

LOS BIENES FAMILIARES¹

Sumario:

- 1.- Concepto
- 2.- Características
- 3.- Bienes que pueden declararse familiares
 - 3.1. El inmueble que sirve de residencia principal de la familia
 - 3.2. Los muebles que guarnecen la residencia principal de la familia
 - 3.3. Derechos o acciones en una sociedad propietaria del inmueble que sirva de residencia principal a la familia
- 4.- Declaración de afectación de un bien como familiar
 - 4.1. Afectación por declaración judicial
 - 4.2. Afectación por declaración unilateral solemne
 - 4.3. El fraude en la afectación
- 5.- Efectos de la declaración de un bien como familiar
 - 5.1. Cogestión de los bienes familiares
 - 5.2. Constitución de derechos reales de goce
- 6.- Limitaciones a la ejecución. Beneficio de excusión
- 7.- Desafectación de un bien como familiar
 - 7.1. Formas de desafectación.
 - 7.2. Desafectación convencional.
 - 7.3. Desafectación judicial.
 - 7.4. Desafectación legal por enajenación.
 - 7.5. Posibilidad de reafectación

La Ley número 19.335², del año 1994, introdujo en nuestra legislación la institución denominada “BIENES FAMILIARES”, regulándola en los artículos 141 al 149 del Código Civil, que analizaremos seguidamente. Por su parte, el inc. final del art. 15 de la Ley N° 20.830, sobre el acuerdo de unión civil, dispone que “Cualquiera sea el régimen de bienes que exista entre los convivientes civiles, tendrá aplicación lo dispuesto en los artículos 141 a 149 del Código Civil”. Los arts. 141 a 149, discurren sobre la base de que exista matrimonio. La Ley N° 20.830, que se haya celebrado el contrato de acuerdo de unión civil.

1.- Concepto.

No define el Código Civil lo que se entiende por “bienes familiares”, pero del tenor de las normas que regulan la institución, podríamos definirlos como aquellos bienes corporales o incorporeales, de propiedad de uno o de ambos cónyuges o convivientes civiles, que en ciertas circunstancias, pueden ser considerados esenciales para la adecuada

¹ Fecha de última modificación: 29 de febrero de 2016.

² La misma Ley creó el régimen matrimonial de participación en los gananciales.

subsistencia de la familia, restringiéndose los derechos que sobre ellos corresponden a su titular, sea por una resolución judicial, sea por un acto unilateral de uno de los cónyuges o convivientes civiles.

2.- Características.

Siguiendo preferentemente a Hernán Corral Talciani, cabe enunciar las siguientes características de los bienes familiares³:

- a) Se trata de bienes corporales o incorporeales (derechos en sociedades de personas o acciones en sociedades de capital) que permiten o favorecen la convivencia del grupo familiar.
- b) Pueden existir, cualquiera sea el régimen de bienes que medie entre los cónyuges o entre los convivientes civiles (artículo 141).
- c) La afectación como familiar de un bien corporal o incorporal no opera de pleno derecho, sino que se requiere una declaración, sea con intervención de la justicia o mediante acto unilateral de uno de los cónyuges o conviviente civil otorgado por escritura pública.
- d) La afectación es revocable por acuerdo de los cónyuges o de los convivientes civiles. De no haberlo, la desafectación sólo procederá por resolución judicial, cuando se acredite que los bienes ya no cumplen la finalidad que permitió la afectación.
- e) La calidad de bien familiar presupone la existencia de vínculo matrimonial o de convivencia civil, pero subsiste después de la disolución del matrimonio o de la convivencia civil, mientras el bien no sea expresamente desafectado.

Una sentencia de la Corte de Santiago de fecha 4 de enero de 2013 (7ª Sala), dictada en los autos Rol N° 971-2012, revoca la sentencia apelada y rechaza en definitiva la demanda de declaración de bien familiar, pues encontrándose pendiente el recurso de apelación, quedó a su vez firme y ejecutoriada la sentencia que declaró el divorcio de los cónyuges. Afirma el fallo en su parte resolutive: “7°) Que, uno de los presupuestos de la declaración de bien familiar de un inmueble, es que sean cónyuges tanto el solicitante como el dueño del bien raíz o que el cónyuge sea dueño de derechos en una sociedad dueña del inmueble. Por lo anterior, la institución del Bien Familiar, supone la existencia de un matrimonio no disuelto por sentencia de divorcio. Que estando pendiente la resolución de la demanda de declaración de bien familiar interpuesta con fecha 1° de julio de 2011, a la fecha en que la sentencia de divorcio estuvo firme y ejecutoriada, no existían derechos adquiridos por parte de la cónyuge derivados de la sentencia de primera instancia, toda vez que dicha sentencia no se encontraba firme y ejecutoriada, por lo que la recurrida actualmente carece de acción para solicitar la declaración de bien familiar del inmueble que habita, teniendo en la actualidad el estado civil de divorciada, por lo que se revocará la sentencia apelada y se rechazará la demanda de declaración de bien familiar, de autos”.

³ Corral Talciani, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la Ley N° 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1996, p. 47.

A su vez, un fallo de la Corte Suprema de fecha 18 de junio de 2014 (4ª Sala), autos Rol N° 16.052-2013, desestima una demanda encaminada a dejar sin efecto la declaración de bien familiar de un inmueble, pues la mera extinción del matrimonio no produce de pleno derecho la desafectación. En la especie, el ex cónyuge y propietario del inmueble declarado bien familiar demandó a su ex cónyuge y a una hija en común de ambos, para dejar sin efecto la afectación. Expresa la sentencia: “TERCERO: Que, sobre la base de los hechos ya expuestos, el juez de la instancia rechazó la demanda incoada, ya que a pesar de haberse acreditado la disolución del vínculo matrimonial entre las partes, el accionante no logró acreditar en juicio uno de los requisitos señalados en el artículo 141 del Código Civil, en orden a que la propiedad en cuestión no sirva como residencia principal de la familia. CUARTO: Que, en primer término, para dilucidar la supuesta infracción denunciada por el recurrente, es necesario determinar los casos en que es procedente desafectar un bien que ha sido declarado como familiar y cuáles son los requisitos que la ley exige para ello, lo cual se desprende de lo dispuesto en el artículo 145 del Código de Bello, el que dispone (...) QUINTO: Que de la disposición anteriormente señalada, se desprende que existen formas taxativas de poder desafectar un bien declarado como familiar, siendo aplicable al caso en comento la necesaria existencia de una resolución judicial en el caso que el matrimonio haya sido declarado nulo o terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En este caso el propietario debe formular una petición en tal sentido ante el juez competente, basado en que el bien no cumple con los fines previstos en el artículo 141 del Código Civil. Lo anterior dado que, la mera extinción del matrimonio no produce de pleno derecho la desafectación del bien, toda vez que es perfectamente plausible que el inmueble continúe siendo la residencia principal de la familia y en ese evento no será posible desafectarlo”.

En otro fallo de la Corte Suprema de 14 de enero de 2015, autos Rol N° 11.865-2014 (4ª Sala), se rechaza casación en el fondo, deducida en contra de la sentencia de segunda instancia que revocando la de primer grado, rechazó la demanda de declaración de bien familiar, por encontrarse terminado el matrimonio a la fecha de su interposición (el matrimonio había expirado por divorcio en 2009 y la demanda se interpuso en 2013).

f) La calidad de bien familiar no altera el derecho de dominio, pero restringe o limita las facultades de administración y disposición.

Como estudiaremos, la afectación de un bien no altera su propiedad, pero sí su “gestión” jurídica.

g) La afectación como familiar de un bien no supone su inembargabilidad e inejecución, pero restringe la acción de los acreedores, pudiendo éstos ser obligados a ejecutar primero sus créditos en otros bienes del deudor.

Con todo, según veremos, la constitución de ciertos derechos reales sobre bienes familiares, sí hace “de facto” inembargables tales bienes, respecto de acreedores cuyos créditos se hubieren originado después de la constitución de aquellos derechos (art. 147).

h) Las normas que regulan los bienes familiares son de orden público y por ende, los derechos que la ley concede a su respecto son irrenunciables (artículo 149).

De esta manera, por ejemplo, será nula la cláusula contenida en capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio, en virtud de la cual los futuros cónyuges renunciaren

en forma anticipada a solicitar la declaración de bien familiar de bienes pertenecientes a cada uno de ellos.

i) La institución de los bienes familiares no tiene naturaleza alimenticia.

Según veremos, entre los requisitos previstos en la ley para afectar un bien como familiar, no exige la ley que el juez pondere la situación patrimonial de los cónyuges así como sus ingresos y necesidades económicas. Sí lo hace, en cambio, para que una vez producida la afectación de un bien, el cónyuge no propietario pida, además, la constitución de un derecho real de usufructo, uso o habitación. Pero se trata de instituciones distintas. Aún más, el derecho real que puede constituirse conforme al art. 147, según se dirá, tampoco tiene naturaleza alimenticia, aunque para decretarlo el Juez deba ponderar la situación patrimonial de los cónyuges.

El carácter no alimenticio de los bienes familiares lo refrenda una sentencia de la Corte Suprema de 19 de diciembre de 2002, autos Rol N° 4.317-2001 (1ª Sala).⁴ En la causa, la cónyuge demandó para declarar bien familiar el inmueble que le sirve de residencia y domicilio, así como también a sus dos hijos. La sentencia de primera instancia, acogió la demanda. Sin embargo, la Corte de Santiago, por fallo de 10 de octubre de 2001, revocó la sentencia apelada, conforme a la siguiente fundamentación: “Sexto: Que el artículo 141 del Código Civil incorporado por la Ley 19.335 dice a la letra (...) Este artículo está incluido en el título VI del Libro I del Código Civil titulado Obligaciones y Derechos entre los Cónyuges. En el párrafo I de las reglas generales se establece la norma de que el marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común. De esta forma entiende esta Corte que la institución del bien familiar tiene un carácter alimenticio especialmente de protección de la familia frente a los terceros acreedores, más que a las relaciones entre los cónyuges, que están reguladas en otras disposiciones (...) Que en consecuencia, para una adecuada resolución de la cuestión controvertida es oportuno analizar la situación patrimonial de los cónyuges (...) Que en este mismo sentido, la circunstancia de que la demandante viva con dos hijos mayores de edad, con ingresos propios, impide calificar al inmueble como ‘residencia principal de la familia’. En efecto, diversas opiniones de la doctrina nacional que sería largo de enumerar –algunas de ellas citadas en esta controversia- permiten concluir que la institución del bien familiar, aparte de tener un carácter alimenticio como hemos señalado, tiene por objeto asegurar un hogar físico estable para que la familia pueda desarrollarse normalmente, lo que no se da en la especie atendidas las circunstancias especiales del grupo familiar. Décimo.- Que, a mayor abundamiento, esta Corte en fallo de 24 de marzo de 1998 sostuvo que la acción destinada a obtener la declaración judicial de bien familiar de un inmueble debe llevar ‘implícita la condición de que con tal declaración se beneficiará no sólo al cónyuge peticionario, sino también a los hijos que viven en el inmueble y que están conviviendo con su padre o madre. Es una acción de beneficio común y no para provecho individual de alguno de los cónyuges y para su propio y exclusivo beneficio. Undécimo.- Que de todo lo anteriormente razonado esta Corte concluye que no se dan en la especie los requisitos exigidos por el artículo 141 del Código Civil para declarar como bien familiar el inmueble (...)”. En contra de este fallo, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo. En su recurso, sostiene que la sentencia de segundo grado “... comete errores de derecho, al infringir el claro sentido y alcance del artículo 141 del Código Civil, el que indica que para obtener la declaración de

⁴ *Fallos del Mes* N° 505, pp. 4.330-4.339.

bien familiar de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges y de los muebles que lo guarnecen, basta que dicho bien sea de propiedad de alguno de ellos y que sirva de residencia principal de la familia, supuestos de hecho que en la especie se cumplieron a cabalidad, circunstancias que no bastaron para la Iltma. Corte de Apelaciones, la que en el considerando 6° de su sentencia estimó que la institución de los bienes familiares tiene un carácter alimenticio, oponiéndose abiertamente a la verdadera naturaleza de ella; lo infringe, además, puesto que en atención a dicho carácter alimenticio, analizó la situación patrimonial de los cónyuges para pronunciarse sobre la declaración de bien familiar, como lo señaló en el considerando 7° Del fallo impugnado, situación que sólo es posible de ponderar en el caso del artículo 147 del mismo cuerpo legal, disposición que ha sido incorrectamente aplicada en autos, por lo que también se la vulnera; por otra parte da por infringida la norma contemplada en el artículo 815 inciso 3° del Código Civil que define el concepto de familia, atendiendo sólo a los lazos de parentesco y no a su edad, ni menos a su situación económica, distinción que sí realizan los sentenciadores de segundo grado...”. La Corte Suprema acogió el recurso, expresado en su fallo invalidatorio (redactado por abogado integrante René Abeliuk): “Tercero: Que, el artículo 141 inciso 1° del Código Civil dispone (...) Luego, lo que exige esta norma para la procedencia de la declaración de bien familiar es la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges, y que éste sirva de residencia principal de la familia, no siendo necesario analizar la situación patrimonial de los componentes de la familia, ni otros aspectos relacionados con ella, como ser la edad de los hijos que habitan la propiedad demandada como bien familiar. Cuarto: Que, en cambio, en la especie los jueces de segundo grado han entendido, como lo indican en el considerando 6° del fallo impugnado, que ‘... la institución del bien familiar tiene un carácter alimenticio, especialmente de protección a la familia frente a los terceros acreedores’, más que atender a las relaciones entre los cónyuges, y además efectivamente han rechazado la declaración de bien familiar en consideración a la edad de los hijos que habitan con su madre la propiedad demandada. Quinto: Que, al razonar en la forma antes señalada, la sentencia ha cometido errores de derecho, infringiendo el artículo 141 del Código Civil, pues ha incorporado elementos no contemplados en dicha disposición para la declaración de bien familiar, exigiendo la concurrencia de requisitos que el legislador no estableció, y que son propios de otra institución como son los alimentos, con los cuales el bien familiar tiene cierta relación y cercanía, pero sin confundirse con ellos, ni mucho menos para establecer a su respecto exigencias que la ley no ha contemplado. Tampoco permite restringir arbitrariamente el concepto de familia que utiliza el legislador a los hijos menores, sin que texto legal alguno abone semejante discriminación, olvidando el intérprete la regla de que no puede efectuar distinciones donde la ley no lo hace, pues si el sentido de ésta es claro no resulta lícito prescindir de su texto literal a pretexto de consultar su espíritu. Sexto: Que, en las condiciones indicadas el fallo impugnado ha incurrido en errores de derecho, que denuncia la recurrente por lo que se acogerá el recurso deducido”.

3.- Bienes que pueden declararse familiares.

3.1. El inmueble que sirve de residencia principal de la familia.

Consigna el artículo 141, inciso 1°, que el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, que sirva de residencia principal de la familia, podrá ser declarado bien familiar.

Lo mismo ocurrirá si se trata de un inmueble de propiedad de ambos o de alguno de los convivientes civiles.

