás se rige por las reglas generales. (Artículo 1776)
13. Extinguida la sociedad conyugal se considera que cualquier bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges antes de su liquidación se ha adquirido con bienes sociales. (Artículo 1739 inc. Final)
14. El régimen de sociedad conyugal, sólo puede ser sustituido durante su vigencia por el régimen de separación de bienes o el de participación en los gananciales esto según el artículo 1723. Disuelta la sociedad conyugal no puede restablecerse por ningún medio. (Artículo 165).
15. Corresponde a la sociedad conyugal el mantenimiento de la familia común. (Artículo 1740).

### **Composición del haber relativo de la sociedad conyugal**

Al haber relativo de la sociedad conyugal ingresan aquellos bienes que lo hacen transitoriamente, pues respecto de ellos se encuentra conferido al cónyuge propietario del bien un crédito o derecho de recompensa contra la sociedad que es su deudora, equivalente al valor de adquisición del bien.

Dicho crédito sólo puede hacerse valer al momento de la disolución de la sociedad conyugal.

De lo dispuesto en el artículo 1727 (2000), se detalla que no forman parte del haber social:

1.-- El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges.

2.-- Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

3.-- Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa (Código Civil de Chile, 2000).

Por otra parte, el artículo 1736 (Código Civil de Chile, 2000) señala que las especies adquiridas dentro de la sociedad, incluso bajo título oneroso, no se consideran parte de esta cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella. Además: 1º. No pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella.

2º. Ni los bienes que se poseían antes de ella por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal.

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

4º. Ni los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica.

5º. Tampoco pertenecerá a la sociedad el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge;; los frutos solos pertenecerán a la sociedad;; 6º. Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor. Lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después.

7º. También pertenecerán al cónyuge los bienes que adquiriera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste de un instrumento público, o de instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo con el artículo 1703.

Si la adquisición se hiciere con bienes de la L. 18.802 sociedad y del cónyuge, éste deberá la recompensa respectiva.

Si los bienes a que se refieren los números anteriores son muebles, entrarán al haber de la sociedad, la que deberá al cónyuge adquirente la correspondiente recompensa (Código Civil de Chile, 2000).

**De esta forma podemos entender que el haber relativo de la sociedad conyugal está compuesto por:**

1.-- Cosas muebles adquiridas a título gratuito. Las cosas muebles que tenían antes de contraer matrimonio los cónyuges, o las donaciones, herencias o legados adquiridas a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal.

2.-- Donaciones remuneratorias.

Según el artículo 1738 y el artículo 1433 las donaciones remuneratorias son aquellas retribuciones referentes a servicios específicos que suelen pagarse. Si no consta por escritura privada o pública, según el caso, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especifican los servicios, la donación se entiende gratuita.

Entonces lo prescrito por el artículo 1738 se puede esquematizar de la siguiente forma:

- Si la donación consistió en bienes raíces.
- Si la donación remuneratoria no daba acción para exigir su cumplimiento: dichos bienes ingresan al haber propio del cónyuge donatario.
- Si la donación remuneratoria daba acción para exigir su cobro: los bienes ingresan al haber social.
- Si se trata de servicios prestados antes de la vigencia de la sociedad conyugal: ingresan al haber propio del cónyuge donatario. Bienes Muebles.
- Si los bienes donados no daban acción para exigir su cobro: ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal. Se explica por misma razón de N° 3 y 4 del artículo 1725.

- Si daban acción ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal.
- Si se trata de donaciones por servicios prestados antes de la vigencia de la sociedad conyugal, lo donado ingresa al haber relativo y se debe recompensa. También se explica por misma razón de N° 3 y 4 del artículo 1725.

### 3.-- El tesoro

El artículo 1731, dispone que se agrega al haber social la parte del tesoro que según la ley pertenece al que lo encuentra o al dueño del terreno;; sin embargo, en caso de disolución de la sociedad, dicho tesoro se tomará en cuenta como parte de la recompensa del cónyuge dueño del tesoro.

Entendemos entonces que componen también el haber propio de cada cónyuge los siguientes bienes;;

#### a. Los bienes raíces aportados por los cónyuges al matrimonio

A pesar de que no existe una norma que lo establezca de manera expresa, se deduce claramente de los números 3 y 4 del artículo 1725, que limitan a los bienes muebles los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio, quedando excluidos en consecuencia los bienes raíces.

#### b. Los bienes raíces adquiridos a título gratuito por el respectivo cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal.

De acuerdo a los artículos 1726 y 1732:

Las cosas donadas, o asignadas a cualquiera a título gratuito, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario;; y no se atenderá a si las donaciones u otros actos gratuitos a favor de un cónyuge, han sido hechos por consideración al otro (Código Civil de Chile, 2000).

Como ya se revisó en otras legislaciones, igualmente los bienes inmuebles adquiridos a título gratuito, durante la vigencia de la sociedad conyugal, constituyen parte del haber personal del cónyuge beneficiado. En el caso exclusivo de bienes muebles estos ingresan al haber relativo de la sociedad (Pinochet, 1996).

c.-- Los aumentos y mejoras experimentados por los bienes propios de los cónyuges. (Artículo 1727 N° 3).

d.-- Los bienes muebles excluidos de la sociedad en las capitulaciones matrimoniales. (Artículo 1720 inc. 2°).

Es decir, aquellas cosas compradas con el dinero o bienes propios del cónyuge propietario y que ha sido especificado como parte de las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

e.- Créditos y recompensas que los cónyuges pueden hacer valer en contra de la sociedad conyugal.

Las recompensas que adeuda la sociedad conyugal a los cónyuges aumenta el haber de éstos como todo derecho personal que integre su patrimonio.

f.-- Inmuebles subrogados a inmuebles o valores propios de cada cónyuge

Como se sabe, la subrogación real es la sustitución de una cosa por otra, en términos que la nueva pasa a ocupar jurídicamente el lugar de la antigua. Tiene lugar cuando un inmueble que se adquiere a título oneroso no pasa a formar parte del haber social, sino que constituye parte de los bienes propios del cónyuge, que era dueño de otro inmueble o de valores destinados a adquirir bienes, cumpliéndose los demás requisitos legales.

La finalidad de ésta institución es mantener intacto el haber propio de cada cónyuge, pero a la vez permitir la circulación de los bienes, y que por lo mismo no queden inmovilizados por todo el tiempo que dure la sociedad conyugal.

Se discute en doctrina la validez de la denominada subrogación por anticipación, esto es, comprar primero el bien que se desea subrogar, y posteriormente enajenar el bien subrogado. Rossel es partidario de aceptar la subrogación por anticipación, en cambio Alessandri, Fueyo y Frigerio se inclinan por la negativa fundados en que siendo la subrogación una excepción, la institución es de derecho estricto no permitiéndose, por tanto, interpretación extensiva de la misma. Si la adquisición ocurriera primero se estaría perjudicando a la sociedad conyugal, la que injustamente debería soportar el riesgo de la operación.

### **Con respeto a la subrogación de inmueble a valores se exige los siguientes requisitos:**

Según el Código Civil de Chile (2000), los requisitos son:

1. Que durante la sociedad conyugal se adquiriera un inmueble con valores propios de algún cónyuge.
2. Que estos valores propios hayan sido destinados a la subrogación en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.
3. Que en la escritura de compra del inmueble se deje constancia de la inversión de los valores.
4. Que se deje constancia del ánimo de subrogar.
5. Que exista proporcionalidad entre los valores y el precio del bien que se adquiere. (Artículo 1727 1733)

Lo cierto es que la proporcionalidad es un requisito exigido a todas las clases de subrogación tratadas en los artículos 1733 y 1734. La ley permite cierta diferencia de valores entre los bienes que se subrogan, naciendo en estos casos los correspondientes créditos ya sea en contra de la sociedad o de los cónyuges, sin embargo, si el saldo es superior a la mitad del precio del bien que se recibe no se entiende haber subrogación de acuerdo al inc. 6º del artículo 1733, en este caso, el bien pasa a constituir parte del haber absoluto de la sociedad, la que queda obligada al cónyuge por el precio del bien propio enajenado. (Pinochet, 1996)

### **Pasivo del Patrimonio de la Sociedad Conyugal**

Al estudiar el pasivo de la sociedad conyugal se debe distinguir entre la obligación a la deuda y la contribución a la deuda, la diferencia se explica ya que existen personas que deben pagar,

pero que no necesariamente deben soportar el pago en su patrimonio propio, si no que dichos pagos deberán imputarse en definitiva a otros patrimonios. (Pinochet, 1996)

El problema de la obligación a la deuda solo tiene importancia durante la vigencia de la sociedad conyugal, una vez disuelta los pagos se realizan imputándolos inmediatamente al patrimonio que en definitiva debe soportarlos. (Código Civil de Chile, 2000)

### **Obligación a la deuda**

Como hemos señalado, en la fase externa de la sociedad conyugal se distinguen solo dos patrimonios, ya que los bienes propios del marido o mujer, se confunden con los de la sociedad conyugal:

1. Toda deuda contraída por el marido o por la mujer, con autorización del marido o la justicia, durante el matrimonio.
2. Obligaciones contraídas por el marido antes del matrimonio.
3. Deudas contraídas por la mujer con mandato otorgado por el marido.
4. Contratos celebrados por hombre y mujer de consuno o en que la mujer se obliga solidaria o subsidiariamente con el marido.
  
5. Obligaciones provenientes de compras que la mujer haga al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, salvo que éstas accedan en beneficio particular de ella, comprendido en este beneficio el de la familia común en la parte que de derecho haya debido proveer a las necesidades de ésta, caso en el cual la mujer concurre con sus bienes propios hasta concurrencia de dicho beneficio (Código Civil de Chile, 2000).

### **Pasivo Definitivo**

Acorde al Código Civil de Chile (2000), lo componen las siguientes obligaciones, las que deben ser pagadas por la sociedad conyugal:

- 1.-- Pensiones e intereses que corran contra la sociedad conyugal, o cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la vigencia de la sociedad.
2. Obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o por la mujer con autorización del marido o de la justicia en subsidio y que no fueran personales de aquél o ésta.
3. Las derivadas del pago de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido. - Artículo 1740 N° 2 inc. 2º-- Para garantizar obligaciones sociales y no personales o de terceros.
4. Las que tienen su origen en todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge. (Artículo 1740 N° 4)
- 5.-- Las que deriven del mantenimiento de los cónyuges, ¿del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de toda otra carga familiar. Artículos 1740 N° 5 y 222, 228, 230 28) Las expensas de educación pueden ser ordinarias o extraordinarias, ambas son de cargo de la sociedad conyugal. (Artículo 1744) La obligación de mantenimiento, educación y establecimiento se hace extensiva a los hijos adoptados ya que son considerados descendientes comunes.

La ley regula como carga de familia la obligación de uno de los cónyuges a proveer los alimentos de los descendientes o ascendientes, incluso en el caso que estos fuesen adoptados. No obstante, el juez puede realizar un cambio a los gastos en el caso de que estos fuesen excesivos, imputando el exceso al haber del cónyuge. (Artículo 1740 N° 5 inc. 2º)

- 6.-- Aquellas originadas de una reserva efectuada por la mujer en las capitulaciones matrimoniales de una cantidad de dinero que pueda responder a su arbitrio. La cantidad antedicha será de cargo de la sociedad conyugal a menos que el marido se hubiera impuesto esta carga. (Artículo 1740 inc. final)

## **Las Recompensas**

Las recompensas son créditos que se reconocen a favor del patrimonio de la sociedad conyugal, de la mujer y del marido. Como se ha explicado tienden a compensar los patrimonios en el caso de que uno de ellos haya pagado una obligación que en definitiva no debe soportar.

### **Administración ordinaria de la sociedad conyugal**

Como hace referencia el artículo 135, la administración de la sociedad se otorga directamente al marido, según las reglas expuestas en el título “De la sociedad conyugal”, donde se señala que el marido tiene potestad sobre los bienes sociales, incluidos sus propios bienes y los de su mujer.

Según el artículo 1749 “El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer;; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que la ley le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales” (Código Civil de Chile, 2000).

Dentro de estas premisas también se considera que el marido tiene potestad para ejercerlos derechos de la mujer, que, siendo socia de una sociedad civil o comercial, se casare. No obstante, el marido no podrá enajenar, prometer o gravar bienes raíces sociales o bienes hereditarios de la mujer, sin la autorización previa de ella.

Sin la autorización respectiva, el marido tampoco podrá hacer uso o manejo de los bienes sociales a título gratuito, salvo el caso del artículo 1735 el cual señala que el cónyuge administrador de la sociedad podrá hacer donaciones de bienes sociales de capital no excesivo y que responde a las fuerzas del haber social. Tampoco podrá ni poner a disposición de otros o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de un periodo de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, este tiempo incluye las prórrogas pactadas entre arrendador y arrendatario.

Si el marido se constituye aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, sólo obligará sus bienes propios, necesitará la autorización de la mujer.

Si existe la autorización de la mujer, esta deberá constar por escrito o por escritura pública, en el caso que lo requiera el acto, o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo. La autorización a que se refiere el presente LEY 1968 artículo podrá ser suplida por el juez, previa audiencia a la que será citada la mujer, si ésta la negare sin justo motivo. Podrá asimismo ser suplida por el juez en caso de algún impedimento de la mujer. Pero no podrá suplirse dicha autorización si la mujer se opusiere a la donación de los bienes sociales.

