



“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

Tesistas:	Aranzazu Beytía Wyss 15.719.851-3 Patricio González Salinas 13.994.256-6
Profesor:	Ricardo Saavedra
Fecha:	Octubre 2010

Índice

Introducción.....	3
Capítulo I: Convención Sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.....	5
1.1 Enunciación.....	5
1.2 Mutabilidad e inmutabilidad de los regimenes patrimoniales matrimoniales.....	5
1.3 Modificaciones introducidas al Código Civil por la ley 7.612 y leyes posteriores.....	8
1.4 Sentido y alcance del pacto del artículo 1723 del Código Civil.....	10
Capítulo II: Mecanismos de Protección de Terceros.....	13
2.1 Enunciación.....	13
2.2 Acción Pauliana.....	13
2.2.1 Referencia de la acción pauliana como mecanismo de protección frente a la convención sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.....	13
2.2.2 Ejercicio y efectos.....	19
2.3 Acción de Simulación.....	22
2.3.1 Referencia de la acción de simulación como mecanismo de protección frente a la convención sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.....	22
2.3.2 Ejercicio y efectos.....	24
2.4 Acción Declarativa de Inoponibilidad.....	29
2.4.1 Referencia de la acción declarativa de inoponibilidad como mecanismo de protección frente a la convención sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.....	29
2.4.2 Ejercicio y efectos.....	31
2.5 Acción de Indemnización de Perjuicios.....	37
2.5.1 Referencia de la acción de indemnización de perjuicios como mecanismo de protección frente a la convención sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.....	37
Conclusiones.....	41
Bibliografía.....	45

Resumen.

Esta tesina examina los diferentes mecanismos de protección que en doctrina y jurisprudencia, se han establecido como medios idóneos para evitar la vulneración de derechos de terceros, cuando los cónyuges en conformidad con el artículo 1723 del Código Civil, modifiquen el régimen patrimonial matrimonial, buscando de esta manera eludir el derecho de garantía general con que cuentan los terceros acreedores de la sociedad conyugal.

Palabras Claves.

Artículo 1723 Código Civil, régimen patrimonial matrimonial, mecanismos de protección de terceros, ley 7.112, sociedad conyugal, pacto sustitutivo.

Introducción

La ley 7.112, del año 1943, terminó con el principio de la inmutabilidad, que había sido adoptado por don Andrés Bello al redactar nuestro Código Civil, consagrando la posibilidad de modificar, durante la vigencia del matrimonio, la sociedad conyugal por el régimen de separación de bienes.

En virtud de esta modificación legal, la actual redacción del artículo 1723 en su inciso primero dispone que: ***“Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán substituir el régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación total. También podrán substituir la separación total por el régimen de participación en los gananciales”***. En el inciso segundo de la misma norma, se establecen los requisitos necesarios para que dicho pacto pueda surtir efectos, tanto respecto de los cónyuges, como de los terceros.

Seguidamente, en la parte final del referido inciso, se consagra una especial protección a los terceros que hayan contratado con la sociedad conyugal, disponiendo: ***“El pacto que en ella conste, no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer y una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”***.

La protección que consagra dicha norma, tiene su origen en las aprehensiones que tenía cierta parte de la doctrina del siglo XIX, en atención, a que la mutación del régimen matrimonial podría representar un grave perjuicio a los derechos de terceros que se hayan relacionado con la sociedad conyugal, afectándose entonces, el derecho de garantía general de los acreedores.

Tesina Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.
“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

Diversas pueden ser las motivaciones de los cónyuges al momento de sustituir un régimen por otro. Puede que éstos, obrando de mala fe, vean esta alternativa, como una posibilidad válida, para sustraer bienes del alcance de sus acreedores, reduciendo así el patrimonio, en el cual éstos puedan ver satisfechas sus acreencias.

En virtud de lo expuesto, la problemática que se analizará a través de la presente investigación, dice relación, con cuáles son los mecanismos de protección de los terceros,¹ frente a esta convención sustitutiva del régimen patrimonial del matrimonio y que eventualmente podría afectar sus derechos válidamente adquiridos. En otros términos, cómo en la práctica se puede hacer efectiva esta protección, y qué herramientas jurídicas ofrece las mejores ventajas para cumplir con el rol protector que busca el inciso segundo del artículo 1723 del Código Civil.

Esta interrogante se justifica, por la misma redacción del artículo 1723 del Código Civil, al no establecer, como esta protección se hace finalmente efectiva. Siendo así posible, que en teoría existan diversas acciones que cumplan con dicho rol protector.

En doctrina, se consideran como posibles mecanismos de protección de terceros: la acción pauliana, la acción de simulación, la acción declarativa de inoponibilidad, y finalmente la acción de indemnización de perjuicios, ello en consideración, a las semejanzas existentes entre estas acciones. Pues sus finalidades son servir como mecanismos para conservar, o reconstituir el patrimonio del deudor, y así evitar que se burle el derecho de garantía general de los acreedores, por parte de los cónyuges, con excepción de la acción indemnizatoria que por su naturaleza, buscaría una finalidad diversa, cual es reparar el perjuicio que la convención sustitutiva hubiera ocasionado al tercero.

¹ Es necesario precisar y delimitar quienes son estos terceros a los que se refiere el artículo 1723 del Código Civil. En este punto la doctrina está conteste en sostener que los terceros a que se refiere la citada norma, son los acreedores del marido o de la mujer, o bien, los acreedores de la sociedad conyugal que tengan derechos válidamente adquiridos en su contra, y que tales créditos hayan sido contraídos con anterioridad a la celebración del pacto en virtud del cual se modifica el régimen patrimonial.

Capítulo I Convención Sustitutiva del Artículo 1723 del Código Civil

1.1 Enunciación.

La doctrina durante los dos últimos siglos, se dividió en relación a cuál principio regularía la vida económica de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, si acaso primaría la inmutabilidad, o bien la mutabilidad de los regímenes patrimoniales matrimoniales.

Inicialmente al momento de la promulgación del Código Civil, nuestro legislador, se inclinó por el principio de la inmutabilidad. Sin embargo la ley 7.612 de 1943 introdujo el principio de la mutabilidad, e instauró el pacto de separación de bienes.

1.2 Mutabilidad e inmutabilidad de los regímenes patrimoniales matrimoniales.

En el transcurso de la primera mitad del siglo XIX, en la mayoría de los Códigos Civiles del mundo, primaba el principio de la inmutabilidad de los regímenes matrimoniales. Esto quiere decir, que los esposos al contraer matrimonio, estipulan cierto régimen de bienes, que no pueden modificar durante la vigencia del mismo. Diferencia esencial con el principio de la mutabilidad, el cual permite a los cónyuges, que durante la vigencia del matrimonio, puedan modificar al menos una vez el régimen de bienes, que regularon al momento de contraer matrimonio.

El principio de la inmutabilidad era imperante durante la primera mitad del siglo XIX. Sus principales defensores argumentaban que protegía a los terceros, pues a éstos les interesaba conocer cuál era el estatuto patrimonial que regulaba a un determinado

matrimonio, y además si los cónyuges modificaban este estatuto, los terceros no tendrían como saber cual era en realidad el régimen patrimonial matrimonial de los cónyuges.²

Otro argumento esgrimido a favor de este principio, es que iba en beneficio de los intereses de la mujer, porque el hombre podía abusar de su autoridad para obtener ventajas, como por ejemplo, obligarla a consentir ciertas modificaciones que irían en detrimento de su situación patrimonial.

Sin embargo, a medida que avanzaba el siglo XIX y se acercaba el XX, la postura de los autores y de muchos Códigos Civiles en el mundo, se fue inclinando hacia la mutabilidad de los regímenes patrimoniales de los cónyuges.³

Esta inclinación hacia la mutabilidad, se debía a que los argumentos en que se fundaba la inmutabilidad podían ser fácilmente rebatidos. Así, en cuanto a que los intereses de la mujer se podían ver afectados por la modificación del régimen matrimonial, al abusar de su autoridad el marido, se sostenía que este miedo para el legislador no era tal, si se permitía en principio, la contratación de los cónyuges entre sí.⁴

En relación a la posibilidad de afectarse los derechos de terceros, debido a que éstos no podrían conocer de las mutaciones del régimen matrimonial. Los autores de la mutabilidad, argumentaban que estas aprehensiones eran fácilmente salvadas con una debida publicidad de la modificación del régimen.

Al momento de la promulgación de nuestro Código Civil, primaba el principio de la inmutabilidad. A pesar de ello don Andrés Bello, al redactar el proyecto de 1853, se alejó

² Alessandri Rodríguez, Arturo (1935): *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Editorial Universitaria, Santiago, pp. 94.

³ A modo de ejemplo se puede citar los Códigos Civiles de Alemania, Suiza, China, que establecieron como principio, la mutabilidad de los regímenes matrimoniales.

⁴ Somarriva Undurraga, Manuel (1946): *Derecho de familia*, Editorial Nascimento, Santiago, pp. 195.

Tesina Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.
“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

de este principio, y estableció en su artículo 1890, la posibilidad de modificar el régimen de bienes, por causa grave declarada por el juez, con pleno conocimiento de causa.

En este punto, don Andrés Bello se adelantó a su tiempo. No obstante, al promulgarse el texto definitivo se desechó la mutabilidad, consagrando en el artículo 1.722 del Código Civil, que las capitulaciones una vez celebradas no podían alterarse aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas.

Cabe señalar, que este principio adoptado por el Código Civil, presentaba dificultades de orden práctico, pues durante la vigencia del matrimonio podía cambiar la fortuna de uno de los cónyuges, ya sea por una mala administración del marido, que podría hacer peligrar el haber social, e incluso por los aportes que podría haber hecho la mujer al mismo. Por estos motivos resultaba injusto mantener ligados a los cónyuges a un régimen que les podría resultar perjudicial.

Todas estas dificultades, derivaron a que los cónyuges de común acuerdo litigaran juicios simulados, en que se buscaba la separación judicial de bienes, para pasar de esta manera del régimen de comunidad al régimen de separación total de bienes. Esta situación se originaba, porque la legislación vigente a esa fecha, no permitía que los mismos cónyuges, pudieran modificar su régimen matrimonial. Y por lo tanto, ésta era la única forma de terminar con el régimen de bienes existente, situación similar a la que sucedía con las nulidades matrimoniales.

