

COMENTARIOS AL BORRADOR DE INDICACIÓN DEL EJECUTIVO AL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Boletín N°7567-07 refundido con 7727-18 y 5970-18

Comisión de la Mujer

Senado

Fabiola Lathrop Gómez. Profesora Derecho Civil Facultad de Derecho Universidad de Chile

9 mayo 2023

Estimados senadores y estimadas senadoras de esta Honorable Comisión.

Junto con agradecer esta invitación, quisiera prevenir que mis comentarios dicen relación fundamentalmente con la propuesta de indicación del Ejecutivo que se me ha remitido. No me detendré en el articulado específico del comparado enviado, respecto de lo cual me remito a la minuta que hice llegar a esta Honorable Comisión el día 13 de diciembre del año 2021.

I.- ASPECTOS POSITIVOS DEL PROYECTO DEL AÑO 2011 Y DE LA INDICACIÓN DEL AÑO 2021

Chile es el único país del continente que no asegura igualdad en la administración de los bienes, de manera que el Parlamento se encuentra hoy frente a una oportunidad histórica: al derogar la jefatura actual del marido en el régimen de sociedad conyugal se avanza en igualdad y en el cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos y de los compromisos internacionales adquiridos.

Los principales méritos del Proyecto aprobado por la Cámara y de la Indicación del Ejecutivo que comenté en diciembre de 2021 son:

1° En primer lugar, reforzar la **solidaridad económica familiar**, por dos vías: a) al permitir a los cónyuges participar en sus ganancias, estableciendo una comunidad diferida de bienes; y b) al introducir la coadministración de los bienes sociales.

2° En segundo lugar, reconocer mayor libertad a los cónyuges en el aspecto patrimonial, toda vez que pueden **pactar sociedad conyugal**, lo que constituye una gran modificación respecto al estado actual de la legislación. La propuesta del actual Ejecutivo mantiene esta posibilidad en el artículo 1723 CC al señalar que “Durante el matrimonio los cónyuges podrán, por una vez, sustituir el régimen de sociedad de bienes, participación en los gananciales y separación de bienes, por cualquiera de ellos, sin distinción.”

3° En tercer lugar, como señalé en su momento, un aspecto positivo de la anterior Indicación del Ejecutivo -y que el gobierno actual mantiene en su propuesta- es la **eliminación del patrimonio reservado**.

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** en las más diversas esferas. Es lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea denomina “discriminación inversa”, por ejemplo, en la sentencia recaída en la cuestión prejudicial 167/97, de fecha 9 de febrero de 1999 (Regina contra Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith y Laura Perez).

Tener patrimonio reservado no garantiza a la mujer chilena una mayor y mejor participación económica en el patrimonio familiar. El mecanismo corrector ante la imposibilidad de administración de la mujer,

esto es, el patrimonio reservado, 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 la mujer.

Entonces, es positivo que se elimine este patrimonio reservado: los supuestos beneficios para mantenerlo en la mujer en el caso de que no administre la sociedad conyugal no son tales. Por otro lado, las legislaciones que han incorporado la coadministración no han creado este patrimonio especial.¹

4º Finalmente, otro aspecto positivo de la Indicación del año 2021 es la **coadministración conjunta obligatoria**. El hecho de que ambos cónyuges participen por igual en la administración de la sociedad facilita que ellos 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, a la sociedad conyugal no le es indiferente la forma en que estos se administran, con lo cual se estimula que se coadministre eficientemente.

II.- ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA PROPUESTA PRELIMINAR DEL EJECUTIVO DE 2023

1º En la propuesta propuesta preliminar del actual Ejecutivo, los bienes reservados de la mujer casada en sociedad conyugal pasan a ser bienes sociales toda vez que se deroga el artículo 150 CC. Salvo “**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”, que forman parte del haber propio del cónyuge que los haya adquirido, en virtud del nuevo artículo 1728 n° 3 CC.

En principio, esta novedad presenta un aspecto negativo, cual es el disminuir el haber social, o sea, el patrimonio común, pues este inmueble sin duda será 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. A continuación explicaré por qué.