### **Características**

1. Se afirmaba que el hombre más que un administrador se comportaba como dueño de los bienes sociales, (artículos 1749, 1750, 1752) la mujer es ya una verdadera coadministradora.
2. Le corresponde al marido de pleno derecho, por el sólo hecho del matrimonio. Esta regla no puede ser alterada por ser de orden público.
3. Le corresponde al marido jurídicamente capaz.
4. Se prolonga por todo el tiempo de vigencia de la sociedad conyugal salvo interdicción, ausencia o quiebra del marido.
5. El marido no está obligado a rendir cuenta de su administración.
6. Sólo responde de culpa grave y dolo. --Artículos 1748 y 1771.
7. La mala administración del marido puede dar motivo a la disolución de la sociedad conyugal por sentencia judicial que decreta la separación de bienes. Artículo 155. (Código Civil de Chile, 2000)

### **Forma en que se realiza la administración ordinaria**

El marido es respecto de terceros dueño de los bienes sociales. Artículos 1750 y 1752. (Código Civil de Chile, 2000)

### **Actos que puede ejecutar por si sólo**

1. Actos de mera administración. Conservación, explotación y aprovechamiento de los bienes propios de la mujer. También, según lo dispuesto en el artículo 1579: puede recibir pagos que se hagan a la mujer.
2. Adquirir para su mujer toda clase de bienes.
3. Dar en arrendamiento o tenencia bienes sociales por menos de 5 años en el caso de los urbanos o menos de ocho años en el caso de los rústicos. En el exceso estos actos son inoponibles a la mujer. --Artículos 1749, 1756--. En los plazos deben considerarse las prórrogas expresas o tácitas que se hayan pactado.
4. El manejo de los negocios sociales.

### **Actos que no puede ejecutar por si solo**

1. Enajenar y gravar bienes raíces de la mujer. --Artículo 1754--.
2. Enajenar y gravar otros bienes de la mujer. --Artículo 1755--.
3. No puede subrogar un bien raíz propio de la mujer por otro sin autorización de ella. --Artículo 1733--.
4. No puede provocar la partición en que tenga interés la mujer. --Artículo 1322, 37 inc. 2º--.
5. No puede nombrar partidor. --Artículo 1326.
6. No puede arrendar ni ceder la tenencia de los bienes raíces de la mujer por más de 5 años en el caso de los urbanos ni más de 8 años en el caso de los rústicos. --Artículo 1756.

**Administración Extraordinaria de la Sociedad Conyugal** Se encuentra regulada en el artículo 1758.

La administración extraordinaria de la sociedad conyugal puede corresponder a la mujer, un tercero o al síndico de quiebras.

Causales que generan la Administración Extraordinaria a. Marido declarado en interdicción.

b. Larga ausencia sin comunicación con su familia

c. Impedimento de larga duración.

d. Marido menor de edad.

e. Marido declarado en quiebra.

### **Características de la Administración Extraordinaria**

- a. Es ejercida por un curador. (Tercero o mujer)
- b. El curador o síndico en su caso debe rendir cuenta de su cometido a diferencia del marido.
- c. El curador o síndico en su caso responde de culpa leve. El marido sólo de culpa grave o dolo.
- d. La administración de la sociedad conyugal corresponde al curador de pleno derecho.

### **Término de la Administración Extraordinaria**

Termina cuando cesa la causa que la produjo. Para que el cónyuge, que por distintas causas fue privado de su condición administrativa de la sociedad, recupere la administración se requiere decreto judicial previo --artículo 1763, Por excepción no se requeriría decreto judicial previo en el caso de que la causa de la administración extraordinaria fuera la minoría de edad del marido, ya que el antiguo artículo 298 señalaba que la habilitación de edad estaba a cargo inexorablemente por el ministerio de la ley.

### **Efectos de la Disolución de la Sociedad Conyugal**

**La sociedad conyugal se disuelve por las siguientes razones:**

#### **Artículo 1764 (2000)**

- 1º. Por la disolución del matrimonio.
- 2º. Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, según lo prevenido en el título Del principio y fin de las personas.
- 3º. Por la sentencia de separación judicial o de separación total de bienes: si la separación es parcial, continuará la sociedad sobre los bienes no comprendidos en ella.
- 4º. Por la declaración de nulidad del matrimonio.

5°. Por el pacto de participación en los gananciales o de separación total de bienes. (Código Civil de Chile, 2000)

### **Características de la disolución Conyugal**

1. Los bienes quedan integrados a una comunidad que debe liquidarse.
2. Cesa la administración ordinaria o extraordinaria según el caso.
3. Nace la acción de partición para cónyuges o herederos. --Artículos 1317, 1739 inc. Final
4. Nace la facultad de la mujer para renunciar o aceptar los gananciales --artículos 1719, 1781, 1782, si la mujer renuncia se producen los efectos que enumeramos en el siguiente número.

Inventario y Tasación; el artículo 1765 dispone que una vez disuelta la sociedad, se deberá realizar, inmediatamente, un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable el administrador; se procederá acorde al término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte.

### **4.3.-- Regímenes Patrimoniales y Administración de la sociedad conyugal en España**

Para el análisis de la legislación de España nos basaremos en el artículo de Marina Perales, abogada y escritora española la misma que de forma clara nos da un concepto de el régimen económico matrimonial “Es el conjunto de normas que determinan los intereses económicos dentro del matrimonio. El régimen económico aplicable a cada matrimonio es determinado por las partes en las capitulaciones matrimoniales, o en su defecto, de ellas por la norma aplicable en cada comunidad autónoma”. (PERALES, 2016)

La importancia de elegir el régimen económico que queremos tiene trascendencia sobre todo en caso de separación, divorcio, secesiones, etc. (PERALES, 2016) En el código Civil de España existen tres regímenes patrimoniales:

Régimen de gananciales

Régimen de separación de bienes

Régimen de participación

### **Capitulaciones Matrimoniales**

Según el Código Civil y legislación complementaria de España “el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”. Cuando no existan capitulaciones definidas o estas se determinen como ineficaces, el régimen de sociedad automático será el de gananciales. De haber modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. (Art 1315,1316,1317). (Código Civil de España, 2019)

En las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones, podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio, para validez de las mismas, deberán constar en escritura pública. Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. (Código Civil de España, 2019)

En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria. Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año. (Código Civil de España, 2019)

### **De la Sociedad de Gananciales**

El Código Civil de España en su artículo 1344 nos dice que, mediante la sociedad de gananciales, los frutos y beneficios obtenidos por cualquiera de los cónyuges, forma parte del

haber social y, si se disolviese la unión, estas ganancias serán distribuidas por mitad. La sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones.

### **Bienes privativos y comunes**

En el artículo 1345 (Código Civil de Chile, 2000), encontramos enumerados cuales:

#### **Son privativos de cada uno de los cónyuges:**

- 1.° Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.
  - 2.° Los que adquiriera después por título gratuito.
  - 3.° Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.
  - 4.° Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.
  - 5.° Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles entre vivos.
  - 6.° El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.
  - 7.° Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.
  - 8.° Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.
- Los bienes mencionados en los apartados 4° y 8.° no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes;; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

En el artículo 1347, están detallados como bienes gananciales:

- 1.° Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.
- 2.° Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.

3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

4.º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.

5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354 (Código Civil de Chile, 2000).

### **Características de los bienes privativos y gananciales**

El artículo 1348 de Código Civil de España que estamos analizando nos dice que siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito. El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales.

Se reputarán gananciales las cabezas de ganado que al disolverse la sociedad excedan del número aportado por cada uno de los cónyuges, las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales,

Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario. (Artículo 1354)

Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes (Artículo 1355).

Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo (Artículo 1356).

Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial (Artículo 1357).

Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación (Artículo 1358).

Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado. Lo mismo se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa. De esta forma podemos decir que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges. (Código Civil de España, 2019)

## **Deudas**

Artículo 1362. Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por las siguientes causas:

1.<sup>a</sup> El sostenimiento de la familia, que incluye alimentación, educación y formas de vida acostumbradas, de los hijos comunes, esto respondiendo a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.

2.<sup>a</sup> La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes.

3.<sup>a</sup> La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

4.<sup>a</sup> La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge. (Código Civil de España, 2019)

También responderá la sociedad de las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte. El cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común.

Según el artículo 1365, los bienes gananciales son propias del cónyuge acreedor de las deudas:

1.º En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda.

2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.

Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor. (Artículo 1366)

También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales. (Artículo 1368).

De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta.

Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales siempre que el importe de aquella pérdida pudiere considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia. De lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se gane responden exclusivamente los bienes privativos del deudor (Artículo 1371).

Cabe señalar que, en el caso de las deudas individuales, cada cónyuge debe responder a estas con su patrimonio personal y de no ser suficiente este, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, lo cual será notificado al otro cónyuge quien, a su vez, podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. En estas circunstancias, el embargo llevará consigo la disolución de la sociedad. Por otro lado, si el embargo se realizase sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido, a cuenta de su participación, el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal. (Artículo 1373)

Tras la disolución se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales. (Artículo 1374) (Código Civil de España, 2019)

### **Administración de la sociedad de gananciales**

En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges. Para realizar ciertos actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se necesitará el consentimiento de ambos cónyuges. (Código Civil de España, 2019) En el caso de que para la realización de un acto administrativo se requiriese el consentimiento de ambos cónyuges y uno de estos no accediera, se encontrase impedido para prestarlo o se negase injustificadamente, el juez puede proceder a suplirlo si la petición estuviese bien fundamentada. Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes. (Código Civil de España, 2019)

Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales.

La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento. (Artículo 1380).

Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes. (Artículo 1382)

Deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya de esta forma serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre o poder se encuentren.

Para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno sólo de los cónyuges.

La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte.

Los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho. El cónyuge en quien recaiga la administración tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, establezca cautelas o limitaciones.

Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto. Podemos ver que cuándo el cónyuge realiza algún acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible. (Código Civil de España, 2019)

#### Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales

La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:

- 1.º Cuando se disuelva el matrimonio.
- 2.º Cuando sea declarado nulo.
- 3.º Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges.
- 4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código. (artículo,1392)

También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:

- 1.º El otro cónyuge fuese declarado judicialmente como incapacitado, pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.
- Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

2.º Que el otro cónyuge se encontrase realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. 3.º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. 4.º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas (artículo, 1393). En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código.

Los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que se acuerde. De seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario, y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose, licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.

Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe, podrá el otro optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas de esta sección o por las disposiciones relativas al régimen de participación, y el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte. Una vez que la sociedad haya quedado disuelta se realiza su correspondiente liquidación, la misma que desarrollará un inventario del activo y pasivo de la sociedad.

Habrán de comprenderse en el activo:

- 1.º Los bienes gananciales vigentes en el momento de la disolución.
- 2.º El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados.
- 3.º El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra éste. (Código Civil de Chile, 2000)

Por su parte, el pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas:

1.<sup>a</sup> Las deudas pendientes a cargo de la sociedad.

2.<sup>a</sup> El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad.

Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad.

3.<sup>a</sup> El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad (Código Civil de Chile, 2000).

Una vez concluido el inventario, lo primero en realizarse es la cancelación de las deudas de la sociedad, en las cuales la deuda alimenticia tiene preferencia. Si inventario determina que el caudal existente no alcanzase para saldar dicha deuda, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos.

Cuando las deudas no se han pagado por completo, los acreedores mantienen sus créditos contra el cónyuge deudor. Por su parte, el cónyuge no deudor podrá responder con los bienes que le han sido atribuidos debidamente bajo el inventario judicial o extrajudicial.

Una vez concluidos todos los procesos anteriores, el valor remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, y será este capital o bienes comunes restantes los que dividirán por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.

En el caso de que uno de los cónyuges fuese acreedor del otro puede determinarse el pago del crédito a través de bienes comunes, a menos que el cónyuge deudor decida pagar su deuda voluntariamente.

Como señala el Código Civil de Chile (2000), cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346.

- 2.º La explotación económica que gestione efectivamente.
- 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.
- 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

Para los puntos 3 y 4, el cónyuge podrá pedir que se le atribuyan los bienes de propiedad o un derecho de uso o habitación de los bienes. Sin embargo, si el valor de los bienes adjudicados fuese superior al haber adquirido por el cónyuge, este deberá abonar la diferencia en dinero de los bienes que desea que se le atribuya. Por otro lado, de la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se proceda a la culminación del inventario, hasta que se entregue el haber al otro cónyuge, pero si estos exceden a lo determinado, en razón de frutos y rentas, estos valores se les rebajarán de su haber personal.

#### **4.4.-- Regímenes Patrimoniales y Administración de la sociedad conyugal en Inglaterra**

Nos referiremos ahora al régimen económico legal en Reino Unido como sabemos, con la expresión países del Reino Unido se designan las naciones de Inglaterra, Irlanda del Norte, Escocia y Gales, que unidos, forman el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, como vemos entonces Inglaterra es una de las cuatro naciones constituyentes del Reino Unido, aquí se presenta “El régimen de separación de bienes asignación judicial del patrimonio según el principio de equidad” para ello tomaremos como base la “Revista Castellano Manchega de Ciencias Sociales” en su artículo sobre “EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN EL REINO UNIDO” del autor Alfonso Ortega Giménez .

