

Angélica Ceballos Yáñez

Estudio sobre el Art. 1754 del Código Civil

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la - Universidad de Chile -

H. DER
7ea
1

SANTIAGO DE CHILE

1934

Imp. AUSTRAL - Juarez 139.

5111-344

Biblioteca de la Escuela de Derecho de Santiago

UNIVERSIDAD DE CHILE

Clasificación:

Volumen N.º

Ubicación: 5-III-344

22

1/2

3
5
1

Angélica Ceballos Yáñez

1-401889

TUCH, DEE

C3872a

1934

c.A

Estudio sobre el Art. 1754 del Código Civil



Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la - Universidad de Chile -

22222

SANTIAGO DE CHILE

1934

Agosto 86. -
CATALOGADO

Estudio sobre el Art. 1754
del Código Civil



53333

IMPRESO EN CHILE

1934

COMISION EXAMINADORA

La comisión que prestó su aprobación a esta memoria estaba compuesta por los siguientes profesores examinadores

Don Guillermo Guerra, Decano de la Facultad y Profesor de Derecho Internacional Público.

Don Humberto Trucco, Profesor de Derecho Procesal.

Don Pedro Lira, Profesor de Derecho Civil.

Don Valentin Brandau, Profesor de Derecho Penal.

Don Alejandro Parra, Profesor de Economía Política.

Don Enrique Rodriguez Mac Iver, Profesor de Derecho Constitucional.

INTRODUCCION

El art. 1754 que indica la forma de enagenación de los Bienes Raices de la mujer casada, es talvéz una de nuestras disposiciones legales en cuya interpretación nos encontraremos con mayores dificultades y controversias; se presentan en ella, situaciones jurídicas de carácter indefinido o ecléctico que pueden bien encuadrarse en diversas instituciones legales, todo lo cual hace que nuestro raciocinio vacile, antes de emitir una opinión definitiva y más o menos ajustada a derecho

Entre nosotros, la citada disposición constituye uno de los problemas legales más debatidos, y las soluciones que en un sentido u otro se pretenden son de la mayor importancia por las consecuencias prácticas que traen consigo.

Por estas consideraciones hemos elegido su estudio como tema de la presente tesis.

En ella no solo nos limitamos a exponer la materia y sus correspondientes doctrinas jurídicas, sino también entramos a analizar y criticar detenidamente esas doctrinas para poder adoptar así la solución que según nuestro criterio, aparezca más ajustada al espíritu del legislador y al tenor literal de la disposición.

Con este sistema hemos tratado en lo posible de investigar la verdad jurídica, investigación que hemos efectuado a la luz de nuestros conocimientos de estudiante.



CAPITULO I

Nociones preliminares

Nuestro Régimen de Bienes y sus relaciones con el Régimen Dotal

LEGISLACION COMPARADA

Nuestro Código legisla sobre esta importante materia en el párrafo cuyo epígrafa es: «DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y DE LA SOCIEDAD CONYUGAL». Admite las estipulaciones como base de relaciones económicas entre los cónyuges, que han de otorgarse y sólo pueden modificarse antes de celebrado el matrimonio; a falta de pacto escrito por el sólo hecho de la unión, se entiende contraído un régimen cuyo carácter imperante es el de comunidad de gananciales, decimos carácter imperante, pues, participa del régimen de comunidad de muebles y ganancias del Código Francés (aunque con la obligación de restituir el valor de los bienes muebles según sea el que tengan en el momento del aporte o adquisición) y presenta también semejanzas y reminiscencias del régimen dotal, no sólo porque la ley expresamente reconoce la dote en el párrafo del Título XXII del Libro IV del Código Civil (aun cuando esta dote es muy diversa de la reconocida en la ley romana, pues, en realidad, no constituye más que una donación por causa de matrimonio;) sino también por la disposición consagrada en el artículo 1754, por la cual se prohíbe la enagenación de los bienes raíces de la mujer, sin la observancia previa de ciertos requisitos, que como sabemos es el rasgo distintivo y peculiar del sistema dotal.

Si bien es cierto que Don Andrés Bello, al establecer nuestra sociedad de bienes, equipara los bienes dotalés y parafernale establece en resguardo del patrimonio femenino la disposición del artículo 1754 consecuencia del artículo 144, el cual es reproducción casi exacta de una disposición dotal francesa (Código Francés) y del artículo 234 del Proyecto de Código de Goyena, que reglamenta los bienes dotalés de la mujer, adquiere de esta manera nuestro régimen ciertos caracteres de dotalidad. Existe pues, entre nosotros una presunción de dota-

lidad general, una enagenabilidad que resulta directamente de la ley, como sucede en España, en otros países, por el contrario, es necesario una constitución dotal expresa (Francia, Italia, Portugal, Austria, etc.)

Nuestra dote si así la podemos llamar, vendría a estar constituida por el conjunto de bienes propios de la mujer, cuya administración corresponde al marido y cuyos frutos ingresan al haber social. Esta es una de las diferencias esenciales que presenta nuestro régimen en su aspecto dotal con el sistema dotal exclusivo.

Dote, en el sentido estricto de la palabra, es el conjunto de bienes de la mujer que se entregan al marido para facilitar a éste medios y ayuda para el sostenimiento de las cargas matrimoniales. El artículo 1550 del Código Francés la define también en forma parecida: conjunto de bienes que la mujer aporta al marido para soportar las cargas del matrimonio, y el artículo 1549 agrega que los frutos de los bienes dotales pertenecen al marido.

El Código Español por su parte, le da al marido la administración y usufructo de los bienes dotales.

Como se ve, pues, una de las características principales del régimen dotal (y que algunos juzgan esencial aunque a nuestro juicio no lo es, pues, el régimen de unión de bienes el marido llega a ser propietario del aporte femenino y libre de disponer de él), la constituye el hecho de darle al marido poderes especiales sobre la dote, no sólo el de administración sino también el de gozar de ella y aprovecharse de sus economías en provecho exclusivo suyo en lo que sobrepase a los gastos del menaje. Al no hacerlo así nuestro régimen se aparta de uno de los caracteres del concepto dotal.

También podemos señalar otras diferencias, que dicen relación con los requisitos establecidos por la ley para la enagenación y garantía de la dote. Estableceremos para ello un paralelo entre nuestro régimen en su aspecto dotal, y los regímenes dotales absolutos existentes en Francia y España.

Para la enagenación de aporte femenino, se exige entre nosotros consentimiento de la mujer, y autorización judicial con conocimiento de causa, acreditándose facultad concedida al marido para proceder a la enagenación, o bien, necesidad o utilidad manifiesta de la mujer.

El Código Francés se muestra mucho más estricto, estableciendo una prohibición casi absoluta de enagenación (arts. 1554 a 1560).

El Código Español, por su parte, solo exige el consentimiento del marido; como se ve la protección que se dispensa a los bienes de la mujer, es muy débil, lo que ha hecho decir al célebre autor Manressa lo siguiente: «España, acepta un régimen dotal atenuado, moderado, sombra de lo que fué. El

verdadero régimen dotal, lleva consigo la enagenabilidad de los bienes dotales, al quitarle en los tiempos modernos este carácter, conserva su nombre, pero ha abdicado en sus principios más fundamentales.

Ahora en lo referente, a la garantía de los bienes dotales los bienes de la mujer gozan entre nosotros de un privilegio de cuarta clase.

En Francia y España la mujer goza de hipoteca legal sobre los bienes del marido.

Creemos oportuno decir que en nuestros proyectos de Código Civil se aceptaba la hipoteca legal de la mujer; así, el artículo 271 del proyecto de 1847 establecía: «la mujer tiene hipotecas sobre los bienes del marido y sobre el haber social para seguridad de sus bienes propios, en cuanto constare por escritura pública el aporte o adquisición de estos bienes. Y agregaba más adelante: «correrá esta hipoteca desde la fecha de celebración del matrimonio».

El proyecto de 1853 reproducía en términos más o menos parecidos la disposición citada.

Este proyecto fué sometido a una doble revisión; la forma en que quedó después de la primera revisión difiere notablemente del proyecto de 1853 y del que fué promulgado como ley de la República en 1855; este proyecto en su mayor parte inalterado establecía en su artículo 153: «Por el hecho del matrimonio quedan hipotecados generalmente los bienes del marido a la seguridad de los que la mujer haya aportado al matrimonio o durante él adquiriera.

En lugar de esta hipoteca general o tácita, se establecieron después en el Código otras garantías que asegurasen los bienes de la mujer en manos del marido, por lo tanto la hipoteca de que hablamos llegó a ser inútil, y fué en consecuencia suprimida.

Así, pues en resumen, nuestro régimen de comunidad de gananciales, lleva en sí ciertos caracteres de dotalidad, lo cual se comprende perfectamente, pues, siendo la enagenabilidad la característica esencial del régimen dotal, es susceptible de separarse y adaptarse a cualquier régimen; no pudiendo decirse por esto que el régimen así formado sea un régimen dotal, pero sí que envuelve dotalidad.

CAPITULO II

Interpretaciones del artículo 1754

«No se podrán enagenar ni hipotecar los bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer y previo decreto de juez con conocimiento de causa.

Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad. Las causas que justifiquen la enagenación o hipoteca-ción serán otras que éstas:

1.º—Facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales;

2.º—Necesidad o utilidad manifiesta de la mujer

PARRAFO I

Modificaciones que ha sufrido dicho artículo hasta llegar a su forma actual

El proyecto de 1847 reglamentaba la enagenación de los bienes de la mujer en el artículo 267 que decía al respecto: «Se prohíbe al marido sin el consentimiento de la mujer, enagenar u obligar los bienes de la mujer que esté o pueda estar obligado a restituir en especie.

La autorización de la justicia previa información de utilidad podrá suplir el consentimiento de la mujer en todos los casos en que esta se hallare imposibilitada de prestarlo.

Para que el marido pueda enagenar los bienes de la mujer o gravarlo con hipotecas, censos o servidumbres, deberá intervenir en todo caso la autorización del juez, que no la concederá sino por causa grave como para el pago de deudas propias de la mujer, para el establecimiento de descendientes comunes, para el de los descendientes de la mujer, provenientes de un matrimonio anterior, para el mantenimiento de la familia, no bastando para esto los bienes sociales del marido, o por la manifiesta utilidad de la enagenación o gravámen.

Vemos, pues, que este proyecto hacía diferencia entre los bienes muebles y raíces de la mujer, exigiendo para la enage-

nación de estos últimos, además del consentimiento de la mujer, la autorización judicial concedida por causa grave, para lo cual la ley cita por vía de ejemplo, varios casos que constituyen causa grave, o bien, por manifiesta utilidad de la enagenación o gravámen, utilidad que podrá ser tanto de la mujer como de la sociedad conyugal, puesto que la ley no hacía distinción alguna.

Para la enagenación de los bienes muebles de la mujer, la ley solo exigía consentimiento de ésta, y la autorización judicial, sólo intervenía en el carácter de supletoria.

El proyecto de 1853 trataba de la materia que analizamos en el artículo 1918, decía esta disposición: «No podrá el marido sin el consentimiento de la mujer enagenar u obligar los bienes raíces que esté o pueda estar obligado a restituir en especie.

La autorización de la justicia previa información de utilidad podrá suplir el consentimiento de la mujer, en todos los casos que ésta se hallare imposibilitada de hacerlo.

Este proyecto, a diferencia del proyecto de 1847, se refería solamente a los bienes raíces, que el marido está o podía estar obligado a restituir en especie, exigiendo para la enagenación únicamente el consentimiento de la mujer; la protección de los bienes raíces quedaba, pues, desamparada, al no exigirse la intervención tutelar de la justicia.

La justicia solo intervenía en el caso de imposibilidad de la mujer de manifestar su voluntad, es decir, sólo con el carácter de supletoria.

Por su parte el artículo 170 del mismo proyecto se refería sólo a la mujer menor de edad, en los siguientes términos: «Si la mujer es menor de 25 años, no se podrán enagenar ni hipotecar sus bienes raíces sin autorización judicial.»

Autorización ésta que ha nuestro juicio debe darse sólo con el carácter de supletoria, pues, esta disposición debe interpretarse en armonía con el citado artículo 1918 inciso 2.º.

Por último, el proyecto inédito establecía en su artículo 1916: «No se podrán hipotecar ni enagenar, los bienes de la mujer que el marido este o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer y previo decreto judicial con conocimiento de causa.

Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad.

Las causas que justifiquen la enagenación a gravámen no serán otras que estas:

I.—Facultad concedida al marido en las estipulaciones matrimoniales

II.—Necesidad o utilidad manifiesta.»

Comparando esta disposición con la que nos rige actualmente, no encontramos otra que la siguiente: el proyecto inédito

dito exigía que se acreditara para proceder a la enagenación, necesidad o utilidad manifiesta, pero como no determinaba respecto de quien debía extenderse dicha necesidad o utilidad, se deduce, que podía referirse tanto a la sociedad conyugal como a la mujer; el artículo 1754 actual, establece expresamente, que esta necesidad o utilidad debe ser exclusiva de la mujer.

Este último complemento no existía en la redacción primitiva de este artículo y sólo fué agregada posteriormente de puño y letra de Don Andrés Bello.

PARRAFO II

Determinación de los bienes raíces que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie.

En el estudio de la disposición legal que analizamos, la primera cuestión que se nos presenta es la siguiente: ¿Cuales son estos bienes raíces que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie?

Examinaremos unos y otros aisladamente,

El marido está obligado a restituir en especie, todos aquellos bienes raíces de la mujer que existían al momento de la celebración del matrimonio, pues, no están comprendidos en la enumeración taxativa del artículo 1725, que indica los bienes que ingresan a la sociedad conyugal; salvo que dichos bienes hayan sido apreciado en las capitulaciones matrimoniales, pues en este caso se entiende que han sido vendidas a la sociedad y por lo tanto el marido se hace dueño y puede disponer de ellos sin ninguna limitación

El marido también está obligado a restituir en especie, aquellos bienes raíces adquiridos por la mujer durante el matrimonio a título de donación, herencia o legado, lo cual se desprende del artículo 1726; salvo, también, que dichos bienes hayan sido apreciados en instrumento público otorgado al tiempo del aporte.

