**Informe**

**Exposición del asesor en Seminario Internacional organizado por las Universidades de Talca, Mendoza y Cuyo con el patrocinio del Senado sobre “Derechos Civiles de las Mujeres”**

**Exposición Titulada**

**“Análisis al Proyecto de ley sobre reforma a la Sociedad Conyugal aprobado por la Cámara de Diputados”**

**Se hizo una exposición sobre determinados puntos relevantes del proyecto; una expresa mención al principio de iguales derechos para mujeres y hombres y de la administración conjunta como unilateral**

**Leonardo Estradé-Brancoli**

**Asesor Legislativo**

**19 de Junio de 2018**

Análisis al Proyecto de ley sobre reforma a la Sociedad conyugal

Norma sobre Igualdad entre la mujer y el marido

Las actuales normas sobre sociedad conyugal que como régimen legal y supletorio de la voluntad de las partes, le otorga de pleno derecho la administración al marido, se contradice con lo señalado en la Constitución de iguales derechos para hombres y mujeres, a la vez que vulnera la Declaración Universal de Derechos Humanos donde se consagra el principio de iguales derechos para el hombre y la mujer y también la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (sigla en inglés Cedaw) suscrito y ratificado por el Estado de Chile.

Hay que tener presente que es de técnica legislativa que frente a un conjunto de artículos específicos sobre un materia determinada, debe establecerse un artículo de principio de carácter general que refleje el sentido de esos artículos. Siguiendo ese criterio, se establece un principio de igualdad de derechos entre la mujer y el marido, que viene a ser concordante y reafirmado por el principio constitucional de iguales derechos para hombres y mujeres.

La norma “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, comunidad de gananciales y separación de bienes; 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

Administración en sociedad conyugal

Administración Unilateral del marido o la mujer

Lo aprobado por la Cámara de Diputados especifica que la administración unilateral de uno u otro cónyuge en la sociedad conyugal tiene como límite la declaratoria de bien familiar, solo que ésta en vez de permanecer en el párrafo 2 del Título VI del libro Primero, ahora lo es del Título XXII-4 al que se traslada como uno nuevo, porque es mas lógico su ubicación posterior a los regímenes matrimoniales y no como parte de un título de derechos y obligaciones, que ahora pasa a ser derecho y deberes.

Para ser concordante con la disposición general de bien familiar, lo señalado para la sociedad conyugal, es de técnica legislativa hacerlo también extensivo a los demás regímenes: el de comunidad de gananciales y separación de bienes, en sus artículos respectivos.

Lo que aprobó la Cámara de Diputados es lo siguiente:

Habiendo administración del marido, los bienes sociales aportados por éste requerirá el consentimiento de la mujer respecto de los inmuebles, muebles registrables, naves, aeronaves, derechos y concesiones, no así los bienes reservados que tenga la mujer en esos mismos casos, de los que puede disponer libremente, lo que significa que tiene prerrogativas y facultades mucho mayores, porque no debe solicitar ninguna autorización en esos mismos casos (no solo los inmuebles, sino los muebles registrables, naves, aeronaves, derechos y concesiones ese es el punto central, vale decir la amplitud de éstos), pero con el nuevo régimen por algo ella voluntariamente le ha otorgado a él la administración, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (lo que no sucede con la antigua sociedad conyugal bajo la cual se impone la administración marital); de alguna manera con la norma aprobada por la Cámara de Diputados se desnaturaliza el sentido de ser el marido el administrador por una sobreprotección a la mujer (será fuente de críticas por lo amplio de las situaciones de desigualdad inversa que favorecen a una mujer que no administra en esta desigualdad inversa, que con la norma propuesta no se produce en demasía, porque se restringe únicamente al inmueble adquirido a título oneroso que las mas de las veces será la residencia de ambos cónyuges, y por eso se justifica la restricción, sin perjuicio de la posible declaración de bien familiar, pero solo esa). Debe además tenerse presente que el marido solo administra los frutos o rentas del bien propio de la mujer, lo que implica un ámbito de suyo mas restrictivo.

La hipótesis mas probable es que los cónyuges opten por la coadministración, que por ley es supletorio de la voluntad de las partes, y serán ampliamente mayoritarios; por lo que es necesario reforzar esta modalidad para proteger adecuada y efectivamente los intereses de la mujer, ello se logra con exigir el consentimiento conjunto de ambos cónyuges para enajenar, gravar o prometer enajenar o gravar en todos los casos señalados precedentemente. En cambio, la administración del marido o la mujer no debiera ser superior al 5% del total de matrimonios en sociedad conyugal.

