

UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL “PROYECTO DE REFORMA A LA SOCIEDAD CONYUGAL Y CREACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIALES” (*BOLETÍN DE SESIONES DEL SENADO* N° 1707-18)*

Mauricio Tapia Rodríguez
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile

RESUMEN

En síntesis, estos comentarios críticos al proyecto se inspiran en las siguientes directrices generales:

- i) Se sugiere *mantener la sociedad conyugal* como régimen de bienes del matrimonio, con algunos ajustes y sin el carácter de régimen legal supletorio. Esto en atención a que la sociedad conyugal, efectuados tales correctivos, otorga una regulación adecuada para un modelo de familia que sigue siendo importante en nuestra realidad social.

Para ajustar la sociedad conyugal al principio de igualdad constitu-

cional, y a los compromisos internacionales asumidos por Chile, se propone:

- a) Establecer una administración alternativa de la sociedad conyugal (del marido o de la mujer, a libre elección de éstos), incluso posibilitando el cambio de administración durante la vigencia de la sociedad conyugal, sujeto a medidas que protejan a terceros;
- b) Conservar la institución del patrimonio reservado de la mujer casada, ampliando su aplicación en general al cónyuge no administrador, conforme al principio de igualdad;
- c) Permitir la libre administración de los bienes propios por el cónyuge propietario no administrador, y
- d) Reforzar la protección del cónyuge no administrador, interviniendo la enumeración de los actos que necesitan autorización del otro y la institución de los bienes familiares.

227

* Este texto corresponde a los comentarios efectuados por el profesor Mauricio Tapia al “Proyecto de reforma a la sociedad conyugal y creación del régimen de comunidad en los gananciales”, *Boletín de Sesiones del Senado* N° 1707-18), en sesión de la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 25 de agosto de 2007.

Por el contrario, no parece conveniente modificar o derogar expresiones del *Código Civil* que tienen una larga historia y una amplia aplicación en el Derecho Patrimonial (como el “buen padre de familia”), por cuanto no se trata de supuestas discriminaciones que tengan efectos jurídicos. Más aún, son nociones que, aunque borradas de la ley, se van a seguir empleando en el medio jurídico, como sucede a diario en la práctica judicial, pues tienen un contenido y una aplicación bien definida y de larga data.

- ii) Se propone *que no exista un régimen de bienes legal supletorio en el matrimonio*. De esta forma, se insta a los cónyuges a informarse acerca de las opciones y a dar un consentimiento libre y en pleno conocimiento sobre la forma de regulación patrimonial que quieren darle a su relación.

Todos los regímenes de bienes del matrimonio pueden explicarse, en su esencia, en términos muy simples, y su elección es una decisión tan trascendental en la vida de las personas que no parece ser válida la objeción de que los contrayentes no podrían llegar a percibir su alcance.

Paralelamente, para simplificar esta elección se sugiere derogar el actual “régimen de participación en los gananciales”, que tiene una muy escasa aplicación y una operación excesivamente compleja en la práctica.

- iii) Se propone *simplificar y eliminar todas las restricciones a la*

administración separada en el “régimen de comunidad de gananciales”, que crea el proyecto. El espíritu de este régimen es otorgar a los contrayentes una libre administración de todos sus bienes durante la vigencia del matrimonio, cuestión que resulta particularmente útil para los matrimonios en que los dos cónyuges ejercen un oficio remunerado y se reparten o encargan a terceros la mantención del hogar común y el cuidado de los hijos. Este modelo familiar va progresivamente aumentando su importancia en la realidad social chilena. Para este modelo de familia, la comunidad de gananciales puede ser una figura atractiva y más “solidaria” que la simple separación de bienes, por cuanto envuelve el compromiso de repartir por mitades lo adquirido durante el matrimonio al término de éste (por muerte o ruptura).

