

DU. 61092

Ramón Megorano
A. G. V.

Manuel Somarriva Undurraga

TSP
5693a
1928

De la Administración,
Disolución y Liquidación
de la Sociedad Conyugal

Memoria de Prueba para optar al
grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Univer-
sidad de Chile



917

ESTABLECIMIENTOS GRÁFICOS
«BALCELLS & CO.»

1928

CALLE FONTECILLA N.º 268
SANTIAGO DE CHILE

[Faint handwritten text at the top of the page]

[Faint, illegible text in the middle of the page]





BIBLIOGRAFIA

AUTORES NACIONALES

ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTURO.—*De la Compra-venta y de la Promesa de venta*, tomo 1.º.—Santiago 1917.

ARMAS JUAN ANTONIO.—*Comentario a 7 títulos del Código Civil*.—Santiago 1886.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTURO.—*Apuntes de sus clases de Derecho Civil segundo y tercer año*.—Santiago 1921 y 1926.

AMUNÁTEGUI REYES MIGUEL LUIS.—*Imperfecciones y erratas manifiestas de la edición auténtica del Código Civil Chileno*.—Santiago 1894.

BARRIGA ERRÁZURIZ GONZALO.—*Los regímenes matrimoniales en general; del patrimonio de la sociedad conyugal y de cada uno de los cónyuges*.—Santiago 1924.

BARROS ERRÁZURIZ ALFREDO.—*Curso de Derecho Civil*, tomos 1, 2 y 3.—Santiago 1921.

BELLO ANDRÉS.—*Obras completas*, tomos 11, 12 y 13.—Santiago 1890.

CLARO SOLAR LUIS.—*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*, tomo 2.—Santiago 1902.

CLARO SOLAR LUIS.—*Resumen en cuadro sinóptico de la sociedad conyugal y de las capitulaciones matrimoniales*.—Santiago 1908-1921.

CHACÓN JACINTO.—*Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil Chileno*, tomo 1.º.—Valparaíso 1881.

CORREA FUENZALIDA GUILLERMO.—*Apuntes de sus clases de Derecho Civil, 2.º año.*—Santiago 1925.

DÁVILA OSCAR.—*Apuntaciones de su clase de Derecho Civil.*—Santiago 1926.

FÁBRES JOSÉ CLEMENTE.—*Instituciones de Derecho Civil, tomo 2.*—Santiago 1893.

OTERO ESPINOSA FRANKLIN. — *Concordancias y Jurisprudencia del Código Civil Chileno, tomo IV.*—Santiago 1923.

PLAZA JUAN DE DIOS.—*Índice General de la Gaceta de los Tribunales.*—Santiago 1915.

RÍO C. RAIMUNDO DEL.—*Apuntes de Medicina Legal.*—Santiago 1920.

RAVEST.—*Diccionario de Jurisprudencia.*—Santiago 1892.

RODRÍGUEZ LEONCIO.—*Autorización judicial y marital, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 15, 1.ª parte pág. 21.*

RAMÍREZ R. PABLO.—*Regímenes matrimoniales.*—Santiago 1909.

URRUTIA LEOPOLDO.—*Explicaciones de clase (Cañas y Dávila).*—Santiago 1907.

VERA ROBUSTIANO.—*Código Civil, tomo V.*—Santiago 1896.
Revista de Derecho y Jurisprudencia.

Gaceta de los Tribunales.

AUTORES EXTRANJEROS

AUBRY-RAU.—*Cours de Droit Civil Francais, tomo V.*—París 1873.

BAUDRY-LACANTINERIE ET J. LECOURTOIS ET SURVILLE.—*Du Contrat du mariage, tomos 14 y 15.*—París 1901.

BAUDRY-LACANTINERIE ET PAUL GUYOT, *Précis De Droit Civil, tomo 3.º*—París 1927.

BORJA LUIS FELIPE.—*Estudios sobre el Código Civil, Chileno, tomo 3.º*—París 1907.

BORRERO M.—*De la impersonalidad de la mujer para el pago de las deudas contraídas durante el matrimonio (Revista Derecho y Jurisprudencia), tomo XVI, primera parte, pág. 191).*

BERNARDO MAURICE y BONNECASE JULIÉN.—*La mujer casada comerciante según la ley de 13 de Julio de 1917 (Revista*

de *Derecho y Jurisprudencia*, tomo VII, primera parte, pág. 191).

CHAMPEAU y URIBE.—*Tratado de Derecho Civil Colombiano*.—París 1899.

COLÍN y CAPITANT.—*Curso Elemental de Derecho Civil Francés*, tomos 2 y 6.—Madrid 1926.

DELVINCOURT.—*Cour de Code Civil*.—París 1819.

DURANTON.—*Droit Civil*, tomo 8.º—Bruselas 1841.

GARCÍA MORENO ALEJO.—*Texto y comentarios al Código Civil del Imperio alemán*.—Madrid 1897.

GRASSERIE ROUL DE LA.—*Code Civil Mexican*.—París.

GUILLOUARD.—*Traité du Contrat de mariages*, tomo II y III.—París 1895.

HUC TEOPHILE.—*Commentaire Théorique et pratique du code civil*, tomo IX.—París 1896.

LOCRÉ.—*La Legislation de la France*.—París 1828.

LAURENT.—*Principes de Droit Civil Français*, tomos 22 y 23.—Bruselas 1876.

LOUBERS HENRI.—*De la obligación del marido respecto a los terceros que han contratado con su mujer separada de hecho* (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 15 primera parte, pág. 110).

MANRESA y NAVARRO JOSÉ MARÍA.—*Comentarios al Código Civil Español*, tomo 9.º—Madrid 1904.

MARCADÉ ET PONT.—*Explications du Code Civil*, tomo 5.º, París 1873.

MOURLON.—*Repetitions écrites sur le Code Civil*, tomo 3.º, —París 1856.

MUNDT GUILLERMO.—*Contribution a l'étude comparative de Code Civil Allemand y du Code Civil Français*.—París 1903.

PLANIOL MARCEL.—*Traité élémentaire de Droit Civil*, tomo 3.º—París 1921.

PLANIOL ET RIPERT.—*Droit Civil Français*, tomos 8 y 9.—París 1927.

POTHIER.—*Obras anotadas, por M. Bugnet*, tomo 7.—París 1861.

RICCI FRANCISCO.—*Derecho Civil Teórico y Práctico*, tomo 15.—Madrid.

SCAEVOLA Q. MUCCIUS.—*Código Civil concordado y comentado*.—Madrid 1905.

TAPIA EUGENIO.—*Febrero Novísimo*.—Valencia 1828.

TOULLIER.—*Le Droit Civil Français*, tomos 1.º y 12.—París.

TROPLONG.—*Droit Civil expliqué. Du contrat de mariage*, tomo 1 y 2.

VALVERDE CALIXTO.—*Tratado de Derecho Civil Español*, tomo 4.º—Madrid 1913.