Cabe hacer las siguientes precisiones:

a) Debe tratarse de un bien inmueble por naturaleza. Puede tratarse de un predio urbano o rústico. En este último caso, se plantean dudas en cuanto a si la afectación recae sobre todo el fundo o parcela, o solamente sobre la casa patronal, donde la familia efectivamente reside. Se ha señalado que la ley no contempla la afectación parcial de un inmueble, como acontecería precisamente cuando la vivienda se encuentra al interior de un predio agrícola⁵. Por lo demás, el inmueble, jurídicamente, abarca todo el terreno a que alude la respectiva inscripción de dominio. Con todo, el punto sigue siendo dudoso. Durante la tramitación del proyecto de ley en la Cámara de Diputados, se agregaron dos incisos al artículo 141, cuyo tenor era el siguiente: “si la afectación es parcial, como si la residencia formare parte de un predio mayor destinado a otros fines, se protocolizará, al mismo tiempo, el plano de subdivisión respectivo. Si lo anterior no fuere posible, o no lo quisieren los cónyuges, la afectación alcanzará nada más que a la casa habitación y a los terrenos adyacentes de uso familiar. Para ello, bastará que así se exprese en la escritura pública de afectación (posibilidad esta que en definitiva la ley no contempló) o que así se declare por el tribunal a resultas de la impugnación que efectúe el cónyuge propietario en conformidad con lo dispuesto en el inciso siguiente.”⁶

Sin embargo, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, “se juzgó innecesario dar normas sobre afectaciones parciales de un inmueble, por ser una situación que deberá resolverse dentro de las reglas generales aplicables a esta institución.” Gian Franco Rosso, comentando este último párrafo, señala acertadamente que “No nos queda más que lamentar esta decisión, por cuanto no observamos la existencia de ‘reglas generales’ aplicables a la institución”. Concluye sin embargo, admitiendo la posibilidad que se produzca una afectación parcial, argumentando al efecto:

- La circunstancia de no haberse acogido por el Senado la indicación de la Cámara de Diputados, no se debió a desacuerdo con su contenido, sino por entenderse redundante, “reconociéndose que lo familiar es el espacio físico donde la familia reside principalmente, esto es, la casa, piso o departamento.”; de esta forma, agrega, “es la historia fidedigna del establecimiento de la ley, la que nos permite concluir que el juez no puede extender la declaración de bien familiar a todo el terreno en que se ubica la casa habitación de la familia, sino sólo a esta última.”;
- Además, indica Rosso, “la intención del legislador al establecer la institución de los bienes familiares, fue impedir que por actos del cónyuge propietario la familia resultara privada de la vivienda, lo que se cumple declarando bien familiar sólo la construcción habitada por la familia y el terreno donde ella se levanta.”;
- Esta solución está también más conforme con la equidad, “pues la extensión de terreno “no familiar”, probablemente tendrá un valor muy superior a la edificación en que vive la familia. Entonces, de declararse familiar el terreno completo, se producirá un perjuicio económico enorme al propietario, en circunstancias que ya

⁵ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 50.

⁶ Rosso Elorriaga, Gian Franco, *Régimen jurídico de los bienes familiares*, Metropolitana Ediciones, Santiago, 1998, p. 83.

cumplió con su carga de dar hogar a la familia, colocando a disposición de ésta la vivienda enclavada en la extensión indicada.”;

- Cuando la ley, según veremos, permite pedir la afectación como bienes familiares de “los muebles que guarnecen el hogar”⁷, se está aludiendo a los que se encuentren al interior de la respectiva casa o departamento, y no “a los muebles que pudieran hallarse en el resto del terreno en donde se ubica la construcción que sirve de habitación al grupo familiar, pues el concepto de hogar no puede ser sinónimo de tierras que sirven a otros fines distintos a la habitación.”; el artículo 141, entonces, debiera interpretarse en el mismo contexto;

De esta forma, concluye Rosso que “si la habitación de la familia se encuentra ubicada en una extensión mayor de terreno, sólo puede declararse bien familiar el lugar específico donde tiene su residencia la familia. El resto del terreno que sirve a la agricultura, ganadería, industria, etc., debe excluirse de la afectación.”⁸

En cuanto al resto de los autores que han escrito sobre los bienes familiares, ni René Ramos Pazos ni Pablo Rodríguez Grez tratan el tema.

b) Sólo puede tratarse de un inmueble. Como es lógico, la familia sólo puede tener su residencia principal en un predio.

c) Ambos cónyuges o convivientes civiles o uno de ellos, han de ser propietarios del inmueble. Para Hernán Corral, no se cumplirá este requisito si se trata de un bien de propiedad común de uno de los cónyuges (o conviviente civil) y de un tercero. Habría que descartar, entonces, como inmueble susceptible de afectarse como familiar, aquél sobre el cuál uno de los cónyuges (o conviviente civil) sólo es titular de una cuota en el dominio, cualquiera fuere el porcentaje de ella, cuando las restantes cuotas pertenecen a terceros. También debiéramos descartar la hipótesis consistente en que ambos cónyuges (o convivientes civiles) sean comuneros, junto con uno o más terceros.

Por ende, el dominio debe ser exclusivo de uno de los cónyuges o convivientes civiles o ambos ser copropietarios exclusivos del mismo.

Así lo confirma una sentencia de la Corte Suprema de 5 de diciembre de 2011, autos Rol N° 6.172-2011 (4ª Sala). En la causa, el Juzgado de Familia de Valparaíso rechazó la demanda. Sr alzó la demandante y una de las salas de la Corte de Valparaíso, confirmó el fallo apelado. En contra de esta resolución, la actora interpuso casación en el fondo. En él, la recurrente “... denuncia la infracción de los artículos 141, 19 y 20 del Código Civil, argumentando, en síntesis, que los sentenciadores han realizado una errónea interpretación de la ley, al concluir que no es procedente declarar bien familiar al inmueble en que el cónyuge tiene derechos y dominio en comunidad con terceros, pues la ley no distingue a este respecto, debiendo atenderse a la finalidad de la institución, cual es la de dar protección a la familia. Señala, además, que debe tenerse en consideración lo dispuesto por el artículo 146 del citado texto legal, norma en la que el legislador ha previsto expresamente la posibilidad de que se declare como bien familiar un inmueble de propiedad

⁷ El tenor original del artículo 141, de acuerdo a lo establecido en la Ley 19.335, decía “El inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, que sirva de residencia principal de la familia; y los muebles que guarnecen el hogar, podrán ser declarados bienes familiares...”. El texto actual, no alude al “hogar”, sino que a la residencia principal de la familia.

⁸ Rosso Elorriaga, Gian Franco, ob. cit., p. 84.

de una sociedad en que uno de los cónyuges tenga participación, lo que permite concluir la procedencia de la pretensión formulada en autos”. Los hechos de la causa fueron los siguientes: i.- El inmueble cuya declaración de bien familiar se solicita fue adquirido por el demandado estando vigente la sociedad conyugal habida con su primera cónyuge, en el año 1980; ii.- Dicho inmueble pasó a ser domicilio y residencia principal de ese matrimonio y sus hijos y en el año 1997, en que fallece la cónyuge, continúan viviendo allí el demandado, su hija y nieto; iii.- En el año 2009, el demandado contrae matrimonio con la actora y ésta se va a vivir al referido inmueble con su hijo y posteriormente nace un segundo hijo; iv.- El actor cedió sus derechos en dicho inmueble a sus hijas y antes de esto la propiedad que tenía sobre éste la tenía en comunidad con su anterior cónyuge y luego con sus herederos; v.- El referido bien raíz constituye la residencia principal no sólo de la actora y sus hijos sino también de la hija del demandado, también comunera del inmueble y su hijo. Expone seguidamente el fallo que “... sobre la base de los presupuestos reseñados en el motivo anterior, los jueces del fondo resolvieron desestimar la acción intentada, por considerar que los bienes que pueden ser declarados familiares corresponden al inmueble que sirve de residencia principal de la familia, así como los derechos o acciones en sociedades propietarias del inmueble que cumple esta finalidad, no siendo procedente una declaración en tal sentido respecto de cuotas o derechos, pues la ley sólo lo ha hecho expresamente posible para el caso de las acciones [y derechos en sociedades]. Asimismo, tienen en consideración que el inmueble pertenece al demandado en comunidad con sus hijas de anterior matrimonio, de las cuales una de ellas y su grupo familiar viven en el mismo domicilio, por lo que de acceder a la petición de la actora, sería en desmedro de otro grupo familiar. Cuarto: Que como puede apreciarse los jueces del fondo han sustentado su decisión de rechazar la demanda basados por una parte en la improcedencia que advierten de declarar como bien familiar a un inmueble cuando sólo se tiene derechos sobre el mismo, pero además, se considera que éste se encuentra habitado por otro grupo familiar, constituido por una comunera, hija del demandado y su nieto; este fundamento, sin embargo, no ha sido impugnado por la recurrente. Quinto: Que en este contexto, resulta evidente que los supuestos errores que se le imputan a los jueces del mérito carecen de influencia en lo dispositivo del fallo que se revisa, desde que las consideraciones que la recurrente ataca, no constituyen el único fundamento que han tenido los sentenciadores para resolver en la forma en que lo han hecho, de manera que la decisión en este aspecto, no podría ser modificada, de acogerse sus alegaciones”.

Si se trata de un inmueble de la sociedad conyugal, deberá considerarse a la mujer como no propietaria (artículos 1749, inc. 1º, 1750 y 1752). Por ello, sorprende que el 2º Juzgado de Familia de Santiago, por sentencia de 30 de julio de 2012, acogió la demanda sólo en cuanto se declara bien familiar los derechos que al demandando correspondan en el inmueble y más aún que una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 1 de octubre de 2012, confirmara el fallo de primera instancia. En la especie, se trataba de un inmueble que había ingresado al haber de la sociedad conyugal, y por ende, vigente ésta, debía entenderse perteneciente en su integridad al marido, demandado de autos. De ahí que la demandante interpusiere casación en el fondo, denunciando “... la vulneración del artículo 141 del Código Civil, pues esta norma se refiere al inmueble completo y no al porcentaje de los derechos de alguno de los cónyuges, de modo que acreditada la circunstancia de constituir el bien raíz la residencia principal de la familia, el tribunal debía acoger la demanda declarando bien familiar el inmueble en su totalidad, pues sólo así se alcanza la finalidad de la institución en cuestión que no es otra que la protección del

cónyuge más débil. En cambio, lo resuelto por los jueces de la instancia deja a su parte en la indefensión frente a los acreedores del marido y demandado. En un segundo capítulo, afirma que se ha infringido el artículo 32 de la Ley N° 19.968, que establece que la prueba deberá ser valorada o ponderada de conformidad con las normas de la sana crítica, argumentando al respecto, que una vez que su parte acreditó que el inmueble de autos es la residencia principal de la familia, los sentenciadores del fondo debieron proceder a declarar familiar el cien por ciento de los derechos de ambos cónyuges en el mismo”. La Corte Suprema, por fallo de 25 de febrero de 2013, dictado en los autos Rol N° 9.352-2012 (Sala de Verano), acogió un recurso de casación en el fondo deducido por la demandante, anuló la sentencia impugnada y en su reemplazo, concluyó que correspondía afectar el inmueble en su totalidad. Expresa el fallo: “Duodécimo: Que, en consecuencia, concurren en el presente caso todos los requisitos para que el inmueble ya individualizado sea declarado como bien familiar en los términos que las normas legales ya analizadas lo disponen, sin que sea obstáculo a tal declaración la existencia del régimen patrimonial de sociedad conyugal entre las partes (...) Por todo lo razonado, resulta ineludible que en virtud de los hechos establecidos, los sentenciadores debían declarar como bien familiar el inmueble de autos, por lo que haber resuelto sólo acoger la demanda respecto de los derechos del demandado en el referido bien raíz, han incurrido en infracción al artículo 141 del Código Civil, infracción que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo toda vez que el yerro señalado impide que se concrete el objetivo y finalidad de la institución en comento cual es brindar una especial y efectiva protección a la familia, al dejar libre de dicha declaración la mitad del inmueble que constituye la residencia principal de la misma”.

d) El inmueble debe servir “de residencia principal de la familia”. Cabe excluir por tanto las casas o departamentos de veraneo, de descanso o de recreo. Un punto que resulta polémico, se refiere al caso, dentro del marco de la Ley sobre violencia intrafamiliar, en que la mujer, con sus hijos, abandonó el inmueble que servía de hogar a la familia y que pertenece al marido. ¿Podría en tal caso pedir la afectación de la vivienda abandonada, como familiar? René Ramos Pazos cita una sentencia de la Corte de Concepción, de enero de 1999, que señala que en esta hipótesis, la mujer no puede demandar que esa vivienda sea declarada bien familiar, “ya que la ley exige para que proceda tal declaración que la vivienda esté ocupada realmente por la familia al momento de presentarse la demanda correspondiente. El artículo 141 del Código Civil emplea la forma verbal ‘sirva’ (de residencia principal de la familia) y no ‘que sirvió o servirá’”.⁹ Con todo, en un voto de minoría, “se estimó que el alejamiento de la mujer del hogar doméstico por tiempo que no aparece definido, no le quita al hogar doméstico su carácter de tal, su condición de residencia principal de la familia, considerando que la mujer apenas alejada de la fuente de origen de su conflicto pidió de inmediato la protección patrimonial –familiar- que creó la Ley 19.335.” La misma doctrina que fluye de este voto disidente, se establece en un fallo de la misma Corte, de mayo de 1999, al concluirse que si bien “El artículo 141 inciso 1° usa la forma verbal ‘sirva’ (de residencia principal de la familia), dando a entender que este requisito tiene que existir al momento de presentarse la demanda (...) Estima esta Corte, sin embargo, que es admisible –atendida la elevada función social que la institución de los bienes familiares cumple- que se pueda interpretar la norma con más amplitud de la que aparece de su solo tenor literal,

⁹ René Ramos Pazos, *Derecho de Familia*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición, 2000, p. 355.

para evitar que el cónyuge que junto a sus hijos tiene que abandonar la casa por haberse producido un grave conflicto conyugal, quede desprovisto de la protección que la institución pretende dar al grupo familiar...”.¹⁰

En otro caso, por sentencia de la Corte Suprema de 26 de septiembre de 2002, autos Rol N° 4.639-2001 (1ª Sala)¹¹, se rechazó finalmente la demanda interpuesta por el marido en contra de su cónyuge, por no acreditarse que el demandante tenga su domicilio en el inmueble que sirve de residencia principal de la familia. El litigio se ventiló en primera instancia ante el 2° Juzgado de Letras de Puerto Montt, tribunal que acogió la demanda por sentencia de 17 de julio de 2001. Apelado este fallo por la demandada, la Corte de Puerto Montt lo confirmó con fecha 24 de octubre del mismo año. En contra de esta última sentencia, la demandada dedujo casación en el fondo. La sentencia fue casada de oficio, por no existir en él el necesario análisis de la prueba rendida. En la sentencia de reemplazo, expresa la Corte Suprema: “... para declarar como ‘familiar’ un inmueble de propiedad de alguno de los cónyuges, es condición indispensable que éste tenga, actualmente, la calidad de residencia principal de la familia, requisito de actualidad que queda en evidencia si se atiende al empleo en esa norma del verbo ‘servir’, en su forma de tiempo presente. 2° Que, en la especie, en su demanda (...) el actor (...) solicitó la referida declaración respecto de la propiedad situada en (...), perteneciente a su cónyuge doña (...), indicando a ese efecto que tal inmueble ‘fue el hogar común y ahora lo es del suscrito’ (sic), añadiendo que del matrimonio respectivo, nacieron dos hijos. 3° Que, como se ve, de la exposición efectuada por el propio actor en su libelo se desprende, como primera conclusión, que el bien raíz que se quiere afectar con esa declaración no es un inmueble que, en la actualidad, sirva de morada al grupo familiar sino que, en sus palabras, ‘fue el hogar común’ y, enseguida, que ahora constituye sólo la residencia de ese cónyuge demandante (...) 5° Que, en consecuencia, los antecedentes del proceso permiten establecer que el grupo familiar, conformado en este caso por los cónyuges aludidos y por sus dos hijos, se encuentra disgregado y que, todavía más, el inmueble de que se trata constituye la residencia exclusiva del cónyuge demandante, quien lo habita con su ‘conviviente’, de acuerdo con lo declarado por su propio testigo (...) De este modo, resulta inconcuso que, en la actualidad, el señalado bien raíz no sirve de residencia principal de la familia, motivo por el que no puede ser aceptada la pretensión de fojas 5”.