Así, se sugiere eliminar de la actual regulación del proyecto todas las restricciones a la administración de bienes separada de cada cónyuge, en el entendido también que en cualquier régimen se podrá hacer valer la institución protectora de los bienes familiares.

Cabe tener presente que, aparentemente, tales restricciones fueron diseñadas con el propósito de convertir a la comunidad de gananciales en el régimen legal supletorio, derogando la institución de la sociedad conyugal.

Pero tal camino no parece el más adecuado, porque la sociedad conyugal y la comunidad de gananciales dan respuestas a modelos de familia bien diferentes, y al derogar una o entremezclar sus regulaciones, se termina por desproteger a todos.

De no eliminarse estas restricciones, lo que ocurrirá muy probablemente, es que los posibles interesados por este régimen no optarán por él, pues preferirán el régimen de separación total de bienes, que no pone obstáculos a la administración separada, pero que tampoco cuenta con ese compromiso final de dividir por mitades las ganancias obtenidas.

iv) Considerando lo expuesto, *los regímenes de bienes del matrimonio presentarían a los cónyuges tres opciones*, entre las cuales deberían necesariamente optar al formalizar su vínculo:

- a) Un régimen de sociedad conyugal o comunidad actual de bienes, con administración del marido o de la mujer, a su elección;
- b) Un régimen de comunidad diferida de gananciales, con administración separada durante el matrimonio (cada cónyuge administra sus bienes) y una repartición final por mitades de las ganancias obtenidas por ambos, y
- c) El actual régimen de separación total de bienes, que no establece ni una comunidad actual ni una comunidad diferida, sino que una administra-

ción y una propiedad siempre separada entre los cónyuges, durante y al término del matrimonio.

v) Finalmente, cabe tener presente que, en el esquema propuesto, en todos estos regímenes *existirán siempre tres formas de protección para el cónyuge que pueda encontrarse en una situación patrimonial desmejorada*:

a) Los propios deberes y derechos generales del matrimonio, y que obligan a los cónyuges, con independencia de su régimen de bienes, a socorrerse (derecho de alimentos) y a contribuir a la mantención de la familia común;

b) La institución de los “bienes familiares”, que se propone reforzar, y que permite proteger los bienes principales de la familia, con independencia del régimen patrimonial por el que hayan optado los cónyuges, y que se prolonga después de la muerte con la atribución preferencial de la residencia principal de la familia al cónyuge sobreviviente, y

c) La figura de la “compensación económica”, actualmente existente, que opera también con independencia del régimen de bienes del matrimonio, y que protege patrimonialmente al cónyuge que dedicó más tiempo al cuidado del hogar y de los hijos.

INTRODUCCIÓN

1. Este documento contiene comentarios al Proyecto de reforma a la sociedad conyugal y comunidad de gananciales, *Boletín de Sesiones del Senado* N° 1707-18¹.

2. Ante todo, se destaca que el Proyecto envuelve dos materias diferentes:

I. La eliminación de discriminaciones civiles contra la mujer, y

II. La necesidad de crear nuevos regímenes de bienes en el matrimonio.

En efecto, se trata de dos cuestiones distintas, que vienen confundidas en la regulación del “Proyecto”, y que obedecen a dos preguntas bien diferentes.

3. La primera se relaciona con la necesidad de ajustar nuestra legislación a las exigencias del principio constitucional de igualdad, eliminando las últimas discriminaciones civiles contra la mujer (en materia de administración de la sociedad conyugal), y a la vez cumpliendo con compromisos internacionales asumidos por nuestro país. Como se expondrá, pareciera que existe un amplio consenso en la necesidad de intervenir nuestra legislación en este sentido.

4. La segunda cuestión obliga a preguntarse si en la práctica resulta necesario crear hoy un nuevo régimen de bienes del matrimonio que ofrezca otra alternativa de regulación patrimonial

a los cónyuges, sin eliminar las principales existentes hasta la fecha. Por las razones que se expondrán brevemente en este documento, pareciera justificarse la creación de un nuevo régimen de bienes, que podría ser el propuesto de “comunidad de gananciales”, pero con algunos correctivos que parecen imprescindibles para perfeccionar su alcance.

I. ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CIVIL CONTRA LA MUJER

5. La condición civil de la mujer casada fue fuertemente disminuida por la regulación original del *Código Civil*, en que el marido tenía preponderantes facultades personales y patrimoniales sobre la mujer en virtud del régimen de bienes sociedad conyugal, que en la práctica era el único autorizado.

6. Sin embargo, desde el segundo cuarto del siglo XX, estas discriminaciones fueron progresivamente eliminándose, hasta la desaparición de su último y grave vestigio: la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal.

Paralelamente, se mejoró su situación en relación con los derechos que los cónyuges tienen sobre los hijos, concediéndosele el cuidado personal de todos los hijos menores en caso de que los cónyuges vivan separados, cuestión que se plantea incluso como una discriminación positiva en su favor.

¹ En adelante el “Proyecto”.

Cabe destacar, asimismo, que la creación del “patrimonio reservado” mejoró ostensiblemente su situación patrimonial, en caso de ejercer un empleo separado del marido, al poder determinar la suerte de un patrimonio que puede abstraerse de las vicisitudes de los bienes que integran la sociedad conyugal.

7. No obstante, en la actualidad subsisten algunas disposiciones en la regulación de la sociedad conyugal que pueden ser tachadas de discriminatorias en su perjuicio: el marido es jefe y administra la sociedad conyugal e, incluso, los “bienes propios” de la mujer.

Tal discriminación parece contraria a tratados internacionales ratificados por Chile y, eventualmente, va a significar una condena contra nuestro país en la instancia supranacional que actualmente revisa una denuncia en tal sentido.

8. Sobre este punto, pareciera en la actualidad existir un considerable consenso en la necesidad de borrar esta última discriminación civil contra la mujer, cerrando, de esta forma, un largo proceso de adaptaciones que comenzó el año 1925.

Para ese efecto, diversas ideas han sido propuestas durante la discusión del “Proyecto”, pasando desde la más radical que es la total eliminación del régimen de sociedad conyugal, hasta otras posturas que simplemente abogan por su modificación parcial.

9. Por las razones que se exponen en la segunda parte de este documento,

este académico considera que la sociedad conyugal sigue respondiendo adecuadamente a un modelo de relaciones familiares y que, en consecuencia, su derogación no parece recomendable.

Así, parece preferible instar a una modificación parcial del estatuto de la sociedad conyugal, que lo haga consistente con el principio de igualdad constitucional, pero que conserve, al mismo tiempo, sus virtudes.

10. Con este propósito, se sugiere lo siguiente:

- i) En cuanto a la administración de la sociedad conyugal, se propone establecer una administración alternativa, del marido o de la mujer, a libre elección de éstos al momento del matrimonio, o por acto posterior sujeto a las formalidades de publicidad necesarias para evitar perjuicios a terceros.
- ii) Se sugiere que el legislador no establezca un régimen legal supletorio, sino que se incite a los contrayentes a decidir qué régimen de bienes se ajusta mejor a su proyecto de vida común. De esta forma, se estimula a los contrayentes, en ausencia de cualquier “modelo sugerido”, a determinar libremente el sistema de regulación patrimonial que consideran más justo.
- iii) Se propone establecer que el cónyuge que no sea el administrador de la sociedad conyugal pueda administrar libremente

los bienes que forman su peculio profesional (patrimonio reservado), generados por su trabajo remunerado. Esta institución se ha mostrado, en su aplicación a la mujer que trabaja separadamente del marido, conveniente para sus intereses económicos. Parece aconsejable no derogar, entonces, esta institución para que rija cuando los cónyuges optan por la sociedad conyugal. Respetando el principio de igualdad, esta figura también beneficiará al marido, cuando hayan optado por entregarle la administración de la sociedad conyugal a la mujer.