Se deben, por último restituir en especie los inmuebles que fueron debidamente subrogados a otros inmuebles propio de uno de los conyuges (artículo 1727 N.º 1); y los inmuebles comprados con valores propios de uno de los conyuges destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

Determinados ya los bienes que el marido está obligado a restituir en especie, entraremos a ocuparnos de aquellos que pueden estar obligados a restituir en dinero. El artículo 1725 N.º 6 dispone: «El haber de la sociedad conyugal se compone N.º 6 De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.

Se expresará así en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte, desligándose el valor, y se procederá en los demás casos como en el contrato de venta de bienes raíces.

Si se estipula que el cuerpo cierto que la mujer aporta, puede restituirse en dinero a elección de la misma mujer o del marido, se seguirán las reglas de las obligaciones alternativas.

Como se vé dicho artículo constituye una excepción a la regla de que los cónyuges conservan la propiedad de sus bienes raíces existentes en el momento de la celebración del matrimonio o que se adquieran dentro de él a título gratuito; es una excepción que modifica la situación de los bienes raíces de la mujer en dos formas: o bien se parecía su valor para que la sociedad lo devuelva en dinero, es decir, se vende a la sociedad o bien de acuerdo con el inciso final del artículo 1725 N.º 6 se estipula que el inmueble se puede restituir en dinero o en especie, a la elección de la mujer o del marido y se siguen las reglas de las obligaciones alternativas.

En el primer caso, como dijimos anteriormente, el inmueble entra a formar parte de la sociedad, y se identifica con los bienes del marido, quien puede disponer libremente de éste aporte o por esta adquisición.

En el segundo caso debemos distinguir dos situaciones: si se estipula que la elección le corresponde a la mujer, el marido entonces puede estar obligado a restituir este bien en especie, puesto que la mujer en el momento de la disolución de la sociedad puede optar por la finca misma, o bien por su valor, este último seguramente le hará si el precio se halla despreciado, desvalorizado.

Pero si se estipula expresamente que la elección le corresponde al marido, este puede disponer libremente del inmueble, porque en caso que lo enagene responderá a la mujer por su valor si nada se estipula la elección le corresponde, también el marido, pues se deben seguir las reglas de las obligaciones alternativas, y en ellas la elección le corresponde al deudor, al menos que se haya pactado lo contrario. (art. 1600 del Título IV, del Libro IV)

Corroboro lo que acabamos de decir la historia de esta disposición; así, el artículo 1917 del proyecto de 1853, establecía lo siguiente: «Si se expresa que alguna o algunas de las especies que la mujer aporta puedan restituirse en dinero, la elección disuelta la sociedad le corresponderá al marido, salvo que esta elección se de especialmente a la mujer».

El proyecto, pues determinaba expresamente a quien le correspondía la elección; podemos notar también que no se hacía diferencia entre bienes muebles e inmuebles, pues se refería a las especies o cuerpos ciertos, así ambas clases de bienes podían ser objeto de estipulación. Actualmente el ar-

tículo 1725 N.º 6 habla sólo de los bienes raíces, no parece referirse a los bienes muebles aun cuando esta es cuestión discutibles.

¿Este aporte a que se refiere el artículo 1725 N.º 6, puede hacerse durante la vigencia de la sociedad? se argumenta en sentido contrario, invocando el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales; por otra parte, se dice este aporte de la mujer importa en el fondo una verdadera venta, la ley expresamente lo reconoce al establecer que debe procederse como en el caso de venta de bienes raíces, y se agrega entonces ¿no es esta una venta entre conyuges? y ¿no es ella nula en conformidad al artículo 1796?

Creemos sin embargo, que aún cuando la ley se sirve de la palabra aporta que en general se emplea para indicar los bienes que se llevan al matrimonio, en contraposición a las adquisiciones que se hagan durante él, este aporte se puede verificar durante el matrimonio, pues la disposición que analizamos establece que la apreciación del bien raíz debe hacerse en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte, con lo cual se ha querido referir al caso en que el aporte se verifica después de celebrado el matrimonio, porque si se hiciera antes bastarían para ello las capitulaciones matrimoniales, pues sería muy extraño que hubiese querido indicar un inmueble adquirido y aportado en el breve espacio de tiempo que media entre el otorgamiento de las capitulaciones y la celebración del matrimonio.

Ahora bien, la ley al hablar de *otro instrumento público* se refiere sin duda a la escritura pública que es el modo como se perfecciona la compra-venta de bienes raíces.

Don Luis Claro Solar, se pronuncia en favor de esta solución y dice como sigue: (1) «Los bienes raíces de la mujer aportados al matrimonio al tiempo de su celebración o durante él pueden o no formar parte del haber social».

«Formar parte de él cuando han sido apreciados para que la Sociedad le restituya su valor en dinero a su disolución».

«Esta apreciación que en el fondo puede tener los caracteres de una verdadera venta o de una obligación alternativa debe hacerse en las capitulaciones matrimoniales; respecto de los bienes existentes en el momento de la celebración, o en instrumento público otorgado al tiempo del aporte, cuando este tiene lugar durante el matrimonio, en que se designará el valor atribuido a los bienes».

Ahora bien, en la expresión bienes raíces de que se vale el artículo 1754 se comprenden también los bienes incor-

(1)—Derecho Civil Chileno T. II pág. 149 N.º 990

porales inmuebles, es decir, los derechos y acciones que según el artículo 580 se reputan inmuebles según la cosa en que se ejerzan o que se deba? Nos pronunciamos por la afirmativa. Pues, a pesar que el artículo 1754 parece referirse sólo a las cosas corporales, sabemos que según el artículo 568, inmuebles o bienes raíces son expresiones sinónimas, y las cosas corporales como las incorporeales o derechos admiten la división en muebles e inmuebles. (1)

Nuestra modesta opinión se haya confirmada por la jurisprudencia, así podemos citar un fallo de Corte suprema de 17 de Agosto de 1910, (2) que estableció que deben aplicarse los requisitos del artículo 1754, para enagenar los derechos que la mujer casada tiene sobre una salitrera, pues, estos derechos deben reputarse inmuebles.

Ahora enunciaremos una cuestión relacionada con el asunto de que tratamos ¿el marido debe atenerse a los requisitos del artículo 1754 para enagenar la cuota hereditaria la que tenga parte su mujer, si esa cuota comprende bienes raíces?

La solución de esta cuestión depende del criterio que se adopte para considerar la naturaleza jurídica de la indivisión hereditaria; es ella un bien mueble, o raíz o una universalidad distinta e independiente de cada uno de los bienes que la forman?

Apreciación ésta que es de gran importancia, por los efectos jurídicos que produce, y en lo tocante a nuestro estudio, respecto a la forma de enagenación de los bienes raíces de la mujer, si la mencionada cuota se considera como bien mueble ingresa en el haber social y el mando libre de disponer de ella sin ninguna traba ni requisito (art. 1725 N.º 3) en tanto que si se estima que es inmueble se deben observar en su enagenación los requisitos del artículo 1754, de esta manera los intereses de la mujer se encontrarían garantidos; y por último si se considera que es una universalidad abstracta, tendríamos que llegar a la conclusión que ella no se haya comprendido en la citada disposición.

Autorizados juriscónsultos extranjeros y chilenos se pronuncian por la doctrina clásica romana: la absorción automática del patrimonio del de cujus en el patrimonio particular de cada heredero, en otras palabras, el derecho del heredero recae sobre cada bien particular de la herencia, de tal manera que si se vende o cede una cuota hereditaria que comprende bienes raíces esta venta o cesión sería de dicha clase de bienes, y todas las disposiciones al respecto le serían aplicables.

(1) Debemos hacer notar, sin embargo, que las expresiones inmuebles y bien raíz no son perfectamente equivalentes; **inmuebles**, es una expresión genérica se refiere tanto a bienes materiales como inmateriales; **Bien raíz**, parece aplicarse más bien a cosas materiales. De todas maneras mantenemos la opinión expresada, en lo que dice relación con el artículo 1754.

(2) Revista de Derecho, Tomo VII página 529.

Aubry y Rau dicen: (1) «Las cesiones de derechos hereditarios están sujetos a inscripción en lo que concierne a los inmuebles comprendidos en la herencia a menos que celebren en provecho de un heredero hagan cesar la indivisión de una manera absoluta».

Bandry Lacantinerie por su parte dicen: «No puede desconocerse que la cesión de la herencia hace al cesionario propietario de cada uno de los bienes comprendidos en la herencia o de la cuota parte, que pertenecía al cedente si este no es heredero sino de parte. Ella es pues una venta de cada uno de estos objetos y debe ser sometido a las reglas aplicables a las ventas de cosas de la naturaleza de aquellas que se transfieren por la cesión (2).

Como sostenedores de esta tesis podemos citar entre nosotros a Don Agustín Parada Benavente (3) y don Alfredo Barros Errazuriz (4).

En general se considera que nuestro Código se ha inspirado en la doctrina romana (que exponemos), conclusión a que se llega después de examinar las diferentes disposiciones legales relacionadas con la materia, cuya existencia no se explicaría si se dejara que el derecho de herencia se ejerce sobre la universalidad del patrimonio del causante (5).

Entre otros artículos se cita los siguientes:

art. 2417: El comunero puede antes de la división de la cosa común hipotecar su cuota; pero verificada la división la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen si fueran hipotecables; si no lo fuera caducará la hipoteca.

El legislador, dicen, al admitir en el 2417 la hipoteca de cuota estimó que el derecho del heredero participaba del carácter de inmueble, aunque no tuviese totalmente esta naturaleza; y que por consiguiente, tal derecho no se ejerce sobre la universalidad del patrimonio, sino sobre cada uno de los bienes particulares que comprende.

art. 1344: cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubiesen cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión.

Por consiguiente si alguno de los consignatarios ha enagenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.

Se advierte; pues, agregan, los partidarios de esta doctrina que cada heredero ejercita un derecho individual y propio, y

(1) Cours de Droit Civil Français Tomo II página 435.

(2) Traité Théorique et Pratique du Droit Civil Tomo XIX página 922 N.º 906.

(3) Gac. Trib. 1926 sent. 129

(4) Curso de Derecho Civil.

(5) Gac. Trib. 1926 sent. 129; Fernando Corda Varas, Capítulo «Naturaleza Jurídica de la Indivisión Hereditaria».

al enagenar su cuota enagena cada una de las cosas singulares que la componen, y si esta comprende bienes raíces se hablará de una venta de tales bienes en conformidad con el artículo 580 del Código Civil.

Se cita, por último, en abono de esta doctrina, todas aquellas disposiciones tendientes al amparo de los bienes raíces de los incapaces, que quedarán sin aplicación, si se aceptara la doctrina de la universalidad jurídica de la herencia, burlándose de esta manera, uno de los principales propósitos del legislador. Así estudian las situaciones que se producirían en los diferentes casos.

art. 1754: «No se podrán enagenar ni hipotecar los bienes raíces que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer y autorización judicial con conocimiento de causa.

art. 255: No se podrán enagenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional sin autorización del juez con conocimiento de causa.

art. 303: El menor habilitado de edad no podrá enagenar o hipotecar sus bienes raíces sin autorización judicial, ni se concederá esta autorización sin conocimiento de causa.

La autorización de dichos bienes raíces autorizada por el juez se hará en pública subasta

art. 393: No será lícito al tutor o curador sin previo decreto judicial, enagenar los bienes raíces del pupilo ni gravarlos con hipotecas censuos, o servidumbres, ni enagenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez autorizar esos actos sino por causa de necesidad o utilidad manifiesta.

Esta venta de acuerdo con el artículo 394 debe hacerse en pública subasta.

Del análisis de estas diferentes disposiciones legales, llegamos a la conclusión que es un absurdo aceptar la doctrina de la universalidad del patrimonio, porque los derechos hereditarios no estarían comprendidos en ninguno de los preceptos citados, lo cual importa una anomalía legal y un vacío inaplicable.

No podemos terminar de exponer esta doctrina, sin antes citar la opinión del ilustre juriconsulto Don José Ramón Gutiérrez quien dice al respecto: «Por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte adquirimos todos los derechos transmisibles del autor de la herencia. Si este tenía derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles, el sucesor se hace dueño de esos mismos bienes en todo o parte según sea heredero universal o de cuota. La posesión de estos bienes se nos confiere por el ministerio de la ley arts. 688 y 722 del Código Civil, en virtud del título pro-herede de los romanos. »El título pro-herede, dice Pothier (de la posesión N.º 62 es

«un título traslativo de dominio, porque trasmite al heredero el dominio de todas las cosas de la sucesión de que era propietario el difunto.

Considerando la ley dueño al heredero en todo o parte de las cosas singulares que constituyen el conjunto de la herencia le da, así mismo la acción reivindicatoria o de dominio sobre las cosas reivindicable que hayan pasado a terceros y que no hayan sido precritas por ellos.

Se ve pues que juntamente con el derecho romano de herencia que es el derecho de perseguir la universalidad o conjunto de los bienes, sin consideración a determinada persona, nos vienen como elementos constitutivos del conjunto otros derechos patrimoniales. La Herencia es un bloque y los elementos que la forman son los distintos derechos que hemos adquirido del autor. Cuando vendemos el todo o una cuota de un derecho de herencia, vendemos el todo o una cuota indivisa de cada una de las cosas que la componen. Si en la herencia que se cede o venden hay inmuebles si hay muebles, y en cada caso la venta se hará con los requisitos que la ley exige para esa clase de bienes.