Ahora bien, si la administración es de la mujer ella o requerirá del consentimiento del marido en esos casos salvo que se trate del inmueble aportado, y si el marido en virtud del patrimonio reservado social para enajenar o gravar o prometer enajenar o gravar en todos los casos señalados precedentemente sí requerirá del consentimiento de la mujer, por lo que se salva adecuadamente los intereses de la mujer, pero ahora como administradora en que solo requiera del consentimiento del marido que no administra para enajenar o gravar o prometer enajenar o gravar el inmueble aportado por ella, pero sin las demás restricciones, que de haberlas haría mas engorrosa su administración; sumando un argumento mas a lo innecesario de la no existencia de bienes reservado para el hombre, si en vez de ello tiene bienes reservados sociales con la consiguiente restricción.

A lo anterior, cabe tener presente la responsabilidad que le cabe al marido administrador, con los bienes propios de él y lo sociales que para los terceros se consideran un solo patrimonio, con solo la excepción de los de la mujer si le hubiere beneficiado y hasta la concurrencia de dicho beneficio; en concordancia con aquella norma de que responde de la totalidad de las deudas sociales. Sería un argumento mas para otorgarle una administración mas efectiva.

Además hay que tener presente que es deseable darle continuidad en la mayor medida posible a la administración del marido en el antiguo sistema de sociedad conyugal aunque fuere impuesto respecto del nuevo que no lo es, por lo demás va a ser excepcional con la ley que entra en vigencia y precisamente es deseable se modifique lo menos posible, aceptando solo la restricción de administración al ámbito de aplicación a frutos o rentas del bien propio.

Por último, cuando una norma se sobredimensiona en un sentido, se desequilibra en otro, que en este caso el equilibrio está en una facultad efectiva al cónyuge administrador con los resguardos necesarios para el no administrador, teniendo presente el criterio de discriminación positiva en favor de la mujer, sea como no administradora o como administradora.

Téngase presente que para una norma transitoria, respecto de los matrimonios celebrados con anterioridad a la presente ley, donde impera una administración marital impuesta por ley, se propone que la mujer tenga de pleno derecho la separación parcial de bienes sin perjuicio de su patrimonio reservado, lo que viene a reafirmar la protección a los intereses de la mujer sin caer en sobreprotección.

Resumiendo la argumentación:

1° Si hay administración del marido, y la mujer tiene bienes reservados, él deberá solicitar autorización a ella, pero no ella a él, de darse dicha situación, en los hechos será una suerte de administración de la mujer, y si la mujer no tiene bienes reservados, en el hecho será de coadministración; pero formalmente la administración será del marido, o sea solo nominal, no siendo esa la intención de los contrayentes.

2° Hay que tener en cuenta que una restricción en demasía a la administración del marido, afecta también a la administración de la mujer, porque la norma es genérica, y aunque el patrimonio reservado del marido sea restrictivo, el efecto será el de una suerte de coadministración encubierta, no siendo esa la intención de los contrayentes.

3° Si se pretende una mayor protección a la mujer, ésta se da otorgándole de pleno derecho la separación parcial amplia propiamente tal a las casadas con anterioridad a la vigencia de la ley, y para las casadas posteriormente, dicha protección radica en la coadministración donde sí operan todas las limitaciones, además está la propia administración de la mujer, y adicionalmente el régimen de comunidad de gananciales; en cuanto a la administración del marido, es de suyo mas restrictiva por cuanto abarca solo los frutos del bien propio en relación a la norma vigente que incluye el bien propio y los frutos del otro cónyuge; lo que se propone como restricción es comparativamente igual a la que rige en la actualidad, esto es referida al inmueble social aportado por el marido, porque en ese caso tiene la limitante de requerir el consentimiento de la mujer.

4° Por último una protección verdaderamente especial, es la referida a considerar a la mujer que adquiere un bien inmueble con subsidio habitacional del Estado, cualquiera fuere el régimen en que esté casada o tipo de administración aún si ella misma fuere administradora, de considerarla separada de bienes no solo para efecto de adquirir, sino también para disponer; todo esto porque se trata de una mujer mas vulnerable comparativamente con las demás perteneciente a grupos socioeconómicos de mayores ingresos.

5º Si para la actual administración del marido mas amplia de la que se propone (con la legislación aún vigente abarca tanto los bienes propios y frutos de éstos pertenecientes a la mujer; con la legislación que se propone la administración incluye solo los frutos del bien propio), tiene como límite la enajenación o gravamen requerir el consentimiento de la mujer, es suficiente protección, con mayor razón si se tratare de una administración ahora ejercida tanto por el marido como por la mujer limitada solo a los frutos de un bien propio del otro cónyuge, mas aún cuando con la con la triple administración que se propone, ésta modalidad unilateral tendrá como opción un bajo porcentaje de contrayentes.

6º Es de toda lógica, que con la triple administración propuesta, se debe diferenciar claramente la administración unilateral de uno u otro cónyuge con la coadministración, que en todo caso será mayoritaria, dentro de este régimen y respecto de los demás alternativos.