Por su parte, cabe preguntarse qué ocurre, si después de declarado el inmueble como bien familiar, la familia deja de tener en él su residencia principal. ¿Puede subsistir en tal caso la afectación? Se ha concluido que no, atendido el tenor del art. 145. El presupuesto, por tanto, tiene carácter permanente. Al respecto, una sentencia de la Corte Suprema de 2 de febrero de 2015, autos Rol N° 127-20125 (2ª Sala de Febrero), desestima un recurso de casación en el fondo y confirma lo resuelto por los jueces del grado en orden a desafectar el inmueble, por no servir de actual residencia a ninguno de los ex cónyuges. Los hechos de la causa fueron los siguientes: i) Por sentencia firme y ejecutoriada de 26 de julio de 2010, se declaró como bien familiar el inmueble de propiedad del entonces cónyuge; ii) Con fecha 25 de septiembre de 2012, se declaró el divorcio de los litigantes; iii) En la actualidad, ninguno de los ex cónyuges tiene su domicilio ni residencia en el inmueble. Atendido lo anterior, el ex marido demandó la desafectación del inmueble como bien familiar. Los jueces de primera y segunda instancia, acogieron la demanda, sobre la base de que “... en

¹⁰ René Ramos Pazos, ob. cit., p. 356.

¹¹ *Fallos del Mes* N° 502, pp. 2.502-2.506.

definitiva las partes no teniendo actualmente la calidad de cónyuges ni siendo el inmueble sub lite ni el domicilio ni la residencia actual de las partes ni de los hijos comunes, por lo que en definitiva no dándose los supuestos del art 141 del Código Civil y que en definitiva ameritarían la mantención del gravamen impuesto, es que esta sentenciadora concluye que debe acogerse la solicitud de autos y darse lugar a la demanda de autos”. La parte demandada, en su recurso de casación en el fondo, argumentó que el fallo impugnado había vulnerado los arts. 141 y 145 del Código Civil, señalando que al momento de solicitar la declaración de bien familiar se configuraron todos los presupuestos que exige el art. 141 y las partes aún se encontraban unidas en matrimonio. Agrega que los sentenciadores han confundido el requisito legal fáctico (que el inmueble, al pedir la declaración, haya servido de residencia principal a la familia) con la finalidad de la institución. Consigna que es un error que el referido requisito deba mantenerse en el tiempo, pues la ley sólo exige que haya existido antes de la declaración y no constituye su fin, cual es el reconocimiento y protección del patrimonio familiar y con ello el resguardo de los hijos y del cónyuge más débil. En un segundo capítulo, señala que se vulneró lo dispuesto en el art. 147 del Código Civil y el principio del interés superior del niño, en relación con el art. 16 de la Ley N° 19.968, porque se desconoció la naturaleza alimenticia de los bienes familiares, limitándose el sentenciador a verificar que en la actualidad el inmueble no sirve de residencia para la familia y olvidando poner la atención en el interés de los hijos y las fuerzas patrimoniales de las partes, atendida la naturaleza alimenticia de la referida institución. La sentencia de la Corte Suprema, después de aludir a los arts. 141 y 145, indica en su parte resolutive: “Undécimo: Que, en este contexto normativo, es que los jueces de alzada interpretaron las reglas invocadas, concluyendo que el inmueble sub lite ya no sirve de residencia principal de la familia, puesto que en él no habita actualmente el grupo familiar, hecho que, por lo demás, fue reconocido por la demandada, quien intenta extender el sentido y alcance de la institución en estudio, argumentando que a través de dicho bien se debe garantizar el derecho alimenticio de la familia, fundamento que es improcedente, porque se aleja del texto expreso de la ley y atendido que el mismo se encuentra resguardado por medio de otras vías legales, anteriores y ejecutivas que resultan más efectivas, compatibles y armónicas con el sistema normativo de la institución en estudio. Duodécimo: Que, en consecuencia, y como lo razonó el fallo en estudio, concurren en el presente caso los presupuestos para que el inmueble ya individualizado sea desafectado en los términos que las normas ya analizadas lo disponen, por lo que los jueces del grado no incurrieron en los errores denunciados, y por el contrario han interpretado correctamente el derecho aplicable en la especie, de forma que así planteado el recurso adolece de manifiesta falta de fundamento”.

e) No dice la ley qué se entiende por “familia”, pero del contexto de las normas que regulan la institución, se desprende que supone el matrimonio, aunque no necesariamente la existencia de hijos.

Se presentará un problema aquí, cuando marido y mujer vivan separados, cada uno de ellos con alguno de los hijos. En tal caso, ¿cuál de los dos inmuebles sirve de residencia principal para la familia? No habiendo ley que resuelva al punto, el juez debe integrar esta laguna legal, recurriendo en último término a la equidad (artículo 170 número 5, del Código de Procedimiento Civil).

A su vez, puede ocurrir que no haya hijos comunes en el matrimonio. Ello no es óbice para que el cónyuge más débil demande la declaración de bien familiar del inmueble,

pero siempre y cuando efectivamente tenga en él su residencia. Por ello, un fallo de la Corte Suprema de 21 de septiembre de 2009, autos Rol N° 5.275-2009 (4ª Sala) invalidó la sentencia dictada por la Corte de Punta Arenas que hizo lugar a la demanda de declaración de bien familiar, y en cambio desestima la demanda interpuesta por la cónyuge que residía en otro bien raíz, mismo criterio que había tenido el Juzgado de Familia de Punta Arenas: “Quinto: Que la institución de los bienes familiares, incorporada a nuestra legislación por la Ley N° 19.335, tiene por finalidad principal amparar el hogar de la familia, principalmente en caso de conflicto dentro de ella. Tal presupuesto, que ha sido el objeto de principal protección por parte del legislador, no puede entenderse que se cumple en la especie desde que es un hecho no discutido que el inmueble materia de la Litis no es habitado por la cónyuge demandante, sino que solamente por el demandado, lo que demuestra que el mismo no constituye en la actualidad la residencia principal de la familia, no habiéndose establecido por lo demás, que la actora haya dejado de residir allí por las razones que la misma esgrimió en su libelo, ni que ella se encuentra en situación de ser amparada por la institución en cuestión, atendidos los objetivos y finalidad que ésta última persigue. Sexto: Que, por lo antes reflexionado, no puede sino estimarse que los sentenciadores cometieron errores de derecho, infringiendo el artículo 141 del Código Civil, puesto que con la interpretación que realizan de la norma, extendieron su sentido y alcance a un caso [en] que ella no resultaba aplicable, al no verificarse los presupuestos de la referida institución”.

3.2. Los muebles que guarnecen la residencia principal de la familia.

- a) Se trata de bienes muebles corporales, o *por naturaleza*.
- b) A pesar que el artículo 141 no señala que han de pertenecer a uno o ambos cónyuges (o convivientes civiles)-como lo indica respecto del inmueble-, se entiende que al menos uno de los cónyuges o conviviente civil ha de ser propietario. De lo contrario, no podrá aplicarse respecto a estos bienes, el artículo 142, que establece requisitos para su enajenación y gravamen. Si los bienes muebles pertenecen en comunidad a uno de los cónyuges o convivientes civiles y uno o más terceros, no se podrían afectar como bienes familiares, correspondiendo aplicar el mismo criterio expuesto para los bienes inmuebles.
- c) La ley no exige que la afectación de los bienes muebles sea conjunta con la del inmueble que sirva de residencia principal a la familia. Los bienes muebles podrían afectarse como familiares, con independencia del inmueble que sirve de residencia principal de la familia. Además, la sola afectación del último, no implica que también queden afectados los muebles que lo guarnecen, si ello no se pidió expresamente.¹²
- d) Los muebles deben guarnecer la residencia principal de la familia, y no necesariamente un inmueble de propiedad de los cónyuges o convivientes civiles. En efecto, dice el artículo 141, en su parte inicial, “El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares...”. Una interpretación apresurada, podría llevar a concluir que es imprescindible que el inmueble en el que se encuentran los muebles, pertenezca a uno de los cónyuges. Sin embargo, cuando el precepto alude a los muebles, lo hace en los

¹² Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 51.

siguientes términos: “...y los muebles que la guarnecen...”, lo que trasunta que la ley alude a “la” residencia, no al inmueble de propiedad de uno de los cónyuges, pues en tal caso, debió decir “...y los muebles que **lo** guarnecen...”. Podría ocurrir entonces que la familia tenga su residencia principal en un inmueble de propiedad de un tercero, caso en el cual también podrían afectarse como familiares los muebles que lo guarnezcan.

e) Es posible la afectación parcial. Pueden excluirse algunos de los bienes muebles que guarnecen la residencia principal de la familia.

f) Para que proceda la afectación, la función del bien mueble ha de ser “guarnecer” la residencia principal de la familia. Guarnecer puede significar, en una de sus acepciones, dotar, proveer, equipar. Se trata entonces de aquellos bienes muebles con los cuales está equipado el inmueble que sirve de residencia principal a la familia.

Relacionando el artículo 141 con el artículo 574, debieran excluirse de los bienes muebles que “guarnecen” el hogar, aquellos que a su vez tampoco se consideran “muebles de una casa” según el inciso 2º del último artículo. Tampoco pareciera posible incluir los automóviles, motocicletas, etc., equivalentes modernos de los “carruajes o caballerías o sus arreos”, pues tales bienes, según el artículo 574, también están excluidos del ajuar de una casa.

En verdad, como señala Hernán Corral, atendiendo a un principio mínimo de seguridad jurídica, se exige que la declaración como familiares de estos bienes, no pueda solicitarse u obtenerse con expresiones generales como “el mobiliario” o “los muebles” de una determinada casa. Deberían precisarse en forma específica los bienes muebles que entrarán en la categoría de bienes familiares, en lo posible singularizándolos mediante la confección de un inventario.¹³ Rosso, por su parte, arriba a una conclusión diferente, y señala que “Con los muebles que guarnecen el hogar (...) no exige la ley la presentación de un inventario de los bienes, respecto de los cuales se solicita la declaración de bienes familiares; esto último, no obstante se planteó tal idea en la discusión al interior de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Tampoco hay un registro público de estos bienes, el cual permita una anotación marginal que identifique sin inconvenientes el bien mueble que ha sido declarado familiar. De lo dicho se desprende que, respecto a los objetos de declaración de bienes familiares que analizamos, la solicitud será absolutamente genérica, así como también la afectación de los mismos. Quedará claro que los muebles que guarnecen el hogar son bienes familiares, pero no así cuáles en concreto han sido afectados.”¹⁴ La misma tesis sustenta Ramos Pazos, aseverando: “Por mi parte, antes de resolver lo del inventario, creo pertinente formular una pregunta previa. Cuando el artículo 141 habla de los bienes que guarnecen el hogar, ¿se está refiriendo a bienes muebles perfectamente individualizados, existentes en el momento en que se pide la declaración o se está pensando en una universalidad de hecho, de tal suerte que si los bienes muebles originarios se enajenan, puedan ser reemplazados por los que el cónyuge propietario vaya adquiriendo en su reemplazo? Personalmente me parece mejor solución la segunda, pues lo contrario implicaría hacer un inventario al momento de producirse la afectación y posteriormente tener que estar concurriendo a los tribunales cada vez que se adquiriera un nuevo bien para pedir que se le considere bien familiar. El mismo hecho que la

¹³ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 54.

¹⁴ Rosso Elorriaga, Gian Franco, ob. cit., p. 105.

ley no haya establecido la obligación de inventario resulta sugestivo, y hace pensar que el código tomó la expresión ‘muebles que guarnecen el hogar’ como una universalidad de hecho. Por lo demás, esta interpretación es la que más favorece al cónyuge no propietario y a la familia, que es a quienes se pretendió proteger con el establecimiento de los bienes familiares. Y, finalmente, guarda armonía con el sistema del código que reiteradamente admite la subrogación real.”¹⁵

La dificultad que se aprecia en la tesis que plantean Rosso y Ramos Pazos, dice relación precisamente con las mutaciones que pueda experimentar esta universalidad de hecho. En tal sentido, Rosso indica que “...además se produce otra consecuencia importante de esta indeterminación, que dice relación con la movilidad que presentarán los muebles que guarnecen el hogar y que han sido declarados familiares. Como no hay precisión respecto a cuales son los muebles afectados, desde el instante mismo en que se produzca la declaración judicial, será posible que bienes que guarnecían el hogar al momento de la presentación de la solicitud respectiva, dejen de tener dicha calidad por haber salido de la casa, piso o departamento; a su vez, otros que no estaban originalmente, pueden incorporarse con tal carácter a posteriori”.¹⁶

Personalmente, creemos correcta la tesis de Corral, porque sólo inventariando los bienes, se obtiene la necesaria determinación y certeza acerca de los muebles que han sido afectados como bienes familiares. Por lo demás, si el cónyuge no propietario pide la afectación, es porque lo hace teniendo en cuenta ciertos bienes, que actualmente son necesarios para la familia, y no otros que en el futuro puedan reemplazar a los anteriores.

Cabe agregar, comparando el artículo 141 con el artículo 1337, regla 10ª, de la partición, que los bienes muebles susceptibles de adjudicar en forma preferente al cónyuge sobreviviente, podrían abarcar más especies que aquellos susceptibles de afectarse como bienes familiares. En efecto, el artículo 1337, regla 10ª alude, entre los bienes a que tiene derecho a adjudicarse el cónyuge sobreviviente preferentemente a los demás comuneros, al “mobiliario” que guarnece la vivienda principal de la familia, expresión que es más amplia que la empleada en el artículo 141, pues en éste, se requiere que los muebles guarnezcan el inmueble que sirve de residencia principal de la familia. En este sentido, Marco Antonio Sepúlveda Larroucau señala: “Estimamos que la palabra **mobiliario** debe tomarse en su sentido natural y obvio, esto es, según el significado que le atribuye el Diccionario de la Lengua Española: ‘conjunto de muebles de una casa’. A su vez, según el mismo Diccionario, la expresión **mueble** comprende ‘cada uno de los enseres movibles que sirven para los usos necesarios o para decorar casas, oficinas y todo género de locales.’ De lo expuesto, en consecuencia, concluimos que en esta materia no tiene aplicación el concepto de bienes muebles que forman el ajuar de una casa (inciso 2º del artículo 574 del Código Civil). Creemos que el legislador ha utilizado la expresión mobiliario a fin de evitar las dudas de interpretación que ha generado, en relación a los bienes familiares, la frase **muebles que guarnecen el hogar** -la voz “hogar”, recuérdese, fue suprimida- (inciso 1º del artículo 141 del Código civil). Además, estimamos que esta interpretación se aviene más con la naturaleza y finalidad de la institución en estudio”.¹⁷

¹⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 358.

¹⁶ Rosso Elorriaga, Gian Franco, ob. cit., pp. 105 y 106.

¹⁷ Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, *Derecho de Familia y su evolución en el Código Civil*, Metropolitana Ediciones, Santiago, 2000, p. 133.

3.3. Derechos o acciones en una sociedad propietaria del inmueble que sirva de residencia principal a la familia.

Pueden ser afectados como bienes familiares los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades de personas o de capital, respectivamente, que a su vez sean propietarias de un inmueble que sirva de residencia principal de la familia (artículo 146).

