**Análisis crítico a los Proyecto de ley que Modifican el Régimen Matrimonial de Sociedad Conyugal.**

**Se hace un análisis al Texto aprobado por la Cámara de Diputados y en especial las indicaciones de las diputadas María Antonieta Saa, Adriana Muñoz D’Albora, Marcela Sabat, Carolina Goic, y los diputados Cristián Monckeberg, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Carlos Abel Jarpa, Gaspar Rivas, Lautaro Carmona, y en su caso las del diputado Arturo Squella; el que se encuentra radicado para su vista en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en el Segundo Trámite Constitucional.**

**Leonardo Estradé-Brancoli**

**Asesor Legislativo**

**5 de Octubre de 2017**

**Análisis Crítico a los proyecto de ley refundidos (boletines 5970-18, 7567-07 y 7727-18) que modifican el Código Civil y otras leyes, regulando el Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal.**

La Cámara de Diputados ha dado su aprobación a los proyectos de ley refundidos: uno mensaje del Ejecutivo y dos mociones parlamentarias; previo informe de las Comisiones de Familia y de Constitución, Legislación y Justicia respectivamente; en la tramitación en ésta última Comisión se presentaron un conjunto de indicaciones de las diputadas María Antonieta Saa, Marcela Sabat, Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, y los diputados Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg y en algunas de ellas Arturo Squella, en tanto en otras este último diputado presentó indicaciones por separado.

Como cuestión previa cabe señalar que este es el segundo proyecto aprobado por la Cámara de Diputados relativo al régimen matrimonial.

Con anterioridad, la Cámara de Diputados aprobó el de comunidad diferida de gananciales, basado en que el marido y la mujer tiene cada uno una administración separada, pero requiriendo del otro cónyuge el consentimiento para realizar actos importantes, mantiene por ese concepto el carácter de solidaridad familiar, el que a su vez se ve reforzado mas adecuadamente en favor de el o la cónyuge económicamente mas débil por ser el cónyuge propietario quien tiene la gestión o administración de un determinado bien, aun cuando se trate de aquel que tenga menos bienes; se denomina comunidad diferida porque la comunidad nace a su disolución. En el Senado no hubo voluntad para la aprobación en general de este proyecto que se presentaba como legal y supletorio de la voluntad de las partes, no obstante encontrarse en estado de tramitación para su aprobación; siendo ese el motivo de la presentación de un nuevo proyecto manteniendo la denominación de sociedad conyugal, basado ahora en una comunidad actual de bienes, que nace con el régimen, que como se señalare anteriormente fue aprobado por la Cámara de Diputados.

El propósito es consagrar el principio de igualdad para cualquiera de los tres regímenes, y respecto del de sociedad conyugal coexista con el principio de comunidad, para que dentro de ésta si la administración fuere conjunta se otorgue la debida protección al o a la cónyuge económicamente más débil, y si la administración fuere unilateral, además de lo anterior, en caso de ser necesario se hagan valer el principio de discriminación positiva en favor de las mujeres por la desigual evidencia empírica de la participación de las mujeres en la sociedad en comparación con los hombres. La finalidad mas que una igualdad meramente jurídica, las normas sean concordantes y tiendan a una cada vez mayor igualdad empírica.

Entre los deberes personales está la obligados a guardarse fe, como consecuencia, el adulterio constituye una infracción a este deber, el que se define como la mujer casada que yace con varón que no es su marido y el varón casado que yace con mujer que no es su cónyuge; la que por indicación de la diputada María Antonieta Saa y el diputado Arturo Squella con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Monckeberg, se sustituye por otra del siguiente tenor: el hombre o mujer casado que yace con persona que no sea su cónyuge. Se opta por esta nueva definición por dos razones: la primera, porque incluye tanto la relación heterosexual como homosexual, dado que la norma actualmente vigente solo incluye la primera generando un vacío legal; la segunda, dado que el yacer en el ámbito penal se refiere al coito vaginal, y que por eso se cambió a acceso carnal en un anterior proyecto de ley en materia penal, fue necesario entonces precisar que en materia civil el concepto de yacer es mas genérico referido a la relación sexual en términos amplios, esto es coito o contacto de tipo sexual en cualquiera de sus formas.

Existe también la obligación de socorro y ayuda mutua, que el marido y la mujer deban proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie, debiendo si es necesario el juez reglar la contribución. La Comisión de Familia había aprobado que debiera considerarse el aporte que realiza el o la cónyuge -por regla general mujeres- que se dedique al cuidado de los hijos o al hogar común, pero la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia elimina este inciso, pero la sala de la Cámara mantuvo lo aprobado por la Comisión de Familia. Al respecto cabe precisar que la labor doméstica constituye un trabajo y a la vez cuantificable monetariamente, por lo que debió haberse explicitado esa situación, tomando en consideración que las labores domésticas son realizadas en mayor proporción por mujeres que por hombres.

Siguiendo lo señalado precedentemente, la norma referida a que los cónyuges están obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensa judiciales, siendo el marido quien debe proveer a la mujer las expensas para el litigio, si estuvieren casados en sociedad conyugal, se sustituye por aquella en que los cónyuges regidos por este régimen, recae la obligación de proveer las expensas para el litigio en el cónyuge que tenga la administración de los bienes en favor del otro.

Adicionalmente se mantiene la norma referida a que los cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a algunos de ellos les asistan razones graves para no hacerlo.

La diputada María Antonieta Saa y el Diputado Arturo Squella con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, presentaron una indicación del siguiente tenor: la mujer y el marido tienen iguales derechos y deberes, sin perjuicio de las diferencias establecidas en la ley. Se fundamenta la propuesta por la siguientes razones: primero, porque frente a diversas disposiciones específicas, debe haber una norma orientadora de carácter general; segundo, porque el principio inspirador es el de la igualdad entre los cónyuges, que se manifiesta en los tres regímenes matrimoniales existentes: sociedad conyugal cuando hubiere coadministración, separación de bienes y participación en los gananciales; tercero, está conforme a las normas de derecho comparado tanto el criterio igualitario como la existencia de un principio directriz; cuarto, la única excepción formal al principio igualitario, ocurre cuando se optare por la modalidad de administración unilateral en sociedad conyugal, que no obstante implica normar una diferencia, se explicita esa situación como excepción, sin alterar la regla general; quinto, históricamente existía la norma genérica referida a la potestad marital, por cuanto el derecho era patriarcal, al ser igualitario, debe entonces explicitarse ahora en este otro sentido. No obstante no fue aprobada.