Enseguida refiriéndose a una objeción de la doctrina contraria que sostiene que en la venta de una cuota hereditaria que comprende bienes raíces, no hay necesidad de inscripción, porque en este caso no se venden bienes raíces determinados condición que exige el artículo 686, que dice: «Aunque considero que expresamente lo ha mandado la ley al prescribir en el artículo 686 la inscripción de todo título traslativo de inmuebles voy sin embargo, a manifestar un caso en que la ley no exige determinadamente ni siquiera la escritura pública, y respecto del cual a nadie se le ocurriría decir que esos requisitos no son indispensables porque la ley no lo exige determinadamente. Me refiero al caso en que se aporta una propiedad inmueble a una sociedad ¿donde dispuso determinadamente el Código respecto de acto jurídico que debiera otorgarse por escritura pública y que esta debiera inscribirse en ninguna parte.

¿Y de este silencio de la ley habría de sacarse la consecuencia que la escritura pública y la inscripción son innecesarias? Evidentemente no. Hay que celebrar escritura pública e inscribirla.

La Corte de Apelaciones de Talca acepta esta doctrina en sentencia de 13 de Diciembre de 1926. (1).

La doctrina moderna que considera la herencia como una universalidad abstracta; estima que el derecho del heredero se ejerce sobre el patrimonio del causante, considerado como un todo intelectual separado de los bienes que lo componen; esta

(1) Gaceta de los Tribunales 1926 sentencia 129 página 576.

teoría es preconizada en Francia por Planiol quien sostiene lo siguiente: «La cesión de los derechos hereditarios tiene por «objeto una universalidad, es decir, un conjunto de bienes «que forman una masa y no una serie de cosas individual-mente determinadas». Entre nosotros cuenta como partidario a Don Leopoldo Urrutia quien en un dictamen de casación en el fondo dice entre otras consideraciones, lo siguiente:

«Prescindiendo de otras acepciones igualmente propias de la palabra herencia, y tomándola solo en su significado de bienes dejados por una persona a su fallecimiento, no es otra que por el modo de adquirir llamado sucesión por causa de muerte, pasa en todo o partes alicuotas, al dominio de sus herederos, continuadores de su causa y de sus obligaciones transmisibles; de tal modo que lo dicho acerca del patrimonio, se aplica en rigor a la herencia misma».

En conclusión, aún cuando nuestra convicción íntima, es que el derecho del heredero se ejerce sobre una universalidad independiente de los bienes que la componen; pues no se puede hablar de derecho hereditario inmueble ni aún cuando la herencia se componga sólo de bienes de esta clase, porque no siendo la herencia otra que el patrimonio de una persona que se trasmite por causa de muerte a sus sucesores (Leopoldo Urrutia) y representando el patrimonio una abstracción, una aptitud de poseer, como dice Baudry Lacantinerie, la herencia misma participa de estos mismos caracteres y por lo tanto no tiene carácter definido mueble ni inmueble, estimamos, sin embargo, que dentro del sistema de nuestro Código no tiene cabida esta doctrina, en especial si examinamos las disposiciones relativas a la protección de los incapaces; de aquí entonces que como colorario de este análisis, consideremos que el marido al enagenar una cuota hereditaria en que tenga parte su mujer y que comprenda bienes raíces, debe atenerse a los requisitos del artículo 1754.

Distinto es el caso en que la mujer tenga una cuota sobre una cosa singular determinada y ésta sea inmueble, entonces no hay duda; se aplica en toda su extensión la disposición citada.

Antes de terminar este párrafo nos parece oportuno insertar una breve referencia a las facultades que tiene el marido sobre los bienes indicados, para que con esta base, estudiemos más adelante las limitaciones y obligaciones que la ley le impone respecto a ellos.

(1) Aún cuando el artículo 1749 se sirve de la misma palabra *administrar* los bienes sociales, y *administrar* los bienes de la mujer existen entre ambas administraciones diferencias

(1) Laurent, Tomo 22 página 140 N.º 125.

fundamentales, (1) que indicaremos someramente por vía de referencia.

Respecto a los bienes sociales, el marido es el señor y dueño, y por lo tanto, puede efectuar sobre ellos cualquier acto de administración y disposición sin limitación alguna; la única limitación que podríamos señalar es la de no cometer en fraude, pues, de acuerdo con el artículo 1748, se debe recompensar a la sociedad, por los perjuicios que se le hubiere causado con dolo o culpa grave.

Tampoco está obligado a rendir cuenta de su administración sin embargo, los autores franceses sostienen que estaría obligado a hacerlo, frente a una demanda de la mujer o de sus herederos en que justifiquen que los bienes comunes los ha empleado en provecho exclusivo suyo; en caso de silencio habría presunción de fraude en su contra.

En cambio, sobre los bienes de la mujer sólo tiene las facultades, que se le conceden a un simple mandatario, administrador de bienes ajenos, y como tal responde de la culpa leve en el desempeño de su cargo (2); la mujer goza de un privilegio de cuarta clase para hacer efectiva esta responsabilidad de acuerdo con el artículo 2483 inciso 20 que se expresa en los términos siguientes: «La mujer tiene un privilegio de cuarta clase contra el marido, por culpa o dolo en la administración de sus bienes, probando los cargos de cualquier modo fehaciente».

Por último, podemos decir que la administración del marido sobre los bienes sociales es de orden público, (3) no pudiendo derogarse en las capitulaciones matrimoniales, pues, estas no pueden tener ninguna estipulación contraria a las leyes, ni a las buenas costumbres, ni a los derechos ni obligaciones que las leyes señalan a cada conyuge respecto del otro o sus descendientes. Es por el contrario, permitido modificar las reglas concernientes a la administración de los bienes de la mujer, cuanto que en las capitulaciones matrimoniales se puede estipular que la mujer administrará una parte de sus bienes propios con independencia del marido (art. 1720 inciso 1^o).

Señaladas ya, las diferencias principales entre los poderes del marido, administrador de los bienes sociales, y las facultades del marido, administrador de los bienes de la mujer entraremos a ocuparnos especialmente de éstas últimas.

Siendo el marido un simple administrador de los bienes propios de la mujer, no tiene otras facultades que las designadas en el art. 2132 respecto de los mandatarios; esta disposición señala algunos actos de administración, como ser, pagar las deudas, y cobrar los créditos del mandante, contratar las

(1) Laurent, Tomo 22 página 140 N.º 125.

(2) Laurent T. XXII pág. 142 N.º 126.

(3) Planiol Tomo III página 111 N.º 1058.

reparaciones de las cosas que administra, perseguir en juicio a los deudores, etc.

De la enumeración hecha se desprende que los actos de mera administración, son actos de conservación reparación y cultivo y demás actos judiciales o extrajudiciales que se refieren al giro ordinario del negocio que se administra. Para efectuar estos actos administrativos el marido es omnipotente, no se le impone ninguna traba ni requisito.

Examinaremos, ahora, estos actos de mera administración.

Estos actos pueden tener por objeto la conservación material o jurídica del patrimonio femenino, o pueden referirse a la explotación o giro normal de estos bienes.

Así el marido debe asegurar los bienes de su mujer contra cualquier clase de riesgo a que estén expuestos (incendio robo, etc.) y ser puntual en la cancelación de las primas.

Debe contratar las obras de reparación y cultivo de los bienes que administra; los autores franceses en este caso, hacen distinción entre las reparaciones ordinarias de conservación y cultivo y las obras o refacciones mayores.

Respecto de las primeras, el marido las contrata pero la comunidad no puede reclamar recompensa alguna, puesto que estas reparaciones son una carga de su usufructo. En cuanto a las segundas, el marido también debe efectuarlas; pero debe recompensa a la sociedad, por el valor de dichas reparaciones.

Entre nosotros, también se hace esta diferencia, pues el art. 1740 inciso 4.º debe entenderse en el sentido de que la sociedad está obligada al pago de las reparaciones y cargas usufructuarias de los bienes sociales, y de los bienes de cada uno de los conyuges, pues es contraproducente que hable de los bienes sociales de cada conyuge. (1)

El marido debe también interrumpir las prescripciones que corran contra los bienes de su mujer, puesto que los derechos perecen cuando la prescripción no se interrumpe.

Esta obligado a su vez, a cobrar los créditos y perseguir en juicio a los deudores, facultad que se haya de acuerdo con el artículo 1579 que establece que los representantes legales reciben válidamente por sus respectivos representados.

En materia judicial el marido interviene en todas las acciones y defensas que se refieren a los bienes que administra en esto, tiene mayores facultades que un mandatario ordinario, porque en todo caso es más que un mandatario en todo lo relativo a la administración de los bienes de su mujer, pues, en su calidad de marido es un protector de su persona y bienes. (artículo 133,) puede pues, ejercer toda clase de acciones

(1) NOTA:—A igual conclusión se llega examinando los proyectos de Código Civil: pues el legislador escribió: de los bienes sociales y de los de cada conyuge.

muebles e inmuebles; distinto es el caso del Código Francés, el cual en el artículo 1428 le concede al marido sólo el ejercicio de las acciones muebles, y respecto de los inmuebles únicamente las posesorias.

Como consecuencia de ser el marido un simple administrador de los bienes de la mujer no puede efectuar actos de disposición los cuales sólo se llevan a cabo con los requisitos establecidos en el art. 1754.

Enseguida entraremos a estudiar estos actos de disposición y estos requisitos que importan una limitación a los poderes del marido en orden a la libre administración que tiene sobre los bienes de la mujer.

PARRAFO III

El artículo 1754 ¿a que actos de disposición se refiere?

Este precepto al hablar de enagenación se refiere, sin duda, a todo aquello que significa una limitación total o parcial del dominio; aún más, a todo acto de disposición (1) que tenga por objeto el traspaso o limitación de un derecho real; así comprende no sólo la venta, la permuta y la donación, sino los gravámenes como ser el de hipoteca, censo; servidumbre, anticresis, usufructo, uso, habitación, (2). A pesar de los expuesto la ley alude a la enagenación e hipotecación, se refiere, pues especialmente a la hipoteca quizás porque es la limitación más importante y frecuente del dominio.

De la enumeración hecha anteriormente se desprende que la enagenación puede ser a título oneroso o gratuito; entre las formas de enagenación a título oneroso tenemos la venta, permuta, la hipoteca, el censo, etc..... como ejemplo de enagenación a título gratuito, la venta, también, el censo, la servidumbres.

Examinaremos someramente los actos de disposición más importantes que quedan comprendidos en el artículo 1754, y que por lo tanto se pueden efectuar solamente de acuerdo con los requisitos establecidos en esa disposición.

VENTA.—La venta constituye un acto de enagenación total puesto que es un contrato en virtud del cual el comprador adquiere un derecho personal contra el vendedor, para exigirle la entrega de la cosa objeto del contrato de tal manera que el vendedor queda privado de ella, queda comprendida, pues, por el artículo 1754.

(1) Laurent, Tomo XXII, pág. 163, N.º 153.

(2) Baudry Lacantinerie, Tomo XIV, pág. 682, N.º 750.

PERMUTA.—Presenta grandes analogías con la venta; es un contrato en que las partes se obligan recíprocamente, a dar una especie o cuerpo cierto por otro. No son hábiles para el contrato de permuta los que no lo son para el contrato de venta; de tal manera que si el marido, no está facultado para vender los bienes raíces de (1) su mujer y se debe observar para ello los requisitos del artículo 1754, no se puede tampoco proceder a la permuta sino de acuerdo con esa misma enagenación.

HIPOTECA.—Este es otro contrato que tampoco se puede constituir libremente sobre los bienes de la mujer; pues, para hipotecar se necesita facultad de enagenar, además, la hipotecación, es un acto que importa enagenación, pues, puede conducir a ella, así si no se satisface la obligación principal a que accede el contrato de hipotecación, el acreedor hipotecario tiene derecho a sacar la finca en pública subasta, lo que constituye una venta forzada.

Sólo pues, se puede constituir en caso de una necesidad absoluta de la mujer o de una manifiesta utilidad, es decir, que haya completa certeza que se cancelará la obligación principal, porque en caso contrario no existiría esa utilidad.

CENSO.—Es un derecho que tiene una persona denominada censalista contra otra denominada censuario, para que le pague un crédito anual, correspondiente a un capital estipulado previa garantía de una finca del censuario.

Puede ser a título oneroso o gratuito, a título oneroso si se constituye por venta, a título gratuito si se constituye por donación; en todo caso, es muy difícil que se llegue a constituir sobre un bien raíz de la mujer, por la dificultad de probar la necesidad o utilidad manifiesta, y aún cuando sea a título oneroso. Por lo demás ya ha caído en desuso.

SERVIDUMBRE PASIVA.—Es un gravámen impuesto sobre un predio a favor de otro predio de distinto dueño. Constituye un acto de enagenación, puesto que es una limitación del dominio, y por lo tanto sólo se puede constituir con los requisitos del art. 1754.

En el párrafo siguiente indicaremos estos requisitos tantas veces referidos, sin cuya concurrencia no se pueden efectuar actos de disposición o enagenación sobre los bienes raíces de la mujer.

PARRAFO IV.

Requisitos exigidos por la ley para la enagenación o disposición de los bienes raíces de la mujer.

Como terminamos diciendo en el párrafo anterior, nos corresponde ahora, entrar a estudiar las condiciones o requisitos

(1) Baudry Lacantinier, Tomo XVI, pag. 682 N.º 750.

que deben concurrir copulativamente a la enagenación de los bienes raíces de la mujer de acuerdo con el art. 1754.

Estos requisitos son:

- a) *Voluntad de la mujer.*
- b) *Autorización Judicial.*

Estudiemos particularmente cada uno de ellos.

- a) *Voluntad de la mujer.*

Este es el primero y al mismo tiempo el más importante de los requisitos que analizamos, y para facilitar su estudio dividiremos la materia en tres partes:

- 1.—*Momento en que la mujer debe prestar su consentimiento.*
 - 2.—*Casos de imposibilidad de la mujer de manifestar su voluntad.*
 - 3.—*Efectos que acarrea la falta de consentimiento de la mujer.*
- 1.—*Momento en que la mujer debe prestar su consentimiento.*

Punto muy discutido por los interpretes, y también ante nuestros Tribunales de Justicia, es el relativo al momento y forma en que la mujer debe prestar su consentimiento.