CODIGOS CITADOS

- Código Civil Argentino.
- » » Alemán.
 - » » Belga.
 - » » Bolivia.
 - » » Colombiano.
 - » » Español.
 - » » Ecuatoriano.
 - » » Francés.
 - » » Guatemalteco.
 - » » Hondureño.
 - » » Italiano.
 - » » de la Luisiana.
 - » » Mexicano.
 - » » Nicaragüense.
 - » » Peruano.
 - » » Uruguayo.
 - » » Venezolano.

dominica, los metidos de plata; el belga y el francés son uno mismo



DOS PALABRAS

El año 1924 se recibió de Abogado el señor Gonzalo Barriga Errázuriz, y para optar el grado de Licenciado, presentó como memoria de prueba un interesante trabajo sobre los regímenes matrimoniales en general y sobre el patrimonio de la sociedad conyugal y de cada uno de los cónyuges.

Lamenta el señor Barriga a través de las páginas de su memoria que circunstancias de carácter personal le hayan impedido extender su estudio a todo el régimen matrimonial chileno; y nosotros también lo lamentamos sinceramente, pues estamos cierto de haber sido privados de una eficaz contribución a la ciencia del derecho como lo es la parte publicada.

La sociedad conyugal, es un tema a todas luces interesante, tanto desde el punto doctrinario como práctico. Esto, no obstante, bien poco, por no decir nada, se ha escrito en nuestro país sobre el particular; por estas razones nos hemos decidido a continuar la labor que dejara inconclusa el señor Barriga. Nos ocuparemos pues, de la administración, disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Además de la importancia e interés natural que tiene el tema que hemos escogido, cobra hoy día un interés especial de actualidad, por la presentación que hicieron hace algunos meses, los chilenos y chilenas residentes en París, al Presidente de la República, en el sentido de que se reformara el Código Civil, en lo referente al régimen matrimonial, estableciendo como régimen legal el de separación de bienes.

Consideramos en nuestra modesta opinión, que los ataques al régimen de comunidad son injustificados; plumas muy autorizadas en el campo del Derecho han demostrado, las enormes ventajas que ofrece el régimen de comunidad sobre los demás regímenes matrimoniales.

Sin embargo, es necesario reconocer que el régimen de comunidad en la forma establecida en nuestro Código, adolece de defectos fundamentales: se le ha dado al marido poderes omnipotentes, considerándolo como dueño de los bienes sociales; y en cambio a la mujer se le ha reducido a la nada, negándole todo derecho sobre los bienes sociales mientras dura la comunidad. De la legislación mundial, únicamente los Códigos de Colombia y del Ecuador, que como sabemos, han sido copiados fielmente, salvo pequeñas modificaciones, del nuestro, establecen la comunidad bajo las bases de nuestra legislación. Todos los demás Códigos del mundo, cual más, cual menos, imponen restricciones en la administración del marido con respecto a los bienes sociales.

Se hace pues, necesaria una modificación de nuestro Código Civil en el sentido indicado; pero eso

no quiere decir que haya que recurrir a desterrar el régimen de comunidad; se conservaría, pero imponiendo restricciones al marido en la administración y dando a la mujer derechos durante la existencia de la comunidad.



PRIMERA PARTE

DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

1. Salvo que los cónyuges, haciendo uso de la facultad establecida en el Art. 8.º del Decreto-Ley 328 de 29 de Abril de 1925, pacten separación de bienes, el matrimonio trae como consecuencia la formación de una sociedad entre ambos cónyuges, ~~re-~~ conocida con el nombre de sociedad conyugal.

Nuestro legislador ha dado la jefatura y la administración de esta sociedad, al marido, constituyendo esto la administración ordinaria ~~y se ocupa de ella~~ en el párrafo 2.º del título XVII del libro cuarto del Código Civil. *X*
de que

Sin embargo, por ciertas circunstancias especiales, como ser: ausencia prolongada o interdicción del marido y otros casos que analizaremos con detalle a su debido tiempo, la administración de esta comunidad puede pasar a la mujer o bien a un curador, constituyendo así lo que el legislador llama, ~~administración extraordinaria,~~ de la cual se ocupa *otras*
se

en el párrafo 4.º del mismo título y libro del citado Código.

Como es lógico empezaremos nuestro estudio por lo más general, esto es, por la administración ordinaria.



CAPITULO I

DE LA ADMINISTRACION ORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

2. Hemos dicho que la administración ordinaria de la comunidad corresponde al marido; es este un principio adaptado por la legislación universal. Solamente Cambáceres (1) en sus primeros proyectos de Código francés otorgaba la administración a ambos cónyuges. Sin lugar a dudas este sistema no es recomendable; prueba de ello es que ninguna legislación lo ha adoptado. De un lado, si cada uno de los cónyuges pudiera obrar libremente sería imposible la prosperidad de los negocios de la comunidad; de otra parte, si fuera necesario que obrarían de común acuerdo, la más de las veces habría discordia en las voluntades, lo cual daría margen a dificultades que entorpecerían grandemente la marcha de comunidad.

Por estas circunstancias, era necesario dar un jefe a la comunidad, para que decidiera sobre toda cuestión directriz e imprimiera un solo criterio

(1) PLANIOL ET RIPERT, o. c. t. § n.º 514.

constante a la marcha de los múltiples asuntos de la familia; y en esta necesidad como dice Scaevola, las leyes, las costumbres y hasta las condiciones de la organización fisiológica, imponen que la jefatura ~~se halle~~ atribuída al marido.

3. Durante la administración del marido, la mujer tiene ciertas facultades, o le cabe cierta actuación; por esto, al estudiar esta materia lo hacemos en dos secciones: nos ocuparemos primeramente de los poderes del marido y en seguida de los poderes de la mujer.

SECCIÓN I

Gestión del marido en los intereses sociales

4. Mucho se ha discutido entre los autores extranjeros qué clase de poderes son los que tiene el marido respecto de los bienes sociales. Unos opinan que es un administrador (1), si bien como dice Ricci (2) éste debe tener necesariamente facultades más amplias que las inherentes a un administrador cualquiera, puesto que este último tiene la misión de conservar, mientras que aquél otro tiene la misión de crear, constituyendo patrimonio que antes no existía.

Otros en cambio sostienen que el marido es dueño de los bienes sociales (3).

(1) GUILLOUARD, t. 3 n.º 193. RICCI, t. 15 n.º 87. TROPLONG, t. 2 n.º 855. PLANIOL Y RIPERT, t. 8. n.º 520. DURANTON, t. 8. n.º 271. MANRESA, t. 9. n.º 653. HUC, t. 9 n.º 157.

(2) o. c. t. 15 n.º 87.

(3) POTHIER, t. 7. n.º 467. COLMET DE SANTERRE, AUBRY ET RAU citados por LAURENT, t. XXII n.º 3. TOULLIER t. 12 n.º 303. DELVINCOURT t. 3 262 nota 2.