- iv) En la hipótesis de que el cónyuge no administrador de la sociedad conyugal reciba bienes heredados o donaciones, que constituyen en esencia los denominados “bienes propios”, se sugiere que ese mismo cónyuge pueda libremente administrarlos.
- v) Finalmente, se sugiere mantener y reforzar las medidas de protección en caso de disposición de bienes por parte del cónyuge administrador (formalidades habilitantes), y la figura de los bienes familiares. Tales correctivos son adecuados para proteger los intereses del cónyuge no administrador. Así, por ejemplo, puede considerarse que para la disposición de un bien que ha adquirido una importancia cada vez más vital en la clase media, como es el automóvil, se requiera

autorización del otro cónyuge si existe sociedad conyugal.

11. El “Proyecto” contiene varios de estos correctivos, otros serán necesarios incorporarlos o ajustarlos.

Por el contrario, no parece conveniente modificar o derogar expresiones del *Código Civil* que tienen una larga historia y una amplia aplicación en el Derecho Patrimonial (como el “buen padre de familia”), por cuanto no se trata de supuestas discriminaciones que tengan efectos jurídicos. Más aún, son nociones que, aunque borradas de la ley, se van a seguir empleando en el medio jurídico, como sucede a diario en la práctica judicial, pues tienen un contenido y una aplicación bien definida.

II. NUEVO RÉGIMEN DE BIENES: COMUNIDAD DE GANANCIALES

12. Como se indicó, este tema esconde una pregunta distinta. No se trata aquí de eliminar discriminaciones contra la mujer, pues no atiende a una cuestión de géneros. Se trata, más bien, de responder a la pregunta de, ¿si es necesario en la actualidad crear un nuevo régimen de bienes para el matrimonio?

Para responder a esta pregunta, se expondrá lo siguiente:

- A. Algunas observaciones acerca de la función del Derecho de Familia en nuestra sociedad;
- B. La evolución que ha tenido la regulación patrimonial del matrimonio en Chile;

C. Los modelos principales de familia que pueden sostenerse que existen hoy en nuestro país; y, finalmente

D. Los regímenes patrimoniales que pueden considerarse más aptos para esos tipos de familia.

A. Función del Derecho de Familia en nuestra sociedad²

13. Todas las reglas del Derecho de Familia son tributarias de un momento histórico determinado. En cuestiones tan estrechamente unidas a nuestras costumbres, el derecho jamás ha tenido un papel innovador, no es un factor de cambio social, sino que, por el contrario, constituye una reacción al cambio social operado en la práctica.

14. Es por esto que las leyes de familia que se han mostrado históricamente pertinentes y adecuadas, no son las que pretenden estérilmente modelar las costumbres (la denominada “ingeniería social o familiar”), sino las que recogen las realidades sociales (cada vez más diversas) y las distintas sensibilidades o convicciones que existen tras esas realidades.

Así puede observarse que, tanto la codificación chilena, como aquellas que le sirvieron de modelo, y sus sucesivas modificaciones, han

² Un análisis más detallado de esta materia se puede encontrar en el libro del autor de este documento: *Código Civil. Evolución y perspectivas 1855-2005*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

ido ajustando a la ley, sin prisas ni cambios traumáticos, a la lenta evolución social.

15. Y siendo la realidad social compleja, y cada vez más plural, el Derecho Civil, por su parte, debe entregar a las personas instrumentos funcionales a sus distintas realidades.

Por ello, las leyes de familia son, invariablemente, instrumentos transaccionales, pues deben responder a realidades muy diversas, dar satisfacción a las distintas formas de familia que se otorgan libremente las personas, y tras las cuales existen convicciones muy diferentes.