¿Debe prestarlo concurriendo a firmar personalmente la escritura de compra-venta? o basta que lo haga con autorización, firmado el escrito en que el marido solicita de la justicia ordinaria la autorización de enagenación y expresando en el mismo su consentimiento para ello?

Dos doctrinas se han formulado al respecto. La primera de ellas, considera que la exigencia de la voluntad de la mujer, es requerida por normalidad como una simple medida de protección de los intereses femeninos, de tal manera que es indiferente el momento en que se preste; por lo demás, agregan, la ley sólo exige el consentimiento de la mujer, no indica la oportunidad en que debe prestarse. El marido como representante legal de la mujer produce entre la mujer y el tercero comprador el concurso de voluntades generadoras del contrato.

Así piensa Don Bernardo Lira quien en su obra "Pronuario de los juicios" dice a este respecto: "Obtenido con el consentimiento de la mujer el decreto judicial, procede *por si solo* el marido a la enagenación". La misma doctrina sustenta D. Miguel L. Amunátegui en su libro: "Imperfecciones y Erratas de la Edición del C. Chileno" como también distinguidos profesores de la Universidad de Chile, entre ellos D. M. Somarriva y D. Leopoldo Ortega.

Por lo demás esta teoría cuenta a su favor con numerosos fallos de nuestros Tribunales de Justicia. (1)

Citaremos al efecto una sentencia reciente de la Corte Suprema recaída en el juicio Alarcon Con Fisterbush de fecha 4 fr Agosto de 1933. (2) la cual considera que se infringe el art. 1754 al exigir la concurrencia personal de la mujer al otorgamiento de la escritura de compraventa, pues, el marido en el carácter de representante legal de la mujer, es quien comparece en representación de ella: la voluntad de la mujer es una simple formalidad que el marido debe cumplir, como debe cumplir también, con la autorización judicial. Este fallo fué pronunciado contra las opiniones de los Sres. Trucco y Carvajal, quienes dejaron constancia de sus apreciaciones en el respectivo libro de votos.

La tesis inversa, por lo cual nos pronunciamos, estima que el consentimiento de la mujer es requerido por ser ella la propietaria de los bienes que se trata de enagenar; interpretación que por lo demás, está de acuerdo con la muy autorizada de los comentaristas franceses. (3) quienes refiriéndose al art. 1428 del Código Francés que establece: "El marido tiene la administración de los bienes personales de la mujer. No puede enagenar los inmuebles personales de la mujer sin su consentimiento", están unánimemente de acuerdo en sostener que a pesar de la referencia al marido que hace esta disposición, es la mujer la que enagena, por ser dueña de los bienes, el marido sólo interviene para autorizarla.

Así, pues, en virtud de esta apreciación u considerando además que el marido deja de ser representante legal de la mujer para actos en que la ley requiere el consentimiento de este, la doctrina que analizamos llega a la conclusión que la voluntad de la mujer debe constar en la respectiva escritura pública de venta o hipoteca, pues son contratos solemnes y es al cumplir con esa solemnidad cuando debe manifestarse el consentimiento, de otra manera, no existe aún cuando se haya prestado con anterioridad.

La doctrina que acabamos de exponer es aceptada por autorizados tratadistas de nuestra legislación, como Don Arturo Alessandri Rodríguez (de la Compra venta y de las promesas de venta) y D. Alfredo Barros Errázuriz (curso de D. Civil Tercer Año T. IV) y por último cuenta en su apoyo con

(1) S. 2016 pág. 1469 Gac. 1879 S. 1283 pág. 745 Gac. 1882.

S. 2281 pág. 1284 Gac. 1884 S. 1047 pág. 557 Gac. 1883.

S. 1873 pág. 1105 Gac. 1904 S. 259 pág. 1064 Gac. 1921.

Revista de Derecho Tomo III S. II, pág. 129.

" " " " XXIII S. I. " 491.

" " " " XXIII S. I. " 230.

" " " " XXIX S. I. " 390.

(2) Esta sentencia aun no ha sido publicada hoy lo está en R. D. T. XXX S. I. pág. 511.

(3) Planiol Traité Elémentaire de Droit Civil pág. 129 N.º 1047 Huc Commentaire Théorique et Pratique du D. Civil Tomo 9 pag. 214 N.º 749.

Baudry Lacantinerie Tomo 16 pag. 682 N.º 749.

diversas sentencias de nuestros tribunales (1) así una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 3 de Mayo de 1932 (2) deja claramente establecida esta doctrina en el considerando siguiente:

Considerando 8.º.—“que no se puede mantener que la mujer «puede manifestar su consentimiento en las gestiones que se «practican para obtener la autorización judicial suscribiendo «la solicitud en que ella se pide; porque debiendo atenderse a «las solemnidades de la escritura pública todos los elementos «o requisitos constitutivos del contrato de compraventa de «bienes raíces, si no se ha hecho constar en ese documento el «consentimiento no es una escritura pública y por lo tanto no «se haya perfeccionado el contrato solemne de que se trata”.

Con estos antecedentes, pues no podemos menos que reiterar nuestra opinión a favor de esta teoría; la mujer debe prestar su consentimiento en la escritura misma de enagenación, y su no comparencia aún cuando haya manifestado anteriormente su voluntad, acarrea los mismos efectos que si el acto se hubiere efectuado sin consultar en ningún momento esa voluntad.

2.-Casos de imposibilidad de la mujer de manifestar su voluntad.

El art. 1754 inciso 2º establece: «Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad».

La mujer se encuentra imposibilitada de manifestar su voluntad sin lugar a dudas en los siguientes casos: demencia, ausencia enfermedad y disipación.

Respecto a la mujer demente, se ha discutido si procede declararla en interdicción y efectuada ésta nombrarle curador al marido.

Los partidarios de la afirmativa se basan en el art. 462 que establece: Se deferirá la curaduría del demente: 1.º. A su conyuge no divorciado; pero si la mujer se encuentra separada de bienes según los artículos 155 y 166 se dará al marido curador adjunto para aquellos a que se extiende la separación.

De acuerdo con esta disposición, dicen, el marido puede ser curador de su mujer demente y la mujer puede ser curadora de su marido demente no estando divorciados a perpetuidad (Luis Claro S.).

No se argumenta, agregan, que de acuerdo con el art. 349, no se puede dar curador a la mujer no divorciada ni separada de bienes mientras los administra el marido, porque estas reglas generales, de acuerdo con el art. 339 están sujetas

(1) Gac. 1876 sent. 1772 pág. 903

Gac. 1879 sent. 629 pág. 423

Gac. 1881 sent. 1247 pág. 747

Rev. Der. pág. 392 S. I. Tomo XIX

Gac. 1877 sent. 1380 pág. 805

Gac. 1925 sent. 111 pág. 680

Rev. Der. Universidad Concepción Sep. 1933.

(2) Revista Derecho Universidad Concepción Julio 1933.

a las modificaciones y excepciones de cada curaduría particular.

Verificado este nombramiento, el marido en calidad de curador de su mujer demente debe solicitar de la justicia ordinaria la autorización de enagenación que debe efectuarse en pública subasta en conformidad a las reglas del título XXI del Libro I del Código Civil.

Se estima contrariamente, que dentro de nuestro sistema de legislación no cabe hablar de la curaduría, la mujer casada no divorciada ni separada de bienes; pues esta institución tiene por objeto quitarle la administración de los bienes del incapaz, finalidad que ya se hallaría cumplida en el caso de la mujer, casada cuyos bienes administra el marido; por lo demás, Don Arturo Alessandri Rodríguez, sería un absurdo que ello ocurriera, pero no es de suponer que el legislador haya querido convertir al marido de representante legal de la mujer y jefe de la sociedad conyugal en curador de la misma con atribuciones mucho más limitadas que las de marido; como coprolario de esta apreciación, se considera que los bienes de la mujer casada demente no deben venderse en pública subasta.

Esta doctrina ha sido aceptada por nuestros tribunales de justicia así la Corte Suprema en sentencia de 15 de Julio de 1925 dice al respecto: (1)

C. 22: «Que el art. 1754 no exige que la enagenación de los bienes de la mujer representada por su marido, y tratándose de los que el mismo marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, se efectúe en pública subasta, exigencia impuesta al tutor o curador para la venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo y no procede por lo tanto el recurso en esta parte».

En todo caso, decimos nosotros se admite o no, que el marido pueda tomar la curaduría de su mujer demente, la venta de sus bienes no necesita de la pública subasta, porque las formalidades son de derecho estricto y el artículo 1754 no la exige; por lo demás la mujer casada en razón de su estado civil, está sometida a disposiciones especiales (indicadas en los títulos respectivos VI-XI) y no le son aplicables las disposiciones relativas a la curaduría general, en todo aquello que dice relación con la celebración de actos o contratos concernientes a ella y forma de enagenación de sus bienes.

Estando la mujer demente, imposibilitada de manifestar su voluntad, el juez debe suplir su voluntad. La Corte Suprema los establece en los siguientes (artículos) términos: (2).

«El juez puede suplir el consentimiento de la mujer siempre que esta se halle imposibilitada de manifestar su voluntad cualquiera que sea la causa física o moral, comprendien-

(1) R. D. T. XXIII S. I pág. 220

(2) R. D. T. XXIII S. I pág. 220

«darse en la imposibilidad la demencia de la mujer, caso este último si hay interdicción, en que la imposibilidad más que material moral o psíquica es legal.»

El art. 1754 no distingue entre los motivos que originan la imposibilidad y respecto de la mujer demente no puede decirse tampoco que carezca en absoluto de voluntad y que el juez no pueda suplir lo que no existe, ya que no es posible asegurar con certeza que el demente carezca siempre y en absoluto de voluntad; por otra parte semejante teoría llevaría a la conclusión, de que tales bienes quedarían excluidos del comercio humano lo cual es contrario al espíritu que informa nuestra legislación.

Como hemos visto, es muy discutible si se le puede nombrar curador a la mujer demente, dentro del régimen de sociedad, y de modo que este nombramiento recarga sobre el marido; pero nos parece conveniente declararla en interdicción para los efectos de la prueba de demencia para que de esta manera el juez supla su voluntad, si no está bajo interdicción debe probarse que se encuentra demente; si está interdicta no hay necesidad de prueba alguna (art. 465).

Sobre este punto debemos recordar la ley de 31 de Julio de 1856 que asimila los reclusos en la casa de Orates a los interdictos por demencia.

Se ha sostenido erradamente que esta ley se encuentra derogada por el Código Civil que empezó a regir el 1º I de 1857 pero se contesta a esta objeción que al derogar las leyes el legislador se refiere a las existentes, en el momento en que ellas tienen lugar, no pueda referirse a leyes posteriores que no pudieron tomarse en cuenta puesto que no existía; por lo demás sería muy extraño que se hubiere efectuado una importante modificación al Código Civil para que rigiera solamente cinco meses.

En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 7 de Agosto de 1916 (1) y la Corte de Valparaíso el 24 de Mayo de 1924.

Respecto de la mujer ausente y disipadora la ley expresamente llama al marido a su curaduría siempre que no se encuentren totalmente separados de bienes; así procederá este nombramiento en el caso de separación parcial; pero, dentro del régimen ordinario de sociedad conyugal podrá el marido ser llamado a la curaduría de bienes de su mujer ausente o disipadora?

Ahora bien, el artículo 1754 inciso 2.º, que analizamos, se refiere sólo a una imposibilidad material o comprenderá también la imposibilidad proveniente de una disposición legal ¿Comprende por lo tanto a la mujer menor de edad?

(1) R. D. T. XXIII S I págs. 491

Los tribunales, en general se han pronunciado en el sentido de que la disposición del artículo 1754, no distingue entre la mujer mayor o menor de edad, basándose en diferentes consideraciones; transcribiremos los principales fallos sobre esta materia en su parte pertinente, y las observaciones que nos merecen.

Corte de Talca, sentencia de 1926:

Considerando 4.º—«Que en el supuesto de que la mujer menor de edad no fuera competente para manifestar su voluntad en la enagenación de bienes raíces de su propiedad la ley le habría señalado una solemnidad para subsanar esa incapacidad como la de prever al efecto un curador especial que diere por ella su consentimiento ya que no bastaría para ello la voluntad suya, la de su marido y la autorización judicial con conocimiento de causa pero nada ha dispuesto sobre el particular, porque como se ha dicho no hace distinción alguna en este caso si la mujer casada es mayor o menor de edad».

Considerando 5.º—«Que se puede hacer derivar esa incapacidad de la mujer casada de lo que dispone el art. 1754 2º que dice que se podrá suplir el consentimiento de la mujer cuando estuviere imposibilitada de manifestar su voluntad porque el vocablo imposibilidad no lo emplea la ley para aludir a la incapacidad, pues, ambas expresiones tienen acepciones diversas y el mismo Código las distingue esas dos palabras una a continuación de la otra para emitir conceptos «diversos».

Este fallo parte de la base de que si el art. 1754 se hubiese referido a la mujer menor de edad, le habría previsto al efecto de un curador especial; pero a nuestro juicio, este sería innecesario, puesto que el juez desempeña en cierto modo ese papel, desde el momento que según la ley debe suplir la voluntad de la mujer imposibilitada; el magistrado debe subsanar por consiguiente, la incapacidad de la mujer menor de edad.

La sentencia en cuestión, considera también, que las palabras imposibilidad e incapacidad tienen acepciones diversas y cita en su apoyo el art. 1332; sin embargo, creemos que la palabra imposibilidad comprende la incapacidad, pues la imposibilidad es un concepto genérico, y la incapacidad tiene un carácter específico, de aquí que toda incapacidad sea imposibilidad, pero no toda imposibilidad es incapacidad. Por último el mismo artículo 1322 inciso 2º que cita esta sentencia a su favor corrobora nuestra tesis. Esta disposición establece que el marido para provocar la partición de bienes en que tenga parte su mujer, le bastará el consentimiento de ésta, si fuere mayor de edad y si no estuviere imposibilitada de prestarlo, o el de la justicia en subsidio; así, pues, la mujer puede prestar su consentimiento si es mayor de edad y si fuere menor (es decir, si estuviere imposibilitada) no puede darlo.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaiso de 15 de Noviembre de 1928. (1).