5. Si bien esta discusión tiene razón de ser en el Código francés, y nosotros consideramos que en esa legislación no se le puede dar el carácter de dueño por cuanto se le imponen restricciones que no se comprenderían en un propietario (art. 1422 y 1423), en nuestra legislación la cuestión no ofrece dudas y es del todo clara; ante los ojos del legislador el marido es dueño de los bienes sociales.

al marido

Los argumentos que poseemos para defender nuestro criterio son numerosos, y se basan tanto en el texto mismo de la ley, y en la historia fidedigna de su establecimiento, cuanto en la armonía que reina entre las disposiciones del Código, sobre la base de darle al marido el carácter que le hemos atribuido.

*1º Argu-
mento*

6. Tenemos primeramente el art. 1749 del Código Civil que a la letra dice: «El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer; sujeto empero a las obligaciones que por el presente título se le imponen y las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales». Recorriendo el título a que alude el artículo podemos cerciorarnos que no establece la más mínima restricción; las que existen se refieren a la administración de los bienes propios de la mujer, cuestión distinta de la que nos ocupa. (1) *no está completo el argumento. Del*

(2) pag. 13

*2º Argu-
mento*

El artículo 1750 agrega expresamente que el marido es respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, artículo que se encuentra en perfecta armonía y consonancia con el 1752, que excluye a la mujer del dominio de los bienes sociales al decir: «La

grogar: ... dominio ... definición ... 582, el des ... en una co

ral para gozar y disponer de ella arbitrariamente el marido puede gozar y disponer en esta forma de los bienes sociales, el marido es dueño de los bienes

(2) no es este tan absoluto como se ve más adelante (pag. 15); pero, en nada se cede, el propietario, no puede, tampoco, a ocho francos de renta; y el otro a una alta

mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad». Estos artículos no han sido establecidos por el legislador, como pudiera creerse, en una forma ligera e inmeditada, pues su pensamiento se reflejaba en los proyectos. «El marido, decían éstos (art. 27 del proyecto del 45; art. 265 del Proyecto del 47; art. 1916 del Proyecto del 53), adquiere el dominio de las especies o cuerpos ciertos que la mujer aporta al matrimonio, y acerca de las cuales se declara que debe restituir un precio en dinero...»

7. Es un principio elemental de interpretación el establecido en el art. 22 del Código Civil, según el cual, «el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía». Aplicando este artículo al caso en cuestión afianzamos más la idea de que el marido es dueño de los bienes sociales.

En efecto, como veremos en su oportunidad, la mujer dentro del matrimonio puede obrar sea judicial o extrajudicialmente autorizada por el marido o por la justicia, los cuales suplen su incapacidad. Cuando obra autorizada por el primero, como es natural, obliga los bienes de la comunidad. Cuando la autorización es dada por el juez, los efectos que ésta produce son distintos, según las circunstancias en que se haya dado.

Si la autorización supletoria del juez ha sido dada por impedimento del marido, en casos urgentes y siempre que se presuma la autorización de éste, obligará los bienes de la comunidad, y al decir de

la comunidad decimos del marido, pues, como luego veremos, éstos se confunden con aquéllos.

Cuando la mujer ha sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, entonces sólo obliga sus bienes propios.

Estas disposiciones nos revelan que únicamente el marido puede obligar los bienes de la comunidad, sea que obre personalmente, dando poder, sea autorizando a su mujer para que celebre actos jurídicos; es decir, procede como dueño. Y ahora nos podemos preguntar ¿Por qué la mujer no puede obligar los bienes sociales? No podemos decir que sea por incapacidad, por cuanto la autorización marital o judicial la subsana. ¿Qué clase de derechos tiene la mujer sobre los bienes sociales que no los puede obligar? Si fuera dueña no hay duda que podría hacerlo.

La institución de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal es una confirmación de la tesis que venimos sustentando. Si la mujer fuera dueña o condueña de los bienes sociales, lo más lógico sería que dada la imposibilidad del marido, ella administrara de pleno derecho la comunidad, sería el momento en que su derecho se revelara, se exteriorizara, y como veremos, esto no sucede, pues si tiene facultades administrativas es en su calidad de curadora, facultades que bien puede tenerlas un tercero extraño que sea curador del marido. Hay aún más, tanto considera el legislador al marido como dueño de los bienes sociales, y que por lo tanto se confunden con los suyos propios, que la mujer en el caso de la administración extraordinaria no tiene facultad para administrar únicamente los bienes sociales y nó los de su marido, sino que está

obligada a administrar ambos patrimonios entre los cuales hay perfecta comunión, de manera que llega a ser erróneo hablar de patrimonio social, por cuanto existe sólo el del marido.

8. El argumento histórico, confirma también la opinión que venimos sosteniendo.

Tenemos por de pronto las propias palabras del ilustre autor de nuestro Código, don Andrés Bello, que en sus anotaciones en el prospecto de 1853 decía a este respecto: «Se ha descartado el dominio de la mujer en los bienes sociales durante la sociedad: ese dominio es una ficción que a nada conduce. «Licet ipso jure quaeratur uxori dorminium et possessionem verum constante matrimonio quaesitarum, non tamen eo constante acquiritur cum effectu, donec solutum sit matrimonium et sic finita societas. Nec eo constante dominium residet in muliere proprie et in actu, sed in credito vel habitu, et iste habitus non habet effectum raelem cum absque fraude maritus possit quaesita constante matrimonio alienare et de eis disponere. Itaque dominium hoc quasi nebula detentum est quae durat donec solvatur matrimonium; eo tamen soluto, . . . illud dominium velatum, in habitu tantum consistens, exit in actum, et *in veram et actualem dominii et possessionis communionem*». Matienzo glossa 3, n. 18, ad. leg. 2, t 9. Traducimos el pasaje por considerarlo de importancia para la defensa de nuestra opinión.

«Aún cuando la misma ley reconozca a la mujer el dominio y posesión de las cosas adquiridas durante el matrimonio, no por eso lo adquiere en efec-

to sino cuando se disuelve el matrimonio y llega a su término la sociedad conyugal. Ni aún durante el matrimonio, el dominio reside en la mujer, propia y actualmente, sino como de prestado y en depósito, sin efecto alguno real, ya que el marido puede sin fraude alguno, enajenar y disponer de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Así pues, este dominio de la mujer está como velado por cierta nubecilla que se disolverá por el hecho de disolverse el matrimonio; y una vez éste disuelto... aquel dominio velado, que se hallaba como en posesión en la mujer, se actualiza, y conviértese en una verdadera y *actual comunidad de dominio y posesión*.