Un gobierno democrático debe, por intermedio de la ley civil, dar cabida a todas esas realidades, sin pretender modelarlas o juzgarlas, pues se trata de decisiones que quedan en la esfera privada de las personas.

16. En definitiva, utilizando una imagen empleada en la codificación, en materia de familia la tarea de la ley es parecida a la de un arquitecto, que antes de diseñar y construir, examina atentamente el terreno en el cual edificará, para concebir un modelo adaptado a esa realidad, erradicando toda ideología o idea preconcebida.

B. Evolución de la regulación patrimonial del matrimonio en Chile

17. Ahora bien, en nuestro país, siguiendo esos principios, la codificación decimonónica reconoció en el

Código Civil un modelo prácticamente único de familia, fundada en el matrimonio y en la sociedad conyugal, que otorgaba al marido preponderantes facultades económicas y personales sobre la mujer y los hijos.

En la época, esto no constituyó ni un retroceso ni una innovación. En una sociedad de economía principalmente agrícola y doméstica ésa era, en efecto, si bien no el único, el modelo principal de familia existente en el país. De esa forma, introdujo un derecho que era una respuesta conveniente para la realidad social de la época.

18. Pero, con posterioridad, la evolución social fue haciendo insuficiente esa regulación. Son innumerables los cambios sociales que hicieron variar esta situación, pero generalmente se citan la urbanización, la industrialización y el acceso de la mujer al mercado laboral, como los hitos claves. Este último fenómeno fue potenciado, desde la segunda mitad del siglo xx, por las técnicas anticonceptivas, que permitieron a la mujer decidir postergar la maternidad en beneficios de proyectos laborales.

19. La respuesta del Derecho chileno frente a estos cambios fue progresiva. En esencia, durante el siglo xx, junto con abrirse la posibilidad del pacto de separación total de bienes, se introdujeron correctivos a la sociedad conyugal. Estos correctivos intentaban dar cuenta de una realidad social que se abría paso: la introducción de la mujer al mercado laboral. Así, se creó,

por ejemplo, el denominado patrimonio reservado de la mujer casada; se corrigió en su favor la administración de la sociedad conyugal por el marido, poniendo restricciones a su actuación; y, se le concedieron derechos cada vez más importantes sobre los hijos.

Cabe destacar que de esta forma se “forzó” la institución de la sociedad conyugal, con el propósito de que pudiera responder a realidades sociales cada vez más distintas. Un modelo de régimen de bienes que fue diseñado para un tipo familiar particular (aquél donde el marido provee y administra, y la mujer se ocupa del hogar y los hijos), fue ampliando sus contornos para dar solución a otras realidades sociales (aquéllas donde la mujer también participa en la generación de ingresos, y los padres comienzan a repartir las responsabilidades en cuanto a los hijos).

20. Posteriormente, el retorno a la democracia coincidió con una agudización y quizá una aceleración de los cambios sociales en esta materia. Especialmente, el aumento del porcentaje de mujeres que trabaja, y el comienzo de la masificación de un modelo de familia en que ambos cónyuges trabajan y comparten responsabilidades respecto del hogar y de los hijos, o delegan todo o parte de tales tareas en terceros.

21. Para ese modelo de familia se pensó, a comienzos de la década del noventa, que el régimen de participación a los gananciales, como alternativo a la sociedad conyugal y a la separación total de bienes, podía

ser una respuesta adecuada. Sin embargo, sus problemas de aplicación práctica (esencialmente, la técnica de “modalidad crediticia” sobre la cual fue concebido) han hecho que progresivamente haya caído en completo desuso.

La razón de esta insuficiencia para responder a la realidad social se debe, en gran medida, a que este régimen de bienes se diseñó sin considerar de una manera acabada la realidad de nuestro país. La “modalidad crediticia” obliga en la práctica a iniciar una contienda judicial para que al cónyuge supuestamente beneficiario puedan reconocérsele derechos sobre los bienes del otro. Por el contrario, la modalidad “con comunidad final”, similar a la propuesta en el “Proyecto”, prescinde de esta contienda inicial, dando por establecidos automáticamente los derechos (de “comunero”) de los cónyuges, siendo sólo necesario un juicio posterior en caso de no existir acuerdo en cómo distribuir tales bienes.