Todo lo anteriormente mencionado, hacía necesario y urgente, una modificación a nuestro Código Civil, que enmendara estas situaciones anormales, y que en definitiva suprimiera la inmutabilidad como principio que regulara los regímenes patrimoniales.

1.3 Modificaciones introducidas al Código Civil por la ley 7.612 y leyes posteriores.

La doctrina mayoritaria se inclinaba hacia la mutabilidad. Los juicios simulados descritos en el acápite anterior, llevaron a que el legislador a través de la ley N° 7.612, del año 1943, modificara el principio que regulaba los regímenes matrimoniales, así de la inmutabilidad se dió paso a la mutabilidad.

Esta transformación se hizo efectiva, al introducirse en nuestro ordenamiento jurídico, el pacto de separación total de bienes. En virtud de este pacto, los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, pueden sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes. Con esta modificación legal, se estableció en el artículo 1723 en su inciso primero que: *“Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán substituir el régimen de sociedad de bienes o de separación de bienes por el de separación total de bienes”*.

A través de la referida ley, el legislador modificó el principio que regía los regímenes matrimoniales, y para ésto, tuvo en cuenta los argumentos de los defensores de la inmutabilidad.

Ahora bien, para evitar que con este pacto se buscara burlar derechos de terceros, sustrayendo bienes de un patrimonio a otro, y de esta manera eludir el derecho de garantía general de los acreedores, la ley contempló en el inciso segundo del citado artículo, la protección de terceros disponiendo que: *“El pacto de separación total de bienes no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer”*.

No obstante ello, la redacción que la ley 7.612 le había dado al artículo 1723, ocasionó algunas controversias que fueron solucionadas por leyes dictadas con posterioridad.

La ley 10.271 del año 1952, estableció expresamente que sólo los cónyuges mayores de edad podían celebrar el pacto contemplado en el artículo 1723. De esta manera, se zanjó la discusión de si acaso el pacto en virtud del cual los cónyuges sustituían el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes, podían celebrarlo los cónyuges mayores o menores de edad. Mediante esta modificación, se trató de evitar que el marido mayor de edad ejerciera influencia sobre la mujer menor de edad, con el objeto de celebrar el pacto.⁵

Asimismo a través de esta ley, se terminó con la interrogante que surgía en torno a sí los cónyuges, después de celebrar el pacto de separación total de bienes, podían volver a pactar la sociedad conyugal, al agregar a la parte final del inciso segundo que: *“una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”*.

Esta norma, ha llevado a pensar a cierta parte de la doctrina, que en Chile tras la promulgación de la ley 7.612, sigue rigiendo el principio de la inmutabilidad, con la salvedad o excepción del artículo 1723, por lo que una vez sustituido el régimen matrimonial, éste no puede volver a modificarse.⁶

Además la Ley 10.271, permitió y reguló la liquidación de la sociedad conyugal en la misma escritura en que se contiene el pacto, e impuso la obligación de subinscribirlo al margen de la respectiva inscripción matrimonial dentro del plazo de 30 días.

⁵ Pazos Ramos, René (2001): *Derecho de familia*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 238.

⁶ Somarriva Ob.cit. pp. 197.

Finalmente, la Ley 19.335 de 23 de septiembre de 1994, incluyó la referencia al régimen de participación en los gananciales. Respecto a este punto, es necesario hacer una prevención consistente en que si bien con esta reforma, se contempló la posibilidad de mutar el régimen matrimonial desde uno de separación total a uno de participación en los gananciales, lo más habitual es que en la práctica, se trate de un cambio de sociedad conyugal a separación de bienes.

Sin embargo, dada la propia fisonomía de esta segunda especie de convención sustitutiva – de sociedad conyugal a participación en los gananciales- introducida sólo en 1994, en la práctica se hace algo forzada la aplicación del artículo 1723 para este caso, en la medida que la norma está concebida originalmente sólo para la hipótesis de mutación de régimen desde sociedad conyugal a separación de bienes –situación que se analizará en la presente investigación-.

1.4 Sentido y alcance del pacto del artículo 1723 del Código Civil.

El artículo 1723 en su actual redacción, contempla la denominada “convención sustitutiva”, en virtud de la cual los cónyuges mayores de edad pueden modificar o sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes.⁷

Como características de este pacto, podemos señalar que es un acto puro y simple - no es susceptible de condición, plazo o modo alguno-, solemne, irrevocable, y además no puede perjudicar derechos de terceros.⁸

⁷ El objeto de este pacto puede ser además sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de participación en los gananciales; el régimen de separación total de bienes por el de participación en los gananciales; y el de participación en los gananciales por el de separación total de bienes. Sin embargo para nuestro análisis y la problemática que este trabajo analiza, sólo nos referiremos al pacto en virtud del cual se sustituye la sociedad conyugal por el de separación de bienes.

⁸ Pazos Ramos Ob. Cit. pp. 239.

Con respecto a la solemnidad del pacto, éste se debe otorgar por escritura pública, la cual debe subinscribirse al margen de la inscripción matrimonial, dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la escritura.⁹

En cuanto a la irrevocabilidad de esta convención, la parte final del inciso segundo del artículo en estudio, dispone que los cónyuges no podrán dejarla sin efecto, ni aún por su mutuo consentimiento.

Con esta norma, lo que se busca es que una vez pactada la separación total de bienes, no se pueda volver a la sociedad conyugal, evitando sucesivas modificaciones del régimen matrimonial.

Asimismo, este pacto no puede ser objeto de condición, plazo o modo alguno. Característica contemplada en el inciso final del artículo 1723, que fue agregada por la ley 10.271, y es concordante con el principio de que los actos de familia no admiten modalidad alguna.

Finalmente y como característica principal de esta convención sustitutiva, es que no puede perjudicar los derechos de terceros. Así lo contempla el citado artículo en su inciso segundo, y refiriéndose a la escritura pública en que debe constar, expresamente señala lo siguiente: *“El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer y, una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”*.

⁹ Este requisito de la subinscripción al margen de la inscripción matrimonial es una de las medidas que el legislador adoptó para proteger los derechos de terceros, y así estos pudieran saber con toda claridad cual es el régimen matrimonial que vincula a los cónyuges, además era uno de los argumentos de los defensores de la inmutabilidad, el que los terceros no pudieran conocer cual era el régimen que regía la vida patrimonial de los cónyuges.

Con esta disposición se buscó proteger los derechos de los terceros –acreedores- que se hayan relacionado con la sociedad conyugal, o con uno de los cónyuges, brindándoles una especial protección.

El legislador temió que los cónyuges trataran de burlar el derecho de garantía general de los acreedores, sustrayendo bienes de un determinado patrimonio, eludiendo la ejecución que buscarían estos terceros sobre dicho patrimonio.

Ahora bien, esta situación es la que mayores problemas genera en la práctica, dado que no existe claridad para la doctrina, en como se manifiesta esta forma especial de protección a los terceros, establecida en el inciso segundo del artículo 1723.

Variadas son las soluciones que entregan los autores, para que estos terceros puedan protegerse del pacto y sus efectos, cuando los cónyuges de mala fe y buscando eludir la garantía general de los acreedores celebren esta convención sustitutiva.

Estos remedios o mecanismos de protección de terceros son:

- a) Acción pauliana
- b) Acción de simulación
- c) Acción declarativa de inoponibilidad
- d) Acción de indemnización de perjuicios

La forma en que se ha consagrado esta protección, y los requisitos generales que deben concurrir para ésta se haga efectiva, hacen concluir-en teoría-, la existencia de un concurso de acciones, que permitirían lograr la finalidad protectora que busca el legislador.

Capítulo II Mecanismos de Protección de Terceros

2.1 Enunciación.

Como ya hemos señalado, el artículo 1723 del Código Civil, otorga protección a los terceros que se hayan relacionado con la sociedad conyugal, específicamente a través de dos vías; en primer lugar, al exigir como formalidad por vía de publicidad, la subinscripción del pacto al margen de la inscripción matrimonial; y en segundo lugar, al establecer una limitación consistente en el respeto de los derechos válidamente adquiridos por terceros, con anterioridad al pacto sustitutivo de régimen patrimonial. A este último tema nos referiremos en el siguiente capítulo.

2.2 Acción Pauliana.

2.2.1 Referencia de la acción pauliana como mecanismo de protección frente a la convención sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.

Nuestro sistema jurídico, reconoce la existencia de la acción pauliana, o revocatoria, definiéndose como: *“aquella que la ley concede a los acreedores para dejar sin efecto los actos del deudor ejecutados fraudulentamente y en perjuicio de sus derechos, y siempre que concurran los demás requisitos legales”*.¹⁰

Dicha acción se encuentra consagrada en el artículo 2468 del Código Civil, y se refiere a los actos ejecutados por el deudor antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso (es decir, antes de ser declarado en quiebra), y establece el derecho de los

¹⁰ Abeliuk Manasevich, René (2003): *Las Obligaciones*, Tomo II, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 693.

Tesina Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.
“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

acreedores para exigir que se revoquen, los actos y contratos que allí se señalan, en el supuesto que concurran en el caso los demás requisitos legales.

Así las cosas, esta acción persigue reestablecer el patrimonio del deudor, a la situación en que se encontraba antes de los actos fraudulentos (ejecutados por él mismo), en perjuicio de sus acreedores, con el único objeto de que éstos puedan conseguir lo que hubieran obtenido, si el acto fraudulento no hubiera sido consumado.

Para determinar la procedencia de este instrumento, como mecanismo eficaz de protección a los terceros frente a la convención del artículo 1723 del Código Civil, es necesario esclarecer cuál es la naturaleza jurídica de este pacto. A saber, si del acto jurídico objeto de la impugnación, es un acto jurídico oneroso, o bien gratuito.¹¹

Tal distinción es relevante, pues como se sabe, los requisitos de procedencia, en uno u otro caso son diversos. Siendo más rigurosos y estrictos cuando se trata de actos jurídicos a título oneroso.¹²

Siguiendo al profesor Peñailillo, los actos que sucesivamente se ejecutan son dos: el pacto de sustitución, y la partición de la comunidad quedada en virtud de este pacto.