Al margen del artículo 1908 del citado proyecto que corresponde al 1749 del Código actual, cita el señor Bello, al jurisconsulto español Tapia, lo que nos está demostrando que las ideas de ese artículo han sido inspiradas por el antedicho jurisconsulto: el cual dice: «A la mujer casada se comunica y transfiere en hábito y potencia, el dominio y posesión revocable y ficta de la mitad de los bienes, que durante el matrimonio gana y adquiere con su marido; más, después que éste fallece, se le transfiere irrevocable y efectivamente, de suerte que por su fallecimiento, se constituye dueña absoluta en posesión y propiedad de la mitad que deje, al modo que en los socios convencionales lo dispone la ley. Por esto a la mujer no sólo le está prohibido donar sus bienes dotales y gananciales durante el matrimonio, sino también dar limosnas sin licencia de su marido». (1)

(1) TAPIA, L. 1. tit. 2. c. 8 n. 19.

Más adelante este mismo autor agrega: «El marido no necesita la disolución del matrimonio para constituirse *real y verdadero dueño de todas las gananciales*, pues durante éste, tiene en el efecto su dominio irrevocable y así lo puede administrar, trocar y no siendo castrenses o cuasi castrenses vender y enajenar a su arbitrio, cesante el doloso de defraudar a su mujer como se prueba de la ley. *Por lo que mientras el marido vive y no se disuelve el matrimonio o no hay divorcio, no debe decir la mujer que tiene gananciales*, ni impedirle el uso lícito de los que adquiriera a pretexto de que la ley le concede la mitad, porque esta concesión se entien- de para los casos excepcionales y nó en otros».

Por último, dentro del argumento histórico se puede defender la tesis que analizamos, con el hecho de que las ideas dominantes al tiempo de dictarse nuestro Código eran las de considerar al marido como dueño de los bienes sociales. Este era el pensamiento de autores como Pothier y Delvincourt, que para nosotros tienen especial importancia, pues según se desprende de las anotaciones que hiciera el señor Bello al Proyecto de 1853, sus doctrinas influyeron notablemente en la dictación del Código.

Delvincour dice a este respecto: «La mujer no tiene ningún derecho a la comunidad mientras dura. Por el momento su derecho se reduce a una simple esperanza, cual es la de partir los bienes que compongan la comunidad al momento de su disolución, esperanza que bien puede jamás realizarse si ella renuncia a la comunidad».

9. Las palabras de don Andrés Bello en las cuales niega a la mujer derecho sobre los bienes socia-

les durante la comunidad, están en perfecta armonía con el hecho que los poderes del marido sean ilimitados no teniendo en el Código limitación alguna y en cambio la mujer no tiene ninguna facultad. Si en realidad fuera como se cree dueña de los bienes sociales, tendría más de alguna, ya que el derecho de propiedad, es el que nos concede el máximo de facultades, es un derecho absoluto. Por esta razón don Andrés Bello consideró que era una ficción el derecho de la mujer durante la comunidad por cuanto el marido es omnipotente y soberano.

Por último, va en apoyo de la tesis que defendemos el hecho que el legislador no haya especificado las facultades del marido en lo que respecta a los bienes sociales, como lo hacen todos los códigos. Así por ejemplo el art. 1421 del Código francés dice: «El marido administra sólo los bienes de la comunidad. Los puede vender, enajenar o hipotecar sin el concurso de la mujer». Y el 1422 agrega: «El no puede disponer entre vivos a título gratuito de los inmuebles de la comunidad ni de la universalidad o de una cuota de los muebles. Si no es para el establecimiento de los hijos comunes. El puede sin embargo disponer de los efectos muebles a título gratuito y particular, en provecho de cualquiera persona, siempre que no se reserve el usufruto».

Esta circunstancia no es sino una consecuencia del hecho de haber considerado al marido como dueño de los bienes sociales y, después de haberle dado este carácter, consideró inoficioso decir más, por cuanto el derecho de dominio nos da el máximo de facultades.

*terga no
que con
con sea*

*Argen-
nente*

10. En contra de la opinión que sustentamos se ha dicho por algunos que es inconciliable el carácter que le hemos dado al marido, con la existencia de la comunidad, ya que si así fuera no se vería donde estaba la existencia de ésta. Para rebatir esta opinión no es necesario buscar muchos argumentos, pues el propio don Andrés Bello nos suministra uno cuyo valor nadie puede desconocer. Trascribimos textualmente sus palabras: «No es lo mismo pertenecer una cosa a la sociedad, o pertenecer a los dos cónyuges en común. Un ejemplo lo manifestará. Se lega una hacienda a ambos cónyuges. Mientras está proindiviso, la mujer tiene tan real y verdaderamente dominio en ella como el marido; el marido no puede enajenar la hacienda sin las formalidades necesarias para la enajenación de los bienes raíces de la mujer, al paso que pudiera enajenar libremente una finca que formase parte del haber social. Dividida entre ellos la hacienda, la mujer toma su parte y adquiere el solo dominio de ella, que es como cualquiera de sus bienes parafernales. Si la mitad de la hacienda no le hubiera pertenecido proindiviso la división le habría dado el dominio exclusivo de la mitad de una cosa social; lo cual mientras dura la sociedad es contra derecho. La hacienda como propiedad de ambos cónyuges puede durante la sociedad dividirse entre ellos; si fuese haber social no podría».

11. En resumen, según nuestra opinión ante nuestra legislación, y así creemos haberlo demostrado, el marido es dueño de los bienes sociales, tanto respecto de terceros como en consideración a la

mujer. La comunidad se forma cuando se disuelve la sociedad. Mientras ésta dura la mujer tiene solamente la esperanza de llegar a ser copropietaria una vez que la sociedad deja de existir.

Las características de nuestro régimen están pues, fielmente representadas en el antiguo aforismo de derecho que dice: «El marido vive como dueño y muere como asociado».

Siendo dueño el marido puede ejecutar todos los actos de administración, como ser, pagar deudas, cobrar los créditos, interrumpir prescripciones, efectuar reparaciones etc. Está facultado igualmente para gravar los bienes con deudas, ya sean de la sociedad o propias de él; para hipotecarlos, donarlos, darlos en prenda o enajenarlos; y en general celebrar cualquiera clase de actos o contratos; teniendo como única limitación, que se justifica por sí sola: no efectuar estos actos en fraude de los derechos de la mujer o sus herederos que tendrán una vez disuelta la sociedad si no renuncian a las gananciales.

12. Es ésta una restricción que no está consagrada en ningún texto legal, sino que ha sido deducida de los principios generales de derecho por los tratadistas y la jurisprudencia (1). Notemos, pues, que el marido en el derecho escrito no tiene en sus poderes ninguna limitación.

Esta restricción se aplica cada vez que el marido ejecute un acto en fraude de los derechos futuros

(1) Algunas legislaciones, como el Código de España art. 1413, el Código de Honduras, art. 1514 y el Código del Uruguay art. 1974, la establecen expresamente.

de la mujer, sea acto simulado, sea un acto jurídico, o un acto material.

La mujer puede reclamar de estos actos una vez que se haya disuelto la comunidad, y que la haya aceptado, pues durante ésta sólo tiene la expectativa de llegar a ser dueña de la mitad de ganancias.

