

**COMENTARIOS AL TEXTO APROBADO POR LA COMISIÓN DE LA MUJER Y EQUIDAD DE GÉNERO
DEL SENADO. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL Y OTRAS LEYES,
REGULANDO EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL
(BOLETINES 7.567-07, 5.970-18 Y 7.727-18, REFUNDIDOS)**

Dra. Fabiola Lathrop Gómez
Profesora Derecho Civil Facultad de Derecho Universidad de Chile
Intervención Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento
22 enero 2024

La valoración general que realizo del texto aprobado por la Comisión de la Mujer y Equidad de Género del Senado -en adelante, la Comisión- es muy positiva; estimo que soluciona adecuada y coherentemente los inconvenientes de la sociedad conyugal, con una técnica correcta. A continuación mencionaré solo algunos de los muchos aspectos que la propuesta aborda acertadamente, para luego detenerme en ciertas cuestiones que me despiertan dudas o que, a mi juicio, pueden mejorarse.

I.- ASPECTOS DESTACABLES

1.- Con la modificación del art. 1749 y la derogación del art. 1752, ambos del CC, entre otras reformas, el marido deja de ser el jefe de la sociedad conyugal. A mayor abundamiento, el nuevo artículo 130 bis CC establece categóricamente que *“Los cónyuges gozan de iguales derechos”*. Con ello, se avanza en la consecución de **mayor igualdad de género** y en el cumplimiento de estándares de derechos humanos y de compromisos internacionales adquiridos.

La modificación sobre el levantamiento de cargas apunta también a este objetivo; el inciso 2º del artículo 134 CC es modificado de forma tal que obliga al juez, al regular la contribución mediante la cual se proveen las necesidades de la familia común, a *“considerar y evaluar o valorizar el aporte que realiza el cónyuge que se dedica al cuidado de los hijos o del hogar común”*.

Finalmente, el artículo transitorio permite a los matrimonios entre personas del mismo sexo someterse a las reglas de la sociedad conyugal reformada, pues actualmente se ven impedidos de acceder a un régimen comunitario de bienes (debiendo optar por separación de bienes o participación en los gananciales); esta reforma refuerza el objetivo de la Ley N° 21.400, que *“Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo”*, en orden a que exista un único estatuto matrimonial independiente de la orientación sexual de los contrayentes.

2.- Refuerza la **solidaridad económica familiar** al permitir a los cónyuges participar en las ganancias obtenidas durante el régimen mediante una comunidad diferida de bienes; al introducir la coadministración obligatoria de bienes sociales; y al permitir a

los matrimonios vigentes antes de la entrada en vigor de la nueva ley, someterse, por una sola vez, a este régimen solidario de sociedad conyugal modificado.

3.- Como consecuencia de la regla de igualdad en la administración, **elimina el patrimonio reservado** de la mujer casada en sociedad conyugal y, por consiguiente, el beneficio de emolumento y la renuncia a los gananciales.

Como he sostenido en otras ocasiones al comentar este proyecto, una norma discrimina a la mujer cuando tiene no solo por *objeto* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos, sino también cuando lo tiene por *resultado*. El patrimonio reservado no garantiza a la mujer una mayor y mejor participación económica en el patrimonio familiar. Este mecanismo que intenta corregir la imposibilidad de administración de la mujer es, hasta cierto punto, un mito, pues, por regla general, dicho peculio es de fuerza económica inferior al de la sociedad conyugal y al patrimonio del marido; primero, porque el marido ha tenido mejores posibilidades de administrarlo (se entiende dueño de sus bienes y de los de la sociedad ante terceros con quienes contrata) y, segundo, porque dada la brecha salarial tiene más ingresos que los de su mujer.

4.- Establece una regla de **coadministración conjunta obligatoria** como régimen ordinario de administración. No sufren mayores modificaciones las reglas sobre composición de los haberes de la sociedad y las relativas a la disolución y liquidación de la comunidad que queda al término de esta sociedad; la reforma más importante del texto aprobado dice relación con la administración.

La regla general es que el haber social es administrado indistintamente por cualquiera de las o los cónyuges y, excepcionalmente, para los actos y contratos de mayor relevancia jurídica, se requiere la voluntad de ambos (artículo 1749 CC¹). El hecho de

¹ Art. 1749. Respecto a los bienes sociales, los cónyuges actuarán conjunta o indistintamente, de conformidad a lo dispuesto en este artículo.