En relación al pacto de sustitución, se trataría de un acto de carácter patrimonial. Así mismo lo señala el Código Civil en su artículo 1715, cuando establece que “las

¹¹ Peñailillo Arévalo, Daniel (1983): “El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, número 173, pp. 25.

¹² En efecto, el clasificar en gratuitos u onerosos los actos jurídicos impugnables por vía de la acción pauliana, tiene importancia para determinar en quien debe concurrir el fraude pauliano. Tratándose de actos onerosos, el fraude pauliano debe concurrir tanto en el deudor, como en el tercero que contrata con él. Por su parte, en los actos gratuitos basta con que concurra en el deudor. Por ende, si procede revocación contra el adquirente, alcanzará al subadquirente a título oneroso sólo si está de mala fe, en cambio al subadquirente a título gratuito, igualmente alcanzará la revocación, esté o no de buena o mala fe.

capitulaciones matrimoniales son las convenciones de carácter patrimonial que celebren los esposos”.

En contraposición a este último argumento, y destacando la imposibilidad de atacar este pacto a través de la acción pauliana, la Corte Suprema ha señalado: *“Que de lo preceptuado en los artículos 1715 y 1718 del citado cuerpo de leyes, no puede desprenderse, como lo pretende el recurrente, que el pacto de separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal sean contratos onerosos sujetos a la acción revocatoria ya mencionada, porque sólo dicen relación con la naturaleza de las capitulaciones matrimoniales, el primero, y con la existencia de la sociedad conyugal por el mero hecho del matrimonio, el segundo”*.¹³

A esto último, debemos agregar la función propia de este pacto, la cual consiste en reemplazar un régimen económico en conjunto por otro, que gobernará en el futuro, las relaciones económicas entre los cónyuges.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este pacto, podemos señalar que estamos frente a un acto jurídico bilateral, una convención. No nos parece propio llamarlo contrato, porque de este pacto no surgen obligaciones para los cónyuges, ni el marido, ni la mujer se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Asimismo la propia Corte Suprema adscribe a esta tendencia, argumentando en uno de sus fallos lo siguiente: *“Que la separación total de bienes no es un contrato ya que no da origen a obligaciones; es un pacto que tiene relación con los derechos de familia puesto que tiende sólo a substituir un régimen matrimonial por otro y en sí mismo no produce*

¹³ Sentencia de la Exma. Corte Suprema, (1970): Caso Duncan Fox y Cía. con Reyes, Renato y otra., en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXVII, sección primera, C.13, pp. 467.

traslación de bienes por lo que no puede ser perjudicial, por sí sola, para los acreedores”.¹⁴

Si bien este pacto sería de utilidad para ambos cónyuges, acorde a la definición del artículo 1440 del Código Civil, clasificándose como un acto oneroso. No nos parece, siguiendo la doctrina del profesor Peñailillo, que se trate de un acto que se encuadre dentro de este concepto, por cuanto su objetivo es tan sólo sustituir un régimen económico por otro, no existiendo así un beneficio de un cónyuge al otro, o recíprocamente.¹⁵

Concordante con ello, la Corte Suprema ha sostenido: *“Que demostrado que la separación convencional de bienes, celebrado durante el matrimonio no es contrato, menos aún puede tener la calidad de oneroso ya que, tal característica es propia de dichos actos bilaterales y de la clasificación que el Código Civil efectúa respecto de tales actos”*.¹⁶

En otras palabras, estaríamos frente a un acto cuyo objetivo es de carácter organizativo, o bien constitutivo.

Por otra parte cabe cuestionarse si acaso las hipótesis contempladas en el artículo 2468 comprenden sólo actos y contratos que constituyan títulos translaticios de dominio, es decir, que habiliten para la posterior adquisición del dominio, o bien si es posible incorporar otras posibilidades. En el caso puntual, hacemos la siguiente observación, pues al analizar el pacto es posible percibir, de aceptarse el siguiente planteamiento, un mayor alcance del mismo, que el ordinariamente señalado por la doctrina, dado que no sólo tendría características organizativas en relación con el patrimonio de los cónyuges, sino que además en virtud de él operaría como modo de adquirir originario a favor de los cónyuges la ley, estaríamos en presencia de un título declarativo de dominio, en el sentido de

¹⁴ Ibidem., C.9, pp. 466.

¹⁵ Peñailillo Arévalo, Daniel, Ob. Cit., pp.26.

¹⁶ Sentencia de la Excm. Corte Suprema (1970), Cit., C.10, pp. 466.

Tesina Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.
“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

reconocer sus derechos, pues lo que antes pertenecía a la sociedad conyugal, luego del pacto sería de propiedad de éstos dos nuevos comuneros. El requisito del perjuicio se podría hacer patente al momento de la celebración del pacto, si se determina que éste ha provocado la insolvencia del deudor, o bien una efectiva reducción de su patrimonio. Así desde este punto de vista, el pacto podría ser perjudicial por sí mismo para los acreedores.

En relación a la partición de la comunidad quedada al disolverse la sociedad conyugal mediante el pacto (partición que en este caso es de mutuo acuerdo), la doctrina nacional mayoritaria admite que estaríamos frente a una convención, y niega su carácter contractual.

En este mismo sentido, la Corte Suprema precisa: *“Que la liquidación de la sociedad conyugal es una consecuencia de su disolución, producida, entre otras causas, por el pacto de separación total de bienes celebrado durante el matrimonio, pero en ningún caso puede sostenerse que sea un contrato y menos un contrato oneroso; consiste en un conjunto de operaciones que tienen por objeto esclarecer si existen o no gananciales, y en caso afirmativo, partirlos por mitad entre cónyuges, reintegrar las recompensas que la sociedad adeude a los cónyuges o que estos adeuden a la sociedad y reglamentar el pasivo de la sociedad”*.¹⁷

Opinión que se contrapone con un argumento expuesto en un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el cual señala en los siguientes términos: *“Que la liquidación de la sociedad conyugal perfeccionada por el consenso de los demandados, supone una serie de actos y operaciones entre los cónyuges, encaminados a llevar a cabo la partición y reparto de los bienes comunes entre ellos, que son propiamente de índole contractual, y las obligaciones y derechos que de ellos emanen nacen del concurso de voluntades de los copartícipes, por lo que es procedente en su contra la acción pauliana o revocatoria en los*

¹⁷ Ibidem, C.11, pp. 466.

*términos del artículo 1348 del Código Civil que, abarca no sólo las operaciones de división, sino también las adjudicaciones consecuenciales, que son el fin de la partición, constituyendo ambas un solo todo indivisible”.*¹⁸

Por cierto, cabe cuestionarse si estamos frente a un acto jurídico de carácter oneroso, o bien gratuito. En este sentido, coincidiendo con la doctrina mayoritaria y adaptando los términos del artículo 1440 del Código Civil, estamos frente a un acto cuya utilidad va en beneficio de los comuneros, por lo tanto nos encontramos frente a una convención onerosa.

Ahora bien, atendidas las referidas precisiones, podríamos concluir la procedencia o no de la acción pauliana.

Respecto del pacto de sustitución, esta acción sería procedente, en virtud del artículo 2468 número 2, en cuanto este se refiere *“los actos y contratos no comprendidos en el número precedente”*, se trata en general de actos no onerosos.

Por otra parte, la partición de la comunidad, queda incluida en el número 1 de la norma anteriormente citada, en la medida que esta sería una convención onerosa. Si bien el código habla en dicho numeral de “contratos”, esta fórmula debe entenderse en términos genéricos, y por lo tanto comprensiva de actos en general.

Por su parte la Corte Suprema ha señalado: *“Que habiéndose llegado a la conclusión de que la acción pauliana que contempla el N° 1 del artículo 2468 en estudio, no procede en contra del pacto de separación de bienes, ni de la liquidación de la sociedad*

¹⁸ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, (2005): Caso Sociedad Inversiones y Asesorías San Pancracio con Bravo, C.5. Disponible en: http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:19&dtid=1686445&docID=. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.

*conyugal, por no tratarse de contratos onerosos, ninguna influencia ni trascendencia tiene que el demandado estuviera o no en estado de insolvencia, porque aún suponiendo que dicho estado existiera, no era la acción referida la que correspondía ejercitar”.*¹⁹

2.2.2 Ejercicio y efectos.

Para el ejercicio de esta acción deben cumplirse con específicos requisitos. En primer lugar, el fraude pauliano, el cual se traduce al conocimiento que tiene el deudor de su situación económica, y que con la enajenación por él realizada, reducirá de manera tan considerable su patrimonio, que se verá imposibilitado de satisfacer sus deudas.

En relación a este último punto, y concordante con dicho concepto, podemos mencionar un considerando de un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el cual sostiene que: *“el legislador estima sospechosos los pactos de separación total de bienes y de la liquidación de la sociedad conyugal, ya que entiende que son una vía para menoscabar a los acreedores, lo que es de reiterada ocurrencia, traduciéndose en una mayor libertad para el tribunal en la apreciación de la mala fe de los cónyuges”.*²⁰

Se trata de una especie de dolo o mala fe, distinto de aquel que vicia el consentimiento, y más próximo al propio de los ilícitos civiles. Así como el fraude no se presume, corresponderá al demandante acreditar su concurrencia, salvo las excepciones legales.

En resumen, el fraude pauliano, en nuestro país, está dado por el conocimiento del mal estado de los negocios.

¹⁹ Sentencia de la Exma. Corte Suprema (1970), Cit., C.16, pp. 468.

²⁰ Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso (2005), Cit., C.13.

Tesina Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.
“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

También es necesario para la procedencia de esta acción, otro elemento, de índole económica, constituido por el perjuicio para el acreedor. Porque aún cuando el deudor hubiese actuado, con el decidido ánimo de defraudarle, sino existe ese daño o perjuicio, no podría ejercitarse la acción en comento.