Los fundamentos de esta acción no son siempre los mismos, pues si bien en ciertos casos es aplicable la acción pauliana, en otros, esto no será posible. (1)

Sabemos que la acción pauliana o revocatoria, es la que tiene el acreedor para obtener la revocación de los actos ejecutados por el deudor en fraude de sus derechos. Para que ella proceda se requieren los siguientes requisitos: *a*) en primer lugar, es necesario que el acreedor sufra un perjuicio, lo cual sucederá cuando el deudor por el acto que ejecuta queda en insolvencia, o si ya lo estaba que ésta aumente; *b*) en segundo término se exige mala fe de su parte, consistiendo la mala fe en el hecho de conocer el deudor el mal estado de sus negocios; *c*) por último, si el acto es oneroso, se exige complicidad del tercero.

De manera, que cuando el acto fraudulento del marido reúna las condiciones indicadas, la mujer podrá hacer uso de la acción pauliana. Pero bien puede suceder que no reúna esos requisitos por ejemplo, que el marido no quede en insolvencia (2), o bien que se trate de un acto jurídico, sino de un acto material, como quemar una bodega, dar muer-

(1) PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 8 n. 546.

(2) PLANIOL Y RIPERT, obra citada t. 8/n. 547.

te a los animales. En estos casos se hace aplicación lisa y llana de la acción de indemnización de perjuicios. uso
| mente

Los elementos del fraude serán distintos en uno y otro caso. Si se hace uso de la acción pauliana serán tales los requisitos exigidos para que ella proceda.

Cuando ésta no se puede aplicar se requieren dos requisitos (1). En primer término un elemento material, es decir, un acto del marido, que puede consistir en un acto jurídico (enajenación, préstamo), un hecho material (destrucción), o una mera abstención (falta de reparación), y un elemento intencional: la intención de parte del marido de disminuir o hacer desaparecer la parte que la mujer o sus herederos tendrán el día que se disuelva la comunidad.

La prueba del fraude incumbe a la mujer o sus herederos, pues sabemos que la ley presume la buena fe, y puede hacer uso de cualquier medio de prueba. (1)

En el establecimiento del fraude tiene el juez un gran poder discrecional y todo es cuestión de hechos y circunstancias de las cuales se presume la intención dolosa del marido. Pothier (2) cita como caso de fraude las donaciones excesivas hechas a los herederos presuntivos del marido. También podríamos citar como casos en que hay fuerte presunción de fraude en las enajenaciones que hace el marido en circunstancia que la mujer esté moribunda o poco antes de la separación de bienes.

(1) PLANIOL Y RIPERT, obra citada t. 8 n. 547

(2) Obra citada t. 7 n. 484.

[71] El fraude no se presume; ¿puede probarse por presunciones?

La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 11 de Enero de 1910 (1) revocando una de 1.ª instancia declaró haber fraude en el siguiente caso: «Se trataba de un matrimonio que vivía separado de hecho desde hacía seis años; el marido había sido condenado a pagar treinta pesos de multa por injurias inferidas a su mujer; había vendido a un primo hermano propiedades en \$ 14,000 que estaban valuadas en \$ 16,000; y a un hermano derechos en una propiedad en 300 pesos, los cuales estaban valuados en \$ 6,000. El marido había recibido en el término de seis años \$ 19,614 que según dijo los había empleado en litigar contra su mujer, lo cual era inverosímil».

La Corte Suprema en sentencia dictada el 9 de Mayo de 1925 (2) falló la existencia de fraude en este otro caso: «La mujer padecía de demencia senil, por cuya razón le sería imposible testar válidamente con lo cual los bienes pasarían a sus herederos ab-intestatos. En estas circunstancias, el marido por medio de trece escrituras traspasó los bienes a un hijo del primer matrimonio y a un sobrino, personas que manifiestamente no tenían bienes con qué hacer estas compras.

Como vemos el fraude es una cuestión de hecho y no podemos anotar una regla general. Sin embargo, diremos que hay fraude siempre que el marido trate de enriquecerse-él o sus herederos-a costa de la mujer.

13. ¿En los actos por causa de muerte tiene el marido alguna limitación?

(1) *Revista Derecho y Jurisprudencia*, tomo 8.º s. 2.º p. 25

(2) *Revista Derecho y Jurisprudencia*, tomo 23 s. 1.º p. 175.

El Código español en su artículo 1414 establece que el marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales, y el artículo 1423 inciso 1.º del Código francés contiene la misma regla al decir: «La donación testamentaria hecha por el marido no puede exceder de su parte en la comunidad».

Nada dice nuestro Código a este respecto, sólo en el artículo 1743; se refiere a los legados, disposición que luego analizaremos.

La razón del silencio guardado por el legislador la creemos encontrar en que probablemente consideró inoficioso establecer una disposición de esta naturaleza, ya que es un principio inconcuso de derecho, que una persona sólo puede disponer de sus bienes y no de los ajenos, y ahora bien, si al disolverse la comunidad el marido será dueño de la mitad de gananciales es natural que sólo pueda disponer de su parte.

En esta cuestión Pothier se expresa en los siguientes términos: «del principio que el derecho del marido, que es dueño del total de los bienes de la comunidad mientras dura, es por el hecho de su disolución reducido a la mitad, se sigue también que no puede disponer por testamento respecto de los bienes comunes sino por su mitad; pues las disposiciones testamentarias no teniendo efecto sino a la muerte del testador, el marido no puede disponer por este medio, sino del derecho que tendría al tiempo de su muerte en los bienes de la comunidad, y en este momento no tendrá más que la mitad de los bienes comunes porque su muerte ha operado la disolución de la comunidad». (1)

(1) o. c. t. 7 n. 475.

(1) En otros términos: Las disposiciones testamentarias no producen efecto sino por la muerte del testador (art. 999 C.C.) En la época en que estos efectos se producen, el marido no es ya dueño de todos los bienes de la sociedad — lo es durante su vigencia — sino de su mitad, sólo puede disponer de la

14. La situación de los legados la contempla como dijimos el art. 1743 del Código Civil que dispone: «Si el marido o la mujer dispone por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad, el asignatario de dicha especie podrá perseguirla sobre la sucesión del testador siempre que la especie en la división de los gananciales, se haya adjudicado a los herederos del testador; pero en caso contrario, sólo tendrá derecho para perseguir su precio sobre la sucesión del testador». (1)

En el derecho francés existe igual disposición pero se refiere únicamente al marido, (1423 inc. 2.º) lo cual, ha sido motivo para que los autores discutan acaloradamente si es aplicable a la mujer. En nuestro Código no hay duda, el artículo transcrito lo hace extensivo expresamente a la mujer, llenando así el vacío de la disposición francesa.

De consiguiente según este artículo, el legado que efectúan los cónyuges se ejecuta siempre; sea en especie, cuando el bien legado queda comprendido en el lote del cónyuge que lo hace, o bien en equivalente, cuando no se comprende en su hijuela.