##### **4.5.1. La familia jurídica del common law**

El Common Law es una de las grandes familias jurídicas, aunque abarca casi a una cuarta parte de los países del mundo, la familia jurídica se caracteriza por una increíble armonía en sus características esenciales.

El Common Law es el sistema jurídico vigente en Inglaterra y en la mayoría de los países de tradición anglosajona, pero también da nombre a toda una tradición jurídica o familia del

Derecho. En sentido estricto podemos decir que es el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda. Se llamó common (común) porque pasó a ser el Derecho de aplicación general en todo el reino por parte de los tribunales del rey, los cuales seguían un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas.

En un sentido más amplio se habla de Common Law para referirse a aquel sistema legal basado, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales, en contraste con los sistemas de Derecho Civil o tradición romano--germánica, como el nuestro, donde la principal fuente de Derecho es la Ley.

### **Características del Common Law**

El Common Law; conjunto de normas no escritas y no promulgadas o sancionadas. Se fundamenta, por tanto, en el Derecho de carácter eminentemente jurisprudencial. De ahí el dicho comúnmente utilizado por los juristas anglosajones de Remedies precede rights, que podría traducirse por “la acción crea el derecho”, y que hace referencia a que son las acciones o los procedimientos judiciales interpuestos ante los tribunales los que dan pie a las decisiones de los jueces que, a su vez, crean el Derecho.

La separación de bienes es el “régimen legal” en prácticamente todos los países con Common Law, el matrimonio no tiene efecto alguno sobre la propiedad y la capacidad de disposición de los cónyuges. Por ello en el Common Law no se cita ni una sola vez el concepto de régimen económico del matrimonio. Sin embargo, en caso de divorcio, el tribunal puede asignar bienes de un cónyuge al otro cónyuge, aplicando el principio de equidad. (Giménez, 2017)

Esto está regulado procesalmente como una facultad del juzgador (con frecuencia en una ley, Matrimonial Causes), pero no como una regla sustantiva para el régimen de bienes en el matrimonio. El juez puede aplicar su criterio tanto basándose en motivos de régimen económico como también en materia de alimentos. La ley regula ciertamente en muchos países las circunstancias a la hora de aplicar este, de ahí que en muchas ocasiones la denominación habitual de “régimen económico” del Common Law, como separación de bienes, se entiende como demasiado limitada. (Giménez, 2017)

Resulta más apropiado hablar de una separación de bienes con asignación judicial del patrimonio según el principio de equidad. El porcentaje que vienen asignando los juzgados al cónyuge con menos ingresos o al cónyuge encargado de las tareas del hogar es hoy notablemente superior al de otros tiempos. Esto también puede dar lugar, sobre todo, a un reparto del patrimonio por la mitad, toda vez que los tribunales, partiendo ahora del principio de igualdad, consideran compatible llevar la casa y la educación de los hijos con la actividad profesional. (Giménez, 2017)

Al contrario de lo que ocurre en la sociedad legal de gananciales, la asignación judicial del patrimonio puede abarcar también otros elementos patrimoniales que uno de los cónyuges haya aportado al matrimonio (en este sentido, totalmente comparable con la plena comunidad de bienes). Los regímenes económicos matrimoniales de las jurisdicciones continentales delimitan los derechos de propiedad de los cónyuges y proporcionan reglas claras de división de los bienes en caso de divorcio. (Giménez, 2017)

El régimen económico matrimonial por defecto puede no ser el adecuado para todos los matrimonios (aunque probablemente lo sea para la gran mayoría), pero los sistemas jurídicos continentales otorgan prioridad a la seguridad jurídica sobre la equidad individual con respecto a la propiedad, otorgando a los otros efectos de la ruptura un tratamiento separado (mayoritariamente discrecional).

Analizaremos ahora el Artículo sobre el “RÉGIMEN ECONÓMICO Y PACTOS MATRIMONIALES EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO” de la abogada Lucía Rozalén Creus el mismo que nos dice que en el Derecho matrimonial de Inglaterra y Gales no existe un régimen económico matrimonial como tal, no se forma una comunidad de bienes, ni por consiguiente el matrimonio tiene efectos patrimoniales, es decir, que, si los cónyuges adquieren cualquier bien constante matrimonio de forma conjunta, entre ellos se creará un proindiviso ordinario, al igual que si lo compraran con otra cualquiera persona que no fuera su cónyuge. (Creus, 2019)

Pese a lo dicho, en caso de divorcio los Tribunales tiene una amplia y discrecional facultad para realizar la liquidación de los efectos económicos. Dicho esto tenemos que poner de manifiesto que los cónyuges pueden otorgar los pactos que tengan a bien en orden a la distribución de su

patrimonio en caso de divorcio, ahora bien, como acabamos de manifestar el Tribunal dispone de discrecionalidad a la hora de proceder a la liquidación de los efectos económicos del matrimonio por lo que, pese a haber llegado a un acuerdo los cónyuges sobre la distribución de su patrimonio, puede darse el caso que el Juez haga caso omiso de tal acuerdo y no lo aplique en su resolución. (Creus, 2019)

No siempre han sido vistos con buenos ojos los pactos en este sentido. En el año 1929 llega el primer caso de disputa sobre la validez de un pacto matrimonial en el caso *Hyman v. Hyman*. Sin entrar en el fondo del asunto tenemos que decir que de la Sentencia dictada en este procedimiento se puede extraer que en ese momento los acuerdos matrimoniales establecidos por los esposos no son obligatorios. Si bien es cierto que con el tiempo esta tendencia ha ido matizándose no es hasta 2006 con ocasión del caso *Millers v. Millers & McFarlane & McFarlane*, donde se deja la puerta entreabierta a la admisión de estos pactos, aunque todavía de forma algo tímida. (Creus, 2019)

En caso de que los cónyuges se decidan por realizar tales pactos los mismos pueden otorgarse tanto antes como después de la celebración del matrimonio y no están sujetos a forma alguna y pueden ser modificados en cualquier momento. Respecto de su validez decir que solamente tienen virtualidad para el supuesto en que llegue a producirse el divorcio, puesto que en vigor el matrimonio, ya hemos puesto de manifiesto que no existe régimen económico. Llegado el punto en que surgida la crisis matrimonial los cónyuges deciden divorciarse, el Tribunal procederá a llevar a cabo la liquidación de los efectos patrimoniales dictando una serie de órdenes, de conformidad con lo establecido en la Ley de Causas Matrimoniales de 1973 (*Matrimonial Causes Act 1973*), siendo precisamente los artículos 23 – 24 B los que confieren les confieren las meritedas facultades discrecionales para llevar a cabo el reparto de los bienes.

El art. 25 lista los asuntos que el tribunal ha de tener en cuenta al decidir cómo ejercitar sus poderes, destacando entre éstos el bienestar de los hijos, siendo otras las necesidades, la distribución o la compensación. Algunas de las medidas que se pueden adoptar son:

- Ordenar a una de las partes efectuar un pago a tanto alzado en favor de la otra.
- Ordenar a una de las partes efectuar pagos periódicos en favor de la otra.
- Ordenar medidas que garanticen los pagos anteriores.

- Ordenar la transmisión o liquidación de los bienes mediante la venta de los mismos.
- Ordenar la distribución de los planes de pensiones.
- Ordenar la modificación de los acuerdos prenupciales o post-nupciales suscritos por los cónyuges.

No podemos decir que exista una norma que recoja la legalidad de los pactos matrimoniales en el derecho inglés, tampoco una jurisprudencia unitaria respecto al respecto. Sí que es cierto que cada vez son más proclives a la admisión de estos pactos. Como resume Antón Juárez, “un acuerdo será considerado justo si las partes han tenido la información necesaria como para conocer los efectos del acuerdo, si no han existido vicios del consentimiento, si no hay disposiciones que perjudiquen a los hijos, si el acuerdo tiene como fin regular los bienes privativos de los cónyuges y si las circunstancias no han cambiado de tal forma que hagan el acuerdo resulte injusto”. Concluyendo que existen más limitaciones en cuanto a contenido, y una mayor intervención de los tribunales respecto del derecho norteamericano. (Creus, 2019)

#### **4.4.2-- Diferencias entre el régimen económico matrimonial británico y el régimen económico matrimonial español**

Uno de los aspectos más relevantes que los abogados deben analizar en los casos de divorcios transfronterizos es el régimen económico matrimonial, es decir, las normas que regulan la propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

En España, el régimen económico matrimonial por defecto, es decir, si los esposos no pactan lo contrario, es el de comunidad de bienes, también denominado “sociedad de gananciales”. Significa que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio son de los dos cónyuges a partes iguales, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de proceder al reparto de los bienes familiares. Algunos autores opinan que éste es también el régimen aplicable en Inglaterra y Gales, pero esta afirmación debe ser matizada, como haremos a continuación. Cataluña y Escocia, sin embargo, tienen por defecto el régimen de separación de bienes que, en sentido contrario al de comunidad, significa que los bienes adquiridos durante el matrimonio son propiedad privativa del cónyuge que los adquiere o pertenecen a los dos en proporción al dinero que cada uno ha aportado para su adquisición. La principal dificultad a la que nos enfrentamos en estos casos es que, a diferencia de los sistemas basados en el Derecho civil como el

nuestro, el Derecho inglés no cuenta con un régimen económico matrimonial como tal aplicable al matrimonio. En Inglaterra y Gales no existe una comunidad de bienes. La celebración del matrimonio no tiene efectos patrimoniales, es decir, el matrimonio se no produce ningún efecto inmediato sobre los derechos de propiedad de los cónyuges. Sin embargo, en el momento del divorcio los tribunales disponen de una amplia libertad para distribuir los ingresos y los activos de los cónyuges con el fin de lograr un resultado justo. Para conseguir este resultado pueden dictar una gran variedad de órdenes o medidas judiciales conocidas como ancillary relief dirigidas a obtener la liquidación de los efectos económicos del matrimonio.

Esa libertad tiene una serie de limitaciones y pautas que orientan su aplicación que aparecen en la ley que regula los procesos de divorcio. También la jurisprudencia de los tribunales ingleses ha matizado este tema señalando que el principio general a aplicar debe ser el de reparto igualitario de los bienes en caso de divorcio, es decir, como si existiera comunidad de bienes, salvo que exista causa suficiente para apartarse de ese principio.

Así lo establecen sentencias como la del asunto Charman vs. Charman (2007), en el cual, un tribunal de apelación inglés declaró: “entendemos que “el principio de reparto” significa que los bienes deben ser repartidos en proporciones iguales a no ser que exista una buena razón para apartarse de ese criterio”. Lo anterior tiene como consecuencia que se aplique, a posteriori, un criterio parecido al de la comunidad de bienes española. Pero hay que tener presente la gran capacidad discrecional de la que el juez dispone para determinar el reparto de los bienes lo que, en la práctica, supone que será difícil predecir el resultado de una sentencia de divorcio en un caso concreto.

Si preguntamos a un abogado de familia inglés cuál es el régimen económico matrimonial que existe en Inglaterra y Gales, nos mirarán con franco desconcierto. ¿Por qué? Sencillamente porque Inglaterra y Gales están sujetos a la jurisdicción de derecho común y no existe ni Código Civil ni el concepto de régimen económico matrimonial. Cuando dos personas heterosexuales contraen matrimonio, o dos personas del mismo sexo se inscriben como pareja de hecho (en Inglaterra el matrimonio homosexual no está permitido), todos los bienes que figuren a su nombre siguen siendo de su única titularidad. Cualquier obligación que tenga a su nombre sigue siendo de su cuenta exclusiva. Nada cambia en cuanto a la relación jurídica con terceros fuera de la pareja.

Si el marido es demandado por deudas, la esposa no corre el riesgo de ver embargados sus bienes. Esto es, obviamente, en la medida en que ella pueda acreditar que los bienes son de su exclusiva propiedad. Por ejemplo, si la esposa tiene una casa a su nombre, ya sea adquirida antes o durante la vigencia del matrimonio, y sobre la cual el esposo no haya hecho ninguna contribución económica ni para su adquisición ni para su mejora, si el esposo tiene acreedores los bienes de la esposa siguen siendo de ella y no podrán embargarla. Curiosamente, éste no fue siempre el criterio, pues cambió a partir de la promulgación de la Ley de Propiedad de 1925, cuya sección 37 dejó sentado que: “El marido y la mujer, a los efectos de adquisición de cualquier participación en propiedad, en virtud de una disposición ya hecha o que se llevara a efecto después de la entrada en vigor de esta Ley, serán tratados como dos personas distintas.” Por tanto, en Derecho inglés no se produce una confusión de patrimonios como consecuencia del matrimonio. De ahí que exista el mito de que en Inglaterra tienen “separación de bienes”, en relación con terceros, puesto que los cónyuges conservan su propio patrimonio durante toda la vigencia del matrimonio. Desde el punto de vista del abogado español, ésta es la pregunta más frecuente cuando las partes inician un procedimiento de divorcio y surge la cuestión de la aplicación del Derecho inglés. En este contexto, pensar que existe el régimen de “separación de bienes” no puede estar más lejos de la realidad. En caso de divorcio o separación de la pareja de hecho debidamente inscrita, tanto los bienes como los ingresos se distribuyen, en Inglaterra y Gales, tomando en consideración lo establecido en la Sección 25 de la Ley de Procedimientos Matrimoniales de 1973.