Considerando 5.—«Que es de toda evidencia que la palabra «imposibilidad se refiere a un hecho físico o moral que impida absolutamente la prestación del consentimiento, y no a la «incapacidad relativa proveniente de la minoridad, y que ni «siquiera constituye un impedimento legal para manifestarlo «toda vez que los actos de tales incapaces son válidos ante la «ley y simplemente rescindibles, a voluntad de la parte a quien «ella concede esta franquicia y aun rescindidos producen «todavía obligaciones naturales».

La Corte de Valparaiso considera que la menor de edad no constituye un impedimento legal para manifestar la voluntad, pues, estima válidos y sólo simplemente rescindibles los actos efectuados por personas que adolecen de esta incapacidad; pero si este es su raciocinio con este mismo criterio podríamos considerar que ni aún la demencia constituye una imposibilidad legal tanto más que el acto de este absolutamente incapaz es válido ante la ley, mientras no se declare su nulidad, pues no hay nulidad de pleno derecho, en nuestro Código.

Por último, la Corte Suprema en sentencias de 1.º de Agosto de 1925. (2) y 19 de Noviembre de 1931 (3) se pronuncia, también, en el sentido que la imposibilidad a que se refiere el artículo 1754, no comprende a la mujer menor de edad, la última de las sentencias citadas, sostiene que la palabra imposibilidad de que se vale esta disposición legal comprende la incapacidad relativa proveniente de la menor edad, porque en este caso no falta la voluntad para contratar. Sin embargo, a nuestro modesto juicio, nos parece, que el artículo 1754, al hablar de imposibilidad sin hacer distinción alguna, comprende la imposibilidad física, moral y legal, imposibilidad esta última que constituye la incapacidad.

Todavía otros fallos en el mismo sentido (4).

Razones de lógica, nos llevan también, inevitablemente a la conclusión contraria de la sostenida por nuestros tribunales.

El marido menor de 21 años, necesita curador para la administración de la sociedad conyugal; por lo tanto no puede enagenar dichos bienes, sino con autorización del curador, y previo decreto judicial por razón de utilidad o necesidad. (art. 393); dicha venta, además, debe hacerse en pública subasta. (art. 394).

Y aún cuando sea mayor de 21 años pero menor de 25, y que por el sólo hecho del matrimonio, se halle habilitado

(1) Revista de Derecho, Tomo XXIX, S. I, pág. 200.

(2) Revista de Derecho, Tomo XXIII, S. I, pág. 491.

(3) Revista de Derecho, Tomo XXIX, S. I, pág. 200.

(4) Gaceta de los Tribunales 1910, T. II s. 752 pág. 171.
Gaceta de los Tribunales 1913, T. II s. 1082 pág. 3129.



edad, de acuerdo con las reglas dadas en el título respectivo: (Título XVI «De la habilitación de edad»), no puede enagenar sus bienes raíces, sino con autorización judicial.

Ahora bien, el matrimonio, lejos de ampliar la capacidad de la mujer, la restringe; la mujer soltera o viuda plenamente capaz, por el hecho de casarse pasa a ser incapaz. ¿Es lógico suponer, por lo tanto, que siendo casada y menor de edad pueda prestar su autorización para actos de disposición al paso que siendo soltera o viuda, pero menor de edad, no podría hacerlo?

Por otra parte, los artículos 163 y 394 disponen que la mujer separada de bienes o la divorciada perpetuamente, necesitan de curador para la administración de sus bienes, en todos los casos en que siendo soltera, necesitaria de curador para administrarlos. Luego no puede enagenar sus bienes raíces sin autorización de su curador, y necesita además que el juez preste su consentimiento una vez que se haya establecido la necesidad o utilidad de tal acto, ¿cómo es pues, admisible sostener que la mujer dentro del régimen normal del matrimonio es decir, con mucha menor capacidad que la mujer divorciada o separada de bienes, puede consentir por si sola en la enagenación de sus bienes raíces?

Ahora, en conclusión, un último argumento. Podemos citar numerosas disposiciones en las cuales la ley distingue entre la mujer casada mayor de edad y la menor de edad.

Art. 154.—Pero que la mujer menor pueda pedir separación de bienes, deberá ser autorizada por un curador especial.

Art. 163 y art. 349 ya citados.

Art. 450. La mujer no puede ser curadora de su marido disipador.

Pero si fuere mayor de 25 años, o después de la interdicción los cumpliere, tendrá derecho para pedir separación de bienes.

Art. 463. La mujer curadora de su marido demente, tendrá la administración de la sociedad conyugal y la guarda de sus hijos menores.

Si por su menor edad u otro impedimento no se le defiere la curaduría de su marido demente, podrá a su arbitrio, luego que cese el impedimento, pedir esta curaduría o la separación de bienes.

Art. 1322. El marido para provocar la partición de bienes en que tenga parte su mujer, le bastará el consentimiento de ésta, si fuere mayor de edad, y no estuviere imposibilitada prestarlo o el de la justicia en subsidio.

Art. 1758.—La mujer toma la administración extraordinaria de la sociedad conyugal en el caso de impedimento del marido.

Si por incapacidad o excusa de la mujer se encargaren estas curadurías a otra persona, dirigirá el curador la administración de la sociedad conyugal.

Art. 1236.—El marido no puede repudiar una asignación de ferida a su mujer, sino con el consentimiento de ésta, si fuera capaz de prestarlo, o con autorización de la justicia en subsidio.

Estos últimos artículos hablan de incapacidad, pero sabemos que de acuerdo con el artículo 447, los menores adultos no habilitados de edad, están comprendidos entre los incapaces.

De la lectura de estas diversas disposiciones, sacamos en consecuencia, que por el hecho del matrimonio, la mujer no sustituye, la incapacidad proveniente de la minoridad, por la incapacidad proveniente de su estado de casada; al contrario, agrega a su anterior inhabilidad una nueva, así el célebre autor francés R. Domegue (1) al tratar sobre esta materia, dice lo siguiente: "Las diferentes incapacidades legales pueden igualmente coexistir, porque cada incapacidad tiene su razón de ser, y su fin, y no puede ser extinguida por ninguna otra.

Por otra parte, aún cuando se admitiera que es dudoso el hecho que el art 1754 se refiera a la mujer menor de edad, dada la armonía y correspondencia que deben guardar entre sí los preceptos diferentes dentro del sistema general de la legislación, cabría aplicar, también, en la citada disposición la distinción entre la mujer mayor o menor de edad tanto más, que este precepto se refiere a la enagenación de bienes raíces, y la ley siempre se ha mostrado celosa en su protección sobre todo cuando estos bienes pertenecen a incapaces; protección que desaparecería, si se considera a la mujer casada menor de edad, capaz de prestar su consentimiento para la enagenación de sus bienes raíces.

Así bien, en conclusión, diremos como dice D. Luis Claro Solar (2) que la ley al hablar de imposibilidad de la mujer al manifestar su voluntad, ha comprendido evidentemente, todo aquello que no puede existir, suceder o ejecutarse, tanto por repugnar al orden moral de las cosas, como así mismo por ser contrario al orden jurídico.

Hemos dicho anteriormente que la mayoría de los fallos de los tribunales estiman que la mujer casada menor de edad es capaz de prestar su consentimiento para disponer de sus inmuebles sin embargo, no falta jurisprudencia en sentido contrario, transcribiremos las consideraciones en que se basa una de estas sentencias.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 5 de Diciembre de 1914 (3)

Considerando 4.º—"Si la mujer está imposibilitada de manifestar su voluntad, el juez suple su consentimiento, la imposibilidad comprende a la mujer casada menor de edad, puesto que la minoridad constituye una incapacidad para obli-

(1) Domegue. «Des obligations en general. »Tomo II pág. 489 N.º 687

(2) Revista de Derecho T. XXIII. S. I. pág. 491

(3) Gaceta de los Tribunales 1914 S. 660 pág. 1905.

“garse, y puesto que constituyéndola, la persona a quien esta “incapacidad afecta, tiene por lo tanto, un impedimento una “imposibilidad para manifestar válidamente su voluntad”.
Considerando 5.º—“que corrobora lo prescrito en el considerando precedente el 143 inc. 2.º análogo como se ve al 1754 “inc. 2.º que aquí, se considera, dado que nadie niega y ni “siquiera fuera posible ponerlo en duda que la menor edad del “marido, constituye un impedimento suyo para autorizar a la “mujer que por si solo bastaría para hacer procedente la autorización judicial”

En el mismo sentido (1)

Ahora bien, el juez debe suplir la voluntad de la mujer en caso de hallarse imposibilitada ¿en que forma intervendrá para suplir este consentimiento? ¿que formalidades deberá llenar?

Según algunos, el juez debe concurrir directamente a firmar la escritura de venta del inmueble, pues, si la mujer debe hacerlo como propietaria de los bienes de que se trata de enagenar, y para que de esta manera se produzca el concurso de voluntades que exige el art. 1445, y se entienda así perfeccionado el contrato, el juez debe suplir su voluntad, lo cual significa etimológicamente ponerse en lugar de ella, debe hacer lo que ella debió hacer, es decir firmar la escritura de venta.

Se argumenta también, para llegar a esta conclusión, que el juez en el caso que estamos analizando desempeña las funciones de representante legal de la mujer, la ley no ha querido nombrarle un curador especial y la ha colocado bajo la guarda del Juez, así en este carácter debe firmar la escritura de venta del inmueble.

La tesis inversa, sostiene que el juez en ningún caso es representante legal de la mujer, pues, este carácter no lo tiene como dice Don Arturo Alessandri Rodriguez (2) ni en las ventas forzadas que se hacen bajo su ministerio, por lo tanto no tiene facultad para suscribir la escritura definitiva, los jueces no tienen otras atribuciones que las que las leyes expresamente le señalan. El juez debe concurrir a firmar la escritura en los casos de los artículos 517, 1033, etc...pues, la ley especialmente en estos casos le ha concedido esta facultad.

Por último, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 14 de de Enero de 1931 (3) se pronuncia a favor de esta doctrina en el siguiente considerando:

Considerando 2.º—“Habiendo el juez otorgado en el respectivo auto su (nombramiento) consentimiento, en subsidio de la «mujer casada no solo no es necesario sino que también sería «contra derecho, que el juez concurriera a firmar la respectiva «escritura, sin ser representante de la mujer, que lo era

(1) Gac. 1879 S. 1552 pág. 1079 Gac. 1881 S. 369 pág. 236.

(2) Revista de Derecho Tomo XXIX S. II, pág. 257.

(3) Revista de Derecho Tomo XXIX S. II, pág. 257.

«el marido, requisito indispensable para ello como lo dispone el art. 1071 Código de Procedimiento Civil.
«No pueden los jueces sin violar preceptos fundamentales de Constitución Política hacer más que lo que las leyes le permitan y cuando estas han querido que el juez firme escrituras lo han estatuido expresamente según versa de los artículos 517, 539 y 1033 del Código de Procedimiento Civil.

3.—*Efectos que acarreará la falta de consentimiento de la mujer*

¿Cual es la sanción de esta infracción del artículo 1754?

Este es uno de los problemas más discutidos del Derecho Civil y sobre el cual no se ha llegado en verdad, ha establecer una solución definitiva, al menos en nuestro derecho.

Varias son las doctrinas que sobre este punto se han formulado y que se disputan la solución.

a) *Inexistencia del acto.*—

Los que así piensan sostienen que la mujer es el verdadero contratante vendedor, el marido no la representa, meramente la autoriza luego, faltando en absoluto la voluntad de las partes, el acto no ha nacido, es inexistente.

Por otra parte, dicen: el artículo 1756 confirma esta tesis pues, permite a la mujer o a sus herederos reivindicar directamente el bien enagenado, sin previa declaración de nulidad. La historia de la ley, agregan, esclarece aún más el alcance de esta disposición. Así el artículo 1919 del proyecto de 1853 decía textualmente: "Si el marido enagenó sin el consentimiento de la mujer o de la justicia, alguna parte de los bienes de la mujer, que esté o pueda estar obligado a restituir en especie, la mujer o sus herederos podrán ejercer acción reivindicatoria en los casos y sobre las cosas que la ley concede. Se produce como se vé, el efecto propio de la inexistencia jurídica, que dispensa una sentencia de nulidad.

Esta doctrina cuenta a su favor con algunos fallos de nuestros tribunales, entre ellos y de los más recientes:

Sentencia de la Corte de Talca de 18 de Diciembre de 1926 (1).

«En la venta que celebró J. M. de la cuota de su mujer, en la herencia del hijo común, no hay ni puede haber ningún motivo de nulidad por faltar el consentimiento de aquella, es un caso claro de inexistencia jurídica. Hay que reconocer una diferencia clara y manifiesta entre la inexistencia y la nulidad. Podrá anularse un contrato que ha tenido existencia jurídica, como que de él se podrá decir que le falta alguno de los requisitos peculiares que la ley prescribe para su valor en consideración a su naturaleza, o al estado de las personas que

(1) Gaceta de los Tribunales 1926, S. 129 pág. 576.

«lo ejecutan; pero no absolutamente nno inexistente porque «no ha entrado ni podido entrar en los propósitos de la ley dar «reglas para regir la nada. Habría en ello un verdadero contra-«sentido».

Sentencia de la Corte de Concepción de 7 de Junio de 1929 (1).

«Que por lo demás el derecho que corresponde a la mujer «casada, que pruebe que una parte de sus bienes ha sido ena-«genado sin los requisitos prescritos por la ley, no es el de pe-«dir la nulidad de un contrato en que no ha intervenido y que «celebró el marido en cuanto administrador de la sociedad con-«yugal, sino el que le concede el art. 1756, de manera que aún «en el supuesto que por el contrato que celebraron R. y G. hu-«biera aquel enagenado bienes raíces que estuviera obligado a «restituir en especie no procedería la nulidad demandada».

