**Informe**

**Descripción y Análisis General de los regímenes de participación en los gananciales y el de comunidad de gananciales propuestos como alternativos al de sociedad conyugal**

**Leonardo Estradé-Brancoli**

**Asesor Legislativo**

**21 de Agosto de 2018**

*Régimen de Participación en los Gananciales*

*Descripción de conformidad a los artículos del código civil*

Los esposos podrán pactar el régimen de participación en los gananciales en capitulaciones matrimoniales a la vez sustituir el régimen de sociedad conyugal o el de separación por el régimen de participación

En el régimen de participación en los gananciales los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges

administra, goza y dispone libremente de lo suyo. Al finalizar la vigencia del régimen de bienes, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente.

Ninguno de los cónyuges podrá otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge.

Los actos ejecutados en contravención a las normas precedentes adolecerán de nulidad relativa. El cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde el día en que el cónyuge que la alega tuvo conocimiento del acto. Pero en ningún caso podrá perseguirse la rescisión pasados diez años desde la celebración del acto o contrato.

A la disolución del régimen de participación en los gananciales, los patrimonios de los cónyuges permanecerán separados, conservando éstos o sus causahabientes plenas facultades de administración y disposición de sus bienes. A la misma fecha se determinarán los gananciales obtenidos durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales.

Se entiende por gananciales la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge.

Se entiende por patrimonio originario de cada cónyuge el existente al momento de optar por este régimen y por su patrimonio final, el que exista al término de dicho régimen.

El patrimonio originario resultará de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea titular al iniciarse el régimen, el valor total de las obligaciones de que sea deudor en esa misma fecha. Si el valor de las obligaciones excede al valor de los bienes, el patrimonio originario se estimará carente de valor.

Se agregarán al patrimonio originario las adquisiciones a título gratuito efectuadas durante la vigencia del régimen, deducidas las cargas con que

estuvieren gravadas.

Los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales se agregarán al activo del patrimonio originario, aunque

lo haya sido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición sea anterior al inicio del régimen de bienes.

Por consiguiente, y sin que la enumeración siguiente sea taxativa, se agregarán al activo del patrimonio originario:

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

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

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

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

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

6.- Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes de la vigencia del régimen.

7.- Lo mismo se aplicará a los intereses devengados antes y pagados después.

Los frutos, incluso los que provengan de bienes originarios, no se incorporarán al patrimonio originario. Tampoco las minas denunciadas por uno de los cónyuges, ni las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida.

Los cónyuges son comuneros, según las reglas generales, de los bienes adquiridos en conjunto, a título oneroso. Si la adquisición ha sido a título gratuito por ambos cónyuges, los derechos se agregarán a los respectivos patrimonios originarios, en la proporción que establezca el título respectivo,

o en partes iguales, si el título nada dijere al respecto.

Los cónyuges o esposos, al momento de pactar este régimen, deberán efectuar un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio

originario.

A falta de inventario, el patrimonio originario puede probarse mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas o títulos de crédito. Con todo, serán admitidos otros medios de prueba si se demuestra que, atendidas las circunstancias, el esposo o cónyuge no estuvo en situación de procurarse un instrumento.

Al término del régimen de participación en los gananciales, se presumen

comunes los bienes muebles adquiridos durante él, salvo los de uso personal de los cónyuges. La prueba en contrario deberá fundarse en

antecedentes escritos.

Los bienes que componen el activo originario se valoran según su estado al momento de entrada en vigencia del régimen de bienes o de su adquisición. Por consiguiente, su precio al momento de incorporación al patrimonio originario será prudencialmente actualizado a la fecha de la

terminación del régimen.

La valoración podrá ser hecha por los cónyuges o por un tercero designado por ellos. En subsidio, por el juez.

Las reglas anteriores rigen también para la valoración del pasivo.

El patrimonio final resultará de deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge sea dueño al momento de terminar el régimen, el valor total de las obligaciones que tenga en esa misma fecha.

En el patrimonio final de un cónyuge se agregarán imaginariamente los montos de las disminuciones de su activo que sean consecuencia de los siguientes actos, ejecutados durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales:

1.- Donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario.