Deberán actuar conjuntamente sólo en los siguientes casos:

1. Enajenar o gravar voluntariamente, o prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales.
2. Disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo donaciones de poca monta atendidas las fuerzas del haber social.
3. Enajenar o gravar voluntariamente, o prometer enajenar o gravar los siguientes bienes sociales: acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades civiles o comerciales, derechos o concesiones inscritos, vehículos motorizados, naves o aeronaves.
4. Dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, y los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que se hubieren pactado.
5. Constituirse en aval, en codeudor solidario, en fiador o en el otorgamiento de cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros que obliguen bienes sociales.

En todos los casos no mencionados en el inciso anterior, los cónyuges podrán administrar los bienes sociales de manera indistinta y separada.

Los cónyuges podrán actuar por mandato en la ejecución o celebración de alguno de los actos o contratos señalados en el inciso primero, siempre que dicho mandato sea especial y otorgado por escritura pública.

En los casos del inciso primero, la voluntad de uno de los cónyuges podrá ser suplida por el juez, previa audiencia a la que será citado, si este la negare sin justo motivo. Además, deberá ser suplida por el juez en caso de algún impedimento de uno de los cónyuges como demencia, ausencia real o aparente u otro, y que de la demora se

que los dos cónyuges participen por igual en la administración de la sociedad facilita que acepten contribuir, incluso más allá de sus gananciales, a fortalecer este haber social. Y, en la medida que los frutos de los bienes propios pasan a integrar el haber social (artículo 1725 n° 2 no modificado), no es indiferente la forma en que el haber social se administra, con lo cual se estimula una coadministración eficiente.

Se contempla también una administración extraordinaria para cuando uno de los cónyuges cayere en interdicción o incurriere en larga ausencia sin comunicación con su familia, en cuyo caso se designará un curador. Más adelante volveré sobre esto.

En relación a la administración, cabe mencionar que subsiste la regla del artículo 155 CC (aunque modificado), en virtud de la cual el juez decretará la separación de bienes en caso de insolvencia o administración fraudulenta de cualquiera de los cónyuges, o si con culpa incumplen los deberes matrimoniales impuestos por los artículos 131 y 134 del CC, o si incurren en alguna causal de separación **judicial**. También puede solicitarse la separación de bienes en caso de ausencia injustificada por más de un año y cuando, sin mediar ausencia, existe separación de hecho de los cónyuges.

II.- ASPECTOS MEJORABLES

1.- En relación a la preocupación por los **inmuebles adquiridos por subsidio por la mujer casada en sociedad conyugal** -pues conforme señaló el MINVU el 72% de los subsidios que se otorgan son a mujeres que han ahorrado-, el artículo 1736 bis aprobado por la Comisión señala:

“Pertenece a la mujer casada en sociedad conyugal, en un matrimonio de distinto sexo, el bien inmueble que adquiera por medio de subsidio habitacional. Tratándose de matrimonios del mismo sexo dicho bien pertenecerá al cónyuge adquirente. En el caso del hombre casado en sociedad conyugal, el inmueble que adquiera mediante subsidio habitacional aumentará el haber social”.

Estimo que la propuesta anterior del Ejecutivo protegía a la mujer en el caso de que hubiese adquirido el inmueble con subsidio, respetando más fielmente el principio de igualdad ante la ley. La solución consistía en que “los bienes inmuebles adquiridos directamente del Servicio de Vivienda o Urbanización, o con la aplicación de un subsidio habitacional del Estado, durante la vigencia de la sociedad conyugal”, pasaban a ser parte del haber propio del **cónyuge que los hubiese adquirido**, sin distinguir entre hombre y mujer (nuevo artículo 1728 n° 3 CC). En cambio, el artículo 1736 bis CC aprobado por la Comisión hace dos distinciones que deberían evitarse:

siguiere perjuicio. Pero no podrá suplirse dicha voluntad si el cónyuge se opusiere a la donación de los bienes sociales.

Cada cónyuge administra sus bienes propios que no ingresan al haber social, sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales.