Sin embargo, nos parece erróneo esta doctrina, pues, la inexistencia no tiene cabida dentro del sistema general de nuestra legislación; ella no es prevista por nuestras leyes ni lo otorga reglamentación alguna procesal; el art. 1682 sanciona expresamente con nulidad absoluta casos en que se pretende ver la inexistencia; al acto que se cree inexistente puede llegar a producir efectos civiles, por ejemplo, adquisición del dominio por prescripción extraordinaria, en fin, podemos aducir numerosos otros argumentos para probar que la inexistencia no tiene asidero en nuestro derecho.

Pero aún admitiendo que lo tuviera, no es aplicable el caso especial que nos ocupa; el art. 1756 concede expresamente a la mujer o a sus herederos el derecho de ratificar el acto de enagenación efectuado por el marido sin el consentimiento de ella, y sabemos que la nada no es susceptible de perfeccionamiento: aplicar la ratificación a un acto jurídico inexistente sería destruir la esencia misma de la institución que por sí sola no crea relaciones jurídicas nuevas.

b) *Nulidad absoluta del acto*

Por razones análogas a las de la doctrina anterior, y por estimar que la inexistencia no es contemplada por nuestra legislación, los partidarios de esta tesis, llegan a la conclusión que la omisión de la voluntad de la mujer produce la nulidad absoluta del acto de enagenación efectuado por su marido.

Agregan que el art. 1754 permite reivindicar en los casos que por regla general se conceden estas acciones, lo que indica que el Código no ha querido en esta disposición, marcar ninguna excepción al art. 1689. Por lo demás, dicen, la nulidad absoluta arranca claramente en tal caso, del art. 1682 en relación con el art. 1445.

La mayoría de los fallos de nuestros tribunales de Justi-

(1) Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Julio 1933.

cia se pronuncian por esta doctrina; citaremos, al efecto, uno de ellos y sus considerandos pertinentes; y si bien se refiere a la hipoteca, el mismo raciocinio es aplicable a la venta.

Sentencia de la Corte de Valdivia de 26 de Mayo de 1925 (1).
Considerando 8º—«Que la hipoteca es un contrato solemne porque debe otorgarse por escritura pública (2409-2410 C.C.) «y por consiguiente la simple observación de estas formalidades especiales no le da efectos civiles al contrato, si de el mismo consta, además el consentimiento de los otorgantes, «que es uno de los requisitos indispensables para el perfeccionamiento del contrato.

Considerando 9º—Que esté sentado, es fácil, entonces llegar a «la conclusión que la falta de consentimiento de la mujer «constante de los propios contratos hipotecarios acarrea la nulidad absoluta de las hipotecas por omisión de los requisitos «que la ley prescribe para el valor del contrato en consideración a su propia naturaleza y no a la calidad o estado de las «personas que lo ejecutan».
En el mismo sentido (2).

A pesar de todos estos razonamientos, también fundados estimamos que en estos casos no se produce nulidad absoluta, pues ella presenta caracteres incompatibles con el art. 1756 inc. 2º del cual se desprende que la mujer o sus herederos pueden ratificar el acto de enagenación efectuado por el marido, y la nulidad absoluta al igual que la inexistencia no es susceptible de ratificación, este punto no admite discusión en derecho.

¿Podría sostenerse entonces seriamente que es por excepción una nulidad absoluta que admite ratificación? ¿Puede la ley hacer milagros?

Por lo demás, la falta de consentimiento como origen de nulidad absoluta la considera el Código refiriéndose sólo a las mismas partes contratantes, de tal manera, que, si una persona contrata a nombre de otra sin ser su legítimo representante o siéndolo se ha excedido en sus atribuciones como es el caso que nos ocupa, el acto no es nulo sino que simplemente ineficaz respecto del titular de un derecho, queda sometida a la contingencia de su ratificación; más adelante, trataremos con mas detenimiento esta cuestión.

Por otra parte la doctrina de la nulidad absoluta nos lleva a absurdos como el siguiente: al efecto, dice Don Manuel Somarriva: sabemos que la nulidad absoluta puede ser declarada por la petición de cualquiera persona que tenga interés en ella, de tal manera que un acreedor de la mujer tendría

(1) Gac. 1925 sent. 111 pág. 680.

(2) Gac. 1876 sent. 1762 pág. 903

Gac. 1877 sent. 1380 pág. 806

Gac. 1882 sent. 2281 pág. 1284

Gac. 1879 sent. 629 pág. 425

Rev. Derec. T. VI. S. I. pág. 236

Rev. Derec. T. XIX pág. 392 S. I.

derecho a pedirla, y fuese al caso que esta no quisiese hacerlo e insistiere en ser indemnizada sobre los bienes del marido; tendríamos pues, dos intereses contrapuestos, el del acreedor pidiendo la nulidad, y el de la mujer ratificándola.

c) *Nulidad relativa del acto.*

Sus sostenedores racionan de este modo: el marido en ningún caso deja de ser el representante legal de su mujer. De tal manera que cuando el art. 1754 exige el requisito *voluntad* de la mujer no hace sino ordenar una formalidad externa, no se refiere al consentimiento generador de los contratos, y cuya omisión, por lo tanto, no tiene como sanción la nulidad absoluta, sino la nulidad relativa que es de protección individual.

Hay omisión del consentimiento de la mujer sólo en el caso que esta en ningún momento y en ninguna forma haya prestado su voluntad.

Los más recientes fallos de nuestro tribunal de Casación establecen esta doctrina (1) el último de ellos recaído en sentencia de 4 de Ag. de 1933, juicio Alarcón con Fisterbusch antes citado (2).

Sin embargo, pensamos que esta no es la solución más ajustada a derecho, por diversas consideraciones.

En primer lugar, esta doctrina parte de una base errónea cual es, considerar la voluntad de la mujer como un requisito exigido en consideración al estado de la persona, es decir, en este caso, refiriéndose al estado de incapacidad de la mujer casada, lo cual es un evidente absurdo, como lo hace notar D. A. Alessandri R., equivale, pues, exigir el consentimiento del incapaz por razón de ser incapaz.

Además, estos requisitos establecidos en consideración al estado de las personas, son medidas de protección que tienden a garantir de una manera más eficaz los intereses de los incapaces, y para ello la ley recurre a personas plenamente capaces así por ejemplo tratándose del pupilo requiere la intervención de su curador, y en general, en los actos de todos los incapaces exige la autorización del respectivo representante legal, y para actos de mayor trascendencias siempre la autorización judicial. Bien puede alegarse que en el caso de la mujer casada, su incapacidad no tiene por fundamento en menor discernimiento, y que por lo tanto puede dar su consentimiento en protección a sus intereses pero a esto añádesese que el artículo 1754, establece expresamente la exigencia de la autorización judicial, por estimar que el solo consentimiento de la mujer no basta; pues el marido por el gran ascendiente moral que ejerce sobre ella, puede haberla llevado a la celebración del contrato.

(1) Sent. 1283 pág. 745 Gac. 1882 Sent. 1047 pág. 557 Gac. 1013
Sent. 269 pág. 1094 Gac. 1921 Rev. Der. Tomo III S. II pág. 129
Rev. Der. T. XXIII S. I. pág. 491 Rev. Der. Tomo XXIX S. I. pág. 200
Rev. Der. T. XXIII S. I. pág. 200.
(2) R. D. 1. XXX S. I. pág. 511.

Por lo demás, de aceptar esta doctrina de la nulidad relativa, nos encontramos con ciertos escollos, incompatibles con la naturaleza misma de la institución.

En efecto, sabemos que la acción de nulidad relativa puede ser ejercitada por la mujer, sus herederos o cesionarios y también por el marido como representante legal de la mujer; pero esta sería una acción rescisoria por excepción de cuyo ejercicio está impedido el marido, pues sería muy extraño que la entablara sobre todo en el caso que tenga cierta solvencia sabiendo que esto va a traer contra él una acción inmediata de saneamiento sobre sus propios bienes de parte de los terceros evictos (1755).

Por lo demás sería poco correcto y poco moral el que la hiciera habiendo rendido a sabiendas un bien raíz de su mujer sin consultar para nada su voluntad.

Ahora, en lo tocante a la ratificación o confirmación de la nulidad relativa nos encontramos con otras inconsecuencias la mujer debe esperar la disolución de la sociedad para ratificar, y parece indudable que el art. 1754 no se pone en este caso como sucedería si se tratara de la verdadera confirmación de la nulidad relativa. También dentro de los principios que informan esta nulidad, el marido podría ratificar expresa o tacitamente el acto de enagenación efectuado sin consentimiento de la mujer. La ratificación expresa no nos merece observación alguna, se necesita el consentimiento de la mujer para poder efectuarlo; pero la ratificación tácita nos lleva al absurdo siguiente: el marido ratificando de esta manera vendría a hacer letra muerta del requisito del consentimiento de la mujer, del art. 1754, lo cual es inaceptable de todo punto de vista.

Por último, diremos a nuestro favor, que el Código Francés distingue entre las acciones de nulidad provenientes de una incapacidad legal, y las acciones que entabladas van a recaer sobre el marido (*actions qui doivent réfléchir contre le mari*); las primeras las trata el artículo 1344 suspendiendo la prescripción respecto de ellas, por toda la duración del matrimonio; las segundas las considera en el art. 2256 N.º 2 y da un ejemplo de estas acciones que deben recaer en el marido; en caso que el marido haya vendido el bien propio de la mujer sin su consentimiento; la acción de la mujer en este caso, no queda comprendida en la clase de acciones provenientes de una incapacidad legal, como pretende la doctrina de la nulidad relativa que estamos analizando. El art. 2256 citado suspende también la prescripción de esta segunda clase de acciones durante todo el matrimonio.

Por de pronto, la doctrina que a nuestro modesto juicio, nos parece la más sana y ajustada a derecho es la siguiente: si el marido vende a un bien raíz de su mujer, sin la volun-

tad de ésta, el acto es válido, no está viciado por ninguna especie de nulidad; pero como la voluntad de la mujer no ha intervenido, (voluntad que es requerida por ser propietaria de los bienes que se trata de enagenar) y el marido en el caso del art. 1754 no la representa suficientemente el acto no obliga ni afecta a la mujer; *res inter alios acta* (1)

Fundamentamos nuestra tesis en las consideraciones siguientes:

Sabemos que los actos o contratos pueden celebrarse directamente por las partes contratantes, es decir, sin ninguna intervención, o bien por sus representantes legales o convencionales, y todavía hay casos de contratos verificados por terceros sin representación alguna.

En el primer caso, no hay duda que se suscitó; se aplican las reglas generales sobre formación de los contratos, y la falta de consentimiento de una de las partes acarrea la inexistencia o al menos la nulidad absoluta del acto.

Pero si se trata de actos celebrados por representantes debe tomarse muy en cuenta si obran o no dentro de los límites de sus atribuciones. En el primer caso obligan al representado el acto del representante es el acto del representado (1448).

En el segundo caso obran lisa y llanamente sin el consentimiento del representado y veamos ¿que efectos produce este acto de esta manera celebrado respecto del representado cuyo consentimiento no ha intervenido?

Es una doctrina y un sistema uniforme es nuestro Código Civil que cada vez que uno actúa ejercitando un derecho que corresponde a otro, el acto es válido, obliga a los que lo consintieron, pero no, naturalmente al verdadero dueño del derecho que no ha consentido. Como válido que es ese acto tan pronto como el titular del derecho ratifica lo actuado, el acto curte pleno efecto, y obliga al que ratificó con efecto retroactivo.

Ofrecen muestras del sistema jurídico aludido entre otros los siguientes artículos: 1450, 672, 673, 1815, 1818, 898 del Código Civil.

Si el tercero que contrata, es representante legal o convencional del dueño del derecho, y se ha excedido en sus atribuciones, ¿la solución será la misma? ¿y porque razón habría de ser otra? el acto es válido en el sentido que le reconocen los artículos 1448, 1536, 2079, 2154, 2160, y no afecta en ningún caso al representante a menos ratificación.

Igual situación se produce si falta el consentimiento de la mujer en el acto de la enagenación efectuado por su marido, este acto no la afecta en forma alguna y tiene la acción

(1) Laurent Tomo XXIII pág. 456 N.º 504.
Planiol et Ripert pág. 688 Nota No 2 Tomo VIII.
Baudry Lacantinerie Tomo XVI pág. 683 N.º 752.

expedita de reivindicación sin declaración previa de nulidad (art. 1756).

Consecuencia, pues, de la tesis que sostenemos es que si el marido vende en estas condiciones, es decir, sin consentimiento del dueño del derecho, vende lo que no le pertenece, esto importa en el fondo y en el hecho una venta de cosa ajena, pero en estricto derecho ¿podemos, en realidad decir con toda precisión, que se trata de una venta de cosa ajena?

Parece, verdaderamente, que el art. 1815 que declara válida la venta de cosa ajena se coloca en el supuesto de que el vendedor expresa o tacitamente manifiesta o da a entender que la cosa es suya propia, en tanto que el marido que vende un bien raíz de su mujer lo hace en nombre de ésta; al menos, este es el caso corriente pues es muy difícil que se haga pasar por dueño debido a los títulos que acreditan la propiedad). Por lo tanto, en la inscripción del título aparecerá en el primer caso el propio vendedor en calidad de vendedor y tradente y en el segundo caso la mujer figurará como vendedora y tradente.

Pero la prueba más evidente de que la venta de una cosa hecha en nombre de otra persona (como es el caso del marido que vende un bien raíz de su mujer en cuenta de esta y asumiendo su responsabilidad no es venta de cosa ajena, es que la venta de cosa ajena vale, y por consiguiente constituye un justo título para adquirir el dominio por prescripción ordinaria en tanto que la venta celebrada como representante legal o convencional de otra persona, sin tener facultad para ello no confiere justo título así el artículo 704 N.º 2 establece expresamente que no es justo título el otorgado por un mandatario o representante legal de otro sin serlo, o uno que teniendo estos caracteres se ha excedido en sus atribuciones que para el caso es lo mismo. Esto no quiere decir en ningún caso que el acto no sea válido pues esta misma disposición del artículo 704 N.º 2, nos demuestra su validez, porque si la ley lo hubiera estimado nulo, le habría bastado con el artículo 704. N.º 3

Como dijimos anteriormente la mujer tiene la facultad de entablar directamente acción reivindicatoria, sin previa declaración de nulidad. Ha terminado así nuestra legislación con una cuestión arduamente discutida en el derecho francés a propósito de determinar si la mujer tiene o no derecho de reivindicación sobre los terceros adquirentes, si ella no ha intervenido en el acto de compra-venta.