De los tres regímenes existentes se establece como legal y supletorio de la voluntad de las partes, el régimen de sociedad conyugal bajo la modalidad de coadministración, por cuanto es este régimen el que refuerza de mejor manera la solidaridad familiar basado en un mínimo de responsabilidad compartida atendiendo las necesidades básicamente económicas al interior de la familia y en especial entre los cónyuges. Coetáneamente se consagra como excepción la modalidad de administración unilateral de la sociedad conyugal, así como los regímenes de separación de bienes y participación en los gananciales, y por ende debe ser expresamente mencionada si se optare por cualquiera de ellas; dado que el silencio de los contrayentes se le aplican las disposiciones del primer régimen con la modalidad mencionada.

Como se ha señalado, en el derecho comparado el régimen de comunidad de bienes o sociedad conyugal con la modalidad de coadministración, es supletorio de la voluntad de las partes, lo que significa que la mujer y el marido se rigen por el principio de igualdad y paridad; y si los cónyuges convienen que uno de ellos debe administrar, ello se hace valer por la vía del mandato, sin necesidad de normarlo especialmente, salvo en la legislación alemana que lo hace en términos generales y en el proyecto de legislación chilena, que se norma detalladamente, en este caso se rige por el principio de igualdad pero no de paridad, el que se da por el derecho de opción de ejercer uno u otro cónyuge la administración, sin estar preestablecida esa función en razón de su sexo, como lo es en la actualidad. No obstante cualquiera que fuese la modalidad de administración, ésta está conforme con el principio de la autonomía de la voluntad que tienen los cónyuges; eso sí, teniendo muy presente que como parte de este principio incluye el de la debida información para que sea real y empíricamente efectivo, por consiguiente, es de la esencia de este establecer una norma supletoria, de lo contrario, significaría que se tomaría una decisión sin la debida información, que por la complejidad del régimen comunitario y sus modalidades de administración -conjunta o unilateral-, la hipótesis mas probable es que los contrayentes que no tengan la debida información, opten por el régimen de separación de bienes, por parecerles de mas simplicidad, pero que no necesariamente importa su real conveniencia, especialmente si lo que se pretende tanto como principio jurídico como en la práctica, sea cautelar los intereses de el o la cónyuge económicamente mas débil, por regla general la mujer.

Respecto al matrimonio celebrado en el extranjero, la norma referida a que los casados en el extranjero, se mirarán en Chile como separados de bienes a menos que pacten otro régimen al inscribir su matrimonio. Dicha norma constituye los siguientes problemas: primero, que si una persona se casa en el extranjero, implica un abierto incentivo al régimen de separación, lo que es absurdo si la regla general es el de sociedad conyugal, tanto en Chile como en el extranjero; segundo, ni siquiera se permite probar estar casado en un régimen distinto al de separación si nada se dice al momento de inscribir en Chile, que para ese efecto constituye una presunción de derecho, violando con ello los principios de legalidad y de equidad; por eso una de las mociones originaria establecía solo una presunción simplemente legal de separación de bienes pudiendo probar la existencia de otro régimen, tal como existía antes de la última reforma parcial al régimen de sociedad conyugal. No obstante lo que se aprobó fue que quienes se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como casados en sociedad conyugal, fundado en que la mayoría de los países la regla general es el régimen de comunidad de bienes o sociedad conyugal, y que se incentiva con ello un régimen basado en la solidaridad familiar y no uno desprovista de esta, siendo a su vez concordante con el espíritu general de la legislación chilena en esta materia.

De conformidad al proyecto de ley presentado por la diputadas María Antonieta Saa, Carolina Goic, Adriana Muñoz-D’Albora y los diputados Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, René Saffirio, José Miguel Ortiz, Pedro Araya, Marcelo Schilling y Hugo Gutiérrez, se deroga la norma actualmente vigente que permite a la mujer casada en sociedad conyugal renunciar a los gananciales con anterioridad a la celebración del matrimonio, por cuanto dicha renuncia anticipada se hace sin conocer ella si obtuvo o no ganancias al repartirse la masa común de bienes la que se produce a su disolución, requisito que es de la escencia para tomar una decisión acertada en esta materia, por lo tanto, no se condice con los principios generales del derecho que dicha decisión de suyo trascendental se tome basado en el azar de un hecho futuro e incierto en ese momento, que además se presta para presiones, en cuyo caso la decisión estaría motivada por la presión y ni siquiera por el azar.

Si los cónyuges se casaren en sociedad conyugal, se considera como pertenecientes al haber propio los siguientes bienes: 1° los que tenían los cónyuges antes de pactar el régimen y 2° los inmuebles o muebles, adquiridos por los cónyuges individual o conjuntamente a título gratuito, que incluye los adquiridos por herencia, legado o donación; esto significa que se deroga el haber relativo vale decir los bienes muebles o dineros que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiriere, quedando obligada la sociedad a su disolución a pagar la correspondiente recompensa. Por su parte, se considera pertenecientes al haber social los bienes siguientes: 1° de las remuneraciones, honorarios y cualquier otro ingreso proveniente de todo género de empleos y oficios devengados durante la vigencia del régimen; 2° de todos los frutos, rentas, pensiones intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan tanto de bienes sociales como propios de cada cónyuge y que se devenguen durante la vigencia del régimen; 3° si hubiere cambio de administración, los bienes que ingresare la mujer que hubiere tenido patrimonio reservado; cabe señalar que se hace esta mención porque se aprobó que solo la mujer pueda tener patrimonio reservado cuando administra el marido, pero no el hombre cuando administra la mujer, de haberlo tenido uno u otro cónyuge, aunque fuere diferenciado, entonces esta facultad la tendría la mujer o el marido según correspondiere; 4° los bienes que a título oneroso adquiera cualquiera de los cónyuges.

El marido y la mujer que fueren coadministradores de la sociedad conyugal respecto de bienes sociales; sean éstos inmuebles, acciones de sociedades anónimas o participación en sociedades civiles o comerciales, derechos o concesiones inscritos, vehículos motorizados, naves o aereonaves a los que se les denomina muebles registrables; para enajenar o gravar, prometer enajenar o gravar, así como constituirse en aval, codeudor solidario o fiador respecto de las obligaciones constituidas por terceros o para disponer entre vivos a título gratuito, salvo que fueren de poca monta atendidas las fuerzas del haber social; requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o la autorización del otro que no concurriere al acto, la que deberá ser otorgada por escrito o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad, pudiendo prestarse por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública, según la respectiva exigencia, o por mandato general, pero excepcionando en este último caso los inmuebles. Si la forma fuere la de exigir el consentimiento del cónyuge no propietario a los actos del cónyuge propietario o aportante de ese bien social, el efecto práctico sería el mismo por la necesidad de actuar en este caso de consuno.