Por lo tanto, se requiere que el acto se haya otorgado en perjuicio del acreedor, en otras palabras, que la voluntad de los cónyuges, haya sido perjudicar a su acreedor mediante el otorgamiento del pacto de sustitución de régimen patrimonial y la posterior partición de la comunidad, en la medida que así se haya provocado la insolvencia del deudor.

Claramente el fundamento de esta acción, no está dado por el incumplimiento, sino por la efectiva reducción del patrimonio que garantiza el cumplimiento.

Así, si se opta por la acción pauliana, se debe comparar la situación patrimonial del deudor, al momento de contraer la obligación, con la situación generada a partir de la convención sustitutiva y la posterior partición de la comunidad, como aquella que el deudor presente al momento de ejercitarse la acción en su contra, pues si éste cuenta con bienes para responder, la acción pauliana no debería prosperar.

Los efectos de esta acción, en el evento de acogerse, consisten en dejar sin efecto el acto impugnado sólo hasta el monto del perjuicio ocasionado al acreedor. Por ende, este acto no es desconocido, sino en la medida de las necesidades del acreedor perjudicado, es decir, que se garantice su derecho a ser pagado.

De esta manera, la separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal fraudulenta se mantienen, pero el acreedor defraudado conserva su facultad de obrar contra

los bienes que fueron comunes, pues de este modo se restituye la eficacia de la regla afectada mediante el fraude.²¹

Es una acción de efectos relativos, en cuanto a que sólo beneficia a quien la ha intentado, y no a los demás acreedores. Así esta sanción, a diferencia de la nulidad, no aniquila el acto, sino que paraliza sus efectos en relación a quien está autorizado a alegarla. Su objetivo es obligar a respetar el deber que se quiso eludir mediante la convención sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.

Es dicha particularidad, la que de acuerdo a la doctrina mayoritaria, le da el carácter a esta acción, de ser una especial forma de inoponibilidad, específicamente inoponibilidad por fraude. Ésta sería la naturaleza jurídica de este instrumento, aun cuando hay quienes han planteado que esta acción tendría el carácter de una acción de nulidad, o bien de una acción indemnizatoria, opiniones no compartidas por la doctrina mayoritaria.

Como último punto dentro de este análisis, es necesario referirse a la prescripción de la acción pauliana, en atención a que el artículo 2468 del Código Civil, contempla una prescripción especial de corto plazo, de un año contado desde la celebración del acto o contrato. Los terceros que hayan contratado con la sociedad conyugal deberán estar especialmente atentos, dada la brevedad del plazo de prescripción.

En síntesis, puede concluirse que un tercero que se encuentre en la situación prevista en el artículo 1723 del Código Civil, podría ejercitar la acción pauliana o revocatoria, siempre que pueda acreditar los supuestos que autorizan su ejercicio, los cuales a la luz de lo expuesto en la presente investigación, son más exigentes que los de una acción declarativa de inoponibilidad.

²¹ Domínguez Águila, Ramón (1991): “Fraus Omnia Corruptit, Notas sobre el fraude en el derecho civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, número 189, pp. 28.

2.3 Acción de Simulación.

2.3.1. Referencia de la acción de simulación como mecanismo de protección frente a la convención sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.

La simulación no se encuentra regulada sistemáticamente en nuestro Código Civil, siguiendo en este punto al Código Civil Francés, el cual sólo la normó a través del tratamiento de las contraescrituras.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido uniforme en definir a la simulación como: *“La declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto a aquel que realmente se ha llevado a cabo”*.²²

La simulación de acuerdo a nuestro planteamiento, es también una vía para que los terceros puedan impugnar esta convención sustitutiva, en virtud de la cual los cónyuges modifican el régimen patrimonial del matrimonio. Sin embargo antes de adentrarnos en la simulación como mecanismo de protección de terceros frente al pacto del artículo 1723 del Código Civil, hay que realizar algunas precisiones conceptuales de esta institución.

La doctrina nacional está conteste en distinguir la simulación absoluta, la simulación relativa y la simulación por interposición de persona. Siendo la primera, aquella en que las partes simulan la existencia de un acto jurídico, el que es ficticio en su totalidad, y detrás del cual las partes no tienen la intención de producir consecuencias jurídicas. En la simulación relativa, existen dos actos jurídicos, uno aparente u ostensible y un acto jurídico oculto, en el cual las partes declaran su voluntad real. Y finalmente la simulación por

²² - Sentencia de la Exma. Corte Suprema, (2009): Caso Viedma con Acuña y Ossandon, C 6. Disponible en: http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:19&dtaid=1686445&docID=. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.

interposición de persona, en que la simulación recae en quien aparece como parte en el acto jurídico, que se utiliza frecuentemente para eludir o vulnerar una prohibición legal.

Las precisiones anteriormente descritas, tienen por objeto ilustrar, cual de estas tres clases de simulación es la que tiene lugar cuando las partes celebran la convención del artículo 1723 del Código Civil, y para ésto es necesario describir el fin que tienen las partes para celebrar dicho pacto

La convención sustitutiva del régimen patrimonial matrimonial, como acto jurídico, puede ser objeto de simulación por las partes, con la intención de sustraer bienes del alcance de sus acreedores, para burlar su derecho de garantía general, “simulando” una disminución del activo o un aumento del pasivo.

Esta clase de simulación es la que se denomina simulación activa, ya que tras el acto jurídico aparente, no existe intención de los cónyuges de producir efectos jurídicos. Sólo hay una apariencia de acto jurídico, siendo su única intención defraudar a los terceros con quienes hayan contratado.

La simulación, asimismo, puede clasificarse en simulación lícita y simulación ilícita, en atención a los objetivos que persiguen los contratantes al realizar la simulación. Si su intención es perjudicar a terceros, o cometer fraude contra la ley, entonces la simulación será ilícita. En cambio, si sus fines no son perjudicar a terceros, o cometer fraude contra la ley, la simulación será lícita, es decir, permitida por el derecho.

En el ámbito que nos ocupa actualmente, es evidente que la clase de simulación que nos interesa, es la simulación ilícita, por la cual se perjudica a terceros, en particular, celebrando la convención sustitutiva del régimen patrimonial.

A través de esta simulación absoluta e ilícita, las partes habrán celebrado el pacto del artículo 1723, sin embargo lo habrán hecho sólo aparentemente, sin ánimo real de producir consecuencias jurídicas (simulación absoluta). De tal modo se mantienen las cosas en el mismo estado anterior a la celebración del pacto, por ejemplo detentando aún el marido la administración de la sociedad conyugal; y ésto lo habrán hecho con el ánimo e intención de perjudicar a los terceros con quienes hayan contratado (simulación ilícita).

A raíz de lo expuesto, este acto podrá ser atacado mediante una acción de simulación, que tenga por objetivo la declaración de inexistencia del acto aparente, por lo tanto dicho acto será nulo de nulidad absoluta, en razón de falta de consentimiento, falta de causa, o por la concurrencia de una causa ilícita.

La Corte Suprema, ratificando un fallo de primera instancia, estableció como sanción a la simulación, la nulidad por falta de consentimiento, señalando que: *“En el caso, sólo hay una apariencia sin contenido real. Por lo tanto el acto debe ser declarado nulo de nulidad absoluta por falta de consentimiento, según lo dispuesto en los artículos 1445 N° 2, en relación con los artículos 1682 y 1682 del Código Civil”*.²³

2.3.2 Ejercicio y efectos

De acuerdo a lo planteado en esta investigación, la simulación, puede utilizarse como mecanismo de protección de terceros frente a la convención sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.

Con esta acción, lo que se buscará es atacar el acto jurídico, sosteniendo que la modificación del régimen patrimonial, es sólo aparente, sin contenido real, que se ha

²³ Ibidem, C.19.

utilizado este medio para burlar sus derechos, y que los cónyuges siguen actuando como si la sociedad conyugal nunca se hubiera terminado.

El profesor Avelino León Hurtado, define la acción de simulación como “*aquella que tiene por objeto obtener que se declare que el acto aparente no existe*”.²⁴

En nuestro ordenamiento jurídico, no existe una acción de simulación propiamente tal, más bien se utiliza a la simulación, como un antecedente de índole fáctica, a partir de la cual se estructura una demanda de nulidad absoluta, ya sea por falta de consentimiento, falta de causa, o ilicitud de esta última. Como consecuencia de ello, el procedimiento para hacer efectivo este mecanismo de protección, es el juicio ordinario.

Para que se configure la simulación, son necesarios cuatro requisitos copulativos: a) la disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; b) esta disconformidad debe ser consciente y deliberada; c) por acuerdo de las partes; y d) la intención de perjudicar a terceros.²⁵

Por tanto, las partes en virtud de este pacto deliberadamente, estarían ocultando su voluntad real, la cual sería sustraer bienes del patrimonio de la sociedad conyugal o de determinado cónyuge, con el fin de vulnerar o perjudicar derechos de terceros.

En cuanto a la titularidad activa de la simulación como mecanismo de protección, se requiere tener un interés jurídico, aún más para este caso, se requiere que quien la ejercite sea titular de un derecho subjetivo, o bien encontrarse en una posición jurídica amenazada por el acto jurídico aparente, en este caso, la convención sustitutiva. Y probar el daño ocasionado como consecuencia del acto simulado.

²⁴ León Hurtado, Avelino (1979): *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp.144.

²⁵Abeliuk Manasevich, René (2003): *Las Obligaciones*, Tomo I, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 145.

El ámbito probatorio de la simulación, es uno de los aspectos más relevantes. Ello por la complejidad que reviste para los terceros demostrar la voluntad real de los cónyuges. Así deberán recurrir a los medios de pruebas indirectos, como las presunciones judiciales, a través de las cuales, quien demanda la simulación, deberá a partir de ciertos indicios, demostrar, e inferir cual ha sido la voluntad real de los cónyuges.

Sin embargo, los terceros no tienen la limitación que tienen las partes en el contrato simulado, en cuanto a la inadmisibilidad de la prueba testimonial, cuando deban acreditar actos que deban constar por escrito.

Los terceros pueden probar la simulación, con cualquier medio de prueba, y tendrán que acreditar lo que en doctrina se conoce como “causa simulandi”, ésto es, las razones que motivaron a los cónyuges para engañar con la celebración del pacto.

