

DERECHO CIVIL/FAMILIA

Sociedad conyugal y comunidad de gananciales.

Críticas a su proyecto de reforma

Mauricio Tapia Rodríguez, Profesor de Derecho Civil. Departamento de Derecho Privado. Universidad de Chile

RESUMEN: *Analiza el autor la pertinencia de eliminar de nuestro sistema jurídico el régimen de sociedad conyugal como legal y supletorio y reemplazarlo por otro, como se postula en un proyecto de ley en actual tramitación¹.*

Para ello, expone: algunas observaciones acerca de la función del derecho de familia; la evolución que ha tenido la regulación patrimonial del matrimonio en Chile; los modelos principales de familia que existen hoy; y, finalmente, los regímenes patrimoniales que pueden considerarse más aptos para esos tipos de familia.

I. FUNCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN NUESTRA SOCIEDAD²

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 por el contrario, constituye una reacción al cambio social operado en la práctica.

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

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.

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.

II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN CHILE

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 ese es, 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.

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.

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 (aquel 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 (aquellas donde la mujer también participa en la generación de ingresos, y los padres comienzan a repartir las responsabilidades en cuanto a los hijos).

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 responsabilidad respecto del hogar y de los hijos, o delegan todo o parte de tales tareas en terceros.

Para ese modelo de familia se pensó, a comienzos de la década del 90, 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, su compleja aplicación práctica ha 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, da 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.

III. MODELOS PRINCIPALES DE FAMILIA EN CHILE

En la actualidad, para responder a la pregunta de si es necesario crear un nuevo régimen de bienes como el propuesto en el Proyecto³ u otro distinto, es imprescindible plantearse la interrogante de qué modelos principales de familia existen en la actualidad en nuestra realidad social.

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 trabaja, puede sostenerse que una parte importante de la población chilena, esencialmente aquella que vive en el campo o que vive en las ciudades como clases asalariadas, tiene una estructura muy similar a aquella 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).

¹ Este texto corresponde a un extracto de los comentarios presentados por el profesor Mauricio Tapia al Proyecto de reforma a la sociedad conyugal y creación del régimen de comunidad de gananciales (Boletín N° 1707 - 18), en sesión de la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 25 de agosto de 2007.

² Un análisis más detallado de esta materia se puede encontrar en el libro del autor: *Código Civil. Evolución y perspectivas 1855-2005* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005) pp. 102 a 135.

³ Proyecto de ley presentado al Congreso Nacional en el año 1995, por moción de los diputados María Antonieta Saa; Fanny Pollarolo; Marina Prochelle; Tomás Jocelyn-Holt; Andrés Palma y Aníbal Pérez.

(ii) Un segundo modelo es aquel en que los cónyuges 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.

En este modelo existen también matices, como aquellos 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.

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), etc.

IV. REGÍMENES PATRIMONIALES MÁS APTOS PARA ESOS MODELOS DE FAMILIA

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.

Puede estimarse que son *regímenes de bienes primarios* aquellos 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 del 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.

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).

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. Porque 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 al 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 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.

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 la 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 existe al interior de este modelo, aquellos 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. Cualquiera desequilibrio, en este caso, también puede suplirse por la "compensación económica".

CONCLUSIONES

1º Considerando lo expuesto, los regímenes de bienes del matrimonio presentarán a los cónyuges tres alternativas, 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 una administración y una propiedad siempre separada entre los cónyuges, durante y al término del matrimonio.

2º En relación a 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.

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.

3º 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", (ii) La figura de la "compensación económica", (iii) Los propios deberes y derechos recíprocos entre cónyuges durante el matrimonio.