En relación al arriendo o cesión de tenencia de un bien raíz social; de conformidad a la indicación presentada por la diputada María Antonieta Saa con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, exige el consentimiento conjunto para arrendar o ceder la tenencia de dichos bienes; pero otra indicación presentada por el diputado Arturo Squella estableció que indistintamente cualquiera de los cónyuges podía dar en arriendo con el límite de dos años para los bienes raíces urbanos y cuatro años para los bienes raíces rurales, la que finalmente se aprobó. Al respecto se fundamentó que era mas conforme a un régimen de comunidad que fuera indistinto, lo cual es contradictorio, por cuanto precisamente la comunidad se da en el consentimiento conjunto y por ende es la primera indicación la que representa ese sistema y no la segunda; sin embargo, al ser indistinto, no garantiza que sea el o la cónyuge propietario aportante de ese bien social quien arriende, podría serlo pero no necesariamente, considerando que los arrendamientos urbanos se hacen por regla general dentro del plazo de un año renovable y si bien puede arrendarlo el cónyuge propietario, pero si no es así y lo arrienda el cónyuge no propietario, se daría el absurdo de ni siquiera tener que requerir el consentimiento del cónyuge propietario aportante al menos cuando el contrato es hasta cierto tiempo, lo que es de suyo injusto para éste, dado que lo lógico sería que él fuere el gestor, que en ningún caso se contradice con un sistema comunitario, además que da mucho mas certeza jurídica a terceros, por la inscripción de la propiedad, que en todo caso siempre procede el mandato cuando las circunstancias lo requieren; y por ende no hay razón para suponer que una administración individual indistinta es mas comunitaria que una administración individual del cónyuge gestor aportante, dado que en una u otra situación se debe requerir del consentimiento del otro en los casos señalados en la ley, además desde la particularidad del enfoque de género, si se ve desde la perspectiva de la mujer actualmente casada en sociedad conyugal con administración del marido, ese bien sería de su patrimonio reservado administrado por ella, comparativamente tratándose de una norma de sociedad conyugal ahora de coadministración, en homóloga circunstancia podría aunque no necesariamente administrarla el marido, por ser indistinta, lo que es absurdo; es acorde con la equidad que el arriendo lo gestione la mujer aportante con el consentimiento del marido cuando se realice por un tiempo mayor de los dos y cuatro años según el caso, y desde luego a la inversa si el marido es quien lo aporta; en definitiva, no sería lógico que impere en este punto la ley del más fuerte para favorecer a quien se adelanta al otro para arrendarlo, porque en vez de cooperación se crea una negativa competencia entre uno y otro cónyuge. De lo que no se trata es de imponer dogmas a priori que puedan perjudicar al o a la cónyuge económicamente mas débil, incentivando con ello mas a la separación de bienes que a la sociedad conyugal; por todas las razones señaladas precedentemente, es de toda justicia, sea el cónyuge propietario el arrendador de un bien que él aporta a la sociedad y si ambos lo han aportado, entonces requerir el consentimiento conjunto.

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 negara sin justo motivo o en caso de interdicción de uno de los cónyuges o por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, de igual manera en caso de algún impedimento como ser menor de edad, demencia, ausencia real o aparente u otro y de la demora se siguiere perjuicio. Si el juez decide dar la autorización, deberá tomar los resguardos para evitar todo fraude al otro cónyuge. Si uno de los cónyuges se opusiere a la donación de los bienes sociales, no podrá ser suplida por el juez.

Respecto de los demás bienes muebles, esto es los no registrables, hubo dos indicaciones:

a) De la diputada María Antonieta Saa con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, referida a: respecto de los demás bienes muebles, se presume que los actos realizados por el cónyuge que los adquirió por compraventa u otro acto jurídico cuenta con la autorización del otro, sin perjuicio que tratándose de bienes muebles, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos pudieran intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o tradición del bien respectivo. Con todo si el cónyuge adquirente tuviere un impedimento que no fuere de larga o indefinida duración o en caso de necesidad urgente, el otro cónyuge podrá realizar los actos señalados previamente. Al respecto hay que tener presente: primero, si bien en muchos casos podría tratarse de bienes de bajo valor monetario, no siempre se tratará de bienes de poca monta, y aun en ese caso podrían tener un alto valor afectivo para uno de ellos y no necesariamente para el otro; segundo, podría tratarse de bienes de alto valor pecuniario, por ejemplo cuadros valiosos o electrodomésticos o enseres domésticos de elevado valor pecuniario; tercero, el mayor o menor valor subjetivo de dichos bienes, dependerá del nivel socioeconómico de los cónyuges; quinto, si bien la certeza de los bienes registrables radica en el registro, respecto de los bienes no registrables existen diversos medios de prueba que permiten determinar el origen de un determinado bien, en virtud del principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y estos medios entre otros: cartola de tarjeta bancaria o de crédito, registro no oficiales como los que lleva un martillero respecto de cuadros y en general recurrir a cualquier otro medio de prueba y respecto del otro cónyuge recurrir al consentimiento presunto; sexto, queda cubierto en todo caso que el otro cónyuge pueda obrar en casos expresamente contemplados en la ley; séptimo, en subsidio se opere sobre el principio que lo accesorio siga la suerte de lo principal. En este caso se hace una jerarquía para cautelar efectivamente desde diversos puntos de vista tanto objetivos como subjetivos los intereses reales de ambos cónyuges, pero especialmente del o de la cónyuge económicamente más débil, por regla general la mujer, el que viene a ser reforzado por ese concepto desde una perspectiva de equidad de género.

b) Por su parte el diputado Arturo Squella presentó otra indicación, -que fue la que se aprobó- referida a que tratándose de los demás bienes muebles puedan respecto de éstos actuar indistintamente uno u otro cónyuge; lo que significa que cualquiera de ellos no necesariamente el cónyuge adquirente aportante del bien social, no solo pueda gestionar, sino también disponer de éste, generando un vacío legal respecto de los dineros en cuenta bancaria, debido a que admite doble interpretación, que conforme a la equidad la administra el cónyuge propietario de esa cuenta, lo que es de suyo mas justo, o que de conformidad al sentido literal de la norma la gestionen indistintamente uno u otro, con todos los conflictos económicos y bancarios que ello puede generar y desde luego por el riesgo que puede significar en cuanto a privacidad, mal manejo u otro factor que perjudique por ese hecho gravemente al o a la cónyuge económicamente mas débil, además no hay un consentimiento presunto de parte del otro cónyuge como se establece en el derecho comparado, sino plena disposición; en definitiva, se aprobó una norma que consolida la ley del más fuerte entre los cónyuges, que en vez de cooperación promueve la competencia entre ellos.