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

3.- Pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos. Lo dispuesto en este número no regirá respecto de las rentas vitalicias convenidas al amparo de lo establecido en el decreto ley Nº 3.500, de 1980, salvo la cotización adicional voluntaria en la cuenta de capitalización individual y los depósitos en cuentas de ahorro voluntario, los que deberán agregarse imaginariamente conforme al inciso primero del presente artículo.

 Las agregaciones referidas serán efectuadas considerando el estado que tenían las cosas al momento de su enajenación.

Lo dispuesto en este artículo no rige si el acto hubiese sido autorizado por el otro cónyuge.

Dentro de los tres meses siguientes al término del régimen de participación en los gananciales, cada cónyuge estará obligado a proporcionar al otro un inventario valorado de los bienes y obligaciones que comprenda su patrimonio final. El juez podrá ampliar este plazo por una sola vez y hasta por igual término. El inventario simple, firmado por el cónyuge, hará prueba en favor del otro cónyuge para determinar su patrimonio final. Con todo, éste podrá objetar el inventario, alegando que no es fidedigno. En tal caso, podrá usar todos los medios de prueba para demostrar la composición o el valor efectivo del patrimonio del otro cónyuge. Cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la facción de inventario en conformidad con las reglas del Código de Procedimiento Civil y requerir las medidas precautorias que procedan.

Los bienes que componen el activo final se valoran según su estado al momento de la terminación del régimen de bienes. Los bienes se apreciarán según el valor que hubieran tenido al término del régimen de bienes. La valoración de los bienes podrá ser hecha por los cónyuges o por un tercero designado por ellos. En subsidio, por el juez. Las reglas anteriores rigen también para la valoración del pasivo.

Si alguno de los cónyuges, a fin de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, se sumará a su patrimonio final el doble del valor de aquéllos o de éstas.

Si el patrimonio final de un cónyuge fuere inferior al originario, sólo él soportará la pérdida. Si sólo uno de los cónyuges ha obtenido gananciales,

el otro participará de la mitad de su valor. Si ambos cónyuges hubiesen obtenido gananciales, éstos se compensarán hasta la concurrencia de los de menor valor y aquel que hubiere obtenido menores gananciales tendrá derecho a que el otro le pague, a título de participación, la mitad del excedente.

El crédito de participación en los gananciales será sin perjuicio de otros créditos y obligaciones entre los cónyuges.

Del término del régimen de participación en los gananciales

El régimen de participación

en los gananciales termina:

1.- Por la muerte de uno de los cónyuges.

2.- Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges.

3.- Por la declaración de nulidad del matrimonio o sentencia de divorcio.

4.- Por la separación judicial de los cónyuges.

5.- Por la sentencia que declare la separación de

bienes.

6.- Por el pacto de separación de bienes.

Del crédito de participación en los gananciales

El crédito de participación en los gananciales se originará al término del régimen

Se prohíbe cualquier convención o contrato respecto de ese eventual crédito, así como su renuncia, antes del término del régimen de participación en los gananciales.

El crédito de participación en los gananciales es puro y simple y se pagará

en dinero.

Con todo, si lo anterior causare grave perjuicio al cónyuge deudor o a los hijos comunes, y ello se probare debidamente, el juez podrá conceder plazo de hasta un año para el pago del crédito, el que se expresará en

unidades tributarias mensuales. Ese plazo no se concederá si no se asegura, por el propio deudor o un tercero, que el cónyuge acreedor quedará de todos modos indemne.

Los cónyuges, o sus herederos, podrán convenir daciones en pago para solucionar el crédito de participación en los gananciales.

Renacerá el crédito, si la cosa dada en pago es evicta, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo.

Para determinar los créditos de participación en los gananciales, las atribuciones de derechos sobre bienes familiares, efectuadas a uno de los cónyuges serán valoradas prudencialmente por el juez.