Dicha Sección 25 (1 y 2) de la Ley de Procedimientos Matrimoniales de 1973 establece una serie de factores que deben tenerse en cuenta: “

- a) los ingresos, capacidad adquisitiva, propiedades y otros recursos financieros que cada una de las partes del matrimonio tuviera o pudiera adquirir previsiblemente en el futuro, incluyendo en el caso de capacidad adquisitiva, cualquier incremento en dicha capacidad que pudiera ser, en la opinión de los Tribunales, razonable esperar que una de las partes del matrimonio realizara.
- b) las necesidades financieras, obligaciones y responsabilidades que cada uno de los miembros del matrimonio tenga o pueda tener en el futuro.
- c) el nivel de vida disfrutado por la familia antes de la ruptura del matrimonio.
- d) la edad de cada una de las partes al casarse y la duración del matrimonio.

- e) cualquier incapacidad física o psíquica de cualquiera de los miembros del matrimonio.
- f) las contribuciones hechas por cada una de las partes o las que pudiera hacer en el futuro para el bienestar de la familia, incluyendo cualquier contribución para el mantenimiento del hogar o el cuidado de la familia.
- g) la conducta de cada una de las partes, si dicha conducta fuera en opinión del Tribunal injusto no considerar.
- h) en el caso de procedimientos de divorcio o anulación del matrimonio, el valor para cada una de las partes del matrimonio de cualquier beneficio que, como consecuencia de la disolución del matrimonio, la parte perdiera la posibilidad de adquirir". Además, los Tribunales ingleses tendrán en cuenta la jurisprudencia, en particular la reciente decisión de la Casa de los Lores en el caso Miller vs. Miller (2006) o, con anterioridad en el caso White vs. White (2000).

En el caso White se señaló que, a la hora de valorar los bienes matrimoniales, el Tribunal tiene derecho a tener en cuenta todos los bienes independientemente de su origen y a nombre de quién conste la posesión o el registro. No importa quién aportó qué al matrimonio ni cómo ni dónde se adquirieron los bienes posteriores, ya que el tribunal tiene pleno poder para incluir el valor de dichos bienes en su valoración global, así como a incluir bienes registrados a nombre de una sola de las partes. (Creus, 2019)

El caso Miller fue dilucidado por la Casa de los Lores que es el más alto Tribunal del Reino Unido. En concreto, las partes deberán cumplimentar el denominado "Formulario E", y hacer una relación de todos sus bienes y derechos, ya sean adquiridos con anterioridad al matrimonio, durante la vigencia del mismo, o que esté previsto adquirir en un futuro (herencias, bonos, etc.). Todos estos bienes y derechos forman el llamado "saco matrimonial", cuyo contenido el Juzgado ha de distribuir entre las partes. El principal factor a tener en cuenta en la mayoría de los casos son las necesidades de la familia más que las contribuciones de los. (Creus, 2019)

En el caso McFarlane vs. McFarlane (2006), relativo a las consecuencias económicas del divorcio, se identificó la necesidad, la compensación y el reparto como los tres elementos a tener en cuenta para resolver un caso con justicia. Esto es, hay una serie de factores que el tribunal debe tener en cuenta a la hora de tomar su determinación, incluyendo necesidades presentes y futuras, recursos, capacidad de generar ingresos, edad, duración del matrimonio y las contribuciones de cada cónyuge a la economía familiar. No hay una remisión expresa a

ningún régimen matrimonial ni a capitulaciones matrimoniales, aunque lo cierto es que la jurisprudencia inglesa está avanzando en este tema, y ya hay algún caso reciente como el de Z y Z (2011) en relación a un régimen de “separación de bienes” francés pactado por los cónyuges, según el cual en Francia la esposa hubiera recibido el 15% del haber conyugal, mientras que en Inglaterra el Tribunal le otorgó un 40%. Si no hubiera sido porque firmaron el pacto sobre el régimen económico matrimonial, hubiera recibido, con casi total seguridad, el 50% del haber conyugal. (Giménez, 2017) En este caso, las partes eran muy ricas, y su patrimonio excedía con creces sus necesidades. El 40% de los bienes permitió que la esposa tuviese más que suficiente para vivir manteniendo un alto nivel de vida. En un asunto más modesto es muy dudoso que el hecho de que el matrimonio hubiera firmado unas capitulaciones fijando su régimen económico matrimonial tuviera efecto alguno en las medidas definitivas. Las aportaciones de las cónyuges previas al matrimonio son meramente un factor a tener en cuenta. No están protegidas y, cuando existen necesidades, sobre todo necesidades de alojamiento, la realidad es que a los Tribunales ingleses no les importa la procedencia del bien, a excepción de matrimonios de muy corta duración. Pongamos como ejemplo el caso del matrimonio de Paul McCartney con Heather Mills. (Giménez, 2017)

A pesar de que ella no aportó nada al matrimonio y él era quien aportaba todos sus bienes al mismo, aun así, la Sra. Mills recibió 25 millones de libras. Esta suma era para cubrir sus necesidades. Los Tribunales ingleses no tienen ningún reparo en transmitir bienes de un cónyuge a otro o de una parte a otra, y ello incluye hasta las pensiones de jubilación. Un Tribunal inglés no tiene ningún problema en transmitir la titularidad de una propiedad recibida por herencia por una de las partes a la otra si lo considera necesario. El hecho de quién sea titular del bien es irrelevante a efectos prácticos. Por tanto, si comparamos ambos ordenamientos en este punto, no pueden ser más dispares, pues en España siempre existe un régimen económico matrimonial, bien porque lo estipulen los cónyuges en capitulaciones matrimoniales o por disposición legal según su vecindad civil, con las limitaciones establecidas en el Código Civil. (Giménez, 2017)

El Juez está obligado a respetar la titularidad de los bienes y la naturaleza de los mismos, privativa o ganancial, sin que pueda disponer de ellos según su criterio. De hecho, en España ni siquiera la distribución de los bienes matrimoniales se contempla en el procedimiento de divorcio, siendo éste un procedimiento distinto del de liquidación del haber conyugal. Así, desde el punto de vista del abogado español, el “régimen económico matrimonial inglés” se parece

más a un régimen ganancial sui generis, que al régimen de separación de bienes cuando nos encontramos en un proceso de divorcio. Desde el punto de vista del abogado inglés, ¿no hay tal régimen matrimonial!

#### **4.5.-- Regímenes Patrimoniales y Administración de la sociedad conyugal en Estados**

**Unidos** La abogada María Dolores Cervilla Garzón, Profesora de Derecho Civil de Universidad de Cádiz en su artículo “ACUERDOS PREMATRIMONIALES Y MATRIMONIALES EN EL ACTUAL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS” escrito en el 2017;; sobre los acuerdos prematrimoniales en los EE.UU, se dedicó a indagar en este complejo sistema estadounidense sustentado en los cases law así como en las normativas propias de cada Estado que, con ciertas particularidades, regulaba, de forma novedosa, estos instrumentos convencionales. (Garzón, 2017)

Ella recalca en su artículo, que con el recorrido normativo y jurisprudencial tuvo la oportunidad de descubrir una nueva forma de entender el Derecho de Familia, aparentemente distinta a la que, como jurista continental estaba acostumbrada o, al menos, consideraba como la adecuada, sin que hubiera representado, hasta ese momento, otra posibilidad. “Al adentrarme en sus estructuras y postulados, acabo concluyendo que, en puridad, no existían esas diferencias y que, en definitiva, casi estábamos hablando de lo mismo, pero con nomenclaturas distintas”. La aprobación de Código de Familia Catalán y la reproducción de las reglas nacidas en los cases law de EE.UU. para regular los acuerdos prematrimoniales con previsiones de ruptura, introducidas, esta vez, en un ordenamiento típico del Derecho continental corroboró mi apreciación de que, en esencia, las reglas son muy semejantes (como semejantes son los conflictos que en ambas sociedades se generan). (Garzón, 2017)

Desde esta perspectiva, pues, la mirada al Derecho estadounidense, de un sistema que resolvía los problemas de los acuerdos entre futuros cónyuges podían generar, como investigadora, acercar al lector al marco normativo actual en el Derecho estadounidense construido sobre la base de la jurisprudencia más recientes. Marco normativo que, si bien difiere del inicialmente en los primeros cases law, es el producto de una evolución lógica de las normas adaptándose a nuevas realidades, así como simplificando soluciones. En definitiva, resolviendo conflictos, que es la misión y el sentido del Derecho. (Garzón, 2017)

En el Estado de Florida, con un interés unificador, en 1983. la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (Actas uniformes de acuerdo prematrimonial) aprueba un Acta que pretende ser el armazón en el que se sostenga el régimen jurídico de los acuerdos prematrimoniales. Desde que se pronunció la primera sentencia en el año 1972 se habían sucedido una serie de resoluciones judiciales en los distintos Estados de la Unión, que proponían soluciones en diferentes aspectos del régimen jurídico de esta modalidad contractual. En verdad, en 1983 ya no se debatía sobre la validez o invalidez de los acuerdos prematrimoniales en sí mismos considerados, sino que se cuestionaba, al igual que cualquier otro contrato, su eficacia en determinadas circunstancias, o, si se quiere, la de concretas cláusulas. (Garzón, 2017)

Hasta entonces, se recurría a las normas generales de los contratos, interpretadas, en muchas ocasiones, de manera forzada o influida por el interés familiar que en ellos se protege, muy cercano y, a veces, identificado con el interés público. Construido sobre los *cases law*, Uniform Premarital Agreement Acts (a partir de ahora, UPAA), selecciona y aglutina las reglas nacida en los Tribunales, ofreciendo a los Estados unas normas generales para incorporar en sus legislaciones. Porque UPAA no es un texto normativo, es, simplemente, una propuesta a la que los Estados pueden o no acogerse, bien reproduciendo, con literalidad sus postulados, siguiendo sólo aquellos que considere conveniente, o modificando sus preceptos al realizar determinadas adaptaciones del mismo. Esto ha dado lugar a una recepción parcial de la UPAA, ha sido aceptada por veintisiete Estados de los que comportan la Unión (prácticamente la mitad), de los cuales sólo trece reproducen el texto y pudiendo afirmarse que existe una completa unificación en la materia. (Garzón, 2017)

No obstante, esta aseveración merece ser matizada, pues, incluso en los Estados donde la recepción es plena es posible apreciar diferencias como consecuencia de la interpretación que de las normas han llevado a cabo los Tribunales. En cambio, en los trece Estados restantes, aunque inspirada en sus preceptos, la acogida no ha sido completa pues se han introducido variantes o modificaciones, algunas aclaratorias o interpretativas y otras de mayor calado. En los Estados que han ignorado el texto el régimen jurídico no tiene por qué ser, en todos los casos, sensiblemente diferente; sin embargo, en alguno de ellos, es tan opuesto que convierte en imposible la incorporación del mismo. (Garzón, 2017)

al sentar las bases sobre las que se construyen las distintas legislaciones, esta Acta ha supuesto un importante paso hacia la uniformidad, sobre la materia y sobre las que discurren las decisiones de los *cases law*, auténticas fuentes del Derecho. Sin más premisas, pues, pasemos, a describir las reglas contenidas en UPAA que actúan como pautas a seguir con la finalidad de uniformar los regímenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión. (Garzón, 2017) En relación al ámbito de aplicación, éste se circunscribe sólo a los acuerdos prematrimoniales con eficacia durante el matrimonio o al finalizar, como consecuencia del divorcio o del fallecimiento de uno de los cónyuges. Quedan excluidos, por consiguiente, los acuerdos concertados durante el matrimonio, así como los pactos convivenciales. Excepcionalmente, se admite la validez de sus previsiones para el supuesto de nulidad matrimonial, si, en caso contrario, se produjera un resultado injusto. No es el contenido del acuerdo lo que determina el régimen jurídico establecido en el Acta, sino el hecho de que dichos pactos se concierten previamente al matrimonio y, por supuesto, el consiguiente matrimonio de los contratantes. Para comprender esta opción, ciertamente de difícil justificación si se buscan argumentos jurídicos que la fundamente, debemos situarnos en el momento en que se realiza el documento. (Garzón, 2017) El Acta se preocupa sólo de los acuerdos prematrimoniales como realidad jurídica huérfana, por su novedad, de una estructura normativa, obviando los acuerdos matrimoniales.

De acuerdo con este planteamiento, no es extraño que los redactores de la propuesta de ley uniforme no se detengan en reflexionar sobre la oportunidad de que las reglas propuestas pudieran, también, ser de aplicación a los acuerdos tomados después del matrimonio cuando estos versen sobre el mismo contenido que los primeros. Si lo importante para fijar la aplicación del Acta es el hecho de que los pactos se concierten antes del matrimonio, es lógico que el contenido pase a un segundo plano, que sean irrelevantes los aspectos de la futura vida conyugal objeto del mismo, dicho contenido puede ser de lo más variado, bien sean pactos sobre cuestiones relativas al régimen económico del matrimonio, bien sobre previsiones para el caso de ruptura del vínculo como consecuencia del divorcio o del fallecimiento de alguno de los cónyuges, bien sobre derechos personales de los cónyuges, o cualquier otra materia, pues la relación de posibles contenidos es meramente ejemplificativa. Siempre y cuando se respeten los siguientes límites:

- 1) La no vulneración del orden público.
- 2) Límite general para cualquier manifestación de la autonomía de la voluntad.