Es conforme al sentido de comunidad, la administración y disposición conjunta de bienes que se estiman como de mayor importancia. Ahora bien, para facilitar la realización de actos jurídicos estimados como de menor importancia, se establece pueda haber una administración individual, la que puede ser indistinta de cualquiera de los cónyuges o por gestión del cónyuge aportante del bien social; si es indistinta podría darse que el cónyuge no aportante del bien social comprometa al otro cónyuge en su gestión aún sin su aprobación, lo que es reprochable si lo hace de manera inconsulta, que aunque se trate de bienes definidos como menos importantes, no por ello se puede permitir que se vulnere la voluntad del cónyuge aportante, con mayor razón desde una perspectiva de género cuando es por regla general la mujer la que aporta al hogar el producto de su trabajo, mas aun si por los medios de pruebas legales y principios generales del derecho se puede determinar cual de los dos es el o la cónyuge que aportó el bien determinado, sin perjuicio de las excepciones legales que permitan obrar al otro; por ello es mas acorde con la equidad en este caso la administración individual la tenga el cónyuge aportante del bien social.

Respecto a la responsabilidad de la coadministración en sociedad conyugal, hubo dos indicaciones:

a) De la diputada María Antonieta Saa con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, referida a: si la sociedad conyugal fuere coadministrada por el marido y la mujer y ambos han contraído la deuda, los acreedores podrán perseguir sus derechos en la totalidad de los bienes sociales y subsidiariamente en los propios de uno y otro cónyuge. Si solo uno de los cónyuges ha contraído la deuda, los acreedores podrán perseguir sus derechos en los bienes propios de éste y subsidiariamente en los bienes sociales en cuanto se probare haber cedido en utilidad o a favor del otro cónyuge o de la familia común, pero solo hasta la concurrencia del beneficio que le hubiere reportado el acto. El fundamento radica en que si la coadministración recae sobre bienes sociales es respecto de éstos que debe responder cuando se ha contraído una deuda para responder frente a terceros, ese el límite, dado que los bienes propios tienen otro origen, si bien no debiera incluir a éstos, de ser así en todo caso a lo menos fuere en subsidio, lo cual es de toda lógica, porque no se puede pretender equiparar una deuda social extensiva en el mismo nivel a bienes sociales y propios, mas aun cuando los bienes propios los administra el respectivo cónyuge, y como éstos generalmente se originan por herencia, legado o donación, sobretodo el primero y que podría uno de los cónyuges estar en comunidad con sus parientes y les afectaría directamente la responsabilidad frente a terceros, por lo tanto, lo justo tanto para los cónyuges como para los acreedores es hacer valer los créditos en el ámbito que corresponda. Si uno de los cónyuges ha contraído la deuda sin el consentimiento del otro, no es justo que el otro cónyuge se vea perjudicado por ese acto en los bienes que él aporta a la sociedad, por eso como sanción solo obliga en los bienes propios, a la vez los terceros acreedores tendrán el suficiente cuidado de requerir el consentimiento del otro cónyuge, que es de toda justicia, y además está conforme al principio de equidad.

b) Por su parte el diputado Arturo Squella presentó otra indicación, -que fue la que se aprobó- en orden a que si ambos cónyuges coadministraren y concurrieren al acto, los acreedores podrán perseguir sus derechos en la totalidad de los bienes sociales y propios de cada cual. Si solo uno de ellos ha concurrido al acto, los acreedores podrán perseguir sus derechos en la totalidad de los bienes sociales y subsidiariamente en los propios de cada cónyuge, en cuanto se probare haber cedido en utilidad del otro cónyuge o de la familia común. No concurriendo los supuestos anteriores, los acreedores solo podrán perseguir la deuda en los bienes propios del cónyuge que la contrajo. Se fundamenta en que cualquiera de los cónyuges representa a la sociedad; al respecto hay que determinar si aunque concurran ambos cónyuges a contraer una deuda, los acreedores puedan hacer valer sus derechos en los bienes propios de ellos, tomando en cuenta que incluso podría estar en comunidad con otras personas las que podrían verse afectadas. El mismo argumento cuando solo uno de ellos ha contraído la deuda sin el concurso del otro, al ser la norma general significa que afecta al otro cónyuge en bienes que éste obtuvo con su trabajo e incluso bajo cierta circunstancia en un bien propio de éste que incluso podría no haber estado de acuerdo con el endeudamiento, es a todas luces muy injusto, porque al imperar la ley del más fuerte, no se cautelan debidamente los intereses del cónyuge económicamente más débil por regla general la mujer.

Si uno de los cónyuges administrare la sociedad conyugal, el marido o la mujer, según quien correspondiere, requerirá la autorización del otro cónyuge, esto es del no administrador, en los mismos casos exigidos para la coadministración, así como también homóloga disposición respecto a las formalidades en el otorgamiento. Inicialmente se había aprobado que se mantuviera la norma vigente, esto es sólo requerir el consentimiento del cónyuge no administrador para la enajenación o gravamen o promesa de enajenación o gravamen de un inmueble, pero en una segunda votación se aprobó conforme a lo ya señalado.

Si se tratare del arriendo de un bien raíz, el marido o la mujer, según quien correspondiere requerirá el consentimiento del otro cónyuge, esto es del no administrador si el bien raíz se arrendare por mas de cinco años si fuere urbano o de ocho si fuere rural, alterándose lo aprobado para la coadministración que fue de dos y cuatro años respectivamente.

Se aplican también al presente las normas de autorización supletoria otorgada por el juez en los casos que ahí se señala.

Los actos ejecutados sin concurrir con los requisitos previstos para la coadministración o administración unilateral, adolecerán de nulidad relativa, acción que podrá ser impetrada en el plazo de cuatro años contado desde la disolución de la sociedad conyugal o desde que cese la incapacidad del cónyuge no administrador o sus herederos, pudiendo hacerlas valer el otro cónyuge o el no administrador, según el caso, sus herederos o cesionarios; pero no se podrá pedir la nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato. En el caso del arrendamiento o de la cesión de la tenencia, el contrato regirá solo por el tiempo que se señalare en una u otra administración.