- a) Distingue entre matrimonio entre personas del mismo sexo y de distinto sexo, lo que es contrario al espíritu de la Ley de Matrimonio Igualitario (Ley N° 21.400), por una parte, y puede generar inconvenientes prácticos, por otra. En efecto, la Ley de Matrimonio Igualitario tuvo por objeto crear un único estatuto matrimonial, razón por la cual habla de “cónyuge” como regla generalísima y no de marido o mujer o de hombre o mujer; por cierto, el texto aprobado por la Comisión es coherente con el uso de denominaciones neutras, salvo en este artículo 1736 bis CC. Por otro lado, los inconvenientes prácticos pueden presentarse ante situaciones de cambio en la identidad de género de los contrayentes. Cabe recordar que la Ley N° 21.120, que Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, permite el cambio de sexo y/o nombre registral a fin de adecuar las partidas de nacimiento y demás instrumentos identificatorios a la identidad de género. De esta forma, una mujer casada puede pasar a ser hombre registralmente o el hombre -el marido- podría pasar a ser mujer, todas denominaciones que utiliza el artículo 1736 bis CC, lo que dificulta determinar cuándo existe un matrimonio de distinto sexo o de igual sexo. A mayor abundamiento, la Ley N° 21.120 permite solicitar el cambio de sexo y/o nombre registral dos veces, y una vez más en caso de menores de edad (artículos 9 y 12), o sea, hay reversibilidad, lo que podría complicar aun más la cuestión.
- b) Distingue según el cónyuge adquirente es varón o mujer. Dice *“En el caso del hombre casado en sociedad conyugal, el inmueble que adquiera mediante subsidio habitacional aumentará el haber social.”* La distinción que el legislador efectúa debe justificarse para que no sea arbitraria, es decir, debe quedar clara la razón por la cual si la mujer adquiere este bien es propio y si, en cambio, lo adquiere el varón, pasa a ser social. Cabe recordar que las discriminaciones positivas son legítimas si son transitorias, es decir, acotadas en el tiempo hasta que se alcance la igualdad material que se busca lograr; en este caso estamos frente a una norma de aplicación permanente.

En todo caso, de aprobarse la disposición, su inciso 1° debería decir: *“Pertenece a la mujer casada en sociedad conyugal, en un matrimonio de distinto sexo, el bien inmueble que adquiera por medio de subsidio habitacional. Tratándose de matrimonios del mismo sexo dicho bien pertenecerá a la cónyuge adquirente”*, pues esta frase final del inciso se está refiriendo a un matrimonio entre dos mujeres.

En cuanto al fondo de la solución adoptada, es decir, que el inmueble adquirido con subsidio pase a ser propio, como señalé en mi última intervención ante la Comisión, esta novedad presenta un aspecto negativo, cual es el disminuir el haber social, o sea, el patrimonio común (este inmueble será en muchos casos el principal activo de la sociedad conyugal); este efecto solo se produce en la sociedad conyugal vigente hoy si la mujer propietaria de tal bien, al finalizar el régimen, renuncia a sus gananciales.

No obstante, la reforma propuesta en materia de bienes familiares, en cierta medida, morigerará este efecto separatista; el inciso final del artículo 1736 bis CC establece que *“Se presumirá legalmente que el bien inmueble adquirido por subsidio habitacional, por cualquiera de los cónyuges, tendrá el carácter de bien familiar y se regulará de conformidad a lo establecido en el párrafo 2 del Título VI del Libro I”*.

Este bien queda, entonces, sujeto a ciertas reglas que se traducen en lo siguiente: i) la gestión del bien se comparte entre el cónyuge propietario y el cónyuge no propietario;² (ii) se posibilita la constitución de derechos reales en beneficio del cónyuge no propietario; y (iii) el bien se pone a resguardo de la acción de los acreedores mediante el beneficio de excusión.³ Menciono estos efectos de la declaración del bien familiar pues cabe considerar que no obstante ser propio el bien, en la práctica, será coadministrado con el otro cónyuge.

Ahora bien, examinando el inciso final del artículo 1736 bis CC surgen algunas interrogantes que conviene aclarar durante la tramitación restante del proyecto: ¿debe practicarse la anotación registral respectiva? ¿qué ocurre si este inmueble no es residencia principal de la familia, es decir, no es la vivienda donde los integrantes de la familia desenvuelve normalmente sus roles? ¿puede desafectarse este bien como familiar acreditando que ha dejado de ser residencia principal de la familia, o será considerado como tal perpetuamente?