¿Cuál es el fundamento de esta disposición? Algunos (2) han dicho que la ley al establecer este precepto, ha tenido en vista prevenir al legatario de un posible fraude entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del que hace el legado para incluir el objeto en la hijuela del primero. Otros en cambio lo justifican diciendo que

(1) Establecen igual principio el art. 1973 del Cód. uruguayo y el 1798 del Colombiano.

(2) DELVINCOURT o. e. t. 2 p. 262.

el legislador ha tomado en cuenta la intención del testador. (1)

El art. 1743 es en nuestra legislación un artículo excepcional. En efecto, el art. 1110 de nuestro Código en su inciso 1.º dice a la letra: «Si el testador no ha tenido en la cosa legada más que una parte, cuota o derecho, se presumirá que no ha querido legar más que esa parte, cuota o derecho». ¿Es este el caso del cónyuge que lega un bien de la comunidad? Creemos que sí, por cuanto más de una vez hemos dicho, que al operarse la disolución de la comunidad el marido deja de ser dueño y pasa a ser co-propietario, asociado con la mujer. De modo que al legar un bien determinado, y efectuándose éste cuando sólo es co-propietario, según la disposición transcrita, se presumiría que sólo habría querido legar su cuota, es decir, la mitad. Así por ejemplo: Si uno de los cónyuges lega una casa se entendería que sólo legaba sus derechos en esa casa, es decir la mitad. Al no existir el art. 1743 ésta habría sido la solución que se habría dado al caso. Pero, como el art. 1110 es una disposición que se refiere a todos los legados de esta especie, por lo tanto de carácter general, y para el caso de los cónyuges hay una regla especial, cual es la del art. 1743, tenemos que aplicarla con preferencia sobre aquella, en virtud de aquel principio tan conocido de hermenéutica según el cual una disposición especial, se aplica con preferencia a la de carácter general.

El principio del art. 1743 ¿constituye una confirmación o una excepción al principio que establece el art. 1107 que por regla general el legado de cosa ajena es nulo?

(1) Huc. o. e. t. 9. n. 173; MOURLON, o. e. t. 3 p. 262.

Se ha dicho que no puede considerarse como legado de cosa ajena, si se tiene en consideración que ambos cónyuges tienen la esperanza de que se comprenda en su hijuela el bien legado, además, en caso que sea el marido quien lo haga, puede pensar en que la mujer renuncie a las gananciales y entonces pertenecerá a él enteramente el objeto legado.

Sin embargo la mayoría de los autores (1) y con ellos nosotros, piensan que la disposición en estudio hace excepción al principio enunciado.

Por lo expuesto, vemos que el art. 1743 es una disposición doblemente excepcional, pues constituye una excepción a lo establecido en los artículos 1107 y 1110 del Código Civil.

La disposición que nos ocupa se aplica a las donaciones revocables, es decir, a las donaciones por causa de muerte, por cuanto el art. 1141 establece que las donaciones revocables son legados anticipados y se sujetan a las mismas reglas que éstos.

Como es natural, para aplicar el artículo que examinamos es necesario hacer previamente la liquidación de la sociedad conyugal para ver a quien se le adjudica el bien legado. (2)

Este artículo ha dado motivo a otra dificultad. Si el cónyuge hace el testamento después de disuelta la comunidad, pero antes de liquidarse, y la cosa legada no se adjudica al testador ¿se aplicaría el art. 1743? Algunos creen que sería aplicable por cuanto este artículo no distingue. Otros, como Gui-

(1) BAUDRY LACANTINERIE, obra citada t. 14. n. 677. GUILLOUARD, o. c. t. 2. p. 229.

(2) S. 936 p. 477. G. 1900.

llouard (1) y Baudry Lacantinerie (2) consideran que sería nulo, basándose en que el art. 1423 (que corresponde al 1743 nuestro), ha sido establecido, en atención a los poderes que tiene el marido durante la comunidad, circunstancia que no concurre cuando se disuelve; y además, agregan, es un texto de excepción y en consecuencia debe aplicarse restrictivamente.

El argumento que hacen Baudry Lacantinerie y Guillaouard basados en que este artículo ha sido establecido en virtud de los poderes que tiene el marido durante la existencia de la comunidad, no es aplicable para solucionar la cuestión en nuestro Código, por cuanto como vimos se aplica tanto al marido como a la mujer.

En cambio el que hacen basados en que el artículo en cuestión es un texto excepcional es perfectamente aplicable y es un argumento de bastante valor.

La ubicación del art. 1743, si bien merece crítica, por cuanto nada tiene que ver con el haber o las deudas de la sociedad, habiendo debido figurar con más propiedad en el título de los legados, es una razón para creer que no se aplica al caso en cuestión, pues si hubiera estado en el ánimo del legislador aplicarlo a la disolución lo habría colocado en el párrafo correspondiente.

Este argumento y el hecho de ser un texto doblemente excepcional nos inclinan a la afirmación sustentada por los antedichos jurisconsultos.

Una última dificultad se nos presenta con motivo de la disposición que analizamos. Si el marido o la

(1) o. e. t. 2. n. 324.

(2) o. e. t. 14 n.

mujer legan la totalidad de los bienes comunes, ¿podría exigirse a los herederos del cónyuge que efectuó el legado que paguen al legatario un equivalente a la parte que correspondió al otro cónyuge? Algunos autores como Marcadé et Pont (1) y Mourlon (2) se resuelve por la afirmativa, alegando que en el presente caso existen las mismas razones que en la situación contemplada en el art. 1743 y donde hay una misma razón existe una misma disposición, aplican, pues, el argumento por analogía. No obstante no haber en nuestra legislación una disposición que prohíba a los cónyuges disponer por causa de muerte de todos los bienes sociales, consideramos errada la opinión de los juriconsultos citados, ya que es una regla elemental de hermenéutica que una disposición excepcional no se puede aplicar analógicamente.

15. Estudiados los poderes del marido en lo que se refiere a los actos extra-judiciales, tócanos decir algo sobre su actuación en juicio. No dice nuestro legislador en parte alguna que el marido pueda ejercitar las acciones de la comunidad ni que la represente en juicio. Pero, hemos visto que el criterio del legislador al no especificar las facultades del marido, es una consecuencia lógica del hecho de haberlo considerado como dueño de los bienes sociales. Ahora bien, la acción es inherente al derecho, de manera que no se concibe la existencia de éste sin aquella, pues en realidad, la acción no es otra cosa que el derecho deducido en juicio. Por esto, cada vez que se es dueño de un derecho se tiene

(1) o. e. t. 5 p. 544.

(2) o. e. t. 3 p. 52.

también la acción; de otra manera la existencia del derecho sería una mera ilusión.

Los autores están acordes en conceder al marido la representación judicial de la comunidad; pero llegan a esta conclusión por considerar al marido administrador de la comunidad. (1)

De manera entonces que el marido puede transigir y comprometer, siendo los resultados de ambos actos, tan obligatorios a la comunidad como son las sentencias que se pronuncien en las acciones o excepciones que haya ejercido.