El cónyuge acreedor perseguirá el pago, primeramente, en el dinero del deudor; si éste fuere insuficiente, lo hará en los muebles y, en subsidio, en los inmuebles. A falta o insuficiencia de todos los bienes señalados, podrá perseguir su crédito en los bienes donados entre vivos, sin su consentimiento, o enajenados en fraude de sus derechos. Si persigue los bienes donados entre vivos, deberá proceder contra los donatarios en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes.

Esta acción prescribirá en cuatro años contados desde la fecha del acto.

Los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, preferirán al crédito de participación en los gananciales. La acción para pedir la liquidación de los gananciales se tramitará breve y sumariamente, prescribirá en el plazo de cinco años contados desde la terminación del régimen y no se suspenderá entre los

cónyuges. Con todo, se suspenderá a favor de sus herederos menores.

*Análisis General*

Es necesario como antecedente tener presente que el régimen de participación en los gananciales es excepcional en el derecho comparado, es legal en Alemania, esto es si las partes nada dicen se entiende éste el régimen contraído, pero en la mayoría de los países rige el de comunidad de bienes como legal o supletorio de la voluntad de las partes y también pero mas excepcional el de separación de bienes, tal es el caso de Estados Unidos y Gran Bretaña. Ahora bien, en aquellos países en que rige el régimen de comunidad de bienes o con otra denominación como sociedad conyugal o sociedad de gananciales, solo en dos Francia y España el de participación en los gananciales es uno mas alternativo, pero en ellos no tienen aplicación práctica.

Se entiende por gananciales la diferencia del valor neto entre el patrimonio originario, esto es el que tenía al momento de optar al régimen y final, esto es el que exista al término del régimen, ambas gananciales se suman y dividen por dos, y ese resultado se compara con los del cónyuge con menos gananciales, por esa diferencia tiene un crédito en contra del otro cónyuge.

Para determinar la viabilidad del régimen de participación en los gananciales hay que analizarlo desde dos factores:

Aspecto Cuantitativo

En Chile no supera el 2% de los matrimonios y

Aspecto Cualitativo

Es el grado de conocimiento jurídico, entendimiento y efectividad de sus normas por parte de quienes lo contraen.

a. En cuanto al conocimiento, las personas ignoran los puntos centrales, en cuanto a la administración que es separada, salvo la autorización del otro cónyuge para otorgar caución, en lo demás en lo que se refiere a la administración es similar a la separación de bienes; tampoco tienen conocimiento que como consecuencia del cálculo de gananciales se debe determinar éstos para que el cónyuge con menos gananciales haga efectivo un crédito por la mitad del excedente en contra del otro; además muchos de los que contraen creen estarlo en un régimen comunidad alternativo a una sociedad conyugal con administración marital y separación de bienes, lo que claramente no es así.

b. Al ignorarse las normas por las que se rige, no se entiende su sentido y alcance.

c. Como consecuencia de lo anterior, quienes lo contraen no hacen valer los créditos en parte porque no forma parte de la idiosincrasia de los matrimonios chilenos, en parte por no tener conocimiento de ello, en parte por lo engorroso que resulta, por lo que la consecuencia es que a su disolución opera en el hecho como separación de bienes.

Teniendo en cuenta los dos factores ya señalados, si el régimen de participación en los gananciales opera como régimen de separación, esto significa que en los hechos no es una alternativa mas, y no es dable plantear que se trata de una alternativa mas, porque para que efectivamente lo fuere, deben los contrayentes estar en conocimiento, entendimiento y a su vez tenga aplicación práctica, pero no sucede en ninguna de las circunstancias.

La consecuencia lógica de la existencia del régimen de participación en los gananciales, genera confusión y no cumple con las expectativas de los contrayentes, ni de las personas en general, lo que se ve agravado por una falsa apreciación de su contenido, esto es estar en la creencia de que otras son las normas que lo componen o a lo menos distintas.

En general frente a cualquier materia, pero específicamente sobre el régimen matrimonial, pueden existir distintas alternativas y es legítimo que así fuere, para optar la que mejor les parezca; no obstante éstas deben interpretar adecuadamente lo que las personas comunes esperan, pero ello no es factible cuando esas personas a quienes potencialmente les puede regir ignoran la existencia de un crédito de un cónyuge en contra del otro o de saberlo no lo aplican, por lo que no cabe sostener que constituye una real alternativa; lo que significa que no tiene dicho régimen aplicación práctica y se desvirtúa en su escencia.