Pueden hacerse las siguientes observaciones:

- a) Se trata de derechos en sociedades de personas o de acciones en sociedades de capitales, que pertenezcan a los cónyuges conjunta o individualmente, aunque esto último, al decir de Corral, podría discutirse, porque el artículo 146 habla de derechos o acciones que tengan “los cónyuges”¹⁸.
- b) No pareciera procedente la afectación de una parte de los derechos o acciones, sino de todos.
- c) La sociedad ha de ser propietaria de un inmueble. No aclara la ley si ha de ser dueña exclusiva; Corral afirma que si hay propiedad compartida con uno de los cónyuges, pareciera razonable sostener que procede la afectación. Más discutible es el caso de la comunidad entre la sociedad y un tercero distinto de los cónyuges¹⁹.
- d) El inmueble de propiedad de la sociedad debe servir de residencia principal a la familia.

4.- Declaración de afectación de un bien como familiar.

4.1. Afectación por declaración judicial.

Opera respecto del inmueble que sirve de residencia principal de la familia y los muebles que la guarnecen.

a) Quiénes pueden solicitarla.

Corresponde a cualquiera de los cónyuges o convivientes civiles demandar la afectación: tanto el propietario como el no propietario, si bien lo más probable es que la iniciativa sea del último.

Dado que se trata de un derecho privativo de los cónyuges o de los convivientes civiles, la muerte de uno de ellos hace caducar el derecho a pedir la declaración (con todo, en tal caso, el Código Civil confiere al viudo o viuda o al conviviente civil sobreviviente los derechos consagrados en la regla décima del artículo 1337).

Pero la muerte de uno de los cónyuges o convivientes civiles no termina necesariamente con la afectación que se perfeccionó en vida de ambos cónyuges o convivientes civiles.

¹⁸ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 54.

¹⁹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 55.

b) Juez competente y procedimiento.

Como nada dice al respecto el Código Civil, será juez competente el del domicilio del demandado, de conformidad a las reglas generales (artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales).

El tenor primitivo de la ley, establecía que el procedimiento sería breve y sumario (antiguo tenor del artículo 141, inciso 2º). En otras palabras, atendido lo dispuesto en el artículo 680 número 1 del Código de Procedimiento Civil, el procedimiento que debía aplicarse era el sumario. Sin embargo, con la promulgación y vigencia de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia (publicada en el Diario Oficial de fecha 20 de agosto de 2004), la materia debe sujetarse al procedimiento establecido en esta última normativa. El artículo 8º, número 14, letra b) de la misma, dispone que, entre otros asuntos, serán de competencia de los Juzgados de Familia, “Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos;”

Cabe tener presente que en el antiguo texto del artículo 141, inciso 2º, se había incurrido en un error, al señalar que el juez procedería “con conocimiento de causa y citación del cónyuge”, diligencias que sólo se aplican cuando se trata de actos no contenciosos. En cambio, en el procedimiento sumario, lo que procedía era la notificación de la demanda y la citación del demandado a la audiencia a que se refiere el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil²⁰. Además, se hacía necesario modificar el inciso, para que guardare armonía con la Ley sobre Tribunales de Familia. De ahí que la misma Ley 19.968, en su artículo 126, modificare el expresado inciso 2º del artículo 141, sustituyéndolo por el siguiente: “El juez citará a los interesados a la audiencia preparatoria. Si no se dedujere oposición, el juez resolverá en la misma audiencia. En caso contrario, o si el juez considerase que faltan antecedentes para resolver, citará a la audiencia de juicio.”²¹

En este juicio, los cónyuges gozarán de privilegio de pobreza (artículo 141, inciso 4º).

c) Afectación provisoria.

Conforme al artículo 141, inciso 3º, “la sola interposición²² de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate”. Por ende, no se requiere, para que acontezca lo anterior, que la demanda sea notificada. Cuando se trata de “interposición de la demanda”, se debe entender la fecha en que ella efectivamente es ingresada en el tribunal competente²³. Por tanto, no sería suficiente su ingreso en la Corte de Apelaciones para su distribución, cuestión que por lo demás sólo ocurre en algunas ciudades.

Respecto de los bienes inmuebles, el artículo 141, inciso 3º, ordena al juez disponer, en su primera resolución, que se anote la circunstancia de la afectación provisoria al margen de la inscripción respectiva. Se trata, por ende, de una **subinscripción**. Nada se

²⁰ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 56.

²¹ Los artículos 59, 60 y 61 de la Ley sobre Tribunales de Familia, se refieren a la **audiencia preparatoria**. Los artículos 62, 63 y 64 de la misma ley, aluden a la **audiencia de juicio**.

²² El artículo 126 de la Ley 19.968, publicada en el Diario Oficial de fecha 30 de agosto de 2004, reemplazó la expresión “presentación” por la palabra “interposición”, procesalmente más correcta.

²³ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 58.

dispone sobre los inmuebles no inscritos (para algunos, como Leslie Tomasello, en este último caso no se exigiría la anotación, por tratarse de una formalidad de publicidad y no de una solemnidad; para otros, como Hernán Corral, sería necesario inscribir previamente el inmueble).²⁴

Se ha criticado el tenor de la ley, señalándose que ella debió establecer medidas de publicidad respecto de los bienes muebles y que en relación a los inmuebles debió establecer la inoponibilidad de la afectación como bien familiar mientras ella no fuera recogida en el registro inmobiliario.²⁵ Como no se establece lo anterior, en la práctica los acreedores hipotecarios, y en especial los Bancos que financian operaciones hipotecarias, así como cualquiera otra persona que pretenda contratar con el cónyuge propietario, exigen la comparecencia del cónyuge no propietario a la escritura de constitución de hipoteca o de compraventa o de arrendamiento, aunque no se trate del inmueble que sirve de residencia principal a la familia, con el propósito que el cónyuge no propietario declare no haber pedido la afectación del inmueble como bien familiar. El tenor de esta declaración, suele ser el siguiente: “Presente en este acto doña (don) (individualizar) y expone:

a) Que en su calidad de cónyuge de don (doña) autoriza expresamente y específicamente la venta y enajenación (o el arrendamiento) (o constitución de la hipoteca) de que trata este instrumento, sobre el bien raíz de la sociedad conyugal individualizado en la cláusula primera de esta escritura.

b) Que a la fecha de celebración del presente contrato, no ha solicitado judicialmente la declaración de la calidad de “Bien Familiar” del inmueble, que por este instrumento se vende (o hipoteca o arrienda).

A mayor abundamiento, el cónyuge no propietario, de conformidad a lo establecido en los artículos 141 y siguientes del Código Civil, consiente y acepta expresamente los términos del presente contrato, y en especial, la venta (o el arrendamiento) (o constitución de la hipoteca y prohibición) de que da cuenta este instrumento”.

Por cierto, si los cónyuges estuvieren separados totalmente de bienes o casados bajo régimen de participación en los gananciales, sólo se incluirá la letra b). De todas maneras, entonces, en un contrato en el que antes no se exigía la concurrencia del otro cónyuge, porque existía separación total de bienes o porque se vendía o hipotecaba o arrendaba por el marido un bien inmueble propio, hoy sí se exige dicha comparecencia, lo que indudablemente ha provocado y seguirá provocando serios problemas, especialmente cuando el cónyuge que vende o hipoteca o arrienda, se encuentra separado de hecho y en una hipótesis de conflicto económico o afectivo con el otro cónyuge, ya que probablemente éste se negará a suscribir la respectiva escritura de compraventa o hipoteca o arrendamiento. Eventualmente, podría aceptarse, como una salida, que el cónyuge propietario acredite que no se ha entablado una demanda en su contra pidiendo el cónyuge no propietario la afectación del inmueble como bien familiar, acompañando un certificado expedido por la Corte de Apelaciones respectiva o por él o los juzgados competentes, en aquellas ciudades donde no hay distribución de causa, donde conste que no se ha interpuesto una demanda de afectación de bien familiar contra el propietario. Asimismo, los acreedores o personas que contraten con el cónyuge propietario, deben exigir lo anterior cuando sea plausible la afectación del inmueble como familiar, lo que por cierto no podría ocurrir, si se trata de un sitio eriaz o un establecimiento comercial o industrial que no

²⁴ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 58.

²⁵ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 59.

contiene viviendas anexas. Se divisan, de todas formas, las dificultades que pueden surgir para el cónyuge propietario, urgido por la pronta conclusión del negocio y obtención del crédito o de la utilidad que le reportará recibir el precio o la renta, pues cualquiera sea la solución, la dilación se producirá irremediabilmente.

En respuesta a estas críticas, Carlos Peña González, uno de los redactores de la Ley 19.335, ha señalado al efecto, frente a la interpretación que en la práctica ha prevalecido²⁶:

- “En primer lugar, esa interpretación –y la práctica que ella ha dado lugar- transgrede la voluntad explícita del legislador. Le atribuye un propósito que jamás ha poseído. En efecto, esa interpretación pretende, implícitamente, que el artículo 141 tiene por objeto transformar los regímenes de bienes existentes en nuestro ordenamiento, sustituyéndolos por uno de administración conjunta. Nada sacarían los cónyuges con pactar el régimen de separación de bienes o el régimen de participación, puesto que, al ejercitar las facultades de disposición que esos estatutos les acuerdan, el tercero con quien contraten debiera siempre solicitar la autorización del cónyuge no propietario. Sería esa, en efecto, la única manera de evitar probables rescisiones del negocio y consecuentes reivindicaciones sobre el bien. Así el artículo 141 habría no sólo introducido un régimen patrimonial primario (que constituye su propósito explícito) sino que habría modificado el conjunto de las normas que reglan la propiedad en Chile, prescribiendo la administración conjunta del patrimonio propio una vez que el titular contrae matrimonio. Es evidente que una interpretación que conduce a esos resultados no procura guardar, entre las disposiciones del ordenamiento, la ‘debida correspondencia y armonía’ que reclama el artículo 21 del Código Civil.”

- “En segundo lugar, aquella interpretación transgrede reglas constitucionales explícitas. De ser correcta esa interpretación, el precepto resulta inconstitucional. El sólo hecho del matrimonio, con prescindencia de los intereses fácticos de la familia, no constituye una razón justificatoria suficiente –desde el punto de vista del artículo 19, número 24, inciso segundo de la Carta- para limitar el derecho de dominio. Al exigirse a todo propietario casado –con prescindencia de los hechos que constan en el registro- la autorización de su cónyuge para enajenar bienes que le son propios, se alcanza un resultado incompatible con las reglas fundamentales.”

- “En tercer lugar, de atribuirse aquel alcance al precepto se está construyendo una interpretación que transgrede una de las bases fundamentales del derecho privado, a saber, la protección de la confianza. La técnica del contrato y las diversas formas de transferir bienes reposan sobre un conjunto de principios sin los cuales la institución contractual resulta inconcebible. El fundamental de estos principios (...) es aquél según el cual el ordenamiento ampara las expectativas de los sujetos cuando ellas se erigen sobre la base de declaraciones de voluntad mutuas y sobre la base de hechos normalmente cognoscibles. Al pretender que el carácter familiar de un bien es oponible a terceros sin que medie la inscripción que el artículo 141 ordena, se está sosteniendo que el ordenamiento no presta protección a las expectativas razonables de los sujetos de derecho.”

- “En cuarto lugar, la interpretación que comento hace inútil la inscripción privando de efectos al precepto que la ordena. Si esa inscripción no es un requisito necesario e imprescindible para que la declaración de bien familiar surta efectos respecto de terceros, entonces, ¿qué sentido tiene? Esa inscripción no equivale a tradición, ni tiene por objeto mantener la historia de la propiedad raíz, ni equivale a solemnidad de ningún negocio ni, en

²⁶ Peña González, Carlos, artículo “*Constitución de los Bienes Familiares*”, publicado en “*El Mercurio*”, Santiago, edición del 2 de junio de 1995.

fin, cumple funciones de garantía de ninguna posesión. Su única finalidad no puede ser sino la de conferir publicidad a la declaración a que se refiere, permitiendo, así, que sea oponible”.

René Ramos Pazos, por su parte, adhiere también a la tesis de Peña, afirmando sobre el particular: “Así las cosas, y considerando que la opinión del profesor Peña es valiosa por su participación en la preparación del proyecto que condujo a la Ley 19.335, tenemos que entender que lo que el artículo 141 inc. 3º ha querido decir es que para que el bien sea familiar no es necesario esperar a que exista sentencia firme, teniendo provisoriamente tal carácter respecto del cónyuge propietario, cuando se presenta la demanda al tribunal; y respecto de los terceros, desde que se practique la correspondiente subinscripción en el Registro Conservatorio. Dentro de lo poco clara que es toda esta situación, una cosa nos parece evidente y es que los terceros no se pueden ver afectados por la declaración de familiar de un inmueble –ni la provisoria ni la definitiva- mientras no se practique la anotación indicada en el inciso 3º del artículo 141”.²⁷

Hernán Corral no comparte tal conclusión. Señala al efecto: “Hay quienes se han esforzado por corregir el texto legal arguyendo que para los inmuebles la anotación registral sería una solemnidad o un requisito de oponibilidad respecto de terceros. Pero, a nuestro juicio, todos estos laudables intentos se estrellan contra el claro tenor de la ley. Por otro lado, hay constancia de que esta idea fue expresamente desechada durante la tramitación del proyecto. Se trata de una gravísima inadvertencia que está produciendo muchísimos problemas.”²⁸

En la misma línea, Gian Franco Rosso manifiesta que “...la norma comentada debe ser entendida literalmente (...) la intención del legislador, en esta disposición puntual, se encuentra debidamente expresada en su texto, pues lo que se lee es exactamente lo que aquél quiso decir”. Agrega este autor que “...si acudimos (...) a la historia fidedigna del establecimiento de la ley 19.335, nos encontramos con que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, al acoger la proposición de los Senadores Diez y Fernández, en cuanto a que lo más seguro sería que la declaración de bien familiar la efectuara un órgano jurisdiccional, advierte que con el nuevo sistema existe la posibilidad que el cónyuge propietario tome conocimiento de que su marido o mujer interpondrá o ha interpuesto demanda de declaración de bien familiar, y antes de que la primera resolución sea anotada al margen de la inscripción respectiva, proceda a realizar alguno de los actos del artículo 142, de manera de eludir los efectos de la declaración de bien familiar. En tal sentido, y siguiendo la interpretación no literal, si el cónyuge propietario demandado enajena o grava el inmueble antes de la anotación marginal en el Conservador, los terceros quedarían totalmente a salvo de la rescisión del acto, pues según aquella, la declaración de bien familiar sólo produce efectos desde la anotación conservatoria. De ser tal la interpretación del artículo 141, inciso 3º del Código Civil, el ordenamiento jurídico estaría protegiendo a los terceros contratantes y mantendría en alto el principio de la seguridad jurídica pero, evidentemente, desprotegería a la familia, pues en definitiva, esta última sería privada del hogar, objeto primario de protección de la institución que estudiamos.”²⁹

A fin de cuentas, se observa que asumir una u otra doctrina, supone optar por la protección a los terceros, o por la protección a la familia. Ante tal dilema, y considerando el

²⁷ Ramos Pazos, René, ob. cit., pág. 361.

²⁸ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., págs. 59 y 60.

²⁹ Rosso Elorriaga, Gian Franco, ob. cit., págs. 141 y 142.

espíritu de la Ley 19.335, debiéramos concluir que la protección a la última, ha de prevalecer sobre la protección a los terceros. Se trataría, por lo demás, de una situación prevista en el artículo 19 del Código Civil, pues siendo claro el sentido de la ley (aunque él pugne con situaciones jurídicas análogas, en las que el legislador sí ha protegido a los terceros adecuadamente, como acontece cuando las inscripciones desempeñan un rol de publicidad), no corresponde desatender su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Por ende, adherimos a los planteamientos de Corral y Rosso, y no así a los sustentados por Peña y Ramos Pazos.