En el mismo sentido, el fallo anteriormente citado, se refiere a la causa simulandi, señalando que: *“El propósito que tuvieron los cónyuges para realizar el pacto contemplado en el artículo 1723 de nuestro Código Civil, fue exclusivamente eludir el pago de la acreencia contraída por la actora, en contra de uno de los cónyuges, sustrayendo bienes del patrimonio de uno de los cónyuges para que así el cónyuge deudor, no tenga otros bienes conocidos para hacer efectivo el derecho de prenda general.”*²⁶

Para revelar la voluntad real de los cónyuges, los terceros deberán probar la forma en que se ha cumplido el pacto, si realmente, por ejemplo, los cónyuges han liquidado y adjudicado los bienes.

²⁶ Sentencia de la Exma. Corte Suprema (2009), Cit., C 16.

En este punto resulta ilustrativo citar al profesor Francisco Ferrara, cuando se refiere a la prueba de la simulación: *“El contrato es objeto de profundo examen, sutil e inexorable; se indaga la causa de su nacimiento; si responde realmente a una necesidad económica de los contratantes, y a cuál sea ésta; si se ha puesto en ejecución o continúa todavía el estado de hecho anterior a su celebración; si está en consonancia con la manera y tiempo en que se llevó a cabo, con las respectivas relaciones de las partes, con su conducta anterior o posterior a la estipulación del contrato, etc.; y es difícil que con tal examen la simulación no aparezca, y, descubierta en sus sinuosidades, no se revele, a veces de modo incontrovertible”*.²⁷

Por lo tanto, acreditadas las circunstancias que rodean la celebración del pacto, se deduce la voluntad real de los cónyuges. La Corte Suprema, en esta materia, señala: *“el pacto de separación de bienes, efectuados por los cónyuges, fue realizado sin contenido real y verdadero, toda vez que se llevaron a cabo, justo cuando uno de los cónyuges había sido condenado a pagar una indemnización, producto de un despido injustificado y además, las adjudicaciones realizadas en la escritura de liquidación nunca habían sido efectuadas, permaneciendo ciertos bienes en el patrimonio de los cónyuges como si nunca se hubiera celebrado el pacto”*.²⁸

Ahora bien, probada la simulación, corresponde analizar los efectos que su acreditación, acarrea en juicio.

Como decíamos anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una acción de simulación propiamente tal, sino más bien esta acción se enmarca dentro de una acción de nulidad.

²⁷ Ferrara, Francisco (1931): *La simulación en los negocios jurídicos*, quinta edición, Librería General de Victorino Suárez, Madrid, (traducida por Rafael Atard y Juan A. de la Fuente), pp. 397.

²⁸ Sentencia de la Exma. Corte Suprema (2009), Cit., C.15.

Tesina Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.
“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

Por ende, los efectos de acoger la demanda de simulación, serían los propios de las acciones de nulidad, lo que implicaría que la convención sustitutiva del régimen matrimonial quedaría sin efecto respecto de todos. Asimismo la posterior liquidación de los bienes que se hubieren adjudicado a la mujer, también quedaría sin efecto volviendo éstos al marido de manera, tal que pueda intentarse en su contra el cobro del respectivo crédito.

Finalmente, en cuanto a la prescripción de la acción de simulación que busca atacar el pacto sustitutivo, debemos precisar que como esta acción se encauza dentro de una acción de nulidad, las reglas de prescripción se regirán por la normativa general de la nulidad.

2.4 Acción Declarativa de Inoponibilidad.

2.4.1 Referencia de la acción declarativa de inoponibilidad como mecanismo de protección frente a la convención sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.

La inoponibilidad se define como “la ineficacia respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico”.²⁹

En otras palabras, la inoponibilidad es una sanción civil de ineficacia jurídica respecto de terceros ajenos al acto o contrato, y en cuya virtud se les permite desconocer los derechos emanados de ellos.³⁰

Constituye una limitación al efecto absoluto de los actos jurídicos, pues a través de ella, ciertos terceros están facultados para desconocer la existencia del acto que los perjudica, y en consecuencia, se encuentran habilitados para actuar como si el mismo nunca se hubiese celebrado.

El legislador no establece en nuestro Código Civil, una teoría general de la inoponibilidad, como lo hace con la nulidad, pero subyace como tal, en numerosos preceptos dispersos en nuestra legislación civil. Además su existencia se encuentra reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

²⁹ Baltra Cortés, Alberto (1935): *Ensayo de una Teoría General de los Actos Inoponibles*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de la Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, pp. 11. Los autores coinciden en que esta obra es la adaptación a nuestro sistema jurídico de la obra del autor francés Daniel Bastian “Essai d’ une théorie generale de l inoponibilité, Paris, 1929, que hasta hoy se cita como principal antecedente en la materia.

³⁰ Abeliuk Manasevich, René, Ob. Cit., pp. 154.

De este modo, esta sanción faculta a los terceros para desconocer los efectos de la convención sustitutiva del régimen matrimonial, cuando ella perjudique sus derechos válidamente adquiridos respecto de los cónyuges.

Así, lo que se solicita mediante esta herramienta, es una declaración formal de un tribunal en orden a que tanto el pacto del artículo 1723 del Código Civil, y la posterior liquidación de la sociedad conyugal sea inoponible al tercero perjudicado en sus derechos, es decir al acreedor demandante.

En relación a esta sanción, hay que distinguir entre inoponibilidades de forma y de fondo, siendo éstas últimas las que dicen relación con el contenido del acto o contrato. Y entre ellas se cuentan las inoponibilidades por falta de concurrencia, es decir aquellas en que no concurre el consentimiento de una persona al acto o contrato que lo requería, y las inoponibilidades por fraude, en donde se suele mencionar los casos de simulación y acción pauliana. Esto demuestra la proximidad conceptual existente entre estas acciones.

En el preciso caso objeto de esta investigación, estaríamos frente a una inoponibilidad cuyo fundamento sería el fraude civil. Esto porque la convención del artículo 1723 puede afectar a terceros, no como una invasión de las partes en intereses ajenos, sino como un mecanismo que desviado de su función económica y social, sirva para concretar una voluntad fraudulenta de los cónyuges orientada a eludir sus obligaciones para con éstos.

2.4.2 Ejercicio y efectos

El objetivo del tercero al demandar la declaración de inoponibilidad, en lo que a sus derechos se refiere, es obtener que se entienda como subsistente el régimen que fue objeto de la convención sustitutiva.

El tercero podrá perseguir el pago de su crédito en todos los bienes sociales, o en caso de convenirse un régimen de participación en los gananciales, en todos los bienes que pertenecían al respectivo cónyuge mientras estuvo separado de bienes.

Ésta ha sido la tendencia mayoritaria adscrita por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, así podemos mencionar numerosos fallos en tal sentido.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en uno de sus fallos expresa: *“El pacto de separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal no pueden surtir efectos respecto de los créditos que existían antes de dichos pactos, si no cumplen los mencionados pactos con los requisitos que se indican en los artículos 1765 y 1766 del Código Civil, o sea, el inventario y tasación de bienes”*.³¹

En la misma tendencia, se ha sostenido por otro fallo: *“Es inoponible a la actora civil de aquel proceso penal el pacto de separación total de bienes celebrado entre el autor del delito y su mujer, con posterioridad a la comisión de aquel ilícito y con anterioridad a quedar firme la sentencia condenatoria, particularmente por tratarse la obligación indemnizatoria de una deuda social, desde el punto de vista de la obligación a las deudas,*

³¹ Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, (1987): Caso Finansur con Saldaña, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXXXIV, sección segunda, C.2, pp.121.

Tesina Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.
“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

*y sin perjuicio de que pudiera ser personal del autor del homicidio, desde la óptica de la contribución a las deudas”.*³²

La Corte Suprema, en otro fallo con mayor precisión señala: *“el artículo antes citado consagra una inoponibilidad de manera que los acreedores sociales o del marido puedan dirigirse sobre los bienes adjudicados a la mujer del mismo modo que lo habrían hecho si no se hubiere producido la separación, los bienes podrán ser perseguidos por los acreedores como si la separación de bienes no se hubiere pactado y la mujer no podrá oponerles el nuevo pacto e invocar el nuevo régimen de bienes en él pactado”.*³³

De la jurisprudencia citada, es posible observar que los tribunales acogen ampliamente la tesis de la inoponibilidad, como mecanismo de protección a los terceros que puedan verse perjudicados con el supuesto de la norma en comento.

En cuanto al ejercicio de esta acción, no es necesario acreditar el fraude, ello en atención al texto expreso de la ley que señala que este pacto *“no afectará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer”*. Ésta frase constituye la base legal más directa de este mecanismo.

De este modo, haya existido o no el fraude, éste resulta irrelevante, porque el elemento determinante es el perjuicio que el pacto de sustitución de régimen patrimonial matrimonial haya causado al tercero interesado.

³²Domínguez Águila, Ramón (1994a): “Comentario de Jurisprudencia. Indemnización por Delito Penal. Inoponibilidad de la separación de bienes posterior al delito” en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, número 195, pp. 159-160. C. Santiago 6 sep 1994

³³Sentencia de la Exma. Corte Suprema, (2001): Caso Ortega con Oliva y otros, C. 2. Disponible en: [http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_c1_jj_fl1_1001_20010405_18497?f=templates\\$fn=JOLLOL/documentframeset.htm\\$q=\[and:\[field,Tribunal:\[and:Corte%20Suprema\]\]%20\[or:\[field,Legislacion:CC_AR-1723\]\]\]](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_c1_jj_fl1_1001_20010405_18497?f=templates$fn=JOLLOL/documentframeset.htm$q=[and:[field,Tribunal:[and:Corte%20Suprema]]%20[or:[field,Legislacion:CC_AR-1723]]])%20\$x=server\$3.0#LPHit1. Fecha de última consulta: 19 de Julio de 2010.

Tesina Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.
“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

Los cónyuges a través de este pacto, buscan quedar en una situación de insolvencia, que les impida cumplir con sus obligaciones, configurándose así, el requisito de inoponibilidad que la ley ha previsto. De esta manera el acreedor quedará habilitado para accionar de inoponibilidad en contra del pacto celebrado por los cónyuges.