*Régimen de Comunidad de Gananciales*

*Descripción de contenidos en proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados y aprobado en general por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*

En el régimen de comunidad de gananciales, los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de ellos administra, goza y dispone libremente de lo suyo; sin perjuicio de las obligaciones y limitaciones que en el presente título se les imponen, y por la declaración de bien familiar.

Al término del régimen de bienes se forma entre los cónyuges, o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro, una comunidad que se rige por las normas del respectivo título.

 De la administración del patrimonio de los cónyuges durante la vigencia del Régimen de Comunidad de Gananciales

 Durante la vigencia del régimen de comunidad de gananciales ninguno de los cónyuges podrá, sin autorización del otro, enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces que hayan sido adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen.

Tampoco podrán, sin dicha autorización, arrendar o ceder la tenencia de los bienes raíces a que se refiere el inciso anterior por mas de dos años si fueren urbanos o mas de cuatro si fueren rurales.

Del mismo modo, necesitarán de la autorización del otro cónyuge para constituirse en aval, codeudor solidario o fiador respecto de las obligaciones contraídas por terceros, como también para otorgar cualquiera otra clase de caución respecto de esas mismas obligaciones.

La autorización deberá ser específica, otorgada por escrito o por escritura pública, si el acto exigiere esta solemnidad, o interviniendo expresa y directamente en el mismo. Podrá prestarse, en todo caso, por medio de mandato especial constituido por escritura pública.

Las normas de los incisos precedentes se aplicarán también a las acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades civiles o comerciales, derechos o concesiones inscritos, naves o aeronaves, adquiridas a título oneroso durante la vigencia del régimen; pero en estos casos la autorización podrá también otorgarse mediante mandato general.

La autorización de que trata este artículo podrá ser suplida por el juez, con conocimiento de causa y citación del otro cónyuge, si éste la negare sin justo motivo. Podrá, asimismo, ser suplida por el juez en caso de algún impedimento, y de la demora se siguiere perjuicio. El juez deberá tomar los resguardos al dar dicha autorización, hasta que el impedimento antes mencionado se subsane, para evitar todo fraude al otro cónyuge. Pero no podrá suplirse dicha autorización si el otro cónyuge se opusiere a la donación de cualquiera de los bienes señalados en el inciso primero.

Los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en el artículo precedente adolecerán de nulidad relativa. La acción podrá deducirse durante toda la vigencia del régimen de comunidad de gananciales y hasta cuatro años después de su terminación. En ningún caso podrá solicitarse pasados diez años desde la celebración del acto o contrato.

La nulidad o inoponibilidad anteriores podrán ser impetradas por el cónyuge cuya voluntad se omitió, por sus herederos o cesionarios.

En el caso de incapacidad de cualquiera de los cónyuges, o ausencia en los términos prescritos en el artículo 473, administrará sus bienes quien hubiere sido nombrado su curador o curador de bienes según las reglas generales.

Con todo, si la mujer hubiere sido nombrada curadora de su marido o de sus bienes, o el marido lo hubiere sido de su mujer o de los bienes de ésta, requerirá autorización judicial con conocimiento de causa para la celebración de los referidos actos o contratos.

Si el cónyuge no quisiere tomar sobre sí la administración de los bienes del otro cónyuge, ni mantener el régimen de comunidad de gananciales con un curador que administra los bienes del otro cónyuge, podrá pedir la separación de bienes, procediéndose a la liquidación del régimen existente.

Los contratos que celebren los cónyuges entre sí se regirán por las disposiciones que respecto de cada uno contienen las leyes.

Los cónyuges deben informarse recíproca y periódicamente sobre la situación patrimonial y estado de sus negocios. El juez conocerá de esta materia breve y sumariamente, a petición de uno de los cónyuges.