16. El artículo 1750 (2) al cual ya hemos hecho referencia, de acuerdo con la teoría que ha informado al legislador en esta materia dice: «El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales, sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o a la sociedad el marido.»

La situación que establece este artículo favorece enormemente el crédito de la sociedad, por cuanto existe un doble patrimonio responsable y además porque de esta manera los acreedores están a cubierto de posibles defraudaciones que se podrían hacer al no mediar esta disposición, haciendo pasar bienes de la sociedad a manos del marido para excluírlos así del derecho de prenda general.

(1) HUC, o. e. t. 9. n. 164. PLANIOL Y RIPERT, o. e. t. 8. n. 543. BAUDRY, LACANVINERIE, t. 14. n. 700.

(2) Establecen la misma disposición los arts. 1976 del Cód. Uruguayo y el 1806 del Colombiano.

El artículo en estudio se refiere únicamente a los acreedores del marido, ¿quiere decir esto que los acreedores sociales no puedan perseguir los bienes propios del marido? Creemos que nó. Si el legislador no lo dijo fué porque no lo creyó necesario. De otra parte, así se desprende de la última parte del artículo que dice: «... sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido». Ahora bien, si así no fuera tendrían sentido las palabras «o la sociedad al marido» lo cual sólo puede suceder cuando el marido pague con los bienes propios una deuda de la sociedad.

Como una consecuencia de esta confusión de patrimonios se sigue que el marido puede oponer en compensación a su acreedor un crédito que tenga la sociedad contra éste; y vice-versa, la comunidad podría igualmente alegar compensación cuando su acreedor es deudor del marido.

17. El marido obliga a la sociedad en los casos siguientes:

a) Cuando contrata personalmente, según lo establece el art. 1750 a que nos acabamos de referir;

b) Cuando autoriza u otorga mandato a su mujer (art. 1751 inc. 1.º; y

c) Cuando ambos cónyuges contratan de consuno, sea que la mujer se constituya fiadora o deudora solidaria con su marido.

En estos casos el patrimonio de la mujer no queda afecto, salvo que el acto le haya reportado beneficio o utilidad. Con lo cual no se hace sino aplicar el conocido principio de derecho que nadie puede enriquecerse a costa ajena.

De las tres situaciones, la primera no requiere mayor explicación. Las dos restantes sólo las enunciamos y nos ocuparemos de ellas cuando estudiemos la actuación de la mujer dentro de la sociedad.

18. Vamos ahora a ocuparnos de un punto interesante. ¿Podría estipularse que el marido sólo pudiera enajenar los bienes inmuebles de la comunidad con consentimiento de la mujer? Creemos que sí; y que en ello no habría nada de ilícito o ilegal.

La estipulación en cuestión eso sí, debe hacerse en las capitulaciones matrimoniales. Para pensar así nos fundamos: en primer término en que parece permitirlo la propia definición de las capitulaciones matrimoniales al decir: «... concesiones que se quieran hacer el uno o el otro de presente o futuro». De otra parte la estipulación a que nos referimos no caería en la sanción del art. 1717, pues nada tiene contra las buenas costumbres. Tampoco sería una derogación a los derechos de familia, a los cuales se refiere dicho artículo, como se desprende claramente de la frase: «No serán pues en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes». Lo que no se podría estipular, por ejemplo, sería que la mujer, no tuviera obligación de seguir al marido, que éste no le debiera protección, que el hijo no debiera obediencia a su padre, etc.

Se puede argumentar también que si los cónyuges pueden estipular separación de bienes, (art. 8.º Decreto-Ley 328), no se ve el inconveniente para

1ª razón

2ª razón

no

3ª razón

pactar esa cláusula que es de menor trascendencia... y «quien puede lo más, puede lo menos.»

razón
Se podría además alegar, que el marido puede dar a su mujer mandato general para que gestione los intereses de la comunidad, pasando a ser ésta la verdadera administradora de la sociedad. Cierto que el mandato sería siempre revocable, pero la revocación queda a la entera voluntad del marido, luego si él no lo desea la mujer en el hecho pasaría a tener la gestión de los intereses sociales y abiertamente abdicaría de sus derechos; ahora, nos preguntamos, si el marido puede de esta manera abdicar de sus derechos en esta forma encubierta, ¿por qué no podría imponerse la restricción a que aludimos?

Considerando al marido como nosotros lo hemos hecho, dueño de los bienes sociales, la cuestión ofrece menos dudas, ya que cada cual es libre de imponerse las limitaciones que desee en sus derechos.

razón
Por último, las propias palabras del legislador apoyan nuestra tesis. En efecto, el art. 1749 del Código Civil sujeta la administración del marido a las obligaciones que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales. Por lo tanto el caso en estudio no sería sino una aplicación de este precepto.

19. ¿Puede el marido ser obligado, a la época de la disolución de la comunidad a rendir cuenta de la actuación mientras ésta estuvo vigente? Nada dice el legislador; sin embargo parece que la cuestión debe resolverse negativamente dado el carácter de

dueño, que la ley le ha atribuído. No hemos encontrado jurisprudencia que resuelva la cuestión.

En Francia, no obstante el silencio del legislador, la jurisprudencia se ha inclinado por la afirmativa. Planiol y Ripert, (1) resumen en las siguientes palabras el pensamiento de ésta: «Ella decide que el marido no puede contentarse al tiempo de la disolución diciendo que ignora que se han hecho tales o cuales bienes de la comunidad: el marido es obligado una vez demandado por la mujer o sus herederos, a justificar la realidad y la importancia de los gastos que pretende haber hecho y de la realidad de los actos de enajenación que pretende haber efectuado. El marido no puede, pues, invocar ninguna presunción a este respecto, y es contra él por el contrario, que hay una presunción de fraude si se limita a guardar silencio». (2)

20. Por lo expuesto estamos en circunstancias de afirmar que durante la existencia de la comunidad los poderes del marido son exorbitantes, ilimitados, sin cortapiza alguna. ¿Qué medios tiene la mujer para contrarrestar los poderes del marido? ¿Cómo puede ponerse a cubierto contra las defraudaciones de que puede ser víctima? Desgraciadamente los medios que tiene son escasos y no todo lo eficaces que era de desear.

Durante la existencia de la comunidad le asiste el derecho de pedir separación de bienes. Sin embargo esta solución tiene graves inconvenientes

(1) o. c. t. 8 n. 526.

(2) El Código venezolano en su art. 1393 exime expresamente al marido de la obligación de rendir cuenta.

en la vida real, pues generalmente trae consigo perturbaciones en la armonía conyugal, base sobre que descansa la prosperidad del hogar y de la familia. De otra parte sucedería con frecuencia que éste sea un remedio ineficaz o tardío, pues el marido inescrupuloso puede ya haber disipado todos los bienes.