Para resolver este problema los autores franceses distinguen entre la mujer aceptante y la no aceptante de los gananciales.

Si se acepta los gananciales, dicen, no hay cuestión; puede reivindicarse directamente, sin estar obligado a garantía alguna respecto de tercero.

Pero si acepta los gananciales, es entonces cuando nos encontramos con diversas opiniones.

Pothier, en su tratado «De la Vente» (1) sostiene que si el marido vende un bien propio de su mujer, por este sólo hecho obliga a la comunidad, y la mujer que acepta los gananciales al entablar acción reivindicatoria es responsable de la restitución de la mitad del precio de venta y de las indemnizaciones consiguientes.

La misma opinión sustenta Toullier. Mas tarde en su obra «De la Communauté» (2) se retractó y dijo: es verdad que el marido como administrador de los bienes comunes tiene derecho de hacer participar a su mujer de las obligaciones que el contrata; pero dicha facultad sufre excepción en cuanto se refiere a la enagenación de los bienes propios de la mujer. Vendiéndolos sin los requisitos prescritos por la ley, contrata el sólo la obligación de garantía (intereses y perjuicios), la cual no tiene influencia sobre la comunidad; la mujer al reivindicar sólo se halla obligada en la restitución de la mitad del precio de venta.

Otros prestigiosos autores (3) sin embargo, sostienen que la mujer aceptante de los gananciales, no tienen derecho de reivindicar, y citan en su favor el axioma jurídico: «qui doit garantirne peut pas evincer» (quien debe garantía no puede reivindicar).

Una última doctrina (4) por su parte, admite que la mujer puede reivindicar, sin estar obligada ni a la restitución del precio en parte alguna; ni al pago de indemnizaciones.

Nuestro Código, parece que se ha inspirado en esta última teoría, pues, establece expresamente en el art. 1756 inc. 3º. Los terceros evictos tendrán acción de saneamiento contra el marido, y si la indemnización se hiciere con bienes sociales deberá el marido reintegrarlos.

Peró puede suceder, que la mujer no quiera hacer uso de su acción reivindicatoria y prefiera ser indemnizada con bienes del marido, lo que en realidad importa una ratificación tácita del acto de enagenación efectuado por éste (1756 inc. 2º) en este caso hay que distinguir, sin embargo, si el precio ha sido o no pagado; si se ha pagado tiene derecho para que el marido se lo restituya de su propio haber; (1756 inc. 2º); en caso contrario, posee un crédito contra el tercero adquirente, para que cumpla su obligación.

Hemos examinado hasta aquí, el hecho de que el marido venda un bien raíz de su mujer sin su consentimiento, pero

(1) «De la Vente» No 189, en el mismo sentido Duranton T. XIV No 221, Roderic et Pont T. II No 805 Laurent T. XXII No 155 Toullier T. VI pág. 216 No 226 Guillaumard T. I. No 805

(2) «De la Communauté» No 253; en el mismo sentido, Hue. T. XIX pág 216 No 187. Merlin párrafo 3º No 6.

(3) Baudry Lacanunerie T. XVI pág. 689 No 753; Colmet de Sainterre T. VII No 71.

(4) De Foirville, Tomo I No 345.

bien puede hipotecarlo en las mismas condiciones, y entonces ¿que situación se produce?

Según algunos, se verifica la nulidad absoluta de la hipoteca, porque se trata de contratos que confieren desde luego un derecho real al acreedor, cual es el de pagarse con su producido en caso que no se cumpla la obligación principal que garantizan.

Por su parte, la mayoría de los autores estiman que la hipoteca efectuada sin el consentimiento del dueño, es nula, y algunos como Planiol, (1) y Baudry Lacantinerie (2) consideran que es nulidad absoluta.

Entre nosotros, Don Fernando Alessandri en su obra «La Hipoteca en la Legislación Chilena» sostiene también, que en ese caso se produce la nulidad absoluta de la hipoteca pues ha faltado el consentimiento de una de las partes contratantes, lo que en conformidad al art. 1682, acarreará la nulidad absoluta del acto, puesto que el consentimiento es un requisito exigido en consideración a la naturaleza misma del contrato.

En nuestra modesta opinión, siguiendo el criterio que aplicamos a la compra-venta, estimamos que la hipoteca efectuada por el marido sin el consentimiento de la mujer, es decir sin el consentimiento del dueño es plenamente válida, pero no afecta a la mujer a menos de su ratificación, por lo tanto, tiene la acción expedita de pedir la cancelación de la hipoteca, sin previa declaración de nulidad. Esta doctrina está sólida y brillantemente fundamentada por Don Luis Barriga Errázuriz en su Obra «La Hipoteca de cosa ajena» a la cual nos remitimos.

b) Autorización judicial con conocimiento de causa

El segundo requisito que establece la ley es el decreto del juez con conocimiento de causa.

Esta exigencia no la encontramos en el Código Francés, el cual solo exige la voluntad de la mujer y no agrega una sílaba más.

El fundamento de la autorización judicial lo encontramos en la necesidad de proteger los intereses de la mujer, pues, la ley tiende a ampararla de los posibles abusos del marido que pueden llevarla a la enagenación de sus bienes raíces en detrimento de su haber.

El juez tiene derecho de decidir independientemente, siempre que se le acrediten algunas de las circunstancias enumeradas en el artículo 1754 y que examinaremos en otro acápite de este párrafo.

Ahora bien, ¿cual es el juez competente?

Autes de promulgarse la Ley Orgánica de Tribunales era

(1) Tomo II págs. 905

(2) Tomo II págs. 902

juez competente el del domicilio del marido; de tal manera que a este le era muy fácil obtener la autorización judicial correspondiente aún cuando no hubiese causa suficiente, pues si el juez de su verdadero domicilio se la negaba, fingía otro domicilio en otro lugar, y así sucesivamente, hasta obtener de un juez menos estricto y más benévolo la autorización solicitada. (1)

Pero este estado de cosas terminó con la dictación de la Ley Orgánica de Tribunales, que en el art. 225 establece: «Para aprobar o autorizar la enagenación, hipotecación o arrendamiento de inmuebles es juez competente el juez del lugar donde estuviesen situados.» De esta manera se puso término a los abusos que se cometían anteriormente.

La tramitación que debe seguirse para obtener la autorización correspondiente, se haya reglamentada en el artículo 1066 y siguiente del Código de Procedimiento Civil.

El marido presenta un escrito ante el juez letrado competente pidiendo la autorización debida y expresando para ello las causas o razones que exijan o legitimen estas medidas acompañando los documentos necesarios u ofreciendo información sumaria para acreditarlas. Pero el tribunal, aun cuando no se le ofrezca dicha información puede pedirla, pues la ley le ordena proceder con conocimiento de causa.

Y bien, ¿cuales son estas causas que legitiman la enagenación pedida? Las establecidas en el artículo 1754 y son las siguientes:

1.º—Facultad concedida al marido para ello en las capitulaciones matrimoniales.

2.º—Necesidad o utilidad manifiesta de la mujer.

La primera de estas, es la menos frecuente. En general, el matrimonio se contrae sin previo otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Pero en caso que se celebren, y se otorgue esta facultad al marido, se le impone generalmente la obligación de subrogar, es decir, de destinar el precio que se obtenga del inmueble vendido, a la adquisición de otro equivalente, y ¿que efectos trae consigo la omisión de esta obligación? Esta cuestión está resuelta en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia del 15 de Octubre de 1906 (2) que establece que en caso que no se cumpla con la obligación de subrogar, este hecho no afecta en ningún caso al comprador, por cuanto esto era una obligación que existía pura y exclusivamente entre el marido y la mujer, quien en dicho caso y en resguardo de sus intereses debe exigir el cumplimiento de la referida condición.

La falta de subrogación, no es por lo tanto, una causal de

(1) Revista Forense Tomo VIII pág. 736

(2) Revista de Derecho Tomo II pág. 558 S. I

nulidad del contrato de venta del bien raíz de la mujer casada, aun cuando se imponga esta condición.

En cuanto a la segunda de las circunstancias indicadas debemos recalcar que dicha necesidad o utilidad debe ser exclusiva de la mujer, en ningún caso de la sociedad conyugal, recordaremos también, que en los proyectos de Código Civil se hablaba sólo de necesidad o utilidad manifiesta, por lo que se podía entender que se refería tanto a la mujer como a la sociedad conyugal.

¿Cuándo se entenderá que hay necesidad manifiesta de la mujer en la venta de un bien raíz de su pertenencia? Existirá si el producido de ella, se va a invertir en pagar deudas personales de la mujer, como son las deudas contraídas por ella antes del matrimonio, o bien para el establecimiento de hijos suyos habidos en un matrimonio anterior, ¿en que caso habrá utilidad manifiesta para ella en la enagenación? La tendríamos si el valor del inmueble vendido se destinara a mejorar otro inmueble propio de la mujer, en todo caso la apreciación de esta circunstancia es cuestión de hecho, que el tribunal debe considerar tomando en cuenta los antecedentes que se le presenten.

Citaremos para esclarecer este punto, un sentencia que emitió un concepto de lo que debía entenderse por utilidad manifiesta de la mujer.

Se pedía autorización para hipotecar un fundo de pertenencia de la mujer, para que con los capitales obtenidos ampliar la explotación de dicho fundo.

La sentencia estimó que en este caso no existía utilidad de la mujer, pues la eventualidad del ensanche de la negociación del fundo, no es la utilidad manifiesta que exige el art. 1754 excenta de las eventualidades ordinarias de los negocios. Por lo demás consideró que el ensanche de la negociación vendría a favorecer también a la sociedad, y no exclusivamente a la mujer como lo exige la ley; en virtud de estas apreciaciones no dió lugar a la autorización solicitada (1).

Opinión completamente contraria a la establecida por esta sentencia, formula D. Miguel Luis Amunátegui en su obra «Imperfecciones y erratas del C. Civil Chileno» diciendo: «Con todo no es posible desentenderse de que la sociedad o utilidad de la sociedad conyugal es así mismo necesidad o utilidad de la mujer que forma parte de esa sociedad: Supongamos que en conformidad al N.º 1º del art. 1740, la sociedad conyugal estuviera pagando intereses crecidos por una deuda de la mujer y que el marido pretendiera sustituir esta deuda por una hipoteca constituida sobre una propiedad raíz de la mujer en condiciones más ventajosas para la sociedad. ¿Se

(1) Gac. 1908, 87, 129 págs. 420

diría que no hay aquí utilidad de la mujer por cuanto se trata de beneficiar directamente a la sociedad?

No creo que haya sido esta la intención del legislador.

Si se acredita alguna de las circunstancias indicadas el juez ordenará la venta y fijará para que se verifique, un plazo que no exceda de 6 ms. en caso de no indicarlo, se entenderá caducada la autorización pasado dicho plazo. En la misma resolución establecerá las condiciones de la enagenación; precio forma de pago etc. Nuestros Tribunales han estimado que el juez para autorizar la venta no tiene por que pedir partida de matrimonio ni títulos de propiedad (1)

Ahora bien, ¿que efectos acarrea la falta de autorización judicial en estos casos de enagenación? Es indudable y punto que no admite discusión, que se produce nulidad relativa por omisión de un requisito establecido en consideración a la persona, es decir, en razón del estado de incapacidad de la mujer casada; se aplican, por lo tanto las reglas generales que rigen la nulidad relativa, cuando ésta proviene de una incapacidad legal.

La mayoría de los fallos de nuestros tribunales lo estiman así.

Sin embargo, no ha faltado jurisprudencia que ha considerado que la omisión de la autorización judicial ej. el caso del art. 1754, produce nulidad absoluta. (2)

Por último, la autorización judicial puede intervenir como supletoria de la del marido, en caso que este le niegue a su mujer la autorización debida o se halle imposibilitado para ello.

La mujer solicita, entonces la autorización del tribunal para suplir la del marido, y nuestra legislación ha establecido que el juez suplirá siempre que se califiquen las razones por las cuales el marido se opone a la enagenación, y en caso de imposibilidad debe acreditarse fehacientemente esta circunstancia (3).

Y cuando el marido se encontrara impedido para manifestar su voluntad para contestar esta pregunta nos debemos remitir al art. 143 que dice: «La autorización del marido podrá así mismo ser suplida por el juez en caso de algún impedimento del marido como el de ausencia real o aparente del marido serán consideradas como impedimento suyos de manifestar su voluntad; en general la ley al hablar de ausencia real o presunta ha querido indicar la no presencia del marido (Luis Claro Solar) pero siempre que sea transitoria y momentánea, porque si se trata de una ausencia de larga e indefinida duración se procede a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

(1) Gac. 1909 S. 216 pág. 313 — Gac. 1905 S. 783 pág. 41.

(2) Gac. 1875 S. 2451 pág. 115 — Gac. 1886 S. 4058 pág. 2613.

(3) R. de D. T. II S. I pág. 318.

Hasta aquí hemos examinado el caso que el marido sea el que interviene formalmente en el acto, justamente con su mujer; pero puede suceder que sea esta la que celebre el contrato por sí misma; en este caso, para obligarse válidamente necesita autorización del marido y de la justicia (1).

PARRAFO V

¿El art. 1754 tiene aplicación en los casos de separación de bienes y divorcio perpetuo?

Examinaremos el primer punto,

El art. 159 del C. Civil textualmente dice: «La mujer separada de bienes etc.

De la lectura de estas disposiciones legales surge la siguiente pregunta: ¿Puede la mujer separada de bienes enagenar o hipotecar libremente sus bienes raíces, o es aplicable en este caso la regla general del art. 144 que se remite al art. 1754?