- 3) Que no afecte a los derechos alimenticios de los menores, límite específico aludido en UPAA.

Pueden ser reconducidas al orden público sin ninguna novedad ya que el interés del menor no es más que una manifestación del mismo. No obstante, suele ser habitual en los legisladores y operadores jurídicos dotar de autonomía al interés del menor, reforzando su relevancia y visibilizando la protección que un colectivo tan vulnerable se merece. (Garzón, 2017)

Nos lleva a identificar cómo límite, no al interés del menor con carácter general, sino a una concreta expresión de éste: los derechos de alimentos del que todo menor es titular y cuyos obligados son los progenitores en función de sus recursos. No se trata de un olvido de los redactores del Acta ni tampoco es reprochable tal circunscripción sólo al aspecto patrimonial en el que pudieran verse afectados los menores, de hecho, es, simplemente, acorde con las materias susceptibles de acuerdo entre los futuros cónyuges que afecten a los hijos: sólo materias de contenido patrimonial. (Garzón, 2017)

En el Derecho norteamericano los derechos no patrimoniales de los menores (tipo de custodia, régimen de visitas) se encuentran excluidos de la autonomía de la voluntad de los padres (o futuros padres); por consiguiente, cualquier acuerdo sobre el particular no vincula a los operadores jurídicos. A diferencia de los derechos económicos de los que los menores pudieran ser titulares en caso de ruptura que pueden ser establecidos con anterioridad, incluso, a su nacimiento y cuyo acuerdo sobre cuantía o condiciones de pago será válido siempre que no sea contrario al orden público. Para puntualizar que los acuerdos prematrimoniales pueden llegar a ser contratos sucesorios cuando versan sobre las consecuencias de la ruptura a causa de la muerte de uno de los cónyuges. De hecho, es bastante común que ello sea así convirtiéndose en una forma muy frecuente de establecer la sucesión por causa de muerte entre esposos o futuros esposos. (Garzón, 2017)

En segundo lugar, y en orden a los requisitos de los acuerdos, el texto establece la exigencia de forma escrita lo que impide la validez del pacto concertado oralmente, ni, tampoco, la modificación del mismo o su revocación que no adopte dicha formalidad. Además, como todo contrato, es preciso que se haya tomado de forma voluntaria por los futuros contrayentes. A diferencia de la jurisprudencia anterior que definen el sentido de “acuerdo voluntario” el Acta no se detiene en precisarlo, dejando que sean los operadores jurídicos los que asuman la función de establecer y constatar, según sus parámetros, la existencia o no de voluntariedad.

Sí se contiene en el texto una presunción de no voluntariedad: así, se considera que el consentimiento prestado no es libre, cuando el acuerdo, al momento de firmarse, pueda ser calificado como desproporcionado. (Garzón, 2017) Un análisis más detenido de la propuesta de ley uniforme, así como de la jurisprudencia y de los textos de las distintas legislaciones federales en los que el término “desproporción” aparece nos servirá para concretar su significado y eliminar esa inseguridad que, ciertamente, no es tan significativa. En este sentido, la desproporción indicada se refiere a un desequilibrio patrimonial que se medirá en el momento de la firma del acuerdo, ya que cualquier otra lectura de “desproporción” fuera del ámbito patrimonial reconducirá el juicio sobre la ineficacia del pacto a un tema de transgresión del orden público. Como podemos ver, evoluciona hasta posiciones más protectoras de los intereses familiares que confluyen en este tipo de acuerdos y que justifica un tratamiento diferenciado de los contratos mercantiles donde se protegen y regulan intereses particulares. (Garzón, 2017)

El texto anterior en el tiempo al Uniform Premarital and Marital Agreement Acts, y que ha ejercido una considerable influencia sobre sus postulados, es el elaborado por el American Law Institute, de gran extensión y que, al hilo del tratamiento y exposición de las reglas sugeridas en los supuestos de crisis matrimonial y de pareja, dedica el capítulo 7 a los acuerdos que afectan al matrimonio. Con carácter general, se puede afirmar que, en sus disposiciones, en este nuevo documento se abandonan las posiciones contractualistas de UPAA, y, desde la sensibilidad a los intereses familiares en conflicto, construyen reglas dirigidas a su protección. (Garzón, 2017)

En esta línea de diferenciación con los contratos comerciales, se consagra un desistimiento unilateral del que son titulares ambos firmantes, que les legitima para dar por finalizada la relación jurídica sin necesidad de alegar causa alguna, y que deberán ejercitar en el plazo de treinta días siguientes a la celebración del acuerdo. Basta para ello que así lo comunique, por escrito, a la otra parte, y si hubiera entregado algún bien se le devuelva en el estado en que se entregó. El cambio en el tratamiento de los acuerdos prematrimoniales se había producido ya, con anterioridad a la elaboración de los Principios, en la jurisprudencia que, entre los años 1983 y 2000 habían ido construyendo y aplicando reglas propias para estos pactos diferentes a las típicas de los contratos comerciales o mercantiles.

Es preciso tener en cuenta que, cuando el acuerdo contiene previsiones de ruptura, ambos momentos no coinciden, por lo que es muy posible que el escenario en que deban ser aplicados sea diferente al de su celebración, lo que incidirá en el juicio de validez. El doble momento implica, por consiguiente, un doble análisis a la hora de determinar la eficacia del pacto;; pues el intérprete deberá proceder aplicando las reglas que describiremos a continuación en las dos situaciones a las que estas se refieren. (Garzón, 2017)

### **Requisitos de eficacia atendiendo al momento de celebración del acuerdo:**

#### **El consentimiento informado**

Partiendo de que el consentimiento es la causa eficiente de todo contrato, la información se presenta como el parámetro que debe medir la libertad y voluntariedad de los sujetos que lo expresan. A tal fin, en primer lugar, se establece la presunción iuris tantum de que el consentimiento emitido es libre e informado, si el pacto se celebró, al menos, treinta días antes de contraer matrimonio y si los firmantes recibieron asesoramiento legal e independiente o tuvieron la posibilidad de recibirlo. Es en este último supuesto en el que se exige, como requisito de validez, que el convenio esté redactado con un lenguaje sencillo, fácilmente inteligible para cualquier persona no profesional del Derecho. (Garzón, 2017)

Ahora bien, el contenido del pacto puede demandar una información adicional cuando se aborden materias que implican que una de las partes contratantes se sitúe o puede situarse, en el futuro, en una situación más perniciosa que la otra. En este sentido, el texto dispone expresamente que, cuando se lleva a cabo una renuncia o limitación del derecho a percibir una pensión, o se pacta un régimen económico matrimonial distinto de la comunidad de bienes o ganancias, el cónyuge o futuro cónyuge perjudicado patrimonialmente deberá recibir información sobre el estado financiero de la otra parte. Así, el documento analizado presume que el consentimiento es libre si el sujeto que renuncia o que se perjudica por pactar un régimen económico de separación o independencia patrimonial, conoce el valor patrimonial de dicho acto;; y ello sólo se alcanza si tiene conocimiento sobre el estado financiero del patrimonialmente beneficiado, se considera de esta forma la información por escrito que contenga los siguientes aspectos:

- Relación de bienes con su valoración según mercado,
- Ingresos anuales de los últimos tres años, así como
- Información sobre si va a realizar alguna adquisición importante o se prevé varíen sus ingresos o su patrimonio en los próximos tres años. No es original la posibilidad de declarar ineficaz un acuerdo que, al momento de ser aplicado, como consecuencia de un cambio de circunstancias, provoca una desigualdad o, como dice el texto, una injusticia sustancial, pues ya había aparecido en la jurisprudencia e, incluso, recogida en la legislación de algunos Estados (Garzón, 2017)

La dificultad estriba en determinar el concepto de injusticia, pues según su amplitud la protección será mayor a la parte más débil, en detrimento de la autonomía de la voluntad que, en verdad, actúo libremente al celebrar el pacto. En cualquier caso, los principios excluyen de esta revisión los acuerdos matrimoniales en los que se modifique el régimen económico matrimonial, estableciéndose un cambio al régimen de comunidad, más beneficioso, este último, para la parte más débil de la relación. (Garzón, 2017)

### **La revisión del acuerdo se puede llevar a cabo en dos fases fácilmente diferenciadas**

En primer momento, para que surta la reclamación de ineficacia por esta causa, es necesario que se aprecien alguno de los tres requisitos reseñados en el texto.

- El transcurso de un significativo plazo de tiempo establecido en la legislación del Estado o, en su defecto, diez años;;
- El nacimiento o adopción de un hijo, siempre que las partes no tuvieran hijos en común al tiempo de celebrar el acuerdo;;
- Finalmente, que se haya producido un cambio en las circunstancias no previsible, de manera que la aplicación del acuerdo genere una injusticia sustancial, a las partes o a los hijos.

La concurrencia del primero o segundo de los requisitos, en la medida que se refieren a un hecho objetivo, es de fácil prueba. En cambio, no lo es tanto el tercero de los aludidos que, por

su ambigüedad y subjetividad, se convierte en una puerta abierta para invocar la ineficacia del acuerdo. (Garzón, 2017)

En segundo lugar, el Tribunal debe analizar si, efectivamente, de los hechos alegados (trascuro de plazo del tiempo, hijos o cambio de circunstancias) se ha producido una injusticia sustancial que le legitime para dictaminar la invalidez del pacto. Para ello, la ley propone una serie de criterios de valoración de las pruebas aportadas. Así, el juez debe tener presente el hecho de que exista una gran diferencia entre las consecuencias de las crisis fijadas en el acuerdo que se impugna y las que se hayan generado aplicando la legislación vigente; o que, en caso matrimonio de corta duración, deberá examinar la diferencia entre la situación del cónyuge tras la aplicación de las disposiciones del acuerdo con la que pudiera ser si hubiera permanecido soltero. También es relevante en el caso de que la finalidad del acuerdo fuera proteger a un tercero, constatar si dicho interés continúa siendo digno de protección, así como el efecto del acuerdo para los hijos. (Garzón, 2017)

### **Acuerdos matrimoniales y prematrimoniales: un único régimen jurídico**

Para un jurista continental de nuestro siglo la distinción entre acuerdos prematrimoniales y matrimoniales, siempre que los matrimoniales no tengan lugar en el ámbito de la crisis, carece de transcendencia jurídica que no sea la supeditación de la vigencia de los primeros a la celebración del matrimonio en un determinado plazo. No así en el Derecho norteamericano donde, tradicionalmente, se ha diferenciado entre ambos tipos de acuerdo en orden a fijar su régimen jurídico. (Garzón, 2017)

En este sentido, podemos afirmar que, en la mayoría de las legislaciones de los Estados que componen la Unión, así como en las resoluciones emitidas por los operadores jurídicos, se parte de la premisa de que, excepto los acuerdos matrimoniales que versen sobre cuestiones patrimoniales con transcendencia inter vivos o mortis causa, se deben exigir mayor rigor a los acuerdos matrimoniales que a los prematrimoniales cuando se trata de determinar su eficacia o alcance. El motivo de la disparidad en el tratamiento, reside en las relaciones de confianza que son características e intrínsecas a las relaciones conyugales y su posible incidencia en la emisión del consentimiento contractual, de forma que este, por estar condicionado por tales factores sentimentales, no sea todo lo libre que fuera deseable. (Garzón, 2017)

## **Diferente tratamiento de los acuerdos matrimoniales y prematrimoniales en los EE.UU.**

### **Estados donde se prohíbe o restringen los acuerdos matrimoniales**

Del conjunto de Estados que componen la Unión, el que posee la regulación más rigurosa es el Estado de Ohio: prohíbe, expresamente, los acuerdos entre los esposos, excepto aquellos que son tomados en la crisis matrimonial, siempre que el contenido pueda verse sobre las medidas económicas para los cónyuges e hijos mientras se sustancia dicho procedimiento.

Siguiendo la línea rigorista de Ohio, otros Estados como Dakota del Sur, Oklahoma, California, Wisconsin, Nuevo México y Montana, reproducen, en sus respectivas legislaciones, la norma proveniente del ordenamiento jurídico de Ohio que ya mencionamos, aunque le añaden un matiz: quedan fuera de la prohibición los acuerdos matrimoniales que versen sobre régimen económico del matrimonio. Al mismo tiempo incluyen un requisito de forma que no se encontraba en el precepto inspirador: la obligatoriedad de la forma escrita como requisito de eficacia. No se ha producido, tampoco, en estos Estados pronunciamientos jurisprudenciales apartándose del marco estricto de la norma y extendiendo el régimen consolidado de los acuerdos prematrimoniales a los matrimoniales, otorgando un mayor espacio a la autonomía privada de los cónyuges. (Garzón, 2017)

A grandes rasgos, podemos afirmar que la capacidad de contratación entre los cónyuges sólo puede pactarse sobre régimen económico matrimonial con una exigencia de forma de carácter sustancial, nos resulta muy significativa la necesidad de obtener los cónyuges, previa solicitud de mutuo acuerdo, una autorización judicial como requisito previo a la celebración de un contrato matrimonial. La citada autorización es preceptiva sólo cuando los cónyuges tienen la intención de celebrar un acuerdo cuya finalidad sea la modificación del régimen económico matrimonial, ya establecido, o bien su rescisión. (Garzón, 2017)

Se excluyen, en consecuencia, los acuerdos cuyo objetivo es fijar el régimen económico matrimonial. La concesión de la autorización judicial se encuentra supeditada, en primer lugar, a que el acuerdo modificativo o resolutorio se acomode a los intereses de ambos esposos, es

decir, que sea más beneficioso o útil a sus respectivas actividades profesionales o empresariales o al nuevo diseño patrimonial de su matrimonio. En segundo lugar, y observado el primero de los requisitos de fondo, es preciso que el contenido del contrato matrimonial sea comprendido por los cónyuges, de manera que el consentimiento no se encuentre viciado por el error que genera la falta de información o comprensión sobre lo pactado. (Garzón, 2017)

**Estados que silencian los acuerdos matrimoniales** Junto al grupo de Estados que limitan o prohíben los acuerdos matrimoniales, concediéndole, de un tratamiento diferenciado de los acuerdos prematrimoniales, se encuentran otro grupo de Estados que obvian este tipo de acuerdos. Dicha omisión debe ser valorada, pues no se trata de Estados que no regulen

ningún tipo de acuerdos entre cónyuges o futuros cónyuges;; desconocen los acuerdos prematrimoniales como contratos válidos y con efectos, pero omiten cualquier mención a los tomados dentro del matrimonio.