La norma actualmente vigente establece la administración ordinaria del marido, pero la administración extraordinaria puede tenerla la mujer en su calidad de curadora. La norma de poder donar bienes de poca monta la podría realizar tanto el uno como el otro, por eso se coloca en un párrafo distinto a una y otra administración, a la ordinaria y extraordinaria.

Sin embargo, con la administración ordinaria que se propone, la pueden detentar tanto el marido como la mujer a elección de los contrayentes, y entonces lo lógico es colocar dicha disposición en el artículo que corresponda a la administración ordinaria, esto es el 1749, y como inciso final por ser excepción a las diversas autorizaciones que limitan al cónyuge administrador, y como en este caso particular no tiene dicha limitación son entonces excepcionales a la disposición específica de la donación y demás actos jurídicos que sí las tiene; de ahí su ubicación al final del artículo.

Administración Conjunta

Según lo aprobado por la Cámara de Diputados se coloca como actos indistintos de uno u otro cónyuge al inicio, cuando éstos son meramente residuales, esto es, se altera formalmente el orden de importancia, por cuanto en orden de importancia primero se debe colocar los actos de administración conjuntos y después los indistintos por ser residuales.

Según lo aprobado por la Cámara de Diputados, hay administración conjunta del marido y la mujer respecto de actos estimados como importantes tratándose de bienes sociales inmuebles, 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, además de arrendar un bien raíz urbano por mas de dos años o rural mas de cuatro; 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; la misma exigencia para acciones de sociedades anónimas o participación en sociedades civiles o comerciales, derechos o concesiones inscritos, naves o areonaves, vehículos motorizados, este tipo de bienes son muebles registrables, pero en estos últimos casos podrá otorgarse mediante mandato general, lo cual es positivo para la agilidad de los negocios especialmente tratándose de acciones bursátiles.

La razón de la mayor exigencia radica en la valoración de esos bienes y por la plusvalía que tienen al menos esa es la expectativa todo lo cual hace que tenga un sentido de comunidad para compartir los intereses de uno y otro, cumple a su vez con el objetivo de evitar la posible defraudación que uno haga del otro.

Los bienes inmuebles y muebles señalados se espera una mayor valoración por el solo hecho de tenerlos, pero según las leyes del mercado podría haber tanto valoración como desvaloración, con la excepción de los vehículos motorizados, que por el solo hecho de tenerlos pierde valor desde el momento de la compra, característica peculiar que no tienen los otros, pero que justifica su venta cada cierto tiempo, no así necesariamente los otros, que por la dinámica de éstos debe requerirse el consentimiento de ambos, pero no del vehículo motorizado, que además el cónyuge respectivo lo percibe como personal.

En cuanto al arrendamiento de un bien raíz por menos de dos años si es urbano o menos de cuatro si es rural y los demás bienes muebles no registrables oficialmente; la Cámara de Diputados estableció que uno u otro cónyuge podían actuar indistintamente, fundado que era mas conforme a un régimen de comunidad que fuera indistinto.

A lo anterior cabe tener presente tres aspectos: el primero, la prueba de quien aporta el bien, segundo, el valor económico del bien y tercero, el valor afectivo del bien; son esos tres factores los que deben conjugarse para determinar si dentro de un sistema de comunidad para bienes inmuebles o arriendo por mas de dos o cuatro años según la naturaleza del bien. Primero, en cuanto a la prueba, hoy en día es fácil determinar quien lo aportó, si se trata de un vehículo motorizado éste se inscribe en el registro civil; si se trata de un cuadro el martillero o anticuario por regla general lleva un registro particular donde consta quien lo compra; y de otros bienes como joyas, libros, enceres doméstico, se está al tipo de pago y el comprobante correspondiente, en cuanto al pago se efectúa mediante tarjeta de crédito o débito, transferencia bancaria y en menor grado cheque, todo ello consta quien compra y si además se le entrega factura también consta y aún si solo se entrega boleta pero la tienda acumula puntaje aparece el rut en la boleta de quien compra. Segundo, en cuanto al valor económico, podría tratarse de bienes de alto valor como ciertos cuadros, libros, etc, que el cónyuge aportante siente como propio. Tercero, en cuanto al valor afectivo, con mayor razón el cónyuge aportante lo siente como propio, que por ese hecho amerita que la disposición la haga el cónyuge aportante y no el otro, porque de ser así se está despojándolo de lo que siente le pertenece, además disponer el otro cónyuge de un bien no aportado por éste, sabiendo el significado que tiene para su consorte podría implicar un tipo de violencia intrafamiliar, y en tal caso la conducta es jurídicamente reprochable.

En consecuencia, es mas acorde con un sistema de comunidad, la administración conjunta para un tipo de bienes y separada para los demás, pero no indistinta, que de suyo es mas bien contrario al espíritu comunitario.