La afectación provisoria cesará, si la sentencia en definitiva rechaza la demanda. En tal caso, se estima que la declaración provisoria queda desprovista de todo efecto, de modo retroactivo. En consecuencia, se validarán todos los actos de disposición o administración realizados en el intertanto por el cónyuge propietario.

d) Afectación definitiva.

Nada dice la ley sobre la afectación definitiva. Se entiende que la sentencia firme que dé lugar a la demanda debería, en el caso de un inmueble, ordenar la sustitución de la anotación provisoria por una definitiva.³⁰

4.2. Afectación por declaración unilateral solemne.

Tratándose de los derechos o acciones en sociedades propietarias del inmueble que sirve de residencia principal de la familia, la afectación se produce por un mecanismo totalmente diferente: “por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública” (artículo 146, inciso 3º). Aunque la ley alude a la posibilidad de que la escritura pública sea suscrita por cualquiera de los cónyuges, resulta obvio que en la mayoría de los casos, quien la suscribirá será el cónyuge no propietario.

Distinguimos al efecto, según el tipo de sociedad de que se trate:

- Si se trata de acciones en sociedades anónimas, la escritura pública de afectación debe inscribirse en el registro de accionistas de esa sociedad;
- Si se trata de sociedades de personas mercantiles (sociedades de responsabilidad limitada y colectivas mercantiles), debe anotarse al margen de la inscripción del extracto de constitución de la sociedad, realizada en el Registro de Comercio; y
- Si se trata de sociedades colectivas civiles, afirma Corral que los derechos pueden ser afectados sin que medie publicidad alguna, ya que respecto de ellas no existe inscripción³¹. En este caso, a nuestro juicio, podría solicitarse una anotación marginal, en la matriz de la escritura pública de constitución de la sociedad, si se hubiere celebrado el contrato con esta solemnidad, formalizando así un requisito de publicidad.

Refiriéndose a esta afectación unilateral solemne, Corral manifiesta que “...nuevamente hemos de echar en falta una protección de los intereses de terceros, ya que la ley no dispone que éstos no puedan ser afectados mientras la escritura no sea inscrita o anotada. Como se trata de formalidades de mera publicidad, la afectación se produce con la simple declaración unilateral otorgada por escritura pública, y los terceros, así como el cónyuge propietario, pueden verse perjudicados por la declaración sin que hayan tenido

³⁰ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., págs. 60 y 61.

³¹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 61.

posibilidad alguna de conocerla”.³² Con todo, en este caso, dado que la ley ordena cumplir con la formalidad de publicidad, entendemos que mientras no se verifique, la afectación será inoponible a los terceros.

4.3. El fraude en la afectación.

Dispone el artículo 141, inciso final, que el cónyuge que hiciere fraudulentamente la declaración, deberá indemnizar los perjuicios causados. En verdad, la norma parece superflua: a igual conclusión se habría llegado aplicando las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual (artículos 2314 y siguientes del Código Civil). Se trata de un caso de delito civil.

5.- Efectos de la declaración de un bien como familiar.

5.1. Cogestión de los bienes familiares.

a) Dominio y gestión.

La declaración de familiar de un bien, no altera la titularidad del derecho de propiedad ni tampoco la facultad de goce respectiva. Lo que resulta afectado por la declaración es la gestión del bien, es decir, la facultad para realizar actos de disposición y de administración. La gestión, pasa a ser compartida por los cónyuges.

b) Actos que necesitan voluntad conjunta.

Para ejecutar o celebrar los siguientes actos o contratos, el cónyuge propietario deberá contar con la voluntad del cónyuge no propietario:

- Enajenación o gravamen voluntarios (artículo 142, inciso 1º). No se requiere la voluntad del cónyuge no propietario, para las enajenaciones forzadas, es decir, las realizadas por el ministerio de la justicia.
- Contratos de promesa de enajenación o gravamen (artículo 142, inciso 1º).
- Contratos que conceden derechos personales de uso y goce sobre algún bien familiar (artículo 142, inciso 1º). Por ejemplo, de arrendamiento y de comodato.
- Tratándose de los derechos o acciones en sociedades, el titular no puede realizar por sí mismo cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar (artículo 146, inciso 2º). Así, por ejemplo, no se podrán ceder los derechos o acciones; gravar o enajenar los derechos o acciones; o, si uno de los cónyuges es el administrador de la sociedad, no podría, sin la voluntad del otro cónyuge, celebrar un contrato de compraventa, comodato, arrendamiento, hipoteca, etc., que tenga por objeto el inmueble.

c) Manifestación de la voluntad del cónyuge no propietario.

Puede prestarse:

³² Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 62.

- Interviniendo directa y expresamente en el acto.
- Por autorización dada por escrito o por escritura pública si el acto exige esa solemnidad (en este último caso, para vender o hipotecar el inmueble, por ejemplo).
- A través de mandatario, caso en el cual el mandato ha de ser especial y solemne. Deberá constar por escrito o por escritura pública, según la naturaleza del acto que se pretende autorizar.

d) Autorización del juez.

El juez podrá suplir la voluntad del cónyuge no propietario, en los siguientes casos:

- i) Imposibilidad del cónyuge no propietario;
- ii) Negativa que no se funde en el interés de la familia.

El juez civil resolverá previa audiencia a la que será citado el cónyuge en caso de negativa de éste (artículo 144)³³. De esta manera, para afectar o desafectar, debe recurrirse al juez de familia (artículo 8, número 14, letra b), mientras que para celebrar un contrato sobre un bien familiar, autorizado por la justicia, debe recurrirse al juez civil (Ley N° 20.286).

e) Sanción por la falta de voluntad del cónyuge no propietario.

La sanción será la nulidad relativa (artículo 143, inciso 1°). Regirán las reglas generales aplicables a esta sanción civil. Ramos Pazos agrega que en el caso del artículo 146 (afectación de derechos o acciones en sociedades) la sanción será la misma, pero no por aplicación del artículo 143, pues éste precepto sólo alude al artículo 142, el que a su vez sólo se refiere al inmueble y muebles que lo guarnecen, sino de las reglas generales, puesto que estaríamos ante la omisión de un requisito establecido en atención al estado o calidad de las partes, vale decir, una formalidad habilitante³⁴. Aplicaríamos por ende la *regla de la analogía*.

Como advierte Ramos Pazos, no señaló la ley desde cuando se debe contar el cuadrienio para alegar la nulidad relativa. El punto suscita dificultades, pues a diferencia de la nulidad absoluta, donde hay una regla general (artículo 1683, 10 años contados desde la fecha del acto o contrato), no existe una regla uniforme para el cómputo de los 4 años, tratándose de la nulidad relativa (artículo 1691). Ramos Pazos estima que el plazo de prescripción correría desde la celebración del contrato, aunque no fundamenta su conclusión. Eduardo Court, en cambio, opina que en esta materia, debería seguirse la misma fórmula consagrada en el artículo 1792-4, para el régimen de participación en los gananciales. Por ende, para el último autor, el cuadrienio se contaría desde el día en que el cónyuge que alega la nulidad, tomó conocimiento del acto, rigiendo también la limitación de 10 años, que contempla el artículo mencionado.³⁵ Rosso es de la misma opinión, afirmando que "...la laguna legal existente en los bienes familiares respecto al momento desde el cual debe contarse el plazo en que el cónyuge no propietario puede pedir la rescisión del acto, debe integrarse por analogía, aplicándose al efecto el artículo 4° de la

³³ Artículo modificado por el artículo 126 de la Ley 19.968, publicada en el Diario Oficial de fecha 30 de agosto de 2004.

³⁴ Ramos Pazos, René, ob. cit., pág. 366.

³⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., pág. 367.

Ley 19.335 (actual artículo 1792-4), ya que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Además, sería absurdo que el artículo 4° de la ley citada ordenara contar el cuadrienio desde que se toma conocimiento del acto para el caso de faltar el consentimiento de un cónyuge y su artículo 28 número 9 (actual artículo 143) dispusiera un momento distinto para la misma situación. En este sentido, pensamos que debe aplicarse aquí el artículo 22 del Código Civil, en cuanto el contexto de la Ley 19.335 permite ilustrar el sentido de su artículo 28 número 9 (bienes familiares), de manera que haya entre todas sus partes la debida correspondencia y armonía”.³⁶ Se trata de una alusión al elemento lógico de interpretación de la ley.

Hernán Corral disiente de Court y de Rosso, y llega a la misma conclusión de Ramos Pazos.³⁷

f) Efectos respecto de terceros adquirentes.

Establece el artículo 143 una **presunción**, a juicio de Hernán Corral **de derecho**: los terceros adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine. Naturalmente que esta presunción sólo operará cuando la afectación del bien inmueble conste en el registro conservatorio. No lo señala la ley expresamente, pero como afirma Corral, “...sería extraordinariamente injusto y absurdo estimar lo contrario. Nuevamente, el intérprete debe salvar la norma defectuosa del seguro naufragio al que la conduciría su tenor literal”.³⁸

Corral sintetiza los alcances del artículo 143, en los siguientes términos:

- Los terceros que contratan con el cónyuge propietario, aunque hayan procedido de buena fe (ignorando excusablemente que un bien tiene calidad de familiar, por ejemplo si ella no consta en el registro inmobiliario), son alcanzados por la acción de nulidad del acto o contrato;
- Declarada la nulidad, el tercero quedará sujeto a las prestaciones o restituciones mutuas y para ellas se le considerará de buena fe, salvo prueba en contrario;
- Sólo en el caso de que el tercero hubiere adquirido un inmueble cuya declaración de familiar constaba en el registro inmobiliario, se le reputará de mala fe, sin que se admita prueba en contrario.
- La nulidad judicialmente declarada dará acción reivindicatoria contra el tercero subadquirente cuyo título derive del tercero que contrató a su vez con el cónyuge propietario (aplicación de la regla general, de la nulidad, contenida en el artículo 1689).³⁹ En este caso, estaríamos, sin embargo, ante una hipótesis que permitiría deducir acción reivindicatoria no por el dueño (cónyuge propietario) sino por quien no es dueño (cónyuge no propietario), lo que suscita dudas en cuanto a la factibilidad de tal acción, pues pugnaría con el sistema general del Código, que exige, como titular de dicha acción, al propietario.

A iguales conclusiones arriba Ramos Pazos, señalando que “...nos encontramos frente a una presunción de derecho (...) la presunción rige únicamente para la enajenación de bienes

³⁶ Rosso Elorriaga, Gian Franco, ob. cit., pág. 199.

³⁷ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., págs. 67 y 68.

³⁸ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 68.

³⁹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 69.

inmuebles. No para los muebles, por no encontrarse sujetos a registro. Para ellos mantienen su vigencia el artículo 1687 y la presunción de buena fe del artículo 707.”⁴⁰

5.2. Constitución de derechos reales de goce.

Dispone el inciso 1° del artículo 147 que “Durante el matrimonio, el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares”.⁴¹

Cabe preguntarse qué utilidad podría tener constituir éstos derechos reales, en circunstancias de que la familia ya se encuentra amparada con la declaración de bien familiar de estos bienes. En ciertos casos, podría ser útil. Así, por ejemplo, si el inmueble afectado como bien familiar contiene cabañas de turismo y el cónyuge no propietario que pidió dicha afectación, tiene interés en explotarlas. Lo mismo podría ocurrir, si se trata de un predio agrícola, ganadero o forestal. En ambos casos, se divisa la utilidad que podría tener un derecho real de usufructo. Así, si el predio contiene diez cabañas de turismo, la familia podría tener su residencia en una de ellas, y explotar las nueve restantes.

No se divisa en verdad qué utilidad podría tener que se decrete un derecho real de uso o de habitación, *además* de la afectación del inmueble como bien familiar. En estos casos, no hay duda que los efectos de tales derechos reales y de tal afectación, son idénticos.

Por cierto, tal como se desprende del art. 147, la sola afectación de un inmueble como bien familiar, no implica que al mismo tiempo se entienda constituido un derecho real de usufructo, pues, insistimos, aquí el distingo entre ambas instituciones jurídicas sí es relevante. Así lo deja en claro un fallo de la Corte de Santiago de 17 de enero de 2008, autos Rol N° 4.278-2004 (6ª Sala): “Primero: Que por la demanda de fojas 12 la actora formuló dos peticiones concretas y específicas a la jurisdicción. La primera, declarar bien familiar el inmueble ubicado en (...), toda vez que aquél sirve de residencia principal de la familia (...) Luego, como segunda petición, se solicitó constituir usufructo sobre el referido bien raíz a favor de la cónyuge, en la forma, condiciones y por el tiempo que el tribunal determinara, pidiéndose junto a ello, que se ordenara su inscripción en el competente registro. Segundo: Que la sentencia en alzada hizo lugar a la demanda declarando bien familiar el inmueble ya individualizado, pero omitió pronunciamiento sobre la segunda petición, lo que fue advertido por el juez a quo motivando la dictación de una sentencia complementaria mediante la cual aquél razonó y decidió no pronunciarse en torno a esta última pretensión, al estimar que ella resulta innecesaria por haberse ya declarado el inmueble como un bien familiar, por lo que el efecto es precisamente el mismo que para el caso que se conceda el derecho de usufructo sobre la casa habitación a la cónyuge. Tercero: Que la institución de los bienes familiares es distinta y no puede confundirse con el derecho real de usufructo, porque si bien, una u otra pueden exhibir rasgos en apariencia comunes,

⁴⁰ Ramos Pazos, René, ob. cit., pág. 367.

⁴¹ Modificado por el artículo 3° número 8 de la Ley 19.947, Ley de Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial con fecha 17 de mayo de 2004. Antes de la modificación, el inciso 1° del artículo 147 establecía que “Durante el matrimonio **o después de la declaración de su nulidad**, el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares”. La frase destacada, se suprimió. Por lo demás, la posibilidad de impetrar estos derechos después de haberse declarado la nulidad del matrimonio, no estaba contemplada en el texto original del artículo 147, habiéndose introducido por la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998.

las mismas atienden a fines no siempre coincidentes, como queda claro de la regulación a que están sujetas en el Código Civil. En efecto, el artículo 141 del referido cuerpo legal le reconoce a cualquiera de los cónyuges (...) el derecho a solicitar (...) que se declare bien familiar el inmueble (...) Pero además de ello, en esa misma reglamentación se le reconoce un derecho al cónyuge no propietario para que durante el matrimonio (...) solicite al juez la constitución de los derechos de usufructo, uso o habitación sobre los inmuebles, aun cuando ya se hubieren declarado éstos como bien familiar (...) Lógicamente, como resulta evidente, el legislador no habría reconocido un derecho de esa naturaleza que, además reguló dentro del mismo Párrafo 2° del Título VI del Libro I del Código Civil, si entendiera que se trata de idénticos institutos, o que producen análogos efectos, de modo que declarado un bien familiar el cónyuge no propietario no queda inhibido de reclamar también la constitución de un derecho de usufructo, uso o habitación sobre el mismo bien inmueble, ya que no estamos frente a peticiones incompatibles”.

a) Derechos reales que pueden constituirse: son ellos el usufructo, uso o habitación en favor del cónyuge no propietario (artículo 147, inciso 1°).

b) Oportunidad: estos derechos pueden constituirse durante el matrimonio (artículo 147). No se alude a la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, porque en tal caso, el cónyuge que pretenda impetrar en su favor los derechos de uso o habitación, debe invocar la regla 10ª del artículo 1337, en el ámbito de la partición, caso en el cual, a diferencia de lo dispuesto en el título de los bienes familiares, esos derechos serán vitalicios.