Es de vital importancia la jurisprudencia en el estudio de sus regímenes jurídicos la jurisprudencia, pues, dada la estructura de fuentes del Derecho Estadounidense, Al no estar contemplados en las respectivas normativas no quiere decir, en modo alguno, que carezcan de reglas, sino, simplemente, que éstas deben encontrarse en los *cases law*.

Empecemos la relación con el Estado de Connecticut, donde el legislador que sí regula los acuerdos prematrimoniales, evita cualquier referencia en el texto, a la validez de los acuerdos matrimoniales. Sin embargo, existe todo un régimen jurídico que es el que, actualmente, se está aplicando en dicho Estado y que se ha diseñado a partir del primer pronunciamiento jurisprudencial. (Garzón, 2017)

Nos estamos refiriendo a la sentencia que dicta la Corte Suprema de Connecticut el 26 de abril 2011, en el caso *Bedrick v. Bedrick*. Los hechos que generan tal resolución son los siguientes: como consecuencia de la ruptura matrimonial la ex esposa solicitará una cantidad superior a la que, se pactó en un acuerdo matrimonial donde tal previsión se contenía. Se ha de tener presente que el pacto fue firmado por la esposa muchos años antes del divorcio y del nacimiento de sus hijos, sin asesoramiento legal alguno, y llevando a cabo una serie de renunciaciones desproporcionadas, que la esposa considera no le vincula por lo que le reclama a su

ex marido una cantidad mayor a la convenida. Para evitar atender tal solicitud, el ex cónyuge alega la existencia de un acuerdo matrimonial cuya validez mantiene. Al hilo, pues, del planteamiento descrito los operadores jurídicos deben entrar a valorar la validez del acuerdo matrimonial, eje y fundamento de las pretensiones. El juez de primera instancia, sobre la base de la ineficacia de los acuerdos matrimoniales en el Estado de Connecticut, rechazó la aplicación del convenio al considerar que los acuerdos matrimoniales no eran válidos en dicho Estado. Recurrido el pronunciamiento, la Corte Suprema da un giro a la argumentación y lleva a cabo las siguientes consideraciones que se convierten en los pilares del régimen jurídico de los acuerdos matrimoniales en el citado Estado. (Garzón, 2017)

En primer lugar, declara, desde un razonamiento unívoco sobre la validez de los acuerdos prematrimoniales, que estos pactos, al igual que los tomados antes de la celebración del matrimonio, no contravienen el orden público, por lo que, en principio, pueden ser calificados eficaces. Sentada, pues, su validez general, la inicial equiparación entre ambos tipos de acuerdos se quiebra, ya que, como consecuencia de las relaciones de confianza y familiaridad entre los cónyuges, el examen particular de eficacia, ya centrado en los requisitos de consentimiento, debe ser más riguroso. Los instrumentos de los que puede servirse el intérprete a tal fin, se reconducen a los principios propios del Derecho de los contratos para constatar si los términos del acuerdo fueran conformes a la buena fe y equitativos al momento de su celebración, o no causaran un resultado desproporcionado al momento de la disolución del matrimonio. La ubicación del juicio de eficacia en un “doble momento” temporal permite calificar como moderna a esta sentencia, probablemente, bajo la influencia de los Principios, de la jurisprudencia y de las legislaciones de otros Estados. (Garzón, 2017)

La concreción de lo injusto o no equitativo del contenido de pacto al tiempo de su celebración, exige la toma en consideración por los Tribunales de todas las circunstancias, tanto personales de los esposos, como aquellas que concurren en ese momento temporal concreto (haber recibido asesoramiento legal independiente, por ejemplo).

No obstante, pasar con éxito este primer filtro, no garantiza el reconocimiento de los plenos efectos de lo pactado. Pues, según el dictado de la resolución, es posible declarar ineficaz un acuerdo matrimonial que, aun nacido válido, al tiempo de ser aplicado genera un resultado injusto debido al cambio de circunstancias do que ha dibujado un escenario distinto donde, difícilmente, pueden justificarse sus postulados. La sentencia, a modo ejemplificativo, alude a

una serie de cambios sustanciales, tales como el nacimiento de hijos, pérdida de empleo, traslados de la familia a otros Estados de la Unión como hechos significativos a tener en cuenta por los operadores jurídicos. La argumentación empleada le sirve al Tribunal para fallar negándole efectos al pacto matrimonial, pues la esposa desconocía el alcance de las renunciaciones de los derechos que allí realizaba además de apreciar un sensible cambio de circunstancias que convertía en injusto sus postulados al momento de ser aplicados. (Garzón, 2017) En el Estado de Pennsylvania, en cambio, los acuerdos matrimoniales son unos desconocidos para el legislador, pues Pennsylvania Code sólo regula de forma explícita los acuerdos prematrimoniales. Este vacío, al igual que sucedía en Connecticut, se ha cubierto, convenientemente, por la jurisprudencia, de modo que sí puede hablarse de un completo régimen jurídico construido sobre la base de los *cases law*. La primera resolución en este sentido y que marca un antes y un después es la sentencia de la Corte Suprema en 2003, caso *Stoner v. Stoner* en la que se reconoce la eficacia de un acuerdo matrimonial aplicando las reglas propias de la teoría general del contrato. (Garzón, 2017)

En el Estado de Kansas se incorporan las reglas de la ley uniforme de 1983, sin que se haga mención alguna a los acuerdos matrimoniales. No obstante, la jurisprudencia admite que las partes puedan acordar la aplicación de la normativa de los acuerdos prematrimoniales para resolver los posibles conflictos que puedan derivarse del acuerdo matrimonial. Así, se manifiesta la Corte Suprema de Kansas en el caso *David v. Miller*, declarando válida la cláusula que en este sentido lo indicaba y procediendo a resolver conforme a las reglas que regulan los acuerdos prematrimoniales. También en los Estados de Nueva York, Utah, Missouri y de Indiana vía jurisprudencia, se dota de un tratamiento unitario a los acuerdos matrimoniales y prematrimoniales. De forma semejante el Estado de Tennessee que sólo menciona a los acuerdos prematrimoniales en un único precepto y lo hace, además, de forma escueta, y genérica; la jurisprudencia ha extendido la norma a los acuerdos matrimoniales y aplica, así, los requisitos de eficacia. (Garzón, 2017)

### **Estados que mencionan a los acuerdos matrimoniales en sus respectivas legislaciones**

Legislaciones en las que no se prohíbe ni se ignoran los acuerdos matrimoniales, no quiere decir, que, necesariamente, se reconozca a validez de cualquier pacto matrimonial, o que se equipare a los prematrimoniales. En el Estado de Iowa. Al igual que en otros Estados, la regulación del Código de Iowa sólo se refiere, de forma detallada, a los acuerdos

prematrimoniales, tiene diseñando un completo régimen jurídico. Como mecanismo válido para llevar a cabo el reparto de los bienes matrimoniales. Los Tribunales tampoco han ido más allá, pues no existe ninguna resolución sobre la validez de los pactos entre cónyuges cuyo contenido no se ciña, exclusivamente, al ámbito reconocido en la norma: a establecer reglas de reparto de los bienes. Por lo que podemos afirmar que en Iowa se admiten los acuerdos matrimoniales, pero con un ámbito de aplicación reducido, a diferencia de los prematrimoniales donde los futuros esposos disponen de un mayor espacio para el pacto.

En la legislación de Massachusetts, se afirma que la mujer casada puede realizar contratos con su marido de cualquier tipo, sin que el hecho de estar casados suponga ninguna limitación a dicha capacidad. A partir de esa declaración la Corte Suprema de dicho Estado en la sentencia de 201081, caso *Ansin v. Craven--Ansin*, interpreta los términos “such contracts” en el sentido de incluir los acuerdos matrimoniales con previsiones de ruptura que, por consiguiente, no pueden ser calificados como contrarios al orden público. Este pronunciamiento marca un antes y un después, pues, no sólo es relevante por ser el primero que versa sobre su validez sino porque el Tribunal construye el régimen jurídico que debe aplicarse para resolver los conflictos que de los mismos puedan suscitarse.

Los hechos probados en el procedimiento son los siguientes: Tras diecinueve años de convivencia, el matrimonio *Ansin* atraviesa una crisis y el esposo le comunica a su mujer que, para continuar su vida matrimonial, es necesario que realicen un acuerdo matrimonial, a lo que accede. En la negociación del mismo, durante la cual se realizan varios borradores, ambos son asesorados por sus respectivos consejeros y la esposa recibe información financiera suficiente sobre el patrimonio de su marido. Dos años después de la firma del convenio, se inicia el procedimiento de divorcio solicitando el marido la ejecución de lo dispuesto para esa eventualidad, a lo que se niega la esposa alegando que el acuerdo matrimonial es inválido por contravenir al orden público y, en consecuencia, no deben aplicarse su clausulado.

La sentencia parte de la diferencia sustancial que existe entre los acuerdos prematrimoniales, matrimoniales y de separación, que impide se le dote de un tratamiento jurídico unitario;; sobre la base de dicha distinción afirma que los Tribunales deben ser más rigurosos a la hora de emitir un juicio de valor sobre la eficacia de los acuerdos matrimoniales, pues la libertad de las partes es menor en la medida que son tomados en unas relaciones basadas en la confianza. Además, altera las reglas de la carga de la prueba, pues se impone al cónyuge que mantenga la eficacia

del acuerdo matrimonial, cuando, si se trata de un acuerdo prematrimonial (al igual que los demás contratos) la regla es inversa: la carga de la prueba recae sobre el cónyuge que impugna el pacto. (Garzón, 2017) Ciertamente, el juez, a fin de emitir el juicio de eficacia, debe llevar a cabo un escrutinio para constatar si concurren los siguientes factores: que las partes hayan tenido oportunidad de obtener asesoramiento legal independiente (no que efectivamente lo hayan recibido);; que no exista ni intimidación ni coerción en la obtención del acuerdo;; que se haya llevado a cabo una información completa de todos los bienes de ambos cónyuges previa a la celebración del pacto;; si se realiza una renuncia al derecho a la distribución equitativa de los bienes o cualquier otra renuncia a derechos a los que se pudiera tener derecho en caso de divorcio, dicha renuncia deberá estar explicitada en el acuerdo y hacerse por escrito;; y, finalmente, el contenido deberá ser justo y razonable en el momento de la celebración del contrato así como cuando los postulados se aplican a consecuencia del divorcio. (Garzón, 2017)

Siguiendo con el recorrido, llegamos al Estado de Minnesota, en cuya normativa se contemplan ambas modalidades de contratación, se dedica a los contratos anteriores y posteriores al matrimonio, presentándolo de forma unitaria, aun cuando el tratamiento difiere en algunos aspectos de su régimen jurídico.

La legislación de Nevada alude, de forma expresa, a este aspecto de las relaciones conyugales al declarar la plena libertad de los cónyuges para contratar con terceros, aunque si contratan entre ellos debe tenerse en cuenta la confianza existente entre las partes a los efectos de emitir un juicio sobre la validez del contrato. (Garzón, 2017)

En el otro extremo se ubica Virginia, donde existe una plena equiparación entre ambos tipos de acuerdos;; pues, si bien en su normativa menciona, exclusivamente, al régimen jurídico de los acuerdos prematrimoniales, en el último apartado de los preceptos del Código relativo a estos, estipula la aplicación de las reglas previstas, también, a los pactos matrimoniales (Código de Virginia). Por lo que el régimen jurídico se extiende, en toda su amplitud, a cualquier acuerdo que tomen los cónyuges o futuros cónyuges. (Garzón, 2017)

### **La posible incidencia de la unificación propuesta**

La unificación en el tratamiento de los acuerdos matrimoniales y los prematrimoniales es, una de las principales aportaciones del texto que analizamos. Aunque la repercusión de la propuesta debe ser calibrada en función del ordenamiento jurídico de cada Estado y sus particularidades, lo que facilitará la recepción de la ley uniforme. Ciertamente hay diferencias, pero no insalvables. La flexibilidad del Derecho, su ductilidad, permite que, en cualquier momento, los operadores jurídicos adopten planteamientos más modernos, más acorde con la igualdad real entre los esposos, que es la razón última que subyace en el planteamiento unificador.