De conformidad a la indicación presentada por la diputada María Antonieta Saa y el diputado Arturo Squella con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, se estableció la responsabilidad frente a terceros, según lo expresado en los dos párrafos a continuación:

a) El cónyuge administrador es respecto de terceros dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio; de esta manera, el acreedor podrá perseguir los bienes de éste como los sociales y los del cónyuge no administrador en cuanto se probare haber cedido el contrato en utilidad personal a éste. La deuda contraída por el cónyuge no administrador con mandato general o especial, es respecto de terceros deuda del cónyuge administrador y por consiguiente de la sociedad, pudiendo el acreedor podrá perseguir el pago de la deuda en estos bienes, pero no en los del cónyuge no administrador, salvo que le reportare un beneficio prevenido precedentemente; pero si el mandatario contrata a su nombre obliga sus bienes y no los del mandante. Las compras que el cónyuge no administrador haga al fiado de objetos muebles destinados al consumo ordinario de la familia, obligan los bienes del cónyuge administrador y de la sociedad conyugal, pero no del no administrador, salvo que le reportare beneficio prevenido precedentemente. De igual manera no obligan al cónyuge no administrador por contratos celebrados por ambos de consuno o en que éste se obligue solidaria o subsidiariamente con el administrador, salvo que le reportare un beneficio prevenido precedentemente.

b) El cónyuge no administrador que puede ser el marido o la mujer, se mirará como separado de bienes respecto de la gestión de sus bienes propios, pero no respecto de los frutos o rentas de éstos por ser sociales y por ende administrados por el cónyuge administrador. Los acreedores del cónyuge no administrador tendrán acción sobre los bienes que administre, pero no los acreedores del cónyuge administrador, salvo que probaren que el contrato celebrado por él cedió en utilidad del cónyuge no administrador o de la familia común, pero solo hasta concurrencia del beneficio que le hubiere reportado el acto; pero una vez disuelta la sociedad, las obligaciones contraídas en su administración separada podrán perseguirse sobre todos sus bienes. Al respecto es necesario tener presente que bajo la norma vigente, la mujer que hubiese obtenido bienes en virtud de herencia, legado o donación y en capitulaciones matrimoniales se reserva ella la administración o que el testador o donante hubiese establecido como expresa condición que no lo administre el marido, la mujer respecto de estos bienes incluyendo frutos o rentas se le considerará separada parcialmente de bienes, norma que en todo caso es excepcional. Distinta es la situación de la separación que se propone por cuanto el cónyuge no administrador solo administra de pleno derecho los bienes propios, pero no los frutos o rentas de éstos, lo que significa que se trata de una separación parcial restrictiva de bienes y no de una separación parcial propiamente tal de bienes como lo es en la actualidad.

Si la sociedad conyugal fuere administrada por el marido, la mujer casada que desempeñe un empleo, ejerza una profesión, oficio o industria, sea o no separado del de su marido, que fue introducido por indicación de la diputada María Antonieta Saa y el diputado Arturo Squella con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empelo, oficio, profesión o industria y de lo que en ello se obtenga, no obstante cualquier estipulación en contrario; a estos se les denomina bienes reservados. Si fuere mayor de dieciocho años, necesitará autorización judicial dada con conocimiento de causa para enajenar o gravar los bienes raíces. Incumbe probar a la mujer probar por cualquier medio legal el origen y dominio de estos bienes. Por su parte los terceros que contraten con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación que puedan interponer ella o el marido, sus herederos o cesionarios fundada en la circunstancia de haber obrado ella fuera del ámbito de su patrimonio reservado. Los actos celebrados por la mujer obligan estos bienes y los que obtenga en virtud de herencia, legado o donación y no los del marido, salvo que éste hubiere accedido como fiador o de otro modo a las obligaciones contraídas por la mujer. De esta manera, los acreedores de la mujer tendrán acción sobre los bienes que ella administre, pero no los del marido, a menos que probaren que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común, pero solo hasta la concurrencia del beneficio que le reportare el acto. Disuelta la sociedad conyugal, si la mujer acepta los gananciales, entrarán estos bienes a la partición de los gananciales, y en ese caso el marido responderá a esas obligaciones hasta concurrencia del valor de la mitad de esos bienes, esto es goza del beneficio de emolumento, siempre que pruebe el exceso de la contribución que se le exige; si la mujer renunciare a los gananciales, el marido no responderá por las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada.

Si la sociedad fuere administrada por la mujer, el marido que desempeñe un empleo, ejerza una profesión, oficio o industria, no tiene el beneficio del patrimonio reservado, fundado en que de tenerlo en los mismos términos que los tiene la mujer cuando administra el marido, se corre el riesgo de ser ella víctima de fraude por parte del marido; y por tal motivo se aprobó en esos términos.

Sin embargo podría considerarse en este caso, que el hombre tuviere bienes reservados sociales bajo su administración pero restrictivo, esto es, por los bienes que él obtenga por este concepto requerir la autorización de la mujer para enajenar, gravar o prometer enajenar o gravar los inmuebles que adquiera en el ejercicio de una profesión, oficio, empleo industria, esto es no se le considere para este efecto como separado de bienes y en todo caso conserva la mujer la administración de los frutos o rentas de los bienes propios; y sería suficiente garantía además de la limitación señalada que el marido no tenga la opción de renunciar a los gananciales, manteniendo además la mujer gozaría respecto de estos bienes del beneficio de emolumento, lo que se justifica por cuanto no administra esos bienes, y aquí radica la verdadera ventaja, ya que dicho beneficio no podría ella tenerlo si el marido no tiene patrimonio reservado, y no respondería tampoco por las obligaciones contraídas por el marido en esta administración, salvo que le hubiera beneficiado y hasta el respectivo beneficio, por lo que quedarían a cubierto los intereses de la mujer.