En consecuencia, bastará para el acreedor que demanda, probar el perjuicio que la convención le irroga a su derecho de crédito, que como se sabe, se resuelve en la insolvencia, al menos parcial del deudor. La que a su vez se traduce en la insuficiencia de bienes en su patrimonio, para satisfacer íntegramente los créditos a sus acreedores.

En relación al tema anterior, podemos percibir una relevante diferencia con la acción pauliana, en el sentido que para utilizar este mecanismo de impugnación, es requisito acreditar tanto el fraude como el perjuicio.

Para los terceros, el pacto en sí, no les es perjudicial, y para demostrar su interés en atacarlo, deberán justificar la insolvencia del deudor.

Una vez que se ha probado el perjuicio, necesariamente, la declaración de inoponibilidad deberá ser acogida. Pues el elemento determinante para ello es, que el tercero que se relacionó con los cónyuges, pruebe que la circunstancia de haberse modificado el régimen matrimonial, le ha generado el perjuicio que reclama.

Es precisamente ese el sentido de la frase empleada por el legislador en el artículo 1723 del Código Civil.

Por lo mismo, no es relevante esclarecer si acaso los cónyuges actuaron o no de buena fe, ya sea al suscribir la respectiva convención, o bien al momento de proceder a la partición de la comunidad generada en virtud de la misma.

Tesina Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.
“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

Por otra parte, cabe cuestionarse si acaso esta sanción de ineficacia opera de pleno derecho, o bien debe ser alegada.

Cierta Jurisprudencia de nuestros Tribunales superiores de Justicia ha reconocido que la inoponibilidad opera de pleno derecho, sin embargo la doctrina nacional ha discutido este punto.

Autores como el profesor Daniel Peñailillo y Alberto Baltra, consideran que esta sanción de ineficacia no opera de pleno derecho, debiendo ser alegada por el tercero. Por lo tanto, para estos autores, se requiere una declaración judicial en tal sentido.³⁴

Esta última tesis ha sido adoptada mayoritariamente por la jurisprudencia de un modo implícito, pues en varios fallos se deja entrever, aún cuando en ninguno de ellos lo requiere o exige expresamente.

Relacionado con esto último podemos citar una sentencia de la Corte Suprema que expresa lo siguiente: *“al tiempo de trabarse embargo por el ejecutante, la tercerista no tenía título inscrito a su nombre, haciéndolo sólo con posterioridad a ello, es decir, cuando ya figuraba debidamente inscrita la referida medida de apremio. En ese contexto, cobra relevancia lo dispuesto en el artículo 1723 inciso segundo del Código Civil, conforme al cual el pacto de separación de bienes no perjudicará, en caso alguno, los derechos adquiridos válidamente por terceros respecto del marido...”*³⁵

³⁴ Peñailillo Arévalo, Daniel, Ob. Cit., pp. 33.

³⁵ Sentencia de la Exma Corte Suprema, (2002): Caso Cruz con Lira y otro, C.4. Disponible en: [http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_c_l_jj_fll_1001_20020409_24219?f=templates\\$fn=JOLLOL/documentframeset.htm\\$q=\[and:\[field,Tribunal:\[and:Corte%20Suprema\]\]%20\[or:\[field,Legislacion:CC_AR-1723\]\]\]%20\\$x=server\\$3.0#LPHit1](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_c_l_jj_fll_1001_20020409_24219?f=templates$fn=JOLLOL/documentframeset.htm$q=[and:[field,Tribunal:[and:Corte%20Suprema]]%20[or:[field,Legislacion:CC_AR-1723]]]%20$x=server$3.0#LPHit1). Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.

Desde un punto de vista procesal, la doctrina y la jurisprudencia nacional, están contestes en señalar que la inoponibilidad puede ser alegada en juicio como acción o excepción. Por lo demás, en el caso específico del artículo 1723 del Código Civil, en la medida que el tercero beneficiado es quien reclamará la inoponibilidad, obviamente, la misma sólo podrá revestir la forma de una acción.

Para Alberto Baltra Cortés es perfectamente posible que la impugnación se obtenga a través de la acción de inoponibilidad.

Él sostiene que estaríamos ante un caso de inoponibilidad por fraude, y señala que *“el acto es perfecto en sí mismo, reúne todas las condiciones de existencia y de validez requeridas para que el acto nazca a la vida del derecho y produzca sus efectos. Mas el vicio anida en la intención de ambas o una sola de las partes y el fraude basta que exista para que el acto no tenga la eficacia que, dada su perfección, debió haber tenido”*.³⁶

Por lo demás, en el caso de la convención en comento, en la medida en que el tercero beneficiado es quien reclamará la inoponibilidad, la misma sólo podrá revestir la forma de acción, es decir debe ser alegada por quien quiera aprovecharse de ella.

Esta tesis cuenta con apoyo jurisprudencial, una sentencia de la Corte Suprema, expresa: *“Que los derechos de los demandantes en contra del demandado se originaron mientras estaba vigente la sociedad conyugal habida entre éste y su cónyuge, con motivo del cuasidelito civil y que irrogó la obligación del demandado de resarcir perjuicios a los actores, como sucesores del fallecido, víctima de dicho cuasidelito. Los derechos de los demandantes y la responsabilidad del demandado nacieron en la oportunidad antedicha,*

³⁶ Baltra Cortés, Alberto, Ob. Cit., pp. 156.

*aunque su reconocimiento y evaluación por la justicia haya sido posterior, al ser desconocido por el obligado a la reparación del mal”.*³⁷

Ahora bien la declaración de inoponibilidad en el caso que hemos estudiado, consiste en que el pacto sustitutivo del artículo 1723 del Código Civil, seguirá siendo absolutamente válido, y producirá todos sus efectos entre los cónyuges que lo celebraron, y respecto de todos aquellos terceros que no demandaron la declaración de inoponibilidad, pese a encontrarse en la hipótesis prevista en la norma anteriormente citada.

Por lo mismo, la declaración de inoponibilidad pretende que el tercero acreedor, pueda considerar a la convención sustitutiva como no celebrada, desconociendo sus efectos en la medida que le causen perjuicio.

Esto último se comprende, porque la inoponibilidad no dice relación con el acto mismo, sino con los efectos que produce respecto de determinados terceros, es decir a quienes el legislador les ha brindado una especial protección, en consideración a su vinculación con los cónyuges que pactaron la sustitución de su régimen patrimonial matrimonial.

³⁷ Sentencia de la Exma Corte Suprema, (2004): Caso Young Ok Pak Lee y otros con Alfonso Luis Manuel Martínez Catalán y otra, C.4. Disponible en http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&Juridica_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:19&dtaid=1686445&docID=. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.

2.5 Acción de Indemnización de Perjuicios.

2.5.1 Referencia de la acción de indemnización de perjuicios como mecanismo de protección frente a la convención sustitutiva del artículo 1723 del Código Civil.

Como una última alternativa que se presenta en relación con este tema, es que la protección de los terceros, se produzca mediante el ejercicio de la respectiva acción indemnizatoria, en la medida que el elemento esencial para que la misma opere es, precisamente, la concurrencia del perjuicio.

En otras palabras, en la hipótesis del artículo 1723 del Código Civil, existiría una especie de ilícito civil calificado, que al configurarse, habilitaría al acreedor, para demandar a los cónyuges la indemnización del perjuicio (o daño) que la existencia de la convención sustitutiva le hubiera irrogado.

Relacionado con este último punto, la Corte Suprema conforme al Diccionario de la Lengua, ha señalado que el daño es el *“mal, perjuicio o aflicción o privación de un bien”*.³⁸ Otro fallo, esta vez de la Corte de Apelaciones de Chillán, expresa que: *“El daño, elemento de la responsabilidad extracontractual, no está definido por el legislador. Jurídicamente, puede decirse que es todo detrimento o menoscabo que un sujeto experimenta, sea en su persona, en sus bienes o en cualquiera de sus derechos extrapatrimoniales”*.³⁹

Así, este concepto se podría adaptar perfectamente con la situación prevista en el artículo 1723 del Código Civil. Pero en este caso, se trataría de una acción indemnizatoria especial, en la cual para su procedencia, sólo bastaría con acreditar el perjuicio que exige la

³⁸Sentencia de la Exma. Corte Suprema, (1971): Caso Prieto con Oyarzún, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXVIII, sección cuarta, C.7, pp.170.

³⁹ Sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Chillán, (1970): Caso Giner Gras con Polanco, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo LXII, sección segunda, C. 33, pp. 108.

citada norma⁴⁰, dado por el detrimento o menoscabo que la convención sustitutiva irroga al tercero.

Es posible también, conectar este tema con la doctrina sobre el abuso del derecho, de la cual en términos someros, podemos señalar que, el ejercicio de un derecho es ilícito si él tiene por único fin causar un perjuicio a otro.

Cuestión que en el caso puntual se da, pues los cónyuges realizan este pacto, con el objeto de sustraerse de la observancia de una obligación, que se tiene para con un tercero. El principio subyacente en esta materia, es el de la buena fe, pues se trata de un acto que va en contra de los deberes de lealtad que se tienen respecto de determinadas personas, en este caso, de los acreedores.⁴¹

De este modo, por mucho que el ejercicio de un derecho –en el caso concreto, los cónyuges sustituyan un régimen patrimonial por otro- se enmarque dentro de los límites externos que contempla la ley, atendidas las especiales circunstancias, resulte contrario a las exigencias mínimas de sociabilidad y buena fe en las relaciones recíprocas, debe ser limitado por el derecho objetivo.⁴²

Concordante con ello, y perfectamente encuadrable al caso objeto de nuestro análisis, un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en uno de sus considerandos expresa: *“Cualquiera que sea el ámbito de aplicación de la doctrina sobre el abuso del derecho –dolo, culpa o negligencia, irracionalidad en su ejercicio, intención perjudicial del agente, etc.- para que éste se produzca debe existir de parte de quien ejerce abusivamente su derecho un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés*

⁴⁰ Esta posibilidad vincularía el tema, nuevamente, con la acción paulina para aquellos que ven en esta una acción de naturaleza indemnizatoria.