2º Las modificaciones sobre **bienes familiares** de la propuesta preliminar del actual Ejecutivo me parecen acertadas toda vez que fortalecen una de las pocas figuras en nuestra legislación que promueven la solidaridad familiar. Como contrapartida a la modificación que hace propio el bien adquirido directamente del Servicio de Vivienda o Urbanización o con la aplicación de un subsidio habitacional

¹ En España existe coadministración en la sociedad de gananciales, que es el régimen supletorio, pero hay que estar, en primer lugar, a lo pactado por los cónyuges o futuros cónyuges en las capitulaciones matrimoniales (artículo 1326 CC), siempre y cuando lo estipulado no sea contrario a la ley, a las buenas costumbres o limite la igualdad de derechos que corresponde a cada uno de ellos (art. 1328 CC), o si en caso de modificar el régimen existiendo matrimonio, se perjudiquen derechos adquiridos por terceros (artículo 1317 CC). En este sentido, no existe obstáculo para que, mediante la autonomía de la voluntad, se establezca un sistema distinto al de la cogestión sin que esto suponga salir del régimen legal. La administración o gestión de la sociedad, entonces, es conjunta, pero existen, sin embargo, ciertas excepciones, tales como la defensa de los bienes gananciales, los gastos de urgencia, la disposición de frutos y productos de bienes privativos, entre otros, que pueden realizar separadamente cada uno de los cónyuges.

En Francia, cada uno de los cónyuges puede administrar y disponer individualmente de los bienes comunes (artículo 1421 *Code*). Sin embargo, la realización de ciertos actos relativos a ellos requiere de la voluntad conjunta de ambos cónyuges o de la autorización judicial supletoria: para la disposición a título gratuito entre vivos y su afectación a deudas de terceros (artículo 1422 *Code*); para la enajenación o gravamen de inmuebles y ciertos muebles (artículo 1424 *Code*); y para darlos en arriendo (artículo 1425 *Code*).

En Alemania, el régimen supletorio corresponde a una participación en los gananciales en su modalidad crediticia, pero existe la comunidad de bienes como régimen alternativo. En efecto, en cuanto al régimen de comunidad (§ 1415 y siguientes BGB), se trata de una comunidad amplia a la que ingresan los bienes que tienen los cónyuges al contraer el régimen y los que adquieren a título oneroso durante el mismo (§ 1416 BGB). Corresponde a ambos cónyuges la administración conjunta de este patrimonio común, a menos que hayan pactado otra forma en las capitulaciones matrimoniales (§ 1421 BGB). Además del patrimonio común, cada cónyuge tiene su patrimonio propio que administra separadamente del otro (§ 1418 BGB).

del Estado, este bien es considerado como familiar a través de una presunción simplemente legal, de acuerdo con el nuevo inciso segundo del artículo 141 del CC.

Así, el inciso segundo del artículo 141 del CC, en la propuesta indicada, establece que se presumirá bien familiar el inmueble adquirido directamente del Servicio de Vivienda o Urbanización, o con la aplicación de un subsidio habitacional del Estado, que sirva de residencia principal de la familia, debiendo subinscribir la afectación al margen de la respectiva inscripción.

Por lo anterior es que creo que la decisión de hacer propio un bien que puede llegar a constuir el principal activo del patrimonio social que, en principio, puede afectar la solidaridad familiar y la naturaleza social del régimen, se compensa o queda morigerada por la nueva regla en materia de bienes familiares.

En todo caso, la propuesta del actual Ejecutivo modifica otros aspectos de general aplicación en lo que respecta a los bienes familiares. El artículo 141 CC establece que: “El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán afectarse como bienes familiares, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio, de común acuerdo otorgado por escritura pública o por resolución judicial, rigiéndose por las normas de este párrafo. Si dichos bienes estuvieren sujetos a registro, la afectación no surtirá efectos respecto de terceros, sino desde que se subinscriba al margen de la respectiva inscripción.”

La posibilidad de que los cónyuges puedan afectar de **común acuerdo otorgado por escritura pública el inmueble residencia principal de la familia y los muebles que la guarnecen** me merece dos reparos:

a) puede impactar en el **tráfico crediticio**, pues si bien se señala que la afectación no surtirá efectos respecto de terceros sino desde que se subinscriba al margen de la respectiva inscripción, parece probable que los terceros, por ejemplo los bancos, sean reticentes a otorgar garantías sobre estos bienes y tomen medidas para asegurarse de la no afectación previa de los bienes; la afectación como familiares de ellos sería muy expedita y simple de aprobarse la propuesta;

b) deja a los **propios cónyuges la determinación** de qué inmueble, y por qué, es la residencia principal de la familia, en circunstancias de que la ley lo deja bastante abierto; los cónyuges podrían considerar como familiares los bienes con bastante más flexibilidad que la que el juez tiene actualmente.