Al respecto cabe tener presente que las posturas originales fueron la del Ejecutivo de establecer un patrimonio reservado en términos amplios para ambos cónyuges sin distinción. En cambio la moción, esto es el proyecto de ley presentado por las diputadas María Antonieta Saa, Carolina Goic, Adriana Muñoz-D’Albora y los diputados Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, René Saffirio, José Miguel Ortiz, Pedro Araya, Marcelo Schilling y Hugo Gutiérrez, se establecía para ambos cónyuges patrimonio reservado pero diferenciado, el de la mujer cuando administrare el marido en los términos ya señalados; y el del marido cuando administrare la mujer, pero sin que se le subentienda a éste como separado de bienes, sino de una administración limitada y debiendo requerir el consentimiento de la mujer para enajenar o gravar o prometer enajenar inmuebles. En el transcurso de la discusión particular en la Comisión de Familia, la postura del Ejecutivo se modificó en los términos en que se aprobó el proyecto, esto es que solo la mujer no administradora goza de dicho beneficio, pero no el marido en homóloga circunstancia.

Históricamente se estableció dicho beneficio para la mujer como una excepción a la administración del marido, primeramente como una gestión restringida y con posterioridad asimilarla como separada de bienes para ese solo efecto, lo que no ha significado problema en su aplicación. Si con la creación de la administración de la mujer, se establece un patrimonio reservado para el marido, subentendiéndolo como separado de bienes, podría darse que se tratare de un hombre con muchos recursos obtenidos con el producto trabajo, como profesional o empresario y la mujer tener menores ingresos o ninguno, lo que sería injusto que los bienes del marido pudieren no ingresar a la masa común y los de la mujer sí; esto justifica que el marido no tenga patrimonio reservado para ese efecto separado de bienes.

Si el cónyuge administrador tuviere un impedimento que no fuere de larga o indefinida duración, el cónyuge no administrador podrá actuar por si mismo respecto de los bienes sociales, pero requerirá la autorización de juez dada con conocimiento de causa en aquellos actos en que fuere necesario la concurrencia de ambos cónyuges; respecto de los bienes del cónyuge administrador, el cónyuge no administrador podrá actuar con la autorización del juez indicada y siempre que la demora se siguiere perjuicio. Los actos del cónyuge no administrador obliga al cónyuge administrador en sus bienes y en los sociales, de la misma manera que si el acto fuere de éste último, y además sus bienes propios hasta la concurrencia del beneficio particular que reportare el acto.

Los cónyuges hasta por una vez podrán pactar cambio de administrador, siempre que se otorgue por escritura pública y se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial dentro de treinta días contados desde la escritura respectiva, pacto que no perjudicará los derechos válidamente adquiridos por terceros. Si a consecuencia del pacto de cambio de administrador, la mujer pasare a ser administradora de la sociedad conyugal, y si hubiere ella tenido bajo la anterior administración del marido patrimonio reservado, por los bienes que conformen dicho patrimonio tendrá ella derecho a recompensas. Si hipotéticamente el marido tuviese patrimonio reservado restringido, y en el caso descrito él pasare a administrar la sociedad conyugal, tendría en ese caso derecho a recompensas. Las deudas contraídas en el ejercicio de su patrimonio reservado podrán ser ejecutadas en los bienes de éste que hayan pasado a ser sociales.

Si el cónyuge administrador marido o mujer, administrare fraudulentamente o que por administración errónea o descuidada hubiere un mal estado de los negocios fuere insolvente, el cónyuge no administrador mujer o marido, podrá solicitar judicialmente la administración de la sociedad.

Si el cónyuge administrador o uno de los cónyuges en caso de coadministración, -que puede ser el marido o la mujer-, fuere declarado en interdicción o que por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, el cónyuge no administrador o el otro cónyuge, según el caso, hubiere sido nombrado curador de aquel o curador de sus bienes, tendrá por ese hecho la administración de la sociedad conyugal, que en caso de incapacidad o excusa, dicha administración la podrá ejercer otra persona, que en todo caso si el marido o mujer menor de edad fuere designado administrador necesitan de curador para la administración de la sociedad conyugal. Si la solicitare el cónyuge no administrador, el juez le podrá conferir la administración provisoria, de los bienes sociales y los propios del otro cónyuge previo otorgamiento de garantía real o persona si la demora se siguiere perjuicio; pero si la solicitud fuere de mala fe deberá restituir doblados los bienes que hubiese dispuesto. La resolución que la otorgare deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial.

El cónyuge que administrare extraordinariamente esto es el no administrador, ejercerá con iguales facultades que el cónyuge administrador, no obstante para enajenar o gravar los bienes raíces sociales o disponer a título gratuito de éstos, salvo que fueren de poca monta atendido el haber social, requerirá de autorización judicial previo conocimiento de causa. Todo acto en contravención a lo señalado precedentemente, será nulo relativamente, correspondiendo la acción al cónyuge administrador que no tiene la administración extraordinaria, sus herederos o cesionarios la que podrá ser impetrada en el plazo de cuatro años contado desde que cese el hecho que motivó la curaduría correspondiendo la acción al cónyuge administrador que no tiene la administración extraordinaria, sus herederos o cesionario; pero no se podrá pedir la nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato. En el caso del arrendamiento de inmuebles sociales o de la cesión de su tenencia, el contrato regirá solo por el tiempo que se señalare para la administración unilateral, pero podrá durar mas tiempo si el cónyuge no administrador que administrare extraordinariamente hubiese sido especialmente autorizado por el juez, previa información de utilidad.

El cónyuge no administrador que administrare extraordinariamente se constituye en aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquier otra caución respecto de terceros, para obligar los bienes sociales, necesitará de la autorización del juez dada con conocimiento de causa; si no lo tuviere, sólo obligará sus bienes propios y los que administrare en virtud de bienes reservados o separados parcial y restrictivamente.

En la administración de los bienes propios del cónyuge administrador, se aplicarán las normas de las curadurías.

Los actos del cónyuge no administrador, esto es la mujer o el marido que tuviere la administración extraordinaria con las limitaciones señaladas precedentemente, se mirarán como actos y contratos del cónyuge administrador que no tiene la administración extraordinaria, y obligarán en consecuencia a la sociedad y al cónyuge administrador y también los del cónyuge no administrador en cuanto apareciere o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal del cónyuge no administrador.

El cónyuge no administrador que no quisiere tomar obre sí la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, ni someterse a la dirección de un curador, podrá pedir la separación de bienes, debiendo observarse dichas disposiciones.

Cesando la causa de la administración extraordinaria que se señala precedentemente, recobrará el cónyuge administrador sus facultades administrativas, previo decreto judicial.

La sociedad conyugal se disuelve: por la disolución del matrimonio; por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, por la declaración de nulidad de matrimonio; por la sentencia de separación judicial o de separación de bienes; por el pacto de separación de bienes o participación en los gananciales.