Debe tenerse en cuenta que sólo podrá admitirse la constitución de estos derechos cuando el bien haya sido afectado como familiar durante el matrimonio, según queda en claro en el inciso 1° del artículo 147.

c) Juez competente y procedimiento: cuando se creó la institución de los bienes familiares por la Ley 19.335, ésta nada dijo acerca del juez competente y el procedimiento. Hernán Corral consideraba que debían aplicarse las reglas generales, de manera que sería competente el juez del territorio donde está situado el inmueble o si se trataba de bienes muebles, el del domicilio del cónyuge demandado (o sea, el propietario). Agregaba que el procedimiento sería el del juicio ordinario, o, cuando se consideraba aplicable el artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, el juicio sumario. Claudia Schmidt consideraba en cambio que había de ser el del juicio sumario.⁴²

Ramos Pazos, por su parte, siguiendo a Leslie Tomasello, señalaba que el juez llamado a conocer del juicio de alimentos entre los cónyuges, tendría competencia para constituir estos derechos. Respecto del procedimiento, distinguía según se habían pedido o no en el juicio de alimentos. Si se pedían en el juicio de alimentos, el procedimiento sería el que corresponda a ese juicio; si se demandaba fuera de un juicio de alimentos, debía aplicarse el juicio sumario, en conformidad al artículo 680, inciso 1° del Código de Procedimiento Civil.⁴³

Rosso discrepaba de todos los enfoques anteriores. Afirmaba que “...tales procedimientos (el ordinario o el sumario) son desproporcionados para la materia que

⁴² Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 74.

⁴³ Ramos Pazos, René, ob. cit., pág. 371.

tratamos. Si criticamos la solución del legislador de someter la constitución de los bienes familiares al procedimiento sumario, que produce efectos más amplios que la atribución de los derechos reales que indica el artículo 147, con mayor razón estimamos improcedente su aplicación en este último caso. Más todavía cuando la constitución de los derechos reales de usufructo, uso o habitación queda sometida a la prudencia del juez, según reza el artículo 147, lo que haría inútil una prueba rendida con las formalidades para los procedimientos contenciosos. Ante tales circunstancias, creemos que bastaría para entregar al juez los elementos de juicio necesarios, que se actuara con conocimiento de causa (...) Las actuaciones con conocimiento de causa, y cuando corresponda con citación del cónyuge, constituyen el procedimiento general en el Derecho patrimonial familiar (...) Por lo mismo, estimamos que la tramitación de la solicitud del cónyuge no propietario debe someterse a dichas reglas, y sólo si hay oposición a ella por parte del cónyuge demandado, el negocio se hará contencioso”.⁴⁴

Toda esta cuestión doctrinaria ha quedado zanjada, al disponer el artículo 8º de la Ley 19.968, sobre Tribunales de Familia, en su número 14, letra b), que serán competentes los Juzgados de Familia, en aquellas causas concernientes a “la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación” sobre bienes familiares. El procedimiento aplicable será el “ordinario ante los juzgados de familia”, regulado en los artículos 55 a 67 de la Ley 19.968. Se trata de un procedimiento oral, concentrado y desformalizado (artículo 9º de la misma ley), que recoge más bien la tesis que postulaba Rosso.

d) Inscripción registral: dispone el artículo 147, inciso 3º, que “la declaración judicial a que se refiere el inciso anterior servirá como título para todos los efectos legales”.

Aunque la ley es oscura en esta parte, se ha concluido que el legislador ha querido que estos derechos se inscriban respecto de los inmuebles, y para este efecto, la sentencia es considerada como título, es decir, como instrumento apto para acceder al registro. Esto no desconoce el origen judicial de los derechos reales, pero resguarda los intereses de los terceros, para los que el usufructo, uso o habitación constituidos sobre un inmueble familiar, sólo serán oponibles desde su inscripción en el Registro.

e) Aspectos que debe considerar el juez al constituirlos.

Dispone el inciso 1º del artículo 147 que el juez, en la constitución de estos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, tomará especialmente en cuenta los siguientes factores:

- El interés de los hijos, cuando los haya, lo que por ende constituye una manifestación del interés superior de los hijos, especialmente menores; y
- Las fuerzas patrimoniales de los cónyuges. Como se expresó, este último factor no debe ser considerado para declarar un bien como familiar, pero sí para constituir estos derechos reales.

Parte de nuestra doctrina atribuye “naturaleza alimenticia” a estos derechos. Expresa al respecto René Ramos: “Por nuestra parte, pensamos que no se puede desconocer que estos gravámenes tienen ‘naturaleza alimenticia’, como lo demuestra el hecho de que el tribunal para su constitución debe considerar las fuerzas patrimoniales de los cónyuges, y lo confirma el que los acreedores del cónyuge beneficiado no los puedan embargar, según

⁴⁴ Rosso Elorriaga, Gian Franco, ob. cit., pág. 237.

acabamos de ver. Consecuencia de ello es –a nuestro juicio- que el cónyuge afectado, invocando el artículo 332 del Código Civil, podrá solicitar el cese de estos gravámenes en cualquier tiempo que el cambio en las condiciones económicas de los cónyuges no justifique su mantención”.⁴⁵

Con todo, como ya lo anticipamos, en nuestra opinión los derechos reales que pueden constituirse conforme al art. 147 no tienen naturaleza alimenticia, a pesar de la incompatibilidad que existe entre su constitución y la existencia de un usufructo alimenticio decretado sobre el mismo bien. La cuestión tiene importancia, pues el derecho a solicitar la constitución de estos derechos reales subsiste, a pesar de que el cónyuge propietario del inmueble esté pagando una pensión de alimentos al cónyuge solicitante, a menos que dicha pensión alimenticia consista precisamente en un usufructo sobre el mismo bien raíz. Dicho en otras palabras: si la pensión se paga en efectivo, y aunque ella alcance el límite del 50% de las rentas del alimentante, es posible que *además*, se constituya un derecho real de usufructo, uso o habitación, sobre un inmueble del alimentante declarado previamente bien familiar. El carácter no alimenticio de estos derechos reales, se pone de manifiesto, también, si consideramos que el cónyuge favorecido con uno de estos derechos, podría quedar obligado a pagar una contraprestación al cónyuge propietario del bien, lo que obviamente no ocurre en el caso de una pensión alimenticia. Asimismo, cabe señalar que el usufructo decretado en virtud del art. 147 sólo cede en favor del cónyuge no propietario, mientras que un usufructo alimenticio podrá constituirse en favor del cónyuge y los hijos. Por otra parte, el derecho real de usufructo que se obtiene en virtud del art. 147 podría en teoría transferirse por su titular, lo que no puede ocurrir con el derecho a percibir una pensión de alimentos. Finalmente, los derechos reales constituidos de conformidad al art. 147 son temporales, según veremos en el párrafo que sigue. En cambio, la pensión alimenticia tiene en principio un carácter indefinido, dura lo que dure la vida del o de los alimentarios.

La compatibilidad entre la pensión de alimentos consistente en el pago de dinero en efectivo y la constitución de un derecho real conforme al art. 147, se ratifica en un fallo de la Corte Suprema de 16 de agosto de 2000, autos Rol N° 3.871-1999 (1ª Sala).⁴⁶ En estos autos, la cónyuge no propietaria solicitó que de conformidad al art. 147, se concediera a ella y a sus hijos (en realidad, la petición debió hacerse sólo para ella, atendidos los términos del inc. 1° del art. 147: “... el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos...”⁴⁵) el usufructo sobre un inmueble situado en la ciudad de Talca. La demanda fue rechazada en primera instancia, y apelada esta resolución, una Sala de la Corte de Talca la confirmó. En contra de esta sentencia, la actora interpuso casación en el fondo, expresando en él que “... la sentencia de segundo grado, confirmatoria de la de primera instancia, al decidir la litis en la forma como se ha señalado, ha cometido error de derecho e infringido el artículo 147 del Código Civil, en relación con el artículo 321 del mismo cuerpo legal y los artículos 10 [hoy art. 7°] y 11 [hoy art. 9°] de la Ley N° 14.908, al dar a la primera disposición un carácter alimenticio, estimándola una repetición de esta última, lo que la lleva a concluir también, erróneamente en su concepto, que no es posible acoger la demanda sin infringir el referido artículo 10 [hoy art. 7°] de la Ley N° 14.908, toda vez que el demandado está ya obligado a pagar el 50% de sus ingresos a título de alimentos y la citada norma, precisamente, prohíbe toda pensión que supere dicho

⁴⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., tomo I, p. 375.

⁴⁶ *Fallos del Mes* N° 501, pp. 2.311-2.315.

porcentaje. Ello importa, según la recurrente, un error de derecho, pues el fundamento del artículo 147 del Código Civil es distinto del que inspira al artículo 11 [hoy art. 9°] de la Ley N° 14.908 y, por ende, no es aplicable al caso sub lite el límite mencionado”. La Corte consigna en su fallo: “Cuarto: Que de la norma transcrita [art. 147] se desprende que ella no es de naturaleza propiamente alimenticia y no constituye tampoco una simple repetición del artículo 11 [hoy art. 9°] de la Ley N° 14.908, pues mientras ésta última tiene como fin asegurar el pago de una pensión de alimentos, aquélla, en cambio, se ha establecido en beneficio de la familia aun cuando no exista discusión acerca de las necesidades económicas del cónyuge, pudiendo constituirse un usufructo, uso o habitación sobre un bien declarado familiar (...) Quinto: Que en consecuencia, al no tener el artículo 147 del Código Civil un fundamento de carácter alimenticio, como sí lo tiene el artículo 11 [hoy art. 9°] de la Ley N° 14.908, y ser, además, distintos sus objetivos, no es aplicable al caso de autos la limitación que contiene el artículo 10 [hoy art. 7°] de esta última ley, lo que no impide al alimentante ejercer el derecho que le otorga el inciso final de la misma disposición legal, de pedir, en la sede que corresponda, la reducción del monto de la pensión alimenticia a que está obligado, si estima que han variado las circunstancias existentes al momento en que ésta fue fijada. Sexto: Que los errores de derecho analizados han influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia ya que, si no se hubieren cometido, los jueces que la pronunciaron debieron revocar en lugar de confirmar el fallo de primera instancia y, como consecuencia, acoger en vez de rechazar la demanda de fs. 1”. En el fallo de reemplazo, se acoge la demanda, en cuanto se constituye el usufructo, por el lapso de quince años contados desde la fecha de la sentencia.

f) Caracteres de estos derechos.

- Son derechos dependientes de la calidad de familiar del bien sobre el que recaen. En efecto, según lo expresamos, es indispensable que los bienes sobre los que se constituyan estos derechos reales, estén previamente afectados como familiares. Consecuentemente, si los bienes sobre los cuales se constituyen los derechos reales dejan de estar afectados como bienes familiares, entendemos que tales derechos reales se extinguirían *ipso facto*. No lo dice expresamente el Código, pero la lógica jurídica apunta a una conclusión de esta índole. Si para constituirlos era indispensable que el bien tuviere la calidad de bien familiar, parece razonable sostener que para mantenerse vigente el derecho real, debe subsistir tal calidad de bien familiar.
- Son siempre temporales: el juez debe fijar un plazo de vigencia, pareciendo improcedente, a juicio de Corral, su prórroga, pues la ley no la autoriza expresamente.⁴⁷ Destacamos nuevamente la diferencia con la regla 10ª del artículo 1337, en cuanto los derechos de uso o habitación que se constituyan a favor del cónyuge sobreviviente, son vitalicios.
- Pueden sujetarse a otras obligaciones o modalidades, si así pareciere equitativo al juez. Así, señala Eduardo Court, el juez podría establecer, por ejemplo, que el cónyuge beneficiario pague una renta al cónyuge propietario o a sus herederos⁴⁸. Por ende, podría

⁴⁷ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 76.

⁴⁸ Court Murasso, Eduardo, “Los bienes familiares en el Código Civil (Ley 19.335)”, Cuadernos Jurídicos, Universidad Adolfo Ibáñez, pág. 34.

haber aquí una nueva diferencia con la hipótesis del artículo 1337, regla 10ª, pues ahí, los derechos que se constituyan a favor del cónyuge sobreviviente, son gratuitos.

- La declaración judicial servirá como título para todos los efectos legales (artículo 147, inciso 3º). Ello es necesario, para que el Conservador de Bienes Raíces pueda practicar la respectiva inscripción, cuando los derechos recaen en un inmueble.

- Por regla general, son derechos que no generan contraprestación, pero pueden ser remunerados, si el juez así lo establece.

- Requieren para su ejercicio la confección de inventario y el otorgamiento de caución, según las reglas generales. Por ende, distinguimos:

- i) Si se trata de la constitución de un usufructo, el cónyuge no propietario en favor del cual se constituya el derecho, deberá proceder a facción de inventario solemne y a rendir caución de conservación y restitución (artículo 775).

- ii) Si se constituye un derecho de uso o de habitación, no se exigirá caución.

- iii) Si se constituye un derecho de habitación, el habitador está obligado a la facción de inventario solemne, y

- iv) Si se trata de un derecho de uso, el usuario tendrá igual obligación cuando el uso se constituye sobre cosas que deben restituirse en especie (artículo 813).

- Son derechos intransmisibles, por aplicación de las reglas generales (artículos 806 y 812). Además, si se trata de los derechos de uso o de habitación, tampoco podrán transferirse (artículo 819). Por ende, sólo el usufructo podría cederse (artículo 793). Corral estima que no podría prohibirse la cesión del usufructo constituido sobre un bien familiar, pero en tal caso, el cónyuge propietario o sus herederos podrían solicitar el término de la afectación como familiar, al haber cambiado el destino del bien, lo que a su vez extinguirá también el usufructo.⁴⁹ Lo anterior hace por ende sólo teórica la posibilidad de ceder el derecho, pues probablemente tendrá una vida efímera en el patrimonio del cesionario.

- Deben valorarse prudencialmente por el juez, para los efectos de determinar el eventual crédito de participación en los gananciales (artículo 1792-23).

g) Situación de los acreedores.

Dispone el inciso 4º del artículo 147 que:

- La constitución de estos derechos reales de goce, no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución (la que será, en el caso de los inmuebles, la fecha de la inscripción de los derechos). Por ende, estos derechos reales de goce serán inoponibles a los acreedores cuyos créditos habían nacido con antelación a la constitución de aquellos. Es razonable la hipótesis de inoponibilidad, pues en caso contrario, los cónyuges podrían coludirse, para hacer ilusorio, en la práctica, el crédito del acreedor; en cuanto a los acreedores cuyos créditos hubieren nacido después de la constitución de estos derechos, éstos les serán oponibles, provocando en la práctica, como señala Rosso, una inembargabilidad fáctica. En efecto, "...de ser embargados los bienes familiares sobre los cuales recaen los derechos reales (...) sólo podría subastarse la nuda propiedad de los mismos, más no los derechos desmembrados que pudieran existir a su respecto. Ante tal hipótesis, será muy improbable en la práctica que existan postores con interés de adquirir el bien gravado. De esta manera, a pesar de no haber declarado la ley

⁴⁹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 77.

inembargables los bienes familiares, la constitución judicial de un derecho real sobre ellos produce una inembargabilidad fáctica, y a la vez velada, al menos durante el plazo de duración que el tribunal haya establecido para los respectivos derechos.”⁵⁰

- La constitución de estos derechos reales de goce, no aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento. Se trata por ende de una excepción al derecho de prenda general, que tales acreedores podrían haber ejercido, sobre estos derechos incorporados al patrimonio de su deudor. Se descarta por ende el embargo de estos derechos (2465) y la posibilidad de ejercer, sobre ellos, la acción oblicua o subrogatoria (artículo 2466).

h) Incompatibilidad entre el derecho de alimentos y los derechos reales de goce, cuando el primero recae sobre el inmueble declarado bien familiar.