Del activo y el pasivo de la comunidad formada a la disolución del Régimen de Comunidad de Gananciales

El haber de la comunidad que se forma al término del régimen entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro, se compone:

1.- De todos los bienes existentes al término del régimen, cualquiera que sea su naturaleza, que hayan sido adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges durante la vigencia de éste.

2.- De las concesiones mineras otorgadas a uno de los cónyuges o a ambos durante la vigencia del régimen.

3.- De los frutos, rentas, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que se encuentren pendientes al momento de la formación de la comunidad, que provengan de los bienes que ingresaron a ella.

4.- De los ingresos y remuneraciones provenientes del trabajo material o intelectual, conjunto o separado de los cónyuges, que se encuentren pendientes al momento de la formación de la comunidad.

Los bienes muebles o inmuebles adquiridos por cualquiera de los cónyuges o por ambos a título de donación, herencia o legado, no ingresarán al haber de la comunidad y se mantendrán en el patrimonio del cónyuge donatario, heredero o legatario.

No obstante no entrarán a componer el haber común:

1.- El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble de alguno de los cónyuges conforme al artículo 1788-7;

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

3.- Todos los aumentos materiales que acrezcan a cualquier bien de uno de los cónyuges, adquirido con anterioridad al inicio del régimen de comunidad de gananciales o durante su vigencia a título gratuito, formando un mismo cuerpo con él, salvo que tales aumentos se hayan producido por causa onerosa durante el régimen, caso en el cual el mayor valor pertenecerá a la comunidad que se forme a la terminación del mismo.

Si uno de los cónyuges fuere dueño de un terreno adquirido antes del inicio del régimen o durante su vigencia a título gratuito, y él o su cónyuge adquiriese otro terreno contiguo a título oneroso, del que el primero no pudiese desmembrarse sin daño, al término del régimen, la comunidad y el dicho cónyuge serán comuneros del todo a prorrata del valor de sus respectivas cuotas.

Si uno de los cónyuges fuere dueño en común con otros de un bien adquirido antes del inicio del régimen, o durante su vigencia a título gratuito, y durante la vigencia del mismo se hiciere dueño del todo a título oneroso, ese bien pertenecerá proindiviso al terminar el régimen, a dicho cónyuge y a la comunidad que se forme, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero, y de lo que haya costado la adquisición del resto.

La parte del tesoro, que según la ley pertenece al que lo encuentra, se agregará al haber del cónyuge que lo encuentre y no ingresará al haber de la comunidad al término del régimen. La parte del tesoro que según la ley pertenece al dueño del terreno en que se encuentra se agregará al haber del cónyuge propietario, y seguirá la suerte de dicho terreno.

Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble que uno de los cónyuges haya adquirido antes del inicio del régimen o durante su vigencia a título gratuito, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que, vendido el segundo durante la vigencia del régimen, se haya comprado con su precio el primero; y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar.

Puede también subrogarse un inmueble a valores de uno de los cónyuges, y que no consistan en bienes raíces; mas para que valga la subrogación, será necesario que los valores hayan sido destinados a ello, y que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar.

Si se subroga un inmueble a otro y el precio de venta del antiguo inmueble excediere al precio de compra del nuevo, este exceso y lo que con él se adquiera no ingresará a la comunidad; y si, por el contrario, el precio de compra del nuevo inmueble excediere el precio de venta del antiguo, este nuevo inmueble, al término del régimen de comunidad de gananciales, pertenecerá proindiviso a dicho cónyuge y a la comunidad que se forme, a prorrata de sus respectivas cuotas.

Si, permutándose dos inmuebles, se recibe un saldo de dinero, ese saldo y lo que con él se adquiera no ingresarán a la comunidad, y si, por el contrario, se pagare un saldo, no habrá subrogación en el exceso y, al término del régimen de comunidad de gananciales, el inmueble pertenecerá proindiviso a ese cónyuge y a la comunidad que se forme, en proporción de sus respectivas cuotas.

La misma regla se aplicará en caso de subrogarse un inmueble a valores.

La especie adquirida durante la vigencia del régimen de comunidad de gananciales, cualquiera sea su naturaleza, no pertenecerá a la comunidad, aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a la vigencia de dicho régimen.