La remisión a las reglas del CC sobre los bienes familiares no parece suficiente para resolver estas preguntas. La norma que se apruebe debería regularlas directamente para mayor seguridad jurídica tanto de los cónyuges como de terceros contratantes. Como indiqué, la afectación del bien como familiar impide su enajenación en sentido amplio y estricto, así como la celebración de ciertos actos o contratos a su respecto, sin la voluntad del cónyuge no propietario, so pena de nulidad relativa.

² Si se trata de enajenar o gravar voluntariamente bienes familiares, el propietario requiere del asentimiento del cónyuge o conviviente civil no propietario. Dentro del término “enajenación” debe comprenderse no solo la tradición sino también el acto jurídico que sirve de título traslativo de dominio, por ejemplo, la compraventa. A su turno, dentro de los “gravámenes” quedan comprendidos todos los derechos reales de goce o de garantía, o sea, el usufructo, el uso, la habitación, la hipoteca, la prenda, el censo y las servidumbres activas. El propietario también requiere el asentimiento del cónyuge o conviviente civil no propietario para prometer enajenar o gravar los bienes familiares. Adicionalmente, el propietario requiere el asentimiento del cónyuge o conviviente civil no propietario para celebrar contratos de arrendamiento o de comodato, o cualquier otro contrato que conceda derechos personales sobre los bienes familiares. Tratándose de derechos y acciones de una sociedad propietaria de un inmueble que sirve de residencia principal a la familia, producida la afectación, en aplicación del art. 146 CC, se requerirá la voluntad de ambos cónyuges o convivientes civiles para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad (no se incluye al administrador) que tenga relación con el bien familiar, por ejemplo, compraventa, donación, promesa, etc. A esta autorización deberían aplicarse las mismas reglas mencionadas anteriormente, puesto que el art. 146 CC establece que todas las normas del Párrafo 1º se aplican respecto de los derechos y acciones sobre la sociedad que es propietaria del bien que sirve de residencia principal de la familia.

³ En aplicación del art. 148 CC, los bienes familiares se protegen a través de un beneficio por el cual el cónyuge o conviviente civil reconvenido puede exigir al acreedor que se dirija primero contra otros bienes del deudor y, solo si estos son insuficientes para el pago del crédito, contra los bienes familiares. Aunque podría catalogarse como un beneficio de excusión, en la medida de que opera siempre en bienes del deudor, sería más bien una limitación al derecho de garantía general de los acreedores.

2.- El **artículo transitorio** aprobado permite que las personas que hayan contraído matrimonio con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley puedan someterse a ésta, cuestión particularmente importante para las mujeres que hoy están excluidas de la administración de los bienes propios y sociales y que quisieren coadministrar estos últimos.

Ahora bien, el artículo transitorio ofrecido por el Ejecutivo en su paquete de indicaciones de junio de 2023 señalaba que los cónyuges solo podrían someterse a la sociedad conyugal reformada a través de un acuerdo entre ambos. El numeral 3° del artículo transitorio aprobado establece algo distinto:

“3° La mujer casada en sociedad conyugal podrá, mediante declaración unilateral, someter el matrimonio al régimen de sociedad conyugal con las modificaciones establecidas en esta ley. Para que esta declaración unilateral produzca efectos civiles deberá otorgarse por escritura pública y subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la notificación referida en el párrafo siguiente.

Para efectos de lo anterior, la mujer deberá remitir al marido, por carta certificada, la escritura pública al último domicilio conocido de este, la cual se entenderá notificada al marido al tercer día hábil siguiente a su expedición. El Servicio de Registro Civil e Identificación sólo procederá a efectuar dicha subinscripción si, al momento de hacerse la solicitud, se adjunta copia fiel de los antecedentes que den cuenta del cumplimiento de la notificación.”

Me asiste una duda respecto de la utilidad de esta disposición; es difícil concebir una situación en que la mujer prefiera seguir casada en régimen de sociedad conyugal, aunque ahora coadministrando, cuando no obtiene el acuerdo del marido para mutar a la coadministración; pues si el marido no se allana a tal convención es complejo imaginar una coadministración real; ¿por qué no optar por separarse de bienes?