Reitero que las modificaciones comentadas me parecen acertadas, pero este último aspecto debería analizarse con mayor profundidad. Quizá podría desestimarse esta alternativa pero aprovechar la oportunidad legislativa para mejorar el estatuto de los bienes familiares identificando los nudos que no han sido resueltos luego de casi 30 años de vigencia de este estatuto (en orden a profundizar la seguridad jurídica por ejemplo) y otros que sí han sido abordados por la jurisprudencia.

Varias críticas se han levantado en doctrina sobre el funcionamiento de esta institución; por ejemplo, la regla del artículo 141 CC que establece que: “Con todo, la solá interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate”.

3º En cuanto a la coadministración conjunta, si bien como señalé antes me parece una alternativa correcta, quisiera reafirmar mi oposición a **la regla propuesta en la Indicación del año 2021 según la cual se necesitaría el consentimiento de ambos cónyuges o de la autorización del otro para contraer obligaciones propias que excedan un determinado valor** (20 UTM en ese entonces) como también para

otorgar cualquier otra clase de caución respecto de esas mismas obligaciones.² Me parece que esta concurrencia conjunta se justifica cuando se trata de enajenar bienes raíces sociales y bienes registrables; así como aquellos en que se constituya aval, solidaridad o fianza respecto de obligaciones de terceros.

Pero una regla respecto de actos que recaigan sobre bienes de un determinado valor podría hacer engorroso el funcionamiento del régimen; podría entorpecer la celebración de actos jurídicos; puede terminar impactando la independencia económica de los cónyuges, especialmente de la mujer; y podría tener un impacto no deseado en el comercio.

4º Finalmente, reitero mi aprensión en orden al destino de los bienes que se adquieran a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal. Comparando la Indicación del año 2021 con el Proyecto aprobado por la Cámara se advierte que en ambos textos se elimina el haber relativo, pero la Indicación de 2021 hacía una distinción importante: **los bienes muebles que se tenían antes de contraer matrimonio pasaban a ser propios, mientras que los que se adquieran a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal eran bienes sociales** (en el Proyecto de la Cámara estos últimos eran propios. Eran bienes propios: 1º Los bienes que los cónyuges tenían antes de pactar el régimen; 2º Los bienes muebles o inmuebles adquiridos por los cónyuges individual o conjuntamente a título gratuito).

Si bien incluir los muebles que se adquieran a título gratuito aumenta el haber social, creo que el que ingresen estos bienes muebles, donados o heredados, sin cargo a recompensa, puede ser demasiado gravoso para el cónyuge donatario o heredero (recordemos que hoy pasan al haber social pero con cargo de que la sociedad conyugal restituya al beneficiario).

² "Art. 1750. Los cónyuges, podrán actuar indistintamente respecto del patrimonio social, sin perjuicio de las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se les imponen, las que hayan contraído en las capitulaciones matrimoniales y las contempladas en el párrafo 2 del Título VI del Libro Primero.

Para enajenar o gravar o prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales y para disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1731, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o la autorización del cónyuge que no concurriere al acto.

Se exigirán los mismos requisitos para dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de dos años y los rurales por más de cuatro, incluidas las prórrogas que se hubieren pactado.

Del mismo modo, se necesitará del consentimiento de ambos cónyuges o la autorización del otro para constituirse en aval, codeudor solidario o fiador respecto de las obligaciones contraídas por terceros.

Asimismo, se necesitará del consentimiento de ambos cónyuges o la autorización del otro para contraer obligaciones propias que excedan las 20 UTM como también para otorgar cualquier otra clase de caución respecto de esas mismas obligaciones.

La autorización del cónyuge que no concurre al acto deberá ser específica y otorgada por escrito o por escritura pública, si el acto exigiere esta solemnidad. Podrá prestarse, en todo caso, por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública, según el caso.

Las normas de los incisos precedentes se aplicarán también a todos los bienes muebles registrables.

La autorización de que trata este artículo podrá ser suplida por el juez, con conocimiento de causa y citación del otro cónyuge, si éste la negare sin justo motivo o en caso de interdicción de uno de los cónyuges o por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia. Podrá asimismo ser suplida por el juez en caso de algún impedimento como el de menor edad, demencia, ausencia real o aparente u otro y de la demora se siguiere perjuicio. El juez tomará los resguardos al dar dicha autorización para evitar todo fraude al otro cónyuge. Pero no podrá suplirse dicha autorización si el otro cónyuge se opusiere a la donación de los bienes sociales."