⁴¹ Barros Bourie, Enrique (2007): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 653.

⁴² *Ibidem*, pp.626.

o necesidad de lo que promueva o un actuar motivado por el afán de causar un perjuicio a su contraparte o cocontratante”.⁴³

Sin embargo, consideramos que no es correcto estimar que ésta sería la solución al problema, pues de los términos del artículo 1723, se puede concluir que la intención del legislador ha sido proteger al tercero de las consecuencias derivadas de la existencia de la convención sustitutiva.

De manera que el medio de protección de que éste se valga, necesariamente, ha de referirse a ese acto o sus efectos, mientras que en la hipótesis de una acción indemnizatoria, ni el acto ni sus efectos se verán afectados, manteniéndose plenamente vigentes, tanto respecto de sus otorgantes como de todos los terceros, lo cual en definitiva, dejaría al afectado en la misma situación que todos los demás acreedores de los cónyuges.

Dado lo anterior, inspirados en la intención especialmente protectora a que la norma responde, creemos que para hacerla efectiva, necesariamente, debe recurrirse a un instrumento que, atacando el acto o sus efectos, permite al acreedor protegido romper la condición de igualdad en que, en principio, se encontraría junto a los demás acreedores de los cónyuges. Este objetivo se cumpliría, en una u otra forma, con el eventual ejercicio de las acciones a que anteriormente nos hemos referido en esta investigación.

De todos modos, reconocemos que la eventual acción indemnizatoria, perfectamente, puede coexistir –sin por ello generar un cúmulo de acciones- con otra acción formalizada por el acreedor, es decir, con una pauliana, una de simulación o una declarativa de inoponibilidad.

⁴³ Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, (1992): Inmobiliaria Nacional Ltda. con Centrobanco, en *Gaceta Jurídica*, N° 149, C. 4, pp. 60.

En estos casos, el acreedor podrá perseguir, además del efecto propio de estas acciones, la indemnización de todos los perjuicios que haya sufrido con ocasión de la modificación del régimen matrimonial, accediendo con ello a un ámbito de reparación más amplio que la mera posibilidad de perseguir el pago del crédito, que adquirió respecto de los cónyuges antes de dicha modificación.

Siguiendo esta tendencia, podemos mencionar un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que si bien no se refiere a la situación particular descrita en el artículo objeto de nuestro estudio, es perfectamente enmarcable, pues esta sentencia no solamente acoge la demanda de simulación, sino que también condena al pago de una indemnización de perjuicios, en razón de que este acto simulado causa un daño a otro, y por ende nos encontraríamos ante un delito civil. Textualmente en uno de sus considerandos señala: *“resulta también demostrado que los demandados cometieron un delito civil puesto que, al obrar fraudulentamente con la intención de evitar que se pudieran perseguir las obligaciones contraídas por el demandado en los bienes de éste, se ha inferido un daño a otro, lo que obliga a la indemnización de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2314, 2315, 2316 y 2317 del Código Civil”*.⁴⁴

Por último, es necesario señalar que la acción indemnizatoria será más relevante aún, en los casos en que los bienes en que el acreedor hubiese podido perseguir el pago de sus créditos hayan salido del patrimonio de los cónyuges, es decir, hayan pasado a manos de terceros, porque en esos casos -especialmente cuando no se pueda perseguir a los terceros- de todos modos el acreedor tendrá la posibilidad de obtener reparación de sus perjuicios, con cargo a los cónyuges que otorgaron el acto de sustitución de régimen matrimonial.

⁴⁴ Sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, (1993): Caso Banco Sudameris con Varas Espejo, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XC, sección segunda, C. 5, pp. 60.

Conclusiones.

De lo analizado en la presente investigación, se puede concluir que en principio existen motivos, para plantearse la interrogante en cuanto a si la protección que el legislador ha brindado a los terceros, que se vincularon jurídicamente con los cónyuges, permite ser implementada, indistintamente, mediante el ejercicio de cualquiera de las acciones analizadas.

En este sentido, creemos que si bien existe un grado de coincidencia entre tales acciones, que en principio, permite aceptarlas como soluciones válidas con las cuales puede favorecerse un acreedor en la hipótesis del artículo 1723 del Código Civil –como lo ha recogido la Jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia-, lo cierto es que también existen importantes diferencias.

En efecto, en cuanto a las coincidencias, recordemos que la acción pauliana es considerada una acción específica de inoponibilidad, la doctrina la encuadra dentro de las inoponibilidades de fondo, específicamente, por fraude.

Por su parte, en la acción de simulación, también nos encontramos con un rasgo de inoponibilidad, en la medida que de acogerse la acción, el acreedor demandante estaría habilitado para prescindir de la existencia de la convención sustitutiva de régimen matrimonial, pudiendo actuar tal como si se mantuviera el estatuto vigente, antes de dicha convención.

En este caso, en la medida que no se demande una declaración de nulidad, la sentencia declarativa que se dicte, será de efecto relativo, y, por lo mismo, el nuevo

régimen conyugal pactado subsistirá, y será plenamente oponible respecto de los acreedores que no hubieren comparecido en el ejercicio de la respectiva acción de simulación.⁴⁵

De entenderse que no existe una acción de simulación, sino que ésta sólo puede ser el fundamento de una acción declarativa de nulidad, siendo esta última la que en definitiva se persigue, nos alejamos del ámbito de la inoponibilidad, y por el contrario, ingresamos de lleno al ámbito de las acciones de nulidad, que son esencialmente distintas, tal como se concluye – sólo por citar una característica- de la circunstancia que en la nulidad se impugna directamente el acto, invocándose a su respecto un determinado vicio. Mientras que, en la inoponibilidad, lo que se impugna no es el acto, sino los efectos que de éste derivan, y sólo en la medida que afecten o alcancen al acreedor que invoca esta protección.

Por otra parte, existen diferencias entre los efectos que se producirían de aceptarse la procedencia de una u otra de las acciones comentadas. Así por ejemplo, a propósito de la acción pauliana y la acción de simulación, se vería afectado el régimen registral de los inmuebles en la medida que habría que cancelar las inscripciones de dominio. En cambio, en la inoponibilidad esto no se produce, toda vez que la privación de efectos del acto, sólo favorece al tercero demandante.

En el mismo sentido, los requisitos propios de la acción pauliana y de la acción de simulación, las convierten en soluciones que presentan un mayor grado de dificultad para quien las invoca, dado que, no bastando con el perjuicio que debe haber sufrido como consecuencia del acto impugnado, tendrá también que acreditar la mala fe, o actuación dolosa de parte de su deudor, y en su caso, de parte del tercero que ha contratado con ese deudor –para el caso de la acción pauliana-.

⁴⁵ En el caso, estaríamos en el supuesto de inoponibilidad de fondo por simulación.

Asimismo, se menciona reiteradamente por la doctrina nacional, las especiales dificultades para acreditar en juicio los supuestos de la simulación.

Por lo expuesto, se concluye que la mejor y más adecuada herramienta de la cual puede disponer el tercero, amparado en la protección dispuesta por el citado artículo 1723, es la acción declarativa de inoponibilidad, en la medida que mediante ella se cumple a cabalidad la intención del legislador, al establecer este manto protector, y además, ello se logra en condiciones más convenientes para el acreedor protegido, y a la vez, sin causar un daño excesivo o desproporcionado en el tráfico jurídico.

La inoponibilidad favorece a los acreedores en la medida que les basta con acreditar esa calidad, es decir, haberse convertido en acreedor de uno de los cónyuges o de la sociedad conyugal, con anterioridad a la modificación del régimen matrimonial y, hecho lo anterior, sólo deberán probar el perjuicio patrimonial sufrido como consecuencia de esa convención, es decir, un requisito que se podrá establecer con la mera comparación entre el patrimonio del deudor antes de la convención en cuestión y aquel que presente con posterioridad a ésta.

El acreedor estará, por tanto, librado de tener que acreditar la mala fe de los otorgantes de la convención, mala fe, que si bien existe como una posibilidad que el legislador pudo considerar al crear esta figura, no constituye un elemento que deba, necesariamente, concurrir para que el acto sea declarado inoponible.

De lo anterior también se desprende la otra gran ventaja que presenta la declaración de inoponibilidad, pues dado su carácter relativo, en cuanto al titular de la acción, y los efectos que se reconocen a su declaración, implica un menor impacto en el tráfico jurídico, pues en lugar de eliminar de la vida jurídica el pacto sustitutivo de régimen matrimonial, solamente lo priva de efectos y sólo respecto del tercero que así lo ha demandado.

Tesina Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso.
“Mecanismos de Protección de Terceros Frente al Pacto Contemplado en el Artículo 1723 del Código Civil”

De este modo, los demás operadores jurídicos, y los propios cónyuges que otorgaron el pacto, deberán actuar con pleno respeto a su existencia, pues a su respecto, sigue siendo perfectamente válido y oponible.

Este efecto cobra especial relevancia en el caso que los cónyuges hayan otorgado dicho pacto con total buena fe, y persiguiendo el efecto normalmente previsto para el caso, ésto es, la mutación del régimen matrimonial existente entre ellos.

En definitiva, sin perjuicio de lo expuesto con ocasión de la acción de indemnización de perjuicios, descartamos la concurrencia de un concurso de acciones entre las alternativas que hemos mencionado -aún cuando los otros mecanismos de protección, sean herramientas válidas para que el tercero se ampare en sus derechos vulnerados por la convención sustitutiva-, pues tanto el texto legal, como su origen histórico, y poderosos argumentos de eficacia práctica, permiten sostener que la solución que mejor calza con nuestro supuesto legal es, precisamente, la referida acción declarativa de inoponibilidad.

De este modo, lo ha recogido nuestra jurisprudencia, que ha sido uniforme en sostener que para el caso del artículo 1723 del Código Civil, nos encontramos ante una hipótesis de inoponibilidad que se plasma en el ejercicio concreto de la respectiva acción declarativa.