La Ley N° 19.741, publicada en el Diario Oficial de fecha 24 de julio de 2001, reemplazó el artículo 11°, que pasó a ser artículo 9°, de la Ley N° 14.908 sobre “Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias”, estableciendo que el juez que esté conociendo del correspondiente juicio de alimentos “podrá fijar o aprobar que la pensión alimenticia se impute total o parcialmente a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre los bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los registros correspondientes” (inciso 2°). Agrega la disposición que “La constitución de los mencionados derechos reales no perjudicará a los acreedores del alimentante cuyos créditos tengan una causa anterior a su inscripción” (inciso 3°). El precepto exonera asimismo al alimentario en cuyo favor se constituya el derecho real de usufructo, de uso o de habitación, a prestar caución de conservación y restitución, aun cuando sí exige confeccionar un inventario simple, disponiendo al efecto que “En estos casos, el usufructuario, el usuario y el que goce del derecho de habitación estarán exentos de las obligaciones que para ellos establecen los artículos 775 y 813 del Código Civil, respectivamente, estando sólo obligados a confeccionar un inventario simple. Se aplicarán al usufructuario las normas de los artículos 819, inciso primero, y 2466, inciso tercero, del Código Civil” (inciso 4°). La última frase deja en claro que el usufructuario no podrá ceder su derecho, lo que supone modificar el principio general acerca de la posibilidad de transferir el derecho real de usufructo, consagrado en el artículo 773 del Código Civil, lo que resulta explicable, dado que se constituye en el marco de una pensión de alimentos, y sabido es que el derecho de alimentos es personalísimo. De igual forma, el derecho de usufructo será inembargable, como acontece también con el usufructo (o derecho legal de goce) del padre y madre sobre los bienes del hijo no emancipado y del marido sobre los bienes propios de la mujer, cuando mediere régimen de sociedad conyugal.

Dispuso también el artículo 9° en análisis, la incompatibilidad entre el usufructo, uso o habitación decretado en un juicio de alimentos, con la constitución de los mismo derechos sobre bienes familiares: “Cuando el cónyuge alimentario tenga derecho a solicitar, para sí o para sus hijos menores, la constitución de usufructo, uso o habitación en conformidad a este artículo, no podrá pedir la que establece el artículo 147 del Código Civil respecto de los mismos bienes” (inciso 5°). Se entiende la incompatibilidad, porque aunque

⁵⁰ Rosso Elorriaga, Gian Franco, ob. cit., pág. 262.

hemos señalado que los derechos reales a que se refiere el art. 147 no tienen naturaleza alimenticia, sería redundante volver a constituir los mismos derechos a favor de idénticas personas sobre los mismos bienes. Con todo, en nuestra opinión la situación será diferente en uno u otro caso, para los acreedores del cónyuge propietario, según expondremos más adelante, adelantando desde ya que más favorable será para dichos acreedores la hipótesis del artículo 147 del Código Civil, que aquella consagrada en el artículo 9 de la Ley N° 14.908.

Los derechos reales de usufructo, uso o habitación que se constituyan en el juicio de alimentos, son incompatibles entonces con aquellos mismos derechos que el cónyuge no propietario puede pedir, en el ámbito de los bienes familiares, conforme al artículo 147 del Código Civil. Decretados los primeros, no podrán solicitarse los segundos.

Cabe preguntarse dónde se encontraría el origen de la actual redacción dada al inciso tercero del artículo 9° de la Ley N° 14.908, que no sólo exige detentar la calidad de acreedor, sino también invocar créditos cuya causa sea anterior a la inscripción de la sentencia que constituyó el derecho real. En nuestra opinión, el origen de la norma se encontraría en un afán por “corregir” o perfeccionar el tenor del artículo 147 del Código Civil, en el párrafo de los bienes familiares.

La redacción dada al artículo 147, en lo tocante a la protección a los acreedores, también apuntaba, como dice Gian Franco Rosso, a “superar los graves inconvenientes que ha provocado la posibilidad que otorga (...) la Ley 14.908 al juez de fijar como pensión alimenticia derechos reales, como los del artículo 147 sobre bienes del alimentante, especialmente frente a los acreedores hipotecarios de este último. En innumerables ocasiones, los deudores, con el objeto de salvar sus inmuebles de la subasta, simulan con su cónyuge juicios de alimentos, a fin de obtener la constitución por parte del tribunal de un derecho real (normalmente de usufructo) sobre aquéllos. La intención perseguida con tal juicio ha sido mantenerse en la ocupación de la vivienda, a la vez que evitar el remate de ésta, pues resulta muy difícil que alguna persona se interese en adquirir en la subasta el bien si está gravado con un derecho real”.⁵¹

Pero el mismo autor alertaba acerca de la situación en que quedaba el cónyuge no propietario, advertencia que al parecer recogieron los redactores del actual artículo 9° de la Ley N° 14.908: “Si bien lo dicho protege ciertamente a los terceros acreedores, deja al mismo tiempo en absoluta indefensión al cónyuge no propietario. Por una parte, porque se verá privado del bien a pesar de haber obtenido la declaración de familiar; pero además, es posible que el propietario, antes de la constitución efectiva del derecho real (...) adquiera deudas con el solo objeto de lograr que en definitiva sean realizados los bienes familiares gravados con el respectivo derecho real, pudiendo estar o no coludido con los acreedores”.⁵²

Explicado el origen de la reforma, cabe subrayar la disímil regulación de los artículos 9° de la Ley número 14.908 y 147 del Código Civil: en éste último, basta haber tenido la calidad de acreedor del cónyuge propietario, a la fecha de la constitución del derecho real de usufructo, uso o habitación, para quedar a salvo de las consecuencias que tales derechos reales originan. En cambio, en el artículo 9° de la Ley N° 14.908, no es

⁵¹ Rosso Elorriaga Gian Franco, ob. cit., págs. 255 y 256. Rosso cita un artículo de Andrés Cuneo Macchiavello, titulado “El usufructo constituido con posterioridad a una hipoteca: su eficacia frente al acreedor hipotecario”, publicado en RDJ, T. LXXXV, número 3, 1988, p.113.

⁵² Rosso Elorriaga Gian Franco, ob. cit., pág. 256.

suficiente ostentar la calidad de acreedor del alimentante para quedar indemne de los efectos de la constitución del derecho real a favor del alimentario, sino que además, el crédito ha de tener una causa anterior a la inscripción del derecho real.

Visualicemos la diferencia apuntada con el siguiente ejemplo: el propietario obtiene un préstamo con el Banco X el día 10 de enero de 2002, y con el objeto de garantizar el pago íntegro y oportuno de la obligación, constituye a favor de dicha entidad bancaria, una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, hipoteca que se inscribe el 18 de enero de 2002. El día 30 de julio de 2002, se afecta como bien familiar el inmueble y se constituye un derecho real de usufructo a favor del cónyuge no propietario, inscribiéndose el usufructo el 9 de agosto de 2002. El día 5 de septiembre de 2002, el Banco confiere un segundo préstamo a su deudor, considerando que la garantía hipotecaria se encuentra avaluada en una suma que excede con mucho el importe de ambos créditos. En la hipótesis, el Banco X ya era “acreedor” del cónyuge propietario, al momento de constituirse el usufructo. Por ende, en la ejecución que deba llevarse a efecto, en el evento que el deudor no satisfaga sus deudas, le será inoponible al Banco X la afectación del inmueble como bien familiar y la constitución del usufructo sobre el mismo. Distinta será la situación, a la luz del actual artículo 9º de la Ley N° 14.908, para el caso de que el usufructo se constituya durante la tramitación de un juicio de alimentos, pues en lo concerniente al segundo de los créditos, cuya causa es posterior a la inscripción del usufructo, éste gravamen le será oponible al Banco X, el que en consecuencia, no podrá solicitar la revocación de la resolución que constituyó el usufructo ni la cancelación de la inscripción respectiva. Con mayor razón acaecerá lo anterior, si el primero de los créditos nace con posterioridad a la inscripción del usufructo, aunque la hipoteca se haya inscrito previamente. Se divisa entonces la precaria situación en que ha quedado la hipoteca con cláusula de garantía general, en especial cuando los créditos no nacen coetáneamente con la constitución de la hipoteca.

6.- Limitaciones a la ejecución. Beneficio de excusión.

a) Beneficio de excusión que ampara a los bienes familiares.

Dispone el artículo 148, en su inciso 1º, que “Los cónyuges reconvenidos gozarán del beneficio de excusión. En consecuencia, cualquiera de ellos podrá exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor”.

Corral señala que no se trata propiamente del beneficio de excusión contemplado en la fianza, porque en el caso de los bienes familiares, los bienes excutidos son siempre de propiedad del deudor principal. En la fianza, en cambio, los bienes excutidos pertenecen al fiador. Se trataría más bien, a juicio del autor mencionado, de una especie de restricción del derecho de prenda general de los acreedores de un cónyuge que a la vez es propietario de un bien familiar, por la cual esos acreedores pueden ser obligados a ejecutar primero sus créditos en los bienes que no tengan la calidad de familiares, y sólo a falta de éstos o si son insuficientes, podrán perseguir los bienes familiares⁵³.

b) Quiénes pueden oponer el beneficio. Notificación del mandamiento de ejecución y embargo al cónyuge no propietario.

⁵³ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 78.

A pesar del tenor del artículo 148, inciso 1º, que parece indicar que puede oponer el beneficio cualquiera de los cónyuges “reconvenidos” (o sea, demandados), también el cónyuge no propietario (y por ende no demandado) puede oponer este beneficio. Así puede deducirse del inciso 2º del artículo 148, que establece la obligación de notificar personalmente el mandamiento de ejecución y embargo despachado en contra del cónyuge deudor y propietario de los bienes, al cónyuge no deudor y no propietario. La principal utilidad de esta notificación, es precisamente la de posibilitar al cónyuge no propietario, oponer el beneficio de excusión. Agrega Corral que también podría considerarse una oportunidad para alegar la nulidad del contrato en que se funda la demanda, si no se cumplieron al celebrarlo, los requisitos para enajenar o gravar bienes familiares⁵⁴.

c) Acreeedores contra los cuales puede oponerse el beneficio.

Los cónyuges podrán oponer el beneficio de excusión a cualquier acreedor que persiga bienes familiares. Como la ley no precisa el punto, Corral sostiene que incluso podrá oponerse el beneficio a aquellos acreedores cuyos créditos se constituyeron con anterioridad a la afectación de un bien del deudor como familiar. Lo anterior, agrega este autor, constituye una grave desprotección para los acreedores, a los que el texto de la ley deja a merced de una afectación posterior hecha por los cónyuges, con el propósito de sustraer –temporalmente, en verdad-, ciertos bienes a las acciones ejecutivas deducidas por los acreedores⁵⁵.

El mismo Hernán Corral plantea otros puntos dudosos:

- En cuanto a la hipótesis de que el acreedor ejecutante sea el cónyuge no propietario, pareciera que sería improcedente la oposición del beneficio por el cónyuge propietario, atendido el tenor del artículo 148, inciso 2º, que alude a “un tercero acreedor”, frase que excluiría, a juicio de Corral, a los cónyuges. En otras palabras, en las demandas entre cónyuges, no procedería el beneficio de excusión⁵⁶.
- Cabe plantearse qué acontece con el acreedor hipotecario o prendario. ¿Puede oponérseles el beneficio de excusión? Del solo tenor de la ley, indica Corral, podría concluirse positivamente, aunque las hipotecas o las prendas fueren anteriores a la afectación del bien como familiar. Pero esta conclusión desnaturalizaría por completo estas garantías reales, pues dejarían de ser “especiales”, al no poder hacerse efectivas en los bienes específicos a los que afectan. Frente al absurdo al que conduce la conclusión anterior, Hernán Corral señala que “...no queda más remedio que excluir el beneficio de excusión cuando se trate de ejecutar garantías reales, como la prenda o la hipoteca. Para ello invocaremos la especialidad de las normas que configuran estos derechos reales, normas que deben prevalecer sobre un precepto más general como el que establece el beneficio de excusión para los bienes familiares”⁵⁷. A igual conclusión llega Rosso, quien afirma que “Esta debilidad del beneficio de excusión queda de manifiesto frente a las garantías reales que los acreedores puedan tener de sus créditos sobre los bienes familiares. En efecto, ya

⁵⁴ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 80.

⁵⁵ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 81.

⁵⁶ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 82. En la cita, Corral alude al artículo 147, inciso 2º, lo que constituye un error, pues la norma es la del artículo 148, inciso 2º.

⁵⁷ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., págs. 82 y 83.

sea que se trate de una hipoteca constituida sobre el inmueble familiar o de una prenda sobre los muebles familiares, el derecho del titular de la caución real siempre primará sobre el beneficio de excusión, pues tendrá su origen, o bien antes de la afectación respectiva, o con posterioridad a la misma, caso este último en que ambos cónyuges han debido actuar de común acuerdo en virtud de lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil”.⁵⁸

- Finalmente, en esta materia, Corral opina que el beneficio de excusión, tal como está planteado en el artículo 148, pareciera no tener cabida en los juicios ejecutivos especiales, cuyas regulaciones restringen al máximo las excepciones o defensas de los ejecutados (por ejemplo, procedimientos de requerimiento hipotecario de la Ley General de Bancos o el juicio ejecutivo para realizar la prenda sin desplazamiento, etc.).⁵⁹

d) Forma de hacer valer el beneficio.

Estima Corral que el cónyuge reconvenido podrá oponer el beneficio, según las reglas generales, vale decir:

- como excepción dilatoria, si se trata de un juicio ordinario, y en el término para contestar la demanda;
- como oposición a la ejecución, si se trata de un juicio ejecutivo⁶⁰.

¿Qué acontece con el cónyuge no propietario? Nada dice la ley acerca del mismo. Se trataría en realidad –según Corral-, de un tercero coadyuvante, aplicándose entonces la norma del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Esta solución, sin embargo, tiene el inconveniente de que no fija un plazo para la comparecencia del cónyuge no propietario, por lo que podría oponer el beneficio de excusión en cualquier estado del juicio, mientras no se haya procedido a la subasta y adjudicación de los bienes. Se admitiría incluso la posibilidad de deducir por el cónyuge no propietario una tercería, debiendo entenderse modificado tácitamente el artículo 518 del Código de Procedimiento Civil.⁶¹

e) Normas de la fianza aplicables y normas que se excluyen, tratándose de este beneficio de excusión.

El artículo 148, en su inciso 1º, dispone que “Las disposiciones del Título XXXVI del Libro Cuarto sobre la fianza se aplicarán al ejercicio de la excusión a que se refiere este artículo, en cuanto corresponda”.

Corral indica que deben aplicarse las siguientes reglas⁶²:

- Para oponer el beneficio, deberán señalarse los bienes que el acreedor puede perseguir o ejecutar, antes de los bienes familiares (artículo 2358, regla 6º; artículo 2359);
- El acreedor debe aceptar la excusión, aunque los bienes señalados sólo permitan un pago parcial del crédito (artículo 2364)⁶³;

⁵⁸ Rosso Elorriaga, Gian Franco, ob. cit., pág. 265.

⁵⁹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 83.

⁶⁰ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 83.

⁶¹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., págs. 83 y 84.

⁶² Corral Talciani, Hernán, ob. cit., págs. 84 y 85.

- El acreedor tendrá derecho a la anticipación de los costos de la excusión (artículo 2361);
- El beneficio de excusión podrá hacerse valer una sola vez, salvo si el deudor adquiere bienes con posterioridad (artículo 2363).