C. Modelos principales de familia en Chile

22. En la actualidad, para responder a la pregunta de si es necesario crear un nuevo régimen de bienes como el propuesto en el “Proyecto” u otro distinto, es imprescindible plantearse la interrogante de qué modelos principales de familia existen en la actualidad en nuestra realidad social.

23. Sobre la base de las estadísticas disponibles (esencialmente, el

Censo 2002), puede sostenerse que existen dos modelos principales de familia. En efecto, se reconoce que la diversidad de las relaciones humanas es relativamente irreductible, pero existen ciertas formas típicas de ordenación de las relaciones de pareja que suelen ser históricas y concurrentes:

i) Si se estima que sólo cerca de la mitad de las mujeres casadas trabajan, puede sostenerse que una parte importante de la población chilena, esencialmente aquélla que vive en el campo o que vive en las ciudades como clases asalariadas, tiene un estructura muy similar a aquélla que inspiró la creación de la sociedad conyugal: un marido proveedor, frente a una madre dedicada principalmente a los hijos y al hogar común.

En este modelo podemos, naturalmente, encontrar varios matices. Un ejemplo es el caso en que la mujer ejerce, al mismo tiempo de ocuparse de los hijos y del hogar común, un trabajo remunerado a tiempo parcial (dependiente o independiente) para contribuir a la familia común. Otro ejemplo es cuando los roles aparecen invertidos, pues un número no menor de hogares se encuentra a cargo de una mujer en Chile (no solamente monoparentales).

ii) Un segundo modelo es el de los cónyuges que ejercen ambos trabajos remunerados, a tiempo

completo, y que se reparten las responsabilidades respecto de los hijos y del hogar, o encargan estas tareas a terceros (centros de educación y asistencia en el hogar).

Con el acceso cada vez más masivo de la mujer a las profesiones, este modelo va progresivamente aumentando su importancia relativa, si bien existen actualmente varias discriminaciones en materia de remuneración que se intentan corregir mediante otros proyectos de ley.

En este modelo existen también matices, como aquéllos que provienen de familias en que en verdad la mujer no renuncia a ocuparse del hogar y de los hijos, y efectúa al mismo tiempo una actividad remunerada, lo que le exige redoblar su esfuerzo o postergar parcialmente en el largo plazo su desarrollo profesional. Otro matiz importante viene dado también del caso en que uno de los cónyuges, bajo este modelo de familia, cuenta con una fortuna propia anterior al matrimonio, que los cónyuges deciden, sin embargo, dejarla al margen de su comunidad de bienes.

24. Cabe hacer presente que existen en Chile, evidentemente, otras realidades familiares que, aunque con importancia en aumento, no corresponde analizarlas aquí, por diversas causas. Por ejemplo: las

familias monoparentales (en que por razones obvias, no hay problemas de regímenes de bienes); las *familias recompuestas* (que en definitiva, sin perjuicio de aportar hijos de distintos matrimonios, se estructuran internamente sobre la base de uno de los dos modelos ya esbozados); las *uniones constituidas al margen del matrimonio* (cuya situación patrimonial, sobre todo en caso de ruptura, es materia de otra discusión), etcétera.

D. Regímenes patrimoniales más aptos para esos modelos de familia

25. Antes de proponer regímenes de bienes para esos modelos de relación de pareja, parece conveniente efectuar una prevención, distinguiendo entre regímenes de bienes primarios y secundarios.

26. Puede estimarse que son *regímenes de bienes primarios* aquéllos que derivan de los propios deberes generales del matrimonio: socorro (derecho de alimentos) y asistencia a las necesidades del hogar común, esencialmente. Estos deberes existen siempre con independencia del régimen de bienes propiamente tal que exista entre los cónyuges.