3.- Se contempla una **administración extraordinaria** para cuando uno de los cónyuges cayere en interdicción o incurriere en larga ausencia sin comunicación con su familia, en cuyo caso se designará un curador. Este curador, en principio, no puede ser el otro cónyuge; sin embargo, excepcionalmente, los cónyuges podrán designarse recíprocamente curadores por medio de una convención otorgada por escritura pública, suscrita de forma personal, a título gratuito y previa al hecho que motiva la curaduría (artículo 1758 CC⁴).

⁴ Art. 1758. Si uno de los cónyuges cayere en interdicción, o incurriere en larga ausencia sin comunicación con su familia, deberá designársele un curador. Este último se entenderá ocupar el lugar que tenía el cónyuge en la administración de los bienes.

El curador en ningún caso podrá ser el otro cónyuge. Sin embargo, celebrado el matrimonio y durante la vigencia de la sociedad conyugal, los cónyuges recíprocamente podrán designarse curadores, por medio de una convención especialmente celebrada para tal efecto y otorgada por escritura pública, suscrita en forma personal, a título gratuito y previa al hecho que motiva la curaduría. No obstante, en cualquier momento y sin expresión de causa, cualquiera de los cónyuges podrá revocar dicha convención.

La designación de un curador habilita al otro cónyuge para solicitar la separación total de bienes.

Me surgen algunas dudas con respecto a esta solución. En primer término, se establece que el curador ocupa el lugar que tenía el cónyuge en la administración de los bienes; pero no queda totalmente claro que lo sea tanto de los bienes propios como de los sociales. Por otro lado, ¿debe entenderse que el o la cónyuge es curador de bienes cuando está ausente su cónyuge y de la persona de éste en casos de interdicción por demencia o sordomudez? Enseguida, ¿si es curador el o la cónyuge, existe alguna limitación adicional a la administración de los bienes sociales o se aplican las reglas de la curaduría igual que cuando es un tercero el curador? Por último, llama la atención que los cónyuges no puedan ser curadores el uno del otro como regla general, sino solo excepcionalmente en virtud de una convención previa que, me atrevo a afirmar, será de escasa suscripción.⁵ Me parece que el temor a que uno de los cónyuges pueda perjudicar al otro no es suficiente como para permitir que un tercero ajeno esté en mejores condiciones para administrar.

Preferiría una solución como la del artículo 460 del CCyCN argentino, que remite la cuestión al juez: *“Ausencia o impedimento. Si uno de los cónyuges está ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, el otro puede ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en el ejercicio de las facultades resultantes del régimen matrimonial, en la extensión fijada por el juez.”*

4.- Cuestiones menores. Recomendaría evitar las voces “madre” y “padre” -como sucede en la modificación a los incisos 1º y 2º del artículo 493 CC que sustituye la voz “maridos” por “madres”; la Ley Nº 21.400, de Matrimonio Igualitario, habla de “progenitores” pues prefiere denominaciones neutras en términos de género. Por otro lado, el inciso 3º del artículo 1749 CC es redundante frente a lo ordenado en el inciso 1º, por lo cual debería suprimirse; más adelante, al señalar “en los casos del inciso primero”, debería decir “en los casos del inciso segundo”. Finalmente, estimo que el artículo 2171 CC (“Si un cónyuge ha conferido mandato antes del matrimonio, subsiste el mandato”) podría eliminarse por innecesario; siguiendo las reglas generales, el mandato no termina por el matrimonio del mandante.

⁵ Actualmente, la administración extraordinaria de la sociedad conyugal la ejerce el curador del marido, que puede ser la mujer o un tercero. Tiene lugar cuando el marido se encuentra imposibilitado para administrar la sociedad conyugal porque es menor de edad, está declarado en interdicción por demencia, sordomudez o disipación, o se encuentra ausente por largo tiempo sin comunicación con su familia, en los términos del art. 473 CC. Normalmente, la mujer es la curadora del marido, salvo cuando el marido haya sido declarado en interdicción por disipación, porque ninguno de los cónyuges puede ser curador del otro en esta hipótesis, según dispone el art. 450 inciso primero CC.