## **Principales aportaciones al régimen jurídico de los acuerdos matrimoniales y prematrimoniales en UPMAA (2012)**

### **El contenido de los acuerdos**

Tras la unidad de tratamiento de los acuerdos matrimoniales y prematrimoniales, es de recibo observar que no cualquier acuerdo entra dentro del ámbito de aplicación del Acta. Y ya que no es el momento temporal el encargado de establecer el objeto a cuya regulación se destina la norma, será el contenido el que asuma tal misión. Así, la sección 2 se dedica a definir a los acuerdos matrimoniales y prematrimoniales con un carácter extensivo, pues se incluye, también, las modificaciones que de ellos pueda realizarse en un momento posterior a su perfección. (Garzón, 2017)

En las citadas definiciones, los redactores de la propuesta de ley uniforme incluyen, como parte de la definición, la materia objeto de estos pactos. A saber, las partes pueden pactar sobre la aceptación, modificación o renuncia de los derechos que el matrimonio concede y que relaciona. También pueden hacerlo sobre los derechos que surjan en caso de ruptura del vínculo o por fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. En cualquier caso, a falta de acuerdo procederán los derechos que el ordenamiento jurídico de cada Estado reconozca en los diferentes supuestos. (Garzón, 2017)

Si nos detenemos en la relación del punto 4 de la sección 2, se observa que todos los derechos allí enumerados son de contenido económico, lo que parece que deja fuera del ámbito de disposición de las partes aquellos otros que son de carácter persona. Los comentaristas del

Acta consideran que existe un consenso sobre la exclusión del pacto de los derechos personales sin contenido patrimonial, ahora bien, la no exclusión deja la puerta abierta a los operadores jurídicos para fallar sobre su validez. (Garzón, 2017) Pero no se conforma con establecer el contenido de manera positiva, sino que, también, en la sección 10 (b) se encarga de enumerar aquellas materias que, por afectar al orden público, se encuentran excluidas de la autonomía de la voluntad. Un comentario merece la letra (c)100, relativa a los pactos sobre los derechos y deberes de los progenitores derivados del ejercicio de la custodia sobre los menores, que no se encuentran excluidos, expresamente del pacto (como las estipulaciones que afecten de manera negativa al derecho de alimentos de los hijos, por ejemplo), pero que no vinculan al juez. Ello implica, que, si el juez lo considera oportuno podrá tenerlos en consideración. (Garzón, 2017)

Finalmente, se excluyen de su ámbito de aplicación, los acuerdos convivenciales, los tomados entre los cónyuges en atención a la crisis (acuerdos de separación) y los contratos comerciales que pueden concertar los esposos entre ellos.

### **Eficacia del acuerdo**

Como no podía ser de otra forma, pues el Acta de 2012 es producto de la evolución jurisprudencial, pocas novedades encontramos en el texto actual, los Principios elaborados por American Law Institute o que hubieran aparecido en la jurisprudencia de los Estados. Nos referiremos, de forma sintética a las reglas más importantes donde se sustenta el régimen jurídico de la propuesta de Ley

a. Los acuerdos son contratos formales, en los que la observancia del requisito de la forma es esencial para que proceda su eficacia, pues carecen de ella los que se emiten oralmente. La exigencia de forma consiste en que se realice el convenio en un soporte tangible y se encuentre legalizado por las partes.

b. Como cualquier contrato, el consentimiento emitido debe ser libre, sin que exista coacción que elimine o afecte a su voluntariedad. El que alegue dichas circunstancias debe probarlo, pues, en principio, el acuerdo se presume válido y eficaz. En la apreciación del término

“coacción” existe numerosísima jurisprudencia, es un recurso muy utilizado como argumento para impugnar los acuerdos.

c. El consentimiento debe ser un consentimiento informado, lo que se consigue con la intervención de un tercero que lleve a cabo un asesoramiento legal independiente sobre el alcance jurídico del contenido del pacto. La inclusión de este requisito es una novedad del Acta en relación a los textos precedentes, aunque no es novedoso ni en la jurisprudencia ni en las legislaciones de algunos Estados que ya lo habían incorporado. Conforme a la redacción de UPMAA dicho requisito deben ser matizado en orden a su repercusión en el juicio de validez, pues no necesariamente es ineludible o presupuesto de la eficacia del acuerdo.

En primer lugar, si el asesoramiento legal independiente ha existido, nada más puede hacerse al respecto en orden a su incidencia en el consentimiento informado, pues los Tribunales no se encuentran legitimados para entrar a calibrar el contenido del mismo. En segundo lugar, si el pacto versa sobre renuncia de derechos, el asesoramiento legal es imprescindible, además de que se exige un lenguaje claro y una redacción inteligible;; de no cumplirse ambos requisitos el acuerdo carecería de eficacia. En tercer lugar, en los demás casos, es válido el contrato sin que concurra asesoramiento, siempre que las partes, antes de la firma, dispongan de un espacio de tiempo razonable para decidir si hace uso de tal facultad o bien si la otra parte dispone ya de un asesor que haga la función para ambos.

d. Reproduciendo el contenido del Acta de 1983, se establece en la propuesta de ley uniforme de 2012 la necesidad de que las partes que deben expresar su consentimiento contractual, cuando así procedan, dispongan de un conocimiento sobre la situación financiera de la otra parte contratante, que le permita determinar el alcance patrimonial de lo acordado. A dicha situación se puede llegar, bien como consecuencia de haber recibido información financiera de la otra parte, bien, simplemente, por disponer de ese conocimiento por otros medios.

e. Se incluye una norma, relativa a la limitación de la renuncia de derechos, que sitúa al renunciante en una situación tal que le convierte en beneficiario de una prestación o subsidio a costa del Estado.

f. Finalmente, y siguiendo los Principios de la normativa de algunos Estados así como a la jurisprudencia, en una línea alejada del contractualismo de la ley uniforme de 1983, se consagra en este texto la posibilidad de que los Tribunales declaren ineficaz un acuerdo que, aunque nació válido, no pueda ser considerado como tal, pues al momento de aplicarse se observa una injusticia substancial debido al cambio de circunstancias. A fin de interpretar el sentido de “cambio de circunstancia” hemos de tener presente que no cualquier cambio de circunstancias se considera relevante hasta el punto de declarar sin efectos un acuerdo válidamente celebrado, pues durante la vida de un matrimonio es lógico que las circunstancias varíen sensiblemente en relación con las existentes cuando el matrimonio se celebró. (Garzón, 2017)

Serán los jueces y Tribunales con el rigor que una cuestión tan sensible como esta merece, los que, en función de los precedentes y los criterios contruidos en sus fallos, los que deberán proceder en este sentido. Es de suyo observar que, en virtud del principio de conservación del contrato, el juicio sobre la ineficacia por cambio de circunstancias puede limitarse sólo una parte del acuerdo, produciéndose, entonces, un supuesto de nulidad parcial de sus previsiones. La actual jurisprudencia norteamericana se muestra más proclive a declarar ineficaz la renuncia del derecho a pensión como consecuencia de apreciar la existencia de un cambio de circunstancia y más meticulosa, en cambio, a la hora de hacerlo con relación al pacto de separación patrimonial acuerdo, este último, más semejante a los contratos comerciales. (Garzón, 2017)

El final del proceso que ha supuesto la publicación de la nada original propuesta de ley uniforme, Premarital and Marital Agreemeny Act (2012), en la medida que recopila y ordena las reglas surgidas en los cases law, se aplicará con facilidad en los Estados de la Unión, incorporen o no, expresamente, la ley uniforme a sus respectivas legislaciones. Básicamente, porque los Tribunales ya están resolviendo conforme a su dictado. Pero, al mismo tiempo que se finaliza una etapa con el resultado de un régimen jurídico completo y a la vanguardia de los países del primer mundo en lo que respecta a los acuerdos prematrimoniales, se inicia otra en relación a los acuerdos matrimoniales. Como hemos expuesto, actualmente, los acuerdos matrimoniales reciben un tratamiento no unificado al de los acuerdos prematrimoniales en los EE.UU. De manera que los postulados y reglas que configuran el régimen jurídico de los segundos no se consideran, con carácter general, idóneos para resolver los conflictos que la aplicación de los primeros genere. (Garzón, 2017) Así, bajo el paraguas de criterios paternalistas, superados hace mucho tiempo en Europa, el legislador y los operadores jurídicos

mantienen, frente a los acuerdos matrimoniales, una aptitud pacata y estricta en el reconocimiento de su existencia y de los efectos jurídicos que de ellos pueden derivarse.

Es, pues, una verdad incuestionable que, en el país de las libertades, los cónyuges disponen de menos autonomía de la voluntad para pactar entre ellos, que los futuros cónyuges (o que los particulares). Con la unidad en el tratamiento jurídico de los acuerdos matrimoniales y prematrimoniales propuesta en el Acta de 2012 se inicia un recorrido, que será lento, como lo fuera con los acuerdos prematrimoniales, pero que necesariamente finalizará con la consolidación de un único régimen jurídico;; sin embargo, para alcanzar tal fin, deberán de suceder cambios, no sólo normativos, sino también en la forma de proceder de los Tribunales en algunos Estados, todavía anclados en antiguas concepciones del matrimonio y de las relaciones entre los miembros de la pareja. Pero esa es otra historia, que sólo acaba de comenzar... (Garzón, 2017)

## **CAPÍTULO V: ESTUDIO CRÍTICO DEL SISTEMA ACTUAL REFERENTE AL RÉGIMEN PATRIMONIAL TÍPICO EN EL MATRIMONIO COMO BASE PARA UNA POSIBLE REFORMA LEGAL.**

### **5.1.-- Propuesta: Reforma al sistema del régimen patrimonial típico del matrimonio el sistema ecuatoriano.**

Luego de haber culminado mi trabajo, desde mi punto de vista deberían ser reformados algunos artículos, para enriquecer nuestras leyes, empleando las que se ejecutan en otros países, esto ayudaría positivamente en el ámbito de lo sociedad conyugal.

**Art. 155.--** Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas y podrán modificarse antes o durante el matrimonio, de común acuerdo entre los cónyuges (Código Civil del Ecuador, 2005).

**Artículo 449.** Modificación de régimen Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada **después de un año de aplicación del régimen patrimonial**, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron. (Código Civil Y Comercial de Argentina, 2015)

## **5.2.-- Capitulaciones matrimoniales**

### Sección 1ª. Convenciones matrimoniales

Artículo 446. Objeto Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

- a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;;
- b) la enunciación de las deudas;;
- c) las donaciones que se hagan entre ellos;;
- d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.

## **5.3.-- Haber relativo de la sociedad conyugal**

**Art. 167.--** La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ésta, aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a la sociedad. Por consiguiente,

No pertenecerán a la sociedad cuando:

1o.-- Las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción que haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante la sociedad;

2o.-- Los bienes que poseían antes de la sociedad, por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro medio legal;

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

4o.-- Los bienes litigiosos, de los que, durante la sociedad, ha adquirido uno de los cónyuges, la posesión pacífica; y,

5o.-- “El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge. Sólo los frutos pertenecerán a la sociedad. Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerán al cónyuge acreedor; lo mismo que los intereses devengados antes del matrimonio y pagados después”. (Código Civil del Ecuador, 2005).

#### **Artículo 464. Bienes propios**

Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

c) Aquellos adquiridos a cambio de otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio o reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario.

l) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, así como la de los bienes gravados con otros derechos reales que se extinguen durante la comunidad, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes gananciales.

o) la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la artística ha sido concluida, el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad.

Es siempre personal del autor el derecho moral sobre la obra intelectual. (Código Civil y de Comercio de Argentina, 2015).

**Art. 1736.** La especie adquirida durante la sociedad, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido, no le pertenece a pesar de que esta se haya adquirido a título oneroso.

6.º Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor. Lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después.

7.º También pertenecerán al cónyuge los bienes que adquiriera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste de un instrumento público, o de instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros. Si la adquisición se hiciere con bienes de la sociedad y del cónyuge, éste deberá la recompensa respectiva. (Código Civil de Chile, 2000) Artículo 1346. Son privativos de cada uno de los cónyuges:

6.º El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.

7.º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

8.º “Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común” (Código Civil de España, 2019).

#### **5.4.-- Haber absoluto de la sociedad conyugal**

**Art. 157.--** El haber de la sociedad conyugal se compone:

1o.-- De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio.

2o.-- De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio.

3o.-- Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, ¿o durante ella adquiriere; Obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.

4o.-- De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, ¿o durante él adquiriere ; Quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.

5o.-- De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, a título oneroso.

Las reglas anteriores pueden modificarse mediante las capitulaciones matrimoniales

(Código Civil del Ecuador, 2005).

**Artículo 465.** Bienes gananciales Son bienes gananciales:

i) las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que excedan el plantel original. (Código Civil y de Comercio de Argentina, 2015) **Art. 1725.** El haber de la sociedad conyugal se compone:

4º De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, ¿o durante él adquiere; quedando obligada la sociedad a pagar la correspondiente recompensa. **Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones matrimoniales.** (Código Civil de Chile, 2000)

**Artículo 1347.** Son bienes gananciales:

5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354

(Artículo 1354. Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas) (Código Civil de España, 2019).