Por consiguiente, no pertenecerán a la comunidad:

1.- Las especies que uno de los cónyuges poseía antes de la vigencia del régimen de comunidad de gananciales, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante él. Con todo, si la transacción a través de la cual se le ha reconocido dominio a uno de los cónyuges sobre una determinada especie, llevare envuelta una contraprestación, dicha especie pertenecerá proindiviso al terminar el régimen de bienes, a dicho cónyuge y a la comunidad que se forme, a prorrata de la cuota de dominio que le fuere reconocida mediante la transacción y de lo que le haya costado la adquisición del resto;

2.- Los bienes que se poseían antes de la vigencia del régimen por título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante éste por la ratificación o por otro remedio legal;

3.- Los bienes que eran litigiosos antes de la vigencia del régimen y cuya posesión pacífica ha adquirido uno de los cónyuges durante la vigencia del mismo;

4.- Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, celebrado antes de la vigencia del régimen, o por haberse revocado una donación celebrada en las mismas circunstancias;

5.- El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad adquirida por uno de los cónyuges con anterioridad a la vigencia del régimen, y

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

Los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante la vigencia del régimen en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a éste, mediante una promesa que consta de un instrumento público, o de un instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros de acuerdo al artículo 1703, no ingresarán a la comunidad que se forma al término del régimen de bienes, siempre que el precio se encontrare íntegramente pagado con anterioridad a la vigencia del régimen.

Si por el contrario, la celebración del contrato definitivo durante la vigencia del régimen hubiere implicado un desembolso de parte del cónyuge adquirente, para completar el precio debido, dicho bien pertenecerá proindiviso al término del régimen a dicho cónyuge y a la comunidad que se forme, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero y de lo que haya costado la adquisición del resto.

Se reputan adquiridos durante la vigencia del régimen de comunidad de gananciales los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges a título oneroso, y que de hecho no se adquirieron sino después de terminado este régimen, por no haberse tenido noticia de ellos o por haberse entrabado injustamente su adquisición o goce.

Los frutos que, sin esta ignorancia o sin esta traba, hubieran debido ingresar al haber común, se agregarán a éste.

Las donaciones remuneratorias hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no daban acción contra la persona servida, no ingresarán a la comunidad; pero las que se hicieren por servicios que hubieran dado acción contra dicha persona, y cuyo pago se encontrare pendiente al término del régimen, ingresarán a la comunidad, hasta concurrencia de lo que hubiera habido acción a pedir por ellos, y no más; salvo que dichos servicios se hayan prestado antes del inicio del régimen de comunidad de gananciales, pues en tal caso no ingresarán a la comunidad en parte alguna.

Toda cantidad de dinero y de cosas muebles que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al término del régimen de comunidad de gananciales se presumirán pertenecer a la comunidad, a menos que se pruebe lo contrario.

Ni la declaración de uno de los cónyuges, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento.

Sin embargo, se mirarán como pertenecientes a cada cónyuge sus vestuarios y todos los bienes muebles de uso personal necesario y exclusivo.

Ninguno de los cónyuges podrá reclamar de un tercero de buena fe bienes muebles, alegando ser éstos de su propiedad, cuando el otro cónyuge, en virtud de un contrato a título oneroso, hubiere efectuado su entrega o tradición.

No se presumirá la buena fe del tercero cuando el bien objeto del contrato figure inscrito a nombre del otro cónyuge en un registro abierto al público, como en el caso de los automóviles, acciones de sociedades anónimas y otros.

La comunidad es obligada al pago:

1.- De las deudas existentes a la terminación del régimen de comunidad de gananciales, provenientes de la adquisición o administración que cada uno de los cónyuges haya hecho de los bienes comunes;

2.- De las deudas existentes a la terminación del régimen y que provengan de las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes comunes, y

3.- De las deudas existentes a la terminación del régimen y que provengan del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes.

Toda otra deuda será de cargo del cónyuge respectivo y sólo podrá perseguirse en sus bienes o en sus derechos cuotativos en la comunidad.