Una vez disuelta la sociedad conyugal, se formará una comunidad y se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte. La mujer tendrá la facultad de optar si los bienes reservados de ella los incorpora a la masa común, en cuyo caso se entenderá que los acepta con beneficio de inventario; o conserva sus bienes reservados y renuncia a los gananciales.

El marido o la mujer que fuere cónyuge administrador es responsable del total de las deudas de la sociedad; en tanto el cónyuge no administrador responde de las deudas hasta la concurrencia de su mitad de gananciales, debiendo eso sí probar el exceso de la contribución que se le exige sobre su mitad de gananciales, sea por inventario, tasación u otros documentos auténticos; quedando a salvo la acción contra del cónyuge administrador en contra del otro para el reintegro de la mitad de estas deudas; esto es lo que se denomina el beneficio de emolumento.

El cónyuge no administrador que puede ser la mujer o el marido, hará antes que el otro las deducciones señaladas precedentemente y las que consistan en dinero, sea que pertenezcan a uno u otro, se ejecutarán sobre el dinero y muebles de la sociedad, y subsidiariamente sobre los inmuebles de la misma; pero si los bienes de la sociedad no fueren suficientes, el cónyuge no administrador, podrá hacer las deducciones que le correspondan sobre los bienes propios del otro cónyuge, elegidos de común acuerdo, si no lo hubiere tal acuerdo, elegirá el juez; esto es lo que se denomina el pago preferente a la disolución de la sociedad conyugal; fue esta la norma que finalmente se aprobó. La Diputada Saa con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, presentó una indicación para derogar este artículo. El fundamento radica en que la actual normativa de administración marital entre sus facultades el marido administra los bienes sociales y derechos hereditarios que incluye los inmuebles de la mujer obtenidos a título gratuito, además se hace dueño de los dineros y muebles que reciba tanto él como la mujer, tan solo debiendo a ella a la disolución del régimen, recompensa respetando en lo posible el valor adquisitivo al tiempo del aporte, lo cual se diluye mucho cuando el tiempo de duración de este régimen matrimonial es muy prolongado, que por lo demás históricamente era la misma suma numérica, lo que significaba un despojo patrimonial, que con la última reforma se relativiza un poco, pero no altera la sustancia normativa. Con la modificación que se propone, lo que se adquiera por el cónyuge no administrador sea la mujer o el marido queda bajo su administración, incluido los dineros o muebles que éste reciba, salvo los frutos o rentas del bien propio, nada más, o sea se reduce notoriamente las facultades de quien administra. En consecuencia, de conformidad a la norma vigente, las amplias facultades detentadas por el marido administrador, se equilibra con la debida recompensación a que tiene derecho la mujer, al menos potencialmente al final del régimen, por lo que se justifica no solo la preferencia en el pago, sino que para ser efectivo lo haga valer tanto en los bienes sociales como los propios del marido. Sin embargo, aplicar mecánicamente esa norma para la normativa que se propone, basado ahora en una administración muchísimo mas restringida, expone a quien administra sea el marido o la mujer ante la posibilidad de afectar sus bienes propios, además de los sociales, pueda ser víctima de actos arbitrarios por quien no ha administrado, detentando ahora un poder excesivo, evidentemente que no se produce el pretendido teórico equilibrio, sino mas bien un desequilibrio en contra de quien administra; mas aun cuando hay que tener presente que el cónyuge no administrador goza del beneficio de emolumento, constituyendo ahí la verdadera garantía para éste sea el marido o la mujer y específicamente para ella al detentar el patrimonio reservado y por la posibilidad de optar si renuncia o no a los gananciales, en tanto para el marido por la posibilidad de tener patrimonio reservado restringido si lo hubiere. En subsidio, a lo mas se debió aprobar que la preferencia abarcara solo los bienes sociales.

Disuelta la sociedad conyugal, y estando ésta bajo administración del marido, la mujer o sus herederos, ambos mayores de edad y si fueren menores de edad con autorización judicial, tienen la facultad de renunciar a los gananciales a que tuvieren derecho, y podrán hacerlo mientras no hayan entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales. Esta renuncia solo podrá rescindirse, si se probare que la mujer o sus herederos han sido inducidos a renunciar por fuerza, engaño o por un justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales, acción que prescribirá en cuatro años contados desde la disolución de la sociedad. Con la renuncia, los derechos de la sociedad y del marido se confunden e identifican, aun respecto de ella; en tanto la mujer conserva su patrimonio reservado, derechos y obligaciones a las recompensas e indemnizaciones que correspondan. No se otorga esta facultad al marido cuando administrare la mujer, por cuanto es consecuencia del patrimonio reservado, si no lo tiene, tampoco la consecuencia resultante del primero y en caso de tenerlo en forma restringida, tampoco se justifica por cuanto sería una forma de burlar los intereses de la mujer.

La indicación como norma transitoria de la diputada María Antonieta Saa y el diputado Arturo Squella con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, establece que los cónyuges que a la fecha de ley se encontraren casados bajo el régimen de sociedad conyugal, se regirán por las normas de la ley que entra en vigencia, aplicándose de pleno derecho las normas de la sociedad conyugal con administración del marido, pero las autorizaciones que hubiere dado la mujer para dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales por mas de cinco años si son urbanos o mas de ocho años si son rurales, incluidas las prórrogas que se hubieren pactado son válidas, y no será necesario nuevas autorizaciones respecto de aquellos actos o contratos que indicaren un plazo inferior; pero a contar de la fecha de vigencia de la presente ley, se exigirá que la mujer otorgue estas autorizaciones cuando los contratos de arriendo o cesión de derechos de tenencia de estos bienes, sea por mas de dos y cuatro años, según se trate de bienes urbanos o rurales. Esta indicación se fundamentaba en consideración a que cualquiera que fuese la administración: del marido, la mujer o conjunta, se requiriera el consentimiento del otro cónyuge a los dos y cuatro años para el arriendo o cesión de tenencia de bien raíz urbano o rural respectivamente, lo que finalmente se aprobó fue este nuevo plazo solo para la coadministración, pero no para la unilateral; por tal motivo se rechazó.