Distinguidos comentaristas de nuestro Código como Don Luis Claro Solar (2) y Don Luis Amunátegui (3) se pronuncian a favor de esta sanción; para ello recurren a la historia de establecimiento de la ley y argumentan de esta manera:

El art. 159 actual equivale a los arts. 178, 179, 180, del proyecto inédito con la única diferencia que los bienes raíces quedan eliminados como los requisitos para su enagenación e hipotecación requisitos que eran los mismos a que estaba sometida la mujer casada dentro del régimen de sociedad conyugal; al guardar silencio el legislador sobre este punto ha querido significar que queda subsistente la regla general del art. 144.

Por lo demás, dice Don Miguel Luis Amunátegui, si la intención del legislador hubiera sido establecer en favor de la mujer separada de bienes una excepción del art. 144 lo había hecho indudablemente de una manera expresa y terminante.

En este sentido tenemos varias sentencias de nuestros tribunales (4).

Los sostenedores de la doctrina contraria, que considera que la mujer separada de bienes puede vender libremente sus bienes raíces, raciocinan por su parte: El legislador al suprimir en el art. 159 los requisitos de enagenación e hipotecación manifestó la intención de no limitar los derechos de la mujer separada de bienes al respecto, dejándole la facultad de libre administración y disposición de toda clase de bienes.

Por otra parte, agregan, en el régimen de separación de bienes son improcedentes los requisitos del art. 1754 por cuan-

(1) NOTA.—Esto si examinamos el aspecto formal o material porque en todo caso como hemos sostenido anteriormente en el fondo siempre la mujer es la que enagena.

(2) Sent. 81 páj. 41 Gac. 1897 — Sent. 1292 páj. 585 Gac. 1875.

(3) Sent. 1693 páj. 108 Gac. 11894 — Sent. 2385 páj. 656 Gac. 1896.

(4) Sent. 3402 páj. 2021 Gac. 1883 — Sent. 6101 Gac. 1889.

to no se producen los casos en que tiene aplicación ese precepto, pues se refiere a los bienes raíces que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie, obligación que ha desaparecido en el régimen de separación de bienes.

Esta objeción es rebatida por Don Miguel Luis Amunátegui en los siguientes términos: «Convengo en que el art. 1754 trata sólo de las propiedades raíces de la mujer que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie, y me explico perfectamente esta circunstancia.

En el régimen de sociedad conyugal nada más que estos bienes están sujetos a la disposición del art. 144 que se limita a hablar de los bienes raíces de la mujer.

Cuando el marido no está ni puede estar obligado a restituir en especie, estos bienes no pertenecen a la mujer, aunque los haya aportado al matrimonio.

Pero de estos antecedentes no se deduce de ninguna manera que la regla general del art. 144 no se aplique a la mujer separada de bienes.

Una tercera doctrina por su parte, considera que la mujer separada de bienes sólo necesita de autorización marital para la enagenación de sus bienes raíces.

Para ello se basan en la historia del establecimiento de la ley y ratiocinan de este modo: El art. 184 del proyecto de 1853 exigía autorización del marido o del juez en subsidio para la enagenación de los bienes raíces de la mujer casada separada de bienes; habiéndose suprimido dicha disposición parece el legislador quiso establecer una regla contraria a la supuesta para los bienes muebles, es decir, exigir sólo autorización del marido o del juez en subsidio.

Don Clemente Fabres, uno de sus sostenedores dice: (1) «El legislador enumera los casos en que la mujer separada de bienes no necesita de autorización del marido; de lo que resulta lógicamente que la mujer no necesita de la autorización del marido únicamente en aquellos casos en que la ley lo dice expresamente y la necesita en los demás..... y no necesita tampoco de autorización judicial porque el art. 1754 la exige sólo para los bienes raíces que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie, y el marido no tiene esta obligación respecto de la mujer separada de bienes, en cambio, está sujeta a potestad marital y sólo está desligada de todo aquello que expresamente determina la ley».

Algunos fallos de nuestros tribunales de justicia se pronuncian en este sentido (2).

Con todo, nada hay más lógico y útil que dar a la mujer separada de bienes la libre disposición de sus bienes raíces,

(1) Instituciones de D. Civil Chileno Tomo I Nota 21 pág. 245

(2) Sent. 1348 pág. 1029 Gac. 1911 - Sent. 304 pág 846 Gac. 1914.

Revista XII S. I. pág. 281.

independientemente de toda autorización marital y judicial. Si la mujer soltera tiene esta facultad ¿porqué no ha de concedérsele a la mujer separada de bienes en todo lo que dice relación con sus bienes?

Inspirado en estos principios de conveniencia práctica el proyecto que pende actualmente de la consideración legislativa concede a la mujer separada de bienes la libre disposición de sus bienes raíces.

Respecto de la mujer divorciada, existe acuerdo unánime, en el sentido que puede enagenar sus bienes raíces independientemente del marido pero no existe igual acuerdo en cuanto a la autorización judicial, así D. Miguel Luis Amunátegui dice: «El art. 173 no deroga al art. 144 sino en la parte referente al marido y por lo tanto la mujer divorciada, no puede según el Código enagenar o hipotecar sus bienes raíces sin obtener previamente autorización judicial.

Varios fallos de nuestros Tribunales se pronuncian en igual sentido (1) uno de ellos (2) los establece entre otras por la siguiente consideración:

Considerando 15—Que para enagenar bienes raíces «la mujer divorciada necesita del consentimiento del marido si hubiere lugar a ello y del consentimiento del juez con conocimiento de causa» «La sentencia de divorcio la desliga del marido pero queda ligada con obligaciones naturales y legales para con sus hijos, y es justo que la ley ampare el porvenir de estos, por medio de la justicia

Otros menos extremistas consideran que la autorización judicial es sólo necesaria para la enagenación de los bienes aportados al matrimonio antes del divorcio, o adquiridos durante él a título gratuito; porque el caso de reconciliación de los divorciados el marido estaría o podría estar obligado a restituirlos en especie de acuerdo con el art. 1754; respecto de los demás bienes la mujer tiene facultad de libre disposición.

Como se vé esta interpretación falla por sus base, porque la expresión «bienes raíces» que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie no para referirse a la reconciliación de los conyuges divorciados; se refiere por su colocación en el título «De la administración ordinaria de los bienes durante el matrimonio, solamente a los bienes indicados en el art. 1725 N.º 6.

Sin embargo, no cabe duda, a nuestro juicio, que el legislador ha querido darle a la mujer divorciada la libre disposición de sus bienes muebles y raíces independientemente del marido porque expresamente lo reconoce el art. 173, e independientemente de la justicia como corolario de su desliga-

(1) Sen. 2118 páj 960 gac. 1875

(2) Sen. 966 páj 815 gac. 1888

miento de la potestad marital y según se deduce del art. 178 que se remite al art. 165 y que considera válidos los actos efectuados por la mujer divorciada durante el divorcio como si los hubiese autorizado la justicia. Así D. Clemente Fábres dice: (1) «... En cuanto a la mujer divorciada no cabe duda que puede vender libremente sus bienes raíces e hipotecarlos; en ningún art. ni para caso alguno se exige la autorización del marido o de la justicia».

La Corte Suprema en sentencia de 13 de Junio de 1912 (2) se pronuncia de esta manera aceptando esta doctrina:

C. 12 — «que el precepto del art. 173 del C. Civil según el cual la mujer administra con independencia del marido los bienes que ha sacado del poder de éste, o que después del divorcio haya adquirido importa la autorización conferida a la mujer casada mayor de edad, para la libre administración de sus bienes, y en consecuencia para enagenar e hipotecar libremente sus bienes raíces porque esa regla no tiene limitaciones en la ley; y porque el concepto legal de la administración de bienes; incluye el de la disposición de ellos siempre que de algún modo no haya sido excluido por la misma ley». En el mismo sentido (3)

De todo lo expuesto deducimos que no parece posible sostener que la mujer divorciada necesita autorización judicial para enagenar bienes raíces, ni decidir que está sujeta a las mismas restricciones que la mujer casada bajo el régimen de sociedad, como lo han establecido algunas sentencias (4).

Desde el 25 de Mayo de 1928 la mujer que ejerce una industria profesional o empleo se halla asimilada a la mujer separada de bienes para la administración de aquellos que sean fruto de su trabajo profesional o industrial (art. 9° D. L. 328); quedan subsistentes pues las mismas dudas, en cuanto a la facultad de la mujer profesional o industrial para la enagenación o gravámen de sus bienes raíces.

Por su parte, la mujer comerciante se rige por las disposiciones del Código de Comercio (art. 151 C. C.) del art. 17 de ese Código establece que la mujer casada mercadería mayor de edad puede enagenar e hipotecar libremente sus bienes raíces. Esta disposición deja margen a la siguiente pregunta ¿puede la mujer comerciante casada y mayor de edad enagenar cualquier clase de bienes inmuebles y para cualquier fin? o sólo aquellos adquiridos durante su comercio y para un fin comercial? D. Gabriel Palma, afirma basándose en el estudio de las actas del Código de Comercio que puede hacerlo sin hacer distinción de ninguna especie.

(1) Instituciones de Derecho Civil Chileno Nota 21

(2) Sent. 77 pág. 147 gac 1921.

(3) Sent. 1202 pág. 615 gac 1915.

(4) Sent. 2118 pág. 969 gac 1875 — Sent. 2820 pág. 1692 gac 1885.

Pero hoy toda esta situación tiende a variar; en efecto, como dije anteriormente se ha presentado un proyecto de reforma sobre la capacidad legal de la mujer casada, que deroga el decreto ley 328 e introduce importantes modificaciones al Código Civil siguiendo las nuevas orientaciones jurídicas.

De acuerdo con este proyecto la mujer separada de bienes queda asimilada a la mujer divorciada concediéndosele a ambas la libre disposición de sus bienes. El art. 159 del C. C. modificado dice así: La mujer separada de bienes tendrá respecto de los que separadamente administra las mismas facultades que el art. 173 otorga a la mujer divorciada perpetuamente y este art. 173 modificado establece: «La mujer divorciada perpetuamente administra con independencia del marido los bienes que ha sacado del poder de este o que después del divorcio ha adquirido.

Podrá en consecuencia enagenar y gravar sus bienes raíces estar en juicio y ejercer los cargos de tutora y curadora, sin autorización del marido ni de la justicia.

Como se vé el inciso 2º de este art. salva las dudas a que se presta a la interpretación del art. 173 actual.

En cuanto a la mujer casada profesional o industrial se rige por el art. 150 C. C. que modificado dice: «La mujer casada de cualquier edad que ejerza una profesión, oficio o industria distintos de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio o profesión o industria y de que en ellos obtenga, no obstante cualquiera estipulación en contrato; pero si fuere menor de 25 años necesitará autorización judicial con conocimiento de causa para gravar y enagenar bienes raíces.

Este art. 150 establece mas adelante una verdadera presunción de derecho de que el acto ha sido ejecutado por la mujer dentro de su administración separada, siempre que en el instrumento en que se deje constancia del acto o contrato, que haga referencia de haber acreditado la mujer mediante instrumento públicos o privados que ejerce o ha ejercido empleo profesión o industria distintos de su marido.

Esta misma disposición que acabamos de indicar, es aplicable a la mujer comerciante de acuerdo con el mismo art. 11 del Código de Comercio.

BIBLIOGRAFIA

- Alessandri R. Arturo* «De la compra-venta y de la promesa de Venta» Santiago 1917-1918.
- Alessandri R. Fernando* «La Hipoteca en la Legislación Chilena»
- Amunátegui R. M. Luis* «Imperfecciones y Erratas manifiestas de edición autentica del Código Civil Chileno»
- Baudry Lacantinerie* «Du Contrat de mariage» (Paris 1906).
- Bello* Obras completas Tomo IX XI XII XIII, Santiago 1885 1887-1888-1890.
- Barriga Errázuriz Luis* «La hipoteca de cosa ajena» Santiago 1926.
- Claro Solar Luis* Derecho Civil Chileno Tomo II y V.
- Collin et Capitant* «Droit Civil Français» Paris 1907 Tomo III 1925 Quatrieme edition.
- Demogue* «Des obligations en general. Tomo II Paris 1923 2.^a edición
- Guillonard* «Du contrats du mariage» Paris 1895 T. II III E
- Guillonard* «Des contrat aleatoires et du mandat» Paris 1894 1876 y 1877 Paris
- Planiol Marcel* «Principes Generaux» Tomo I Paris 1928.
- Planiol Marcel et Georges Ripert* «Regimes Matrimoniaux» Tomo VIII Paris 1925.
- Planiol Marcel et Georges Ripert* «Des obligations»: Paris 1930 Tomo VI
- Troplong* «Droit Civil Expliquée» Du contrat du mariage et des Droit Respectifs des epous Paris 1851
- Troplong* «Droit Civil Expliquée» Du mandat Paris 1846.
- Revista Forense—Revista de Derecho y Jurisprudencia. Gaceta de los Tribunales.
- Manresa José María y Navarro* «Comentarios al Código Civil Español Tomo IX Madrid 1908 2.^a edición
- Somarriva S. Manuel* Apuntes tomados en clase Santiago 1933
- Reviste Trimestrelle du Droit. Tomo VIII, 1919.
- Demolombe* Coure de Code Napoleón Paris 1860.
- Pothier* Du contrat de Vente Paris 1833 N.º 179 y 180 T. II.
- Pothier* «De la Communnantée Tomo VI N.º 253 pág. 175.
- Marcadé et Paul Pont* «Explicatione du Code Civil»



Tesis C387ea
1934
c.2

AUTOR Ceballos Yañez, Angélica
ca

TITULO Estudio sobre el art.
1754 del Código Civil

FECHA DE DEVOLUCION	LECTOR	FECHA DE DEVOLUCION	LECTOR

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA CENTRAL
CASILLA 94 SANTIAGO 22
CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE



3 5601 15900 5903