## **5.5.-- Administración**

**Art. 180.--** Tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales. A falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido. El administrador, en cualquier caso, se sujetará a las obligaciones determinadas en la ley y en las capitulaciones matrimoniales, de haberlas (Código Civil del Ecuador, 2005).

**Artículo 470.** La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar:

- a) los bienes registrables.
- b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824.
- c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior.
- d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores. Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459. (Código Civil y de Comercio de Argentina, 2015)

**Art. 135.** Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal.

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 acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción (Código Civil de Chile, 2000).

**Artículo 1375.** En efecto de capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponden a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes. (Código Civil de España, 2019)

## **5.6.-- Deudas**

**Artículo 1371.** Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales, siempre que el importe de aquella pérdida pudiere considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia. (Código Civil de España, 2019)

**Artículo 1382.** Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes. (Código Civil de España, 2019)

**Artículo 1374.** Tras la disolución a que se refiere el artículo anterior se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor acuerde en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales. **TERMINACIÓN O EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD**

**Art. 189.--** La sociedad conyugal se disuelve:

1o.-- Por la terminación del matrimonio.

2o.-- Por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

3o.-- Por sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges.

4o.-- Por la declaración de nulidad del matrimonio. En los casos de separación parcial de bienes continuará la sociedad en los bienes no comprendidos en aquella. (Código Civil del Ecuador, 2005)

**Artículo 475** del Código Civil y Comercial de Argentina

a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges.

d) la separación judicial de bienes.

e) la modificación del régimen matrimonial convenido. (Código Civil y de Comercio de Argentina, 2015)

**Art. 1764.** Disolución de la sociedad conyugal:

2.º Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, según lo prevenido en el título del principio y fin de los seres humanos;;

5.º Por el compromiso de participación en los gananciales o de separación total de bienes.

**Artículo 1392.**La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:

4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico diferente en la forma prevenida en este Código. (Código Civil de España, 2019) **Artículo 1393.**También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:

1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

2.º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

3.º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. 4.º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código (Código Civil de España, 2019).

## CONCLUSIONES

1. El matrimonio constituye una de las instituciones más importantes para la conformación de una familia, convirtiéndose en el eje principal del engranaje social. Es decir, dicha institución ha merecido atención especial en todas las sociedades, donde se han dictado las normas indispensables para protegerla y garantizar los derechos primordiales que corresponden a cada uno de los cónyuges.

2.-- El sistema legal ecuatoriano posibilita a que los futuros cónyuges definan el tipo de régimen patrimonial para su sociedad conyugal, así como el estatuto económico que regula sus relaciones patrimoniales. Por antonomasia, las sociedades se consideran como una comunidad universal donde, a menos que se establezca lo contrario en las capitulaciones, se considera que los cónyuges aceptan las regulaciones inherentes al régimen legal de la sociedad conyugal por definición.

3.-- Nuestro régimen matrimonial es un régimen de comunidad restringida de gananciales, es decir, que cuando uno de los cónyuges aporta con un mueble o ganancial al haber social automáticamente adquiere un crédito contra la sociedad y esta deberá liquidar dicho ganancial a manera de recompensa.

4.-- La realidad que se tiene en la actualidad, sobre el concepto del matrimonio. Los cambios legales no están acorde con los cambios sociales, uno de los aspectos fundamentales, es el cambio del rol de la mujer en la sociedad actual, aquella concepción pasada, de que la mujer que contraía matrimonio pasaba a un segundo plano dentro de la comunidad conyugal dedicado al cuidado de los hijos y del hogar, en donde el hombre tenía un rol preponderante en el manejo de los bienes en común. El cambio social de la mujer en la sociedad actual se sustenta en un plano de igualdad, en el empoderamiento e igualdad en cuanto a sus condiciones, por lo que su rol dentro del matrimonio es exactamente igual al del hombre.

La mujer en la actualidad busca la igualdad económica, y en ocasiones ya incluso puede recibir una remuneración económica superior a la del hombre, por lo que su patrimonio y los bienes que pueda aportar en la sociedad conyugal son mayores, hay consideraciones por parte de los

cónyuges en la actualidad de mantener una separación, dominio, y administración de sus bienes independientemente del régimen patrimonial. Ello requiere que dicho régimen patrimonial, sea replanteado entendiendo, unas limitaciones al contrato matrimonial, es así que la idea de matrimonio que en un principio planteaba la idea de los deberes, obligaciones y responsabilidades, que abarcaban incluso la fusión patrimonial (Farsi, 2012). El matrimonio podría tener ciertas limitaciones en cuanto al régimen patrimonial, reconociendo por un lado la individualidad de los bienes que adquiere cada uno de los cónyuges, de su patrimonio, y de su administración. El reconocimiento de la voluntad que tienen los cónyuges a aportar lo que ellos consideran necesario a la sociedad conyugal.

Hay que tomar en cuenta que la sociedad está en constantes cambios, y la evolución de aspectos sociales, en la actualidad son distintos, la visión machista, de la sociedad y del derecho, hoy por hoy ha cambiado, a incluir procesos de inclusión de la mujer como agente activo, en principios de oportunidades iguales a los hombre, que tiene exactamente los mismo derechos, por lo que afirmaciones, o concepciones como que el régimen patrimonial debía defender la integridad social de una mujer, o que el hombre debía como marido administrar sus bienes en la actualidad que se vive no tiene sentido, y es incoherente con la realidad y las perspectivas de la mujer actual.

Esto se corrobora en el Código Civil de Chile, en donde se señala que el matrimonio trae consigo la formación de un haber social entre los cónyuges, el mismo que es administrado por el marido, incluidos aquellos bienes personales de la mujer. Esto según los apartados expuestos en el título “De la sociedad conyugal” (Artículo. 135) (Código Civil de Chile, 2000).

El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer;; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que la ley le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales. (artículo 1749) (Código Civil de Chile, 2000)

De tal forma, el marido como administrador de la sociedad, ejercerá los derechos de la mujer una vez concretada la unión matrimonial.

1. Se afirmaba que el hombre más que un administrador se comportaba como dueño de los bienes sociales, (artículos 1749, 1750, 1752) la mujer es ya una verdadera coadministradora.
2. Le corresponde al marido de pleno derecho, por el sólo hecho del matrimonio. Esta regla no puede ser alterada por ser de orden público.
3. Le corresponde al marido jurídicamente capaz.
4. Se prolonga por todo el tiempo de vigencia de la sociedad conyugal salvo interdicción, ausencia o quiebra del marido.
5. El marido no está obligado a rendir cuenta de su administración.
6. Sólo responde de culpa grave y dolo. --Artículos 1748 y 1771.
7. La mala administración del marido puede dar motivo a la disolución de la sociedad conyugal por sentencia judicial que decrete la separación de bienes. Artículo 155. (Código Civil de Chile, 2000)

En el caso del Código Civil de España hay un desarrollo total sobre el tema planteado no dice que; “La gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges. Para realizar ciertos actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se necesitará el consentimiento de ambos cónyuges”. (Artículo 1375). (Código Civil de España, 2019)

Al momento de ejecutar actos administrativos, se requiriese el consentimiento de ambos cónyuges y uno de ellos estuviese impedido para prestarlo o simplemente se negara de forma injustificada, el Juez podría suplirlo si encontrare una petición fundamentada por parte del otro cónyuge. Así, podrá el Juez autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes (Artículo 1376) (Código Civil de España, 2019).

Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Cada uno de los cónyuges podrán disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales.

La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento (Artículo 1380).

Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario de acuerdo con el uso y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes. (Artículo 1382)

8. Se debe proveer de mayor información a los futuros cónyuges sobre la posibilidad que tienen de construir su propia sociedad conyugal en base a regímenes patrimoniales que precautelen sus intereses individuales y comunes.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, B. (2006). Régimen patrimonial del matrimonio. *Revista derecho*, 313- 355.
- Alarcón, Y. (1 de Noviembre de 2003). El régimen matrimonial de comunidad legal en derecho francés. (F. Dialnet, Ed.) *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 20(11), 1-11.
- Alarcón, Y. (2005). Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la novísima recopilación. *Revista de Derecho*(24), 2-31.
- Arocena, A. (2007). *Manual de derecho privado y justicia preventiva Europa* ( Renteria Arocena, Alfonso ed., Vol. 4). (A. Renteria Arocena, Ed., & N. definido, Trad.) España, Andalucía, España: IRENE.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución Nacional*. Quito: Registro oficial.
- BELLO, A. (1857). CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. CHILE.
- Belluscio, A. (2011). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial de Palma.
- BNC CHILE. (22 de 02 de 2010). REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO. CHILE.
- Borda, G. (2008). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- CABALLENAS, G. (2009). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- CABANELLAS, G. (1979). *DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL*. BUENOS AIRES: HELIASTAR SRI.
- Código Civil de Chile. (16 de MAYO de 2000). Ministerio de justicia. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Código Civil de España. (19 de Marzo de 2019). Código Civil de España. Madrid, España.
- Código Civil del Ecuador. (10 de mayo de 2005). CÓDIGO CIVIL. *CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR*, 46. (T. CONSTITUCIONAL, Ed.) QUITO, PICHINCHA, ECUADOR: Editorial Jurídica.
- Código Civil Y Comercial de Argentina. (2015). REGISTRO OFICIAL. BUENOS AIRES, ARGENTINA: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Código Civil y de Comercio de Argentina. (2015). REGISTRO OFICIAL. BUENOS AIRES, ARGENTINA: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- CÓDIGO CIVIL, E. (1970). *CÓDIGO CIVIL ECUADOR*. QUITO: Registro oficial.
- Código Civil, E. (2005). *Código Civil*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro oficial.
- CONGRESO NACIONAL. (2005). *CODIGO CIVIL*. Quito: Registor oficial .
- CONTRERAS, M. D. (2010). *DERECHOS DE FAMILIA Y SUCESIONES* (INSTITUTO DE INVESTIGACION JURÍDICA ed.). (U. N. MEXICO, Ed.) MEXICO.

- Creus, L. R. (mayo de 2019). RÉGIMEN ECONÓMICO Y PACTOS MATRIMONIALES EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO. *IDIBE*, 1-21.
- Farsi, S. (2012). Regímenes matrimoniales. *Colegio de Abogados de Buenos Aires*.
- Fernández, M. R. (2015). *La Comunidad Post Ganancial* (EDITOR J.M. BOSCH ed.). (Sinopsis, Ed., & E. J. BOSCH, Trad.) Barcelona, Madrid: Editorial Bosch. Garzón, M. D. (junio de 2017). ACUERDOS PREMATRIMONIALES Y MATRIMONIALES EN EL ACTUAL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS. *Revista de Derecho Civil*, 3-54.
- Gaspar, J. (2019). *Del matrimonio y sus efectos*. Obtenido de El telégrafo: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/408/1/del-matrimonio-y-sus-efectos>
- Giménez, A. O. (2017). EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN EL REINO UNIDO. *Revista Castellano Manchega de Ciencias Sociales*, 201-207.
- Gómez, H. (2012). *Derecho De Familia*. Santa Fe De Bogotá: Temis.
- Holguín, J. (2015). *Derecho Civil Del Ecuador*. Quito-Ecuador: Corporación/Estudios.
- HOLGUÍN, J. L. (1978). *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*. QUITO: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS.
- Lledó, F. (2009). *Compendio de derecho de familia* (segunda edicion ed., Vol. 4). (Rústica, Ed.) Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Lovato, J. (2013). *Programa Analítico Del Derecho Procesal Ecuatoriano*. Quito: Editorial Universitaria.
- MARTÍNEZ, L. (2016). *Responsabilidad Patrimonial De La Sociedad De Gananciales*. Burgos: Editorial Civitas.
- Morales, J. (1992). *Derecho Civil de las personas*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Morales, J. (2015). *Derecho civil de las personas* (Universidad del Azuay ed., Vol. 1). (J. Morales, Ed., & J. Morales, Trad.) Cuenca, AZUAY, ECUADOR: Universidad del Azuay.
- Morán, R. (2009). *Derecho Procesal Civil Práctico*. Madrid: Astrea.
- PERALES, M. (7 de julio de 2016). *Regimenes Económicos matrimoniales en España: Sociedad de gananciales, separacion de bienes o participaciön*. Obtenido de Rankia: <https://www.rankia.com/blog/irpf-declaracion-renta/3270666-regimenes-economicosmatrimoniales-espana-sociedad-gananciales-separacion-bienes-participacion>
- Pinochet, R. (1996). *Regímenes patrimoniales del matrimonio*. Santiago de Chile: Universidad de Talca.

- PROUDHON, P. J. (4 de noviembre de 1988). Regimen de Bienes en el Matrimonio. 55, *Tercera Edicion* . (C. D. CORDOBA, Ed.) BUENOS AIRES, ARGENTINA: PROYECCIÓN S. R. L.
- RAMOS, R. (2007). *DERECHO DE FAMILIA* (Editorial Jurídica de Chile ed.). Santiago de Chile, Chile : Editorial Jurídica de Chile.
- SPILA, E. F. (2016). REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO " EL ASENTIMIENTO CONYUGAL EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. BUENOS AIRES.
- Vidal, C. (2011). *El régimen de bienes en el matrimonio* (Tercera Edicion ed., Vol. 3). (C. Vidal, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Astrea.