La indicación de la diputada María Antonieta Saa con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D’Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, establece que los cónyuges que a la fecha de ley se encontraren casados bajo el régimen de sociedad conyugal, se regirán por las normas de la ley que entra en vigencia, aplicándose de pleno derecho las normas de la sociedad conyugal con administración del marido, esto es: 1° la mujer que adquiriese bienes en virtud de herencia, legado o donación, pertenecerán a la mujer los frutos o rentas de los bienes heredados, legados o donados a ella y todo lo que con ello adquiera; los acreedores de la mujer tendrán acción sobre los bienes heredados, legados o donados a ella, pero no sobre los bienes del marido, salvo cuando éste hubiere accedido como fiador o de otro modo a las obligaciones contraídas por la mujer, y será también responsable a prorrata del beneficio que hubiere reportado las obligaciones de la mujer, comprendiendo en este beneficio el de la familia común en la parte en que de derecho haya debido proveer a las necesidades de ésta; por su parte los acreedores del marido no tendrán acción sobre estos bienes a menos que probaren que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común, pero solo hasta la concurrencia del beneficio que le reportare el acto; 2° a la disolución de la sociedad conyugal, los frutos o rentas y adquisiciones entrarán en la partición de los gananciales, a menos que la mujer o sus herederos renunciaren a estos últimos, en cuyo caso el marido no responderá de las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada, que por ese hecho los acreedores podrán perseguirse sobre todos los bienes de ella.

Como cuestión previa de carácter histórico, es necesario tener presente que la última reforma otorgó una capacidad meramente nominal, sustitutiva de la denominación incapacidad relativa a la mujer casada en sociedad conyugal, al subsistir la administración marital. En lo que se refiere al contenido de las modificaciones propuestas en el artículo transitorio, considerando que la normativa permanente rige para los matrimonios celebrados desde la vigencia de la ley, en todo caso, subsiste la limitación para que la mujer administre los bienes que ella obtenga a título gratuito con anterioridad a la fecha de vigencia de la ley, por cuanto sigue siendo el marido el administrador de bienes aunque sea dentro de un ámbito mas restrictivo establecido por la nueva norma aprobada; en consecuencia, de conformidad a lo señalado es que se hace imprescindible que sea la mujer quien administre no solo los bienes adquiridos a título gratuito de conformidad a la nueva normativa aprobada, sino también y esto es lo que propone la indicación, relativo a los frutos o rentas de estos bienes. El fundamento radica que no pueden subsistir las normas discriminatorias en contra de las mujeres casadas con anterioridad a la vigencia de la ley, dado que para que sea efectivo el principio de equidad es imprescindible una norma paritaria para uno y otro cónyuge, es de esa manera que constituye un nexo causal con el principio de iguales derechos a hombres y mujeres, el que tiene rango constitucional, el cual desde la entrada en vigencia de dicha reforma a la Constitución, desde esa fecha, las normas de la sociedad conyugal en cuanto a la administración marital han pasado a ser inconstitucionales; a mayor abundamiento para reafirmar esto último cabe señalar que la Comisión Constituyente había establecido inicialmente el principio de iguales derechos a hombres y mujeres, el cual se eliminó, justamente entre otras razones porque entonces hacía imperativo modificar el régimen matrimonial. De ahí la urgencia de pasar de una capacidad nominal a una capacidad real y efectiva, para las mujeres casadas con anterioridad a la fecha de vigencia de la ley. No constituye argumento sostener que no se podría otorgar esta capacidad real a la mujer dado que no sería de la esencia comunitaria de la sociedad conyugal, porque de ser así, significaría que ni aun bajo el mandato del testador o donante o así establecido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, podría administrar los bienes propios o los frutos o rentas de éstos. Como cuestión accesoria, subsiste la norma de mantener el patrimonio reservado a la mujer casada, por cuanto se trata de un derecho adquirido de ella y no una mera expectativa. Un fundamento complementario; cabe tener presente: primero, es el referido a que si bien respecto de los cónyuges casados con anterioridad a la vigencia de la ley, podrían cambiarse tanto de administración como a otro régimen, se requiere en todo caso, el consentimiento de ambos cónyuges, por lo que ante la negativa del marido, solo le resta a la mujer solicitar la administración extraordinaria, la separación judicial o el divorcio, en cualquier caso significa la judicialización de la administración; segundo, si bien se aprobó también que la mujer unilateralmente pueda pedir la separación de bienes, tal como la definición señala -solo la separación de bienes-, es positivo, en cuanto impide la continuación de un administración descuidada o fraudulenta, pero no precave de ella hacia atrás, que lo sería con la administración al menos de lo que es de ella. En consecuencia, nada obsta a la modificación que se propone.

La indicación del diputado Arturo Squella –que finalmente se aprobó- era de similar tenor, solo que la administración separada de la mujer se restringe a cuando ella hubiere adquirido bienes en esa calidad, en lo demás se rige por las normas de dicho régimen bajo administración del marido, aplicándoseles las normas que entran en vigencia a los matrimonios anteriores a la fecha de vigencia de la ley.

Existen dos regímenes matrimoniales alternativos, el de separación de bienes- de general aceptación- y el de participación en los gananciales -de baja aceptación-.

El de separación de bienes, esto es que los patrimonios del marido y la mujer se mantienen separados, y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo, respondiendo cada cónyuge de su obligación, salvo que el otro accediere como fiador o de otro modo a las obligaciones del primero.

El de participación en los gananciales, los cónyuges al casarse deben realizar un inventario de bienes para determinar el patrimonio originario de cada cual; durante su vigencia opera como régimen separatista, exceptuando si un cónyuge otorgare cauciones personales a obligaciones de terceros, en cuyo caso requerirá el consentimiento del otro. Al finalizar este régimen, ambos deben realizar un inventario de bienes para determinar el patrimonio final y así determinar los gananciales de uno y otro, los que se suman y se dividen por dos, teniendo el o la cónyuge con menos gananciales un crédito en contra del otro pero solo por el excedente de dicho resultado y las gananciales obtenidas. La complejidad de este régimen patrimonial especialmente en la determinación de los patrimonios originario y final, ha significado una baja aceptación en los contrayentes, y no necesariamente se aplican las normas crediticias, por lo que muchas veces opera como simple separación de bienes.

Cualquiera fuere el régimen de que se trate, las normas señaladas precedentemente sufren modificaciones, en caso de que el inmueble que sirva de residencia principal sea declarado bien familiar, en cuyo caso se requerirá el consentimiento del otro cónyuge para enajenar o gravar o prometer enajenar o gravar.

Para efectos de cambio de régimen, por una sola vez puede realizar respecto de cualquiera de ellos entre sí: sociedad conyugal, separación o participación

En consecuencia, dicho proyecto constituye un avance en relación a la actuales normas que rigen la sociedad conyugal, sin perjuicio de algunas modificaciones necesarias, especialmente las referidas a la coadministración.