Tales deberes “patrimoniales” y no personales, deben reforzarse y no desdibujarse, como parecen efectuarlo algunas disposiciones del “Proyecto”.

En efecto, constituyen el soporte esencial económico de matrimonio, que en ausencia de conflicto se aplica espontáneamente sin necesidad

de intervención judicial, conforme a la solidaridad familiar que naturalmente existe entre personas que han decidido formar una familia. En el conflicto, en cambio, tales deberes se ponen en acción mediante la intervención judicial que puede establecer un derecho de alimentos o contribuciones para concurrir a los gastos de la familia común.

27. Lo que entendemos por regímenes de bienes, son en verdad *secundarios*, se aplican por sobre los deberes ya descritos y constituyen en esencia una forma de regular las relaciones económicas entre cónyuges que resulta particularmente relevante cuando el matrimonio termina por muerte o ruptura. En ese momento resultará relevante el determinar si los cónyuges decidieron poner todo en común (sociedad conyugal); convivir administrando cada quien lo suyo, pero repartiendo las ganancias al término de la relación (participación en los gananciales o comunidad de gananciales); o, convivir administrando y siendo propietario siempre cada quien de lo suyo (separación total de bienes).

28. Para regular los dos modelos principales de familia descritos en el título anterior, y sus respectivos matices, pareciera que aquello que resulta aconsejable es lo siguiente:

- i) Para el primer modelo mencionado, pareciera que la sociedad conyugal sigue siendo una respuesta adecuada a sus necesidades, por varias razones. En ese modelo sigue siendo

usual que el marido provea y administre, y que la mujer se dedique preferentemente al hogar, sin perjuicio que las decisiones relevantes (la residencia familiar) sean de consuno, como lo establece el propio estatuto legal.

Evidentemente, es necesario, según lo expuesto en la primera parte, ajustar este régimen a las exigencias del principio de igualdad, efectuando los correctivos propuestos.

Por lo demás, efectuados tales correctivos, esencialmente al establecer la administración alternativa de la sociedad conyugal y reforzar la administración separada de algunos bienes por el otro cónyuge, se permitirá, incluso, dar una mejor respuesta a los matices con que se presenta este modelo en la práctica. Así, por ejemplo, si la mujer (o el marido) que no administra la sociedad conyugal, ejerce parcialmente una actividad remunerada, podrá beneficiarse de la institución del patrimonio reservado e, incluso, administrar los eventuales “bienes propios” que pueda llegar a recibir. La administración alternativa, por su parte, al mismo tiempo de introducir una opción conforme al imperativo de la igualdad, abre una posibilidad de regular patrimonialmente la realidad de aquellas familias en que la mujer es el principal sustento

y es “jefa de hogar”, para que de esta forma pueda, por tanto, administrar ordinariamente la sociedad conyugal.

- ii) Para el segundo modelo de familia mencionado, un régimen de comunidad de gananciales parece adecuado, aunque con algunas variaciones en relación con el propuesto en el “Proyecto”.

El espíritu de este régimen es otorgar a los contrayentes una libre administración de todos sus bienes durante la vigencia del matrimonio. Para este modelo de familia, la comunidad de gananciales puede ser una figura atractiva y más “solidaria” que la simple separación de bienes, por cuanto envuelve el compromiso de repartir por mitades lo adquirido durante el matrimonio al término de éste (por muerte o ruptura).

Así, se sugiere eliminar de la actual regulación del “Proyecto” todas las restricciones a la administración de bienes separada de cada cónyuge, en el entendido también que en cualquier régimen se podrá hacer valer la institución protectora de los bienes familiares.