De la terminación del Régimen de Comunidad de Gananciales y de su liquidación

El régimen de comunidad de gananciales termina:

1.- Por la muerte de uno de los cónyuges.

2.- Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, según lo prevenido en el Título II del Libro I “Del principio y fin de la existencia de las personas”.

3º.-Por la declaración de nulidad del matrimonio.

4.- Por la sentencia de divorcio.

5.- Por la sentencia de separación judicial.

6.- Por la sentencia de separación de bienes.

7.- Por el pacto de separación de bienes o de sociedad conyugal.

Terminado el régimen, se forma una comunidad, debiendo procederse de inmediato, por los comuneros, a la confección de un inventario y tasación de todos sus bienes.

El inventario y tasación que se hubieren hecho sin solemnidad judicial, no tendrán valor en juicio, sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado.

Si entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes, serán de necesidad el inventario y tasación solemnes; y si se omitiere hacerlos, aquel a quien fuere imputable esta omisión, responderá de los perjuicios; y se procederá lo más pronto posible a legalizar dicho inventario y tasación en la forma debida.

Para los efectos del pago de las deudas, los terceros acreedores, a través de un procedimiento no contencioso, podrán solicitar que se proceda a la confección del inventario y el juez resolverá de plano. Con el solo mérito del inventario, los acreedores podrán ejercer sus respectivas acciones en contra de los cónyuges o de cualquiera de los comuneros.

Aquel de los comuneros que hubiere enajenado en fraude de los derechos de alguno de los otros, un bien perteneciente a la comunidad, se verá obligado a restituirlo y perderá su porción en él.

Deducido el pasivo común, el residuo se dividirá por mitad entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido.

No se imputarán a la mitad de gananciales del cónyuge sobreviviente ninguno de los bienes que reciba en herencia o legado del cónyuge difunto.

La división de los bienes comunes se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.

Cuando las deudas de la comunidad se hubieren pagado con bienes pertenecientes a uno de los cónyuges, éste tendrá acción en contra del otro para el reintegro de la mitad de lo pagado.

En caso de que deudas de exclusiva responsabilidad de uno solo de los cónyuges se hayan pagado con bienes comunes, el cónyuge beneficiado, una vez practicada la liquidación del haber común, deberá devolver al otro cuanto excediere a la cuota de dominio que sobre esos bienes le corresponda.

Cada cónyuge es responsable de las deudas que irrogue su propia administración, salvo las señaladas en los bienes comunes las que se dividirán entre ambos cónyuges por mitades. Con todo, si se exigiere al cónyuge que no contrajo la deuda una contribución mayor a su mitad de gananciales, éste no estará obligado a ello, mas para gozar de este beneficio deberá probar el exceso por el inventario y tasación, o por otros documentos auténticos.

Aquel de los cónyuges que, por el efecto de una hipoteca o prenda constituida sobre una especie que le ha cabido en la división del haber común, pagare una deuda de los bienes comunes, tendrá acción contra el otro cónyuge para el reintegro de la mitad de lo que pagare; y, pagando una deuda del otro cónyuge, tendrá acción contra él para el reintegro de todo lo que pagare.

En ambos casos, para los efectos del reintegro, se entenderá legalmente subrogado en los derechos del acreedor.

Si el marido o la mujer dispone, por causa de muerte, de una especie que debe pertenecer a la comunidad, el asignatario de dicha especie sólo podrá reclamarla si ella fuere adjudicada a todos o a alguno de los herederos del testador; y en caso contrario sólo tendrá derecho para reclamar su precio.”.

*Análisis General*

A la terminación del régimen de comunidad de gananciales, tiene en cuanto a requisitos una normativa similar a la de la sociedad conyugal.

Al respecto cabe señalar lo siguiente:

En ambos regímenes durante su vigencia, esto es el de sociedad conyugal y el de comunidad de gananciales, existe la diferenciación entre bienes propios y bienes sociales en el caso de la sociedad conyugal y bienes propios y bienes con vocación comunes en el caso de la comunidad de gananciales.