En cambio, según Corral no se aplicarían las siguientes disposiciones de la fianza, por cuanto resultan incompatibles con la figura de una excusión a favor del mismo deudor:

- Artículo 2357, pues distingue entre los bienes del fiador y del deudor principal, lo que no ocurre tratándose del caso del artículo 148;
- Artículo 2360, aplicable a los subfiadores;
- Artículo 2365, que contempla hipótesis que suponen dos patrimonios, el del deudor principal y el del fiador;
- Artículo 2366, aplicable también al subfiador.

7.- Desafectación de un bien familiar.

7.1. Formas de desafectación.

Procede la desafectación de un bien como familiar:

- Por acuerdo de los cónyuges;
- Por resolución judicial, a falta del primero.
- Por el solo ministerio de la ley, cuando se enajene totalmente un bien familiar, prestándose la pertinente autorización por el cónyuge no propietario (artículo 142) o por la justicia en subsidio (artículo 144).

7.2. Desafectación convencional.

Los cónyuges, de común acuerdo y sin intervención judicial, pueden desafectar un bien familiar. El acuerdo de desafectación es solemne si se trata de un bien inmueble, debiendo constar por escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva (artículo 145, inciso 1°).

La ley no exige solemnidad alguna para la desafectación convencional de los bienes muebles, como tampoco de los derechos o acciones en sociedades propietarias del inmueble que sirve de residencia principal de la familia. Sin embargo, Claudia Schmidt considera que en el caso de la desafectación de los derechos o acciones en sociedades, deben cumplirse las mismas formalidades que para los inmuebles.⁶⁴ Rosso arriba a la misma conclusión, vale decir, se requiere una escritura pública y la pertinente cancelación de la inscripción efectuada en el Registro de Comercio y en el Registro de Accionistas⁶⁵. Tratándose de los bienes muebles, estima que resulta indispensable que haya certeza respecto al momento en que se produjo la desafectación, la que no es otorgada ni por el retiro material de los muebles de la vivienda, ni por el simple acuerdo de los cónyuges. Dicha certeza, para este

⁶³ Se trata de una excepción al principio general consagrado en el artículo 1591 del Código Civil, en virtud del cual, el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le debe.

⁶⁴ Schmidt Hot, Claudia, “*Nuevo Régimen matrimonial. Ley 19.335 analizada y comentada*”, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, año 195, pág. 65.

⁶⁵ Rosso Elorriaga, Gian Franco, ob. cit., pág. 281.

autor, se obtendría por una escritura privada, en la que conste la desafectación de los muebles.⁶⁶

El artículo 145 alude al acuerdo de los “cónyuges”, lo que hace concluir a Hernán Corral que si el matrimonio se hubiere disuelto, la desafectación necesariamente será competencia de los tribunales. El mismo autor resalta la desarmonía existente en denegar a los cónyuges la afectación como bien familiar por el acuerdo de los mismos, por una parte, y en la autorización que se les concede para desafectarlo con el acuerdo de voluntades, por otra parte. Se rompe el principio de que en Derecho, las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen⁶⁷.

7.3. Desafectación judicial.

Si no hay acuerdo entre los cónyuges, la desafectación debe ser solicitada al juez por el cónyuge propietario (artículo 145, inciso 2º). Procederá la solicitud de desafectación si el bien no está actualmente destinado a los fines que justificaron la afectación, lo que deberá acreditarse por quien pretenda la desafectación.

No se refiere el artículo 145 a los derechos y acciones en sociedades, pero Corral estima que, por analogía, debemos entender que podrá pedirse su desafectación cuando se compruebe que la sociedad no es ya propietaria del inmueble o que éste ya no sirve de residencia principal de la familia⁶⁸.

En cuanto a quiénes pueden pedir la desafectación, distinguimos:

- Si el matrimonio está vigente: sólo la puede pedir el cónyuge propietario (artículo 145, inciso 2º);
- Si el matrimonio ha sido declarado nulo o ha terminado por sentencia de divorcio: puede solicitar la desafectación el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes (artículo 145, inciso 3º)⁶⁹; sobre el particular, una sentencia de la Corte Suprema de 9 de febrero de 2015, autos Rol N° 22.340-2014 (4ª Sala) desestimó un recurso de casación en el fondo, concluyendo que el inmueble no está destinado a los fines que indica el art. 141, pues si bien el cónyuge no propietario lo ocupa con sus hijas, lo cierto es que son mayores de edad y no tienen inhabilidades laborales, es decir, no están bajo su cuidado. En el caso, la ex cónyuge y propietaria del inmueble (quien tiene a su cuidado a un hijo extramatrimonial), demandó a su ex cónyuge (quien vive con sus dos hijas matrimoniales y dos nietos), y por sentencia de primera instancia del Juzgado de Familia de Coronel, se acogió la acción y se declaró desafectación del bien familiar. Se alzó el demandado y la Corte de Concepción confirmó el fallo. En contra de esta sentencia, el demandado dedujo casación en el fondo, denunciando la infracción de los artículos 141 y 145 del Código Civil. Sostiene el recurrente que se probó en autos que el mismo grupo familiar que existía al momento de la afectación, es el que reside en la actualidad. Agrega que discurrir, como lo hace la sentencia impugnada, sobre la base de haber variado las circunstancias al tener que darse preferencia a la familia de la actora, en

⁶⁶ Rosso Elorriaga, Gian Franco, ob. cit., pág. 279.

⁶⁷ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 86.

⁶⁸ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 87.

⁶⁹ Inciso modificado por el artículo 3º número 7 de la Ley 19.947, Ley de Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2004.

razón de la mayor necesidad de tener que ocupar el bien raíz, implica conculcar lo dispuesto en las normas citadas. Los hechos de la causa eran los siguientes: i) El matrimonio habido entre los litigantes fue disuelto por sentencia de divorcio de 31 de octubre de 2012; ii) La familia que se formó a raíz del matrimonio se encuentra disgregada en dos núcleos: el primero, conformado por las dos hijas del matrimonio, ambas mayores de edad, sin limitaciones laboradas comprobadas y que junto a sus dos hijos (nietos del matrimonio disuelto) y a su padre, ocupan el inmueble declarado bien familiar, y el otro, compuesto por la ex cónyuge –propietaria del inmueble- y un hijo menor suyo, habido extramatrimonialmente. Agrega el fallo que interpretando el art. 145 en relación con el art. 141, “... la jurisprudencia de este tribunal ha sostenido que se puede desafectar un bien familiar invocando la terminación del matrimonio por el divorcio de los cónyuges, en la medida que se formule al juez la petición correspondiente y se pruebe que dicho bien no está destinado a servir de residencia principal de la familia. En otros términos, no basta con establecer el fin del matrimonio, sino que debe acreditarse que no existe el fundamento de hecho que justifica su mantención como bien familiar a la que la institución de los bienes familiares pretende proteger. Quinto: Que, la institución de los bienes familiares (...) tiene por objeto proteger el núcleo familiar, por la vía de asegurarle la mantención del hogar físico, ante conflictos o desavenencias que pudieran poner fin a la vida en común entre los cónyuges. Se ha dicho, por lo mismo, que es una ‘garantía para el cónyuge que tenga el cuidado de los hijos, en casos de separación de hecho o de disolución del matrimonio (Ramos, René, Derecho de Familia, Editorial Jurídica, año 2007, página 305, citando al profesor Enrique Barros). Lo anterior permite concluir que, si habiéndose puesto fin al matrimonio por el divorcio de los cónyuges, continúa residiendo en el inmueble cuya desafectación se pretende, uno de ellos, uno de ellos, en compañía de sus hijas ya mayores de edad y los hijos de éstas (sus nietos), sin que ellas, adultas, exhiban ‘limitaciones laborales comprobadas’ –como establece el fallo impugnado- no se cumple la finalidad de la institución analizada, desde que no se está en presencia de un cónyuge que se encuentre al cuidado de sus hijos y requiera, por esta razón, la protección que con tal declaración se pretende. Si bien resulta indiscutible que quienes ocupan actualmente el inmueble, forman parte de la familia que fue constituida al amparo del matrimonio que ahora terminó, lo cierto es que ella no está revestida de las características o composición que la institución regulada en el párrafo 2° del Título VI del Libro I del Código Civil requiere, dada su finalidad de resguardar el interés de los hijos comunes y del cónyuge al que le corresponde el cuidado de éstos, en los casos de rupturas conyugales. Sexto: Que, en consecuencia, los jueces del fondo han hecho una correcta interpretación de las normas supuestamente infringidas, en la medida que la institución de los bienes familiares no está prevista para una situación como la planteada por el demandado, lo que autoriza la desafectación solicitada por la demandante”. Acordada con un voto en contra, que estuvo por acoger recurso, invalidar el fallo impugnado y en su lugar dictar uno por el cual se rechace la demanda, y que en la parte sustancial, expresa: “Que (...) en concepto del disidente, los jueces del fondo han incurrido en un error de derecho al resolver como lo han hecho, teniendo por configurada la causal de desafectación, toda vez que los presupuestos y conclusiones en la que sustentan su decisión, no se ajustan a la normativa que reglamenta la institución en estudio,

puesto que para dar lugar a la desafectación de un bien familiar, como ya se expuso –en lo pertinente–, se requiere que el inmueble en la ‘actualidad no se encuentre destinado a servir de residencia principal de la familia’. Lo que conforme a los supuestos fácticos establecidos en el fallo impugnado, no ocurrió y por el contrario, es un hecho de la causa que el demandado –ex cónyuge– vive junto a sus hijas mayores de edad en el inmueble objeto del debate”. En otra sentencia de la Corte Suprema de 12 de septiembre de 2011, autos Rol N° 4.316-2011 (4ª Sala), se acoge un recurso de casación en el fondo deducido por la demandada. En los autos, el ex marido demandó a su ex cónyuge, a fin de que se ordenase la desafectación de un inmueble. La demandada, al contestar, solicitó el rechazo de la acción, por afectarse los intereses de la familia, la que, no obstante la declaración de divorcio, se mantiene. La sentencia de primer grado acogió la demanda y dispuso en consecuencia la desafectación del inmueble, por haberse producido el término del matrimonio. Se alzó la demandada y una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia apelada. Contra esta última resolución, la demanda dedujo casación en el fondo, argumentando, en síntesis, que los jueces del fondo han incurrido en un error de derecho al considerar que por el mero hecho de haber terminado el matrimonio entre las partes, debido a la declaración de divorcio, procede desafectar el bien que con antelación fue declarado bien familiar, sin atender al presupuesto que realmente se requiere para estos efectos, como es el que la propiedad ya no esté destinada a los fines previstos en el art 141 del Código del ramo, esto es, a servir de residencia principal de la familia. La Corte hizo suya tal argumentación, concluyendo: “Noveno: Que en este sentido, cabe considerar que del tenor de lo dispuesto por los artículos 141 y 146 del Código Civil, resulta evidente que la principal beneficiaria de la institución en comento es la familia; desde esta perspectiva, no puede desconocerse el hecho que si bien ella ha podido tener su origen en el matrimonio de las partes, como ha ocurrido en la especie, lo cierto es que la misma subsiste más allá de la disolución de la relación conyugal, permaneciendo vigente en relación a los hijos, a quienes en este caso la ley busca asegurar su protección mediante la consagración de la institución en comento, con la extensión de sus efectos más allá del término del matrimonio, si se dan los presupuestos legales que justifican tal proceder”. De esta forma, estimó la Corte que los jueces del grado cometieron error de derecho, invalidando el fallo impugnado y dictando la sentencia de reemplazo en virtud de la cual se rechaza la demanda en todas sus partes, con costas.

- Si el matrimonio se ha disuelto por muerte: pueden pedir la desafectación los herederos o causahabientes del cónyuge fallecido (artículo 145, inciso 3º). La ley se pone en el caso que el fallecido es el cónyuge propietario, caso en el cual sus causahabientes estarán interesados en solicitar la desafectación. Aunque nada dijo la ley en la otra hipótesis, o sea cuando muere el cónyuge no propietario, es evidente que en tal supuesto el cónyuge sobreviviente estará interesado en obtener la desafectación.

La desafectación se tramitará conforme al procedimiento del juicio ordinario de familia (artículo 8 N° 14, letra b), Ley número 19.968, sobre Tribunales de Familia).

No lo dice la ley, pero como es lógico, la sentencia que acoja la demanda de desafectación debiera ordenar la cancelación de la subinscripción en el Registro Conservatorio.

7.4. Desafectación legal por enajenación.

Aunque la ley no se pone en el caso, si se enajena totalmente el bien familiar, con la pertinente autorización del cónyuge no propietario o de la justicia en subsidio, resulta evidente que el bien perderá *ipso facto* la calidad de familiar, sin que sea necesaria una declaración en tal sentido. La enajenación puede ser voluntaria o forzosa. La jurisprudencia ha ratificado esta conclusión, afirmándose en una sentencia de la Corte de Concepción, de fecha 29 de diciembre de 1998, que “tratándose de una enajenación voluntaria o forzosa, como sería el caso de venta en pública subasta decretada en juicio ejecutivo, el bien pierde ipso facto la calidad de familiar, sin que sea necesaria una declaración expresa en tal sentido, pues tal calificación no puede subsistir si el bien ya no pertenece a alguno de los cónyuges, ello porque no se estableció en la ley para estos bienes familiares una subrogación real. En tal situación, se debe concluir que se ha producido una desafectación tácita”⁷⁰.

No obstante, pueden surgir dificultades si el Juez ante el cual se subastó el inmueble, no accediere a ordenar al Conservador de Bienes Raíces competente que cancele la inscripción que en su momento hubiere hecho al afectarse el inmueble como bien familiar. En un caso, el banco acreedor que se adjudicó el inmueble en la subasta con cargo a su crédito, demandó ante el 2º Juzgado Civil de Coquimbo en juicio sumario, para que se declare que ha operado ipso facto la desafectación de la calidad de bien familiar del inmueble y en virtud de ello se ordene la cancelación de la anotación marginal de la declaración de bien familiar. La demanda fue acogida por sentencia de 30 de septiembre de 2006, confirmada por resolución de la Corte de La Serena de 15 de marzo de 2007. En contra de este fallo, la demandada dedujo casación en el fondo, que se fundamenta, esencialmente, en haberse dictado la sentencia por tribunal incompetente, pues correspondía conocer del asunto a un Juez de Familia y en un procedimiento ordinario. La Corte Suprema, por sentencia de 14 de julio de 2008, autos Rol N° 2.084-2007 (1ª Sala), desestimó el recurso, después de aludir al art. 8, N° 15 [hoy N° 14], letra c), de la Ley N° 19.968, en cuanto “Del tenor de la norma transcrita se advierte que la competencia asignada a los tribunales de familia –en relación con los bienes familiares- se restringe a la declaración y desafectación de aquéllos pero sólo en los casos en que tales asuntos sean promovidos entre los cónyuges y, en el caso sub judice, la cancelación de la declaración efectuada ha sido solicitada por una entidad bancaria que obviamente carece de tal calidad. Por otra parte –como acertadamente lo refiere la sentencia censurada- del mismo texto referido se concluye que el ejercicio de la acción de desafectación no se encuentra limitada únicamente a la actividad de los cónyuges, desde que del encabezado reproducido se señala: Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, se desprende que también se pueden promover entre quienes carecen de tal calidad y, en tal caso, a contrario sensu, no será materia que deba ser conocida y resuelta por un Tribunal de Familia, siendo entonces de competencia de un tribunal civil por aplicación de las reglas generales”.

7.5. Posibilidad de reafectación.

⁷⁰ Ramos Pazos, René, ob. cit., pág. 373.

No parece haber inconveniente alguno, señala Hernán Corral, en que bienes familiares que hayan sido desafectados por acuerdo de los cónyuges o por resolución judicial, sean nuevamente declarados bienes familiares, si se cumple con los requisitos establecidos para esa afectación⁷¹.

⁷¹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit., pág. 88.