Cabe tener presente que, aparentemente, tales restricciones fueron diseñadas con el propósito de convertir a la comunidad de gananciales en el régimen legal supletorio, derogando la institución de la sociedad conyugal. Pero tal camino

no parece el más adecuado, porque la sociedad conyugal y la comunidad de gananciales dan respuestas a modelos de familia bien diferentes, y al derogar una o entremezclar sus regulaciones, se termina por desproteger a todos.

De no eliminarse estas restricciones, lo que ocurrirá, muy probablemente, es que los posibles interesados por este régimen no optarán por él, ni por el sociedad conyugal mucho menos, pues preferirán el régimen de separación total de bienes, que no pone obstáculos a la administración separada, pero que tampoco cuenta con ese compromiso final de dividir por mitades las ganancias obtenidas.

Respecto de los matices que existen al interior de este modelo, aquéllos principales, que fueron expuestos más arriba, quedan también cubiertos. En caso que la mujer efectúe la doble tarea de ocuparse del hogar y realizar intensamente una actividad remunerada, en verdad ésta tarde o temprano termina postergando, al menos parcialmente, su desarrollo profesional. En tal caso, la institución de la “compensación económica” puede corregir la eventual desventaja patrimonial que se ocasione. En caso de que la fortuna de uno de los cónyuges sea considerablemente superior a la otra, muy probablemente,

como ocurre en la práctica, optarán por la separación total de bienes. Cualquier desequilibrio, en este caso, también puede suplirse por la “compensación económica”.

29. Considerando lo expuesto, *los regímenes de bienes del matrimonio presentarían a los cónyuges tres opciones*, entre las cuales deberían optar al formalizar su vínculo:

- a) Un régimen de sociedad conyugal o comunidad actual de bienes, con administración del marido o de la mujer, a su elección;
- b) Un régimen de comunidad diferida de gananciales, con administración separada durante el matrimonio (cada cónyuge administra sus bienes) y una repartición final por mitades de las ganancias obtenidas por ambos y
- c) El actual régimen de separación total de bienes, que no establece ni una comunidad actual ni una comunidad diferida, sino que una administración y una propiedad siempre separada entre los cónyuges, durante y al término del matrimonio.

30. En relación con lo anterior, se propone que no exista un régimen de bienes legal supletorio en el matrimonio. De esta forma, se insta a los cónyuges a informarse acerca de las alternativas y a dar un consentimiento libre y en plena conciencia sobre la forma de regulación patrimonial que quieren darle a su relación.

Todos los regímenes de bienes del matrimonio pueden explicarse, en su esencia, en términos muy simples, y su elección es una decisión tan trascendental en la vida de las personas que no parece ser válida la objeción de que los contrayentes no podrían llegar a percibir su alcance.

31. Paralelamente, para simplificar esta elección, se sugiere derogar el actual “régimen de participación en los gananciales”, que tiene una muy escasa aplicación y una operación excesivamente compleja en la práctica.

32. Finalmente, debe insistirse en que la legislación nacional contempla ciertas medidas correctivas, aplicables a todo evento bajo cualquier régimen patrimonial del matrimonio, y que protegen en general al cónyuge más desvalido económicamente:

- i) La institución de los “bienes familiares”, que se propone reforzar, y que permite proteger los bienes principales de la familia, con independencia del régimen patrimonial por el que hayan optado los cónyuges, y que se prolonga después de la muerte con la atribución preferencial de la residencia principal de la familia al cónyuge sobreviviente;
- ii) La figura de la “compensación económica”, actualmente existente, que opera también con independencia del régimen de bienes del matrimonio, y que protege patrimonialmente

- al cónyuge que dedicó más tiempo al cuidado del hogar y de los hijos; y, finalmente,
- iii) Los propios deberes y derechos recíprocos entre cónyuges durante el matrimonio, que ya fueron descritos.

BIBLIOGRAFÍA

- Boletín de Sesiones del Senado* N° 1707-18.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Hernán, *Código Civil. Evolución y perspectivas 1855-2005*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.