En el régimen de participación en los gananciales, no existe propiamente tal la distinción y tiene importancia para efecto del patrimonio originario y final.

En cuanto a la administración, en el régimen de sociedad conyugal, que en el derecho comparado se denomina también sociedad de gananciales, comunidad de bienes, la administración es conjunta requiriendo el consentimiento conjunto para enajenar o gravar los inmuebles, muebles registrables y residualmente los demás pasan a ser de administración individual o indistinta; el de comunidad e gananciales hay dos patrimonios administrados separadamente y los bienes que a futuro formarán la comunidad, esto es los inmuebles y muebles registrables se protegen requiriendo el consentimiento de ambos.

En el régimen de participación en los gananciales la única limitación es requerir el consentimiento del otro cónyuge cuando se otorga caución.

El hecho de contener el régimen de comunidad de gananciales un activo que incluye el haber común y propio de cada cónyuge, así como un pasivo, reafirma por ese solo hecho el carácter comunitario de dicho régimen, al igual que también lo es la sociedad conyugal.

En ambos regímenes al término de la sociedad conyugal y comunidad de gananciales que pasan a ser bienes comunes al terminarse la comunidad de gananciales y se forma una comunidad entre los cónyuges adquiriendo los cónyuges localidad la calidad de comuneros, al efectuarse la partición, lo mismo que la sociedad conyugal.

En el régimen de participación en los gananciales, lo anterior tiene importancia para efecto del cálculo de los gananciales y por consiguiente el crédito eventual de un cónyuge respecto del otro.

En cuanto a su terminación, se explicita también la formación de la comunidad, y considerando que cada cónyuge responde de las que hubiere durante su administración, serán comunes y se dividirán por mitades las provenientes de los bienes comunes, incluidos los adquiridos a título oneroso y los frutos o rentas de éstos o los propios de cada cual, de sus cargas y reparaciones usufructuarias y las que provengan de la educación y establecimiento de los descendientes comunes. Si uno de los cónyuges contribuyó a una deuda en proporción mayor a su mitad, dado que hasta ahí es su obligación, tiene por ese concepto beneficio de emolumento.

Los dos párrafos anteriores consagran un régimen de comunidad tomando lo positivo de la separación, dado que si bien la administración de los patrimonios de cada cónyuge es separada, requiere del otro cónyuge la autorización para enajenar o gravar o prometer enajenar o gravar los bienes raíces, así como las acciones de sociedades anónimas, participaciones en sociedades civiles o comerciales, derechos o concesiones inscritos, naves o aeronaves, lo que significa que bienes estimados como de mayor valor o que de éstos deba aumentar la plusvalía deba también tomar decisiones importantes el otro cónyuge que no es propietario, esto es, respecto de aquellos con vocación comunes; siendo precisamente esta una garantía para el cónyuge con menos bienes o económicamente mas débil, por regla general la mujer.

Además de lo anterior, tiene la limitación señalada en caso de declaratoria de bien familiar en forma específica, en concordancia a como se señala en forma expresa a los regímenes de sociedad conyugal y separación de bienes, como el de participación en los gananciales y el de comunidad e gananciales.

Se tiene presente que las limitaciones y autorizaciones judiciales requeridas para la comunidad de gananciales, procede en términos muy parecidos al establecido para la sociedad conyugal; pero con una normativa mas simplificada en relación a éste, teniendo presente la mayor complejidad por la triple administración que según cual fuere, tendrá su propias disposiciones.

Conclusión

Por tanto, las razones expuestas, el régimen de participación en los gananciales con modalidad crediticia como su nombre lo indica en su esencia genera un crédito de un cónyuge en contra del otro con las gananciales, pero en la práctica al no cobrarlo lo hace impracticable opera como separación de bienes, amerita la sustitución por el régimen de participación en los gananciales con modalidad comunidad o comunidad de gananciales, o por lo menos permitir a éste (el de comunidad de gananciales) agregarse como alternativo a los dos regímenes primarios el de sociedad conyugal y separación de bienes y al otro alternativo de participación en los gananciales; los tres vigentes en la actualidad.