Bibliografía

- 1.- Abeliuk Manasevich, René (2003): *Las Obligaciones*, Tomo I y II, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 2.- Alessandri Rodríguez, Arturo (1935): *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Editorial Universitaria, Santiago.
- 3.- Baltra Cortés, Alberto (1935): *Ensayo de una Teoría General de los Actos Inoponibles*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de la Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
- 4.- Barros Bourie, Enrique (2007): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 653.
- 5.- Carrera, Francisco (1935): *El sujeto activo en la acción pauliana*, Sin editorial, Santiago.
- 6.- Domínguez Águila, Ramón (1994a): “Comentario de Jurisprudencia. Indemnización por Delito Penal. Inoponibilidad de la separación de bienes posterior al delito” en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, número 195, pp. 159-161.
_(1991b): “Fraus Omnia Corruptit, Notas sobre el fraude en el derecho civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, número 189, pp. 7-34.
_(1983c): “Los terceros y el contrato”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, número 174, pp. 151-165.
- 9.- Ferrara, Francisco (1929): *La simulación en los negocios jurídicos*, quinta edición, Librería General de Victorino Suárez, Madrid, (traducida por Rafael Atard y Juan A. de la Fuente).
- 10.- Fueyo Laneri, Fernando (1991): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 11.- Jaramillo, Hernando (1986): *La acción pauliana resolución contractual por incumplimiento*, Editorial Temis, Bogotá.

- 12.- León Hurtado, Avelino (1979): *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 13.- Martín Retortillo, Cirilo (1943): *La lucha contra el fraude civil (la acción pauliana)*, Casa Editorial Bosch, Barcelona.
- 14.- Paillas Peña, Enrique (1981): *La Simulación, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 15.- Pazos Ramos, René (2001): *Derecho de familia*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 16.- Peñailillo Arévalo, Daniel (1983): “El pacto de separación de bienes y el perjuicio a los acreedores”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, número 173, pp. 21-43.
- 17.- Somarriva Undurraga, Manuel (1946a): *Derecho de familia*, Editorial Nascimento, Santiago.
_(1946b): *Evolución del Código Civil Chileno*, Editorial Nascimento, Santiago.
- 19.- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas (1997), Tomo VII, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. (1998) Tomo X, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. (1998) Tomo XI, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 20.- Sentencia de la Exma. Corte Suprema, (1970): Caso Duncan Fox y Cia. Con Reyes, Renato y otra., *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXVII, sección primera, pp. 463-468.
- 21.- Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, (1987): Caso Finansur con Saldaña, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXXXIV, sección segunda, C.2, pp.121.
- 22.- Sentencia de la Exma. Corte Suprema, (1971): Caso Prieto con Oyarzún, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXVIII, sección cuarta, C.7, pp.170.

- 23.- Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Chillán, (1970): Caso Giner Gras con Polanco, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo LXII, sección segunda, C. 33, pp. 108.
- 24.- Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, (1992): Inmobiliaria Nacional Ltda. con Centrobanco, en *Gaceta Jurídica*, N° 149, C. 4, pp. 60.
- 25.- Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, (1993): Caso Banco Sudameris con Varas Espejo, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XC, sección segunda, C. 5, pp. 60.
- 26.- Sentencia de la Exma. Corte Suprema, (2003): Caso Banco de Chile con Saavedra. Disponible en:
http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:19&dtaid=1686445&docID= . Fecha última consulta: 19 de Julio 2010.
- 27.- Sentencia de la Exma. Corte Suprema, (2009): Caso Viedma con Acuña y Ossandon. Disponible en:
http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:19&dtaid=1686445&docID=. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.
- 28.- Sentencia de la Exma Corte Suprema, (2004): Caso Young Ok Pak Lee y otros con Alfonso Luis Manuel Martínez Catalán y otra. Disponible en:
http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:19&dtaid=1686445&docID=. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.
- 29.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, (2005): Caso Sociedad Inversiones y Asesorias San Pancrancio con Bravo. Disponible en:
http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:19&dtaid=1686445&docID=. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.

- 30.- Sentencia de la Exma Corte Suprema, (1997): Caso Banco BHIF con Kblinski.
Disponible en:
[http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1001_19971001_14820?f=templates\\$fn=JOLLOL/documentframeset.htm\\$q=\[and:\[field,Recurso:\[orderedprox,0:recurso%20de%20casación%20en%20el%20fondo\]\]%20\[field,Resultado:\[orderedprox,0:acogido\]\]%20\[or:\[field,Legislacion:CC_AR-1723\]\]\]%20\\$x=server\\$3.0#LPHit1](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1001_19971001_14820?f=templates$fn=JOLLOL/documentframeset.htm$q=[and:[field,Recurso:[orderedprox,0:recurso%20de%20casación%20en%20el%20fondo]]%20[field,Resultado:[orderedprox,0:acogido]]%20[or:[field,Legislacion:CC_AR-1723]]]%20$x=server$3.0#LPHit1). Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.
- 31.- Sentencia de la Exma Corte Suprema, (1997): Caso Alamparte Rodriguez.
Disponible en:
[http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1001_19970120_14210?f=templates\\$fn=JOLLOL/documentframeset.htm\\$q=\[and:\[field,Tribunal:\[and:Corte%20Suprema\]\]%20\[or:\[field,Legislacion:LEY_18175_AR-131\]\]%20\[field,Legislacion:LEY_18.175_AR-131\]\]\]%20\\$x=server\\$3.0#LPHit1](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1001_19970120_14210?f=templates$fn=JOLLOL/documentframeset.htm$q=[and:[field,Tribunal:[and:Corte%20Suprema]]%20[or:[field,Legislacion:LEY_18175_AR-131]]%20[field,Legislacion:LEY_18.175_AR-131]]]%20$x=server$3.0#LPHit1). Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.
- 32.- Sentencia de la Exma. Corte Suprema, (1990): Caso Torreblanca con Decap.
Disponible en:
[http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1001_19900417_10949?f=templates\\$fn=JOLLOL/documentframeset.htm\\$q=\[and:\[field,Tribunal:\[and:Corte%20Suprema\]\]%20\[or:\[field,Legislacion:CC_AR-1723\]\]\]%20\\$x=server\\$3.0#LPHit1](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1001_19900417_10949?f=templates$fn=JOLLOL/documentframeset.htm$q=[and:[field,Tribunal:[and:Corte%20Suprema]]%20[or:[field,Legislacion:CC_AR-1723]]]%20$x=server$3.0#LPHit1). Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.
- 33.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, (2002): Caso Bulnes con Assler. Disponible en:
[http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1008_20020118_21399?f=templates\\$fn=JOLLOL/documentframeset.htm\\$q=\[and:\[field,Tribunal:\[and:Corte%20de%20Apelaciones](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1008_20020118_21399?f=templates$fn=JOLLOL/documentframeset.htm$q=[and:[field,Tribunal:[and:Corte%20de%20Apelaciones)

- % 20de% 20Santiago]]% 20[or:[field,Legislacion:CC_AR-1723]]% 20\$x=server\$3.0#LPHit1. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.
- 34.- Sentencia de la Exma Corte Suprema, (1993) Caso Morey con Juez Segundo Juzgado de Letras de Ovalle. Disponible en:
[http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1001_19930706_12379?f=templates\\$fn=JOLLOL/documentframeset.htm\\$q=\[and:\[field,Tribunal:\[and:Corte% 20Suprema\]\]% 20\[or:\[field,Legislacion:CC_AR-1723\]\]\]](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1001_19930706_12379?f=templates$fn=JOLLOL/documentframeset.htm$q=[and:[field,Tribunal:[and:Corte% 20Suprema]]% 20[or:[field,Legislacion:CC_AR-1723]]]) % 20\$x=server\$3.0#LPHit1. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.
- 35.- Sentencia de la Exma Corte Suprema, (2002): Caso Cruz con Lira y otro. Disponible en:
[http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1001_20020409_24219?f=templates\\$fn=JOLLOL/documentframeset.htm\\$q=\[and:\[field,Tribunal:\[and:Corte% 20Suprema\]\]% 20\[or:\[field,Legislacion:CC_AR-1723\]\]\]](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1001_20020409_24219?f=templates$fn=JOLLOL/documentframeset.htm$q=[and:[field,Tribunal:[and:Corte% 20Suprema]]% 20[or:[field,Legislacion:CC_AR-1723]]]) % 20\$x=server\$3.0#LPHit1. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.
- 36.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, (1990): Caso Arancibia con Publicaciones y Difusiones Ltda. Disponible en:
[http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1008_19900323_19821?f=templates\\$fn=JOLLOL/documentframeset.htm\\$q=\[and:\[field,Tribunal:\[and:Corte% 20de% 20Apelaciones% 20de% 20Santiago\]\]% 20\[or:\[field,Legislacion:CC\]% 20\[field,Legislacion:CC_*\]\]](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fil_1008_19900323_19821?f=templates$fn=JOLLOL/documentframeset.htm$q=[and:[field,Tribunal:[and:Corte% 20de% 20Apelaciones% 20de% 20Santiago]]% 20[or:[field,Legislacion:CC]% 20[field,Legislacion:CC_*]]) % 20\$x=server\$3.0#LPHit1 Fecha última consulta: 19 de julio de 2010.
- 37.- Sentencia de la Exma Corte Suprema, (1997): Caso Madariaga con Cortés y otro. Disponible en:
http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:19&dtaid=1686445&docID=. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.

38.- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, (1990): Caso Cavieres con León. Disponible en:

http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1C&vid=LNChile:19&dtaid=1686445&docID=. Fecha última consulta: 19 de Julio de 2010.

39.- Sentencia de la Exma. Corte Suprema, (2001): Caso Ortega con Oliva y otros. Disponible en:

[http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fll_1001_20010405_18497?f=templates\\$fn=JOLLOL/documentframeset.htm\\$q=\[and:\[field,Tribunal:\[and:Corte%20Suprema\]\]%20\[or:\[field,Legislacion:CC_AR-1723\]\]\]%20\\$x=server\\$3.0#LPHit1](http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLL1N/fallos/cl_joll1n_cl_jj_fll_1001_20010405_18497?f=templates$fn=JOLLOL/documentframeset.htm$q=[and:[field,Tribunal:[and:Corte%20Suprema]]%20[or:[field,Legislacion:CC_AR-1723]]]%20$x=server$3.0#LPHit1). Fecha de última consulta: 19 de Julio de 2010.