Una vez disuelta la comunidad, la mujer puede renunciar a los gananciales; ésta es otra de las prerrogativas que tiene, con lo cual no le afectan las deudas de la comunidad. Ciertamente que éste es un privilegio, y bastante grande, pero hay que considerar que la mujer al par que queda descargada de las deudas pierde todo derecho al haber social, y no debemos olvidar que en la vida moderna, la mujer rompiendo los moldes tradicionalistas trabaja en condiciones casi iguales al hombre, con lo cual renunciando a los gananciales, se vería injustamente privada del fruto de su trabajo y de su perseverancia.

Por último en la restitución de los aportes la mujer tiene también prerrogativas. Está facultada para retirarlos del fondo social con preferencia sobre el marido, y en caso que los bienes sociales no alcancen para cubrirlos quedan responsable de esta restitución los bienes propios del marido. Esta garantía que al leerla parece tan eficaz, en la práctica se encuentra sujeta al hecho que la comunidad o el marido tengan bienes con que responder. De manera que en caso de insolvencia el derecho concedido a la mujer es una ilusión.

Vemos que la mujer no sólo puede verse privada de los gananciales, sino que aún puede llegar a perder sus aportes.

Como dijimos en la introducción de nuestro trabajo, esta situación es susceptible de reformarse y esperamos que así se efectúe en la revisión que tarde o temprano se hará del Código Civil. Como en aquella ocasión anunciábamos, la reforma sería loable si se hiciera en el sentido de restringir los poderes del marido y darle a la mujer mayor responsabilidad dentro de la comunidad.

Serían aconsejables las siguientes modificaciones propuestas por Planiol y Ripert: (1)

a) Reconocer expresamente a la mujer poder propio en la gestión, en los intereses del menaje y del hogar; la mujer se obligaría personal, pero subsidiariamente.

b) Limitar los poderes del marido exigiendo con más frecuencia el concurso de la mujer a los actos del marido. En realidad respecto de nuestra legislación debemos decir «exigir en ciertos casos el concurso de la mujer», ya que en la actualidad no se exige para ninguno.

c) Confiar de pleno derecho a la mujer la administración de la comunidad, en lugar del marido, en todos los casos cuando éste esté imposibilitado de ejercer sus poderes, por ausencia, por interdicción o por enfermedad. En realidad, esta situación existe en parte en nuestro derecho con la existencia de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, institución que no existe en el derecho francés.

Por último nosotros agregaríamos que a la época de la disolución de la comunidad se exigiera al ma-

(1) o. c. t. 8 n. 522.

rido, rendición de cuentas, sino bien claro, no bien detallada, por lo menos que justificara la realidad y las esperanzas de éxito que efectuaran las inversiones.

21. Nuestro Código ha permanecido casi aislado en esta materia lo que prueba las pocas bondades del regimen. Unicamente los Códigos del Ecuador y de Colombia, que como sabemos han sido copiados del nuestro, salvo pequeñas modificaciones, han seguido sus doctrinas. La gran mayoría imponen al marido ciertas limitaciones que en líneas generales se refieren a los actos a título gratuito. Disponiendo algunos, como el Código de Venezuela, que el marido puede ejecutar estos actos siempre que la mujer otorgue su consentimiento. Al efecto puede verse: Código francés art. 1427, Código Italiano art. 1438, Código holandés art. 179, Código español art. 1413, Código de Honduras art. 1514, Código del Portugal art. 1118, Código belga art. 1422, Código de Venezuela art. 1394, Código uruguayo art. 1971 etc.

Hemos dejado para el final, los Códigos alemán y mexicano que en esta materia ofrecen particularidades dignas de anotarse. El primero de ellos, que es tenido como un modelo de legislación y probablemente el mejor del mundo, por cuanto en él se contemplan las nuevas orientaciones del derecho, es mucho más avanzado que los anteriormente enunciados, y da a la mujer, conforme con los principios modernos gran intervención en los negocios sociales.

Los arts. 1444 a 1446 que se ocupan de esta materia, establecen en síntesis que el marido debe obte-

ner el consentimiento de la mujer para los siguientes actos: *a*) Para disponer de la totalidad de los bienes comunes y para todo acto de disposición sobre estos bienes; *b*) para disponer de un predio que forme parte de los bienes comunes y *c*) para toda donación de estos bienes.

El Código mexicano, ofrece más particularidades que el alemán. Acerca de él De la Grasserie (1) dice: «Las reglas de la administración de la comunidad encierran disposiciones notables y originales, la mujer no está completamente eliminada. El art. 2023 declara que la propiedad y la posesión de los bienes comunes residen en las personas de los dos cónyuges. El marido puede enajenar o gravar los muebles sin consentimiento de su mujer; pero, los inmuebles comunes no pueden ser enajenados o gravados por él sin el consentimiento de aquella, o a falta de ésta, sin la autorización de la justicia; es la substitución de la potestad conyugal a la potestad marital; él no puede aceptar una sucesión común sino de esta manera; a falta de ella la responsabilidad de la aceptación no caerá sino sobre los bienes propios del marido y sobre su mitad de la comunidad, y no podrá ser opuesta a la mujer ni a sus herederos. De su lado la mujer no puede administrar, ni obligar la comunidad sin el consentimiento del marido».

Ignoramos los resultados que haya tenido este régimen; pero en su contra se pueden hacer las objeciones que hacíamos al empezar nuestro estudio, al proyecto de Código francés elaborado por Cambaceres por establecer que la administración de la

(1) o. e. p. 155.

comunidad correspondía a ambos cónyuges. Con este sistema, las vacilaciones abundarían, los choques entre las voluntades de los cónyuges serían frecuentes y en definitiva resultaría que la administración se haría imposible por la discrepancia de opiniones, o lo que talvez sucedería con más frecuencia, la mujer terminaría por someterse al marido, y acatar la voluntad de éste, el cual quedaría así convertido en supremo administrador.

SECCIÓN II

Poderes de la mujer

Al empezar nuestro estudio decíamos, que con más propiedad este capítulo deberíamos titularlo «actuación de la mujer dentro de la sociedad conyugal». Con las explicaciones dadas en el capítulo anterior se comprenderá que no nos falta razón en esta afirmación. Hemos visto la situación deprimida en que se encuentra la mujer durante la existencia de la sociedad. No tenemos pues para que volver nuevamente en averiguaciones sobre qué clase de derechos tiene la mujer durante el matrimonio.

Antes de entrar al estudio de la incapacidad de la mujer casada, creemos de interés dar siquiera algunas nociones sobre la incapacidad de la mujer en general.

INCAPACIDAD DE LA MUJER

22. Sucede en nuestra legislación, como generalmente acontece en la legislación universal, que

la ley establece diferencias entre el hombre y la mujer para conceder derechos, diferencias que poco a poco han desaparecido, lo cual ha sucedido entre nosotros por la dictación del decreto-ley 328 al que ya hemos aludido.

Sin embargo, es interesante averiguar si científicamente existe inferioridad de la mujer respecto al hombre.

El primero que se ocupó de estas materias fué Bischoff, quien después de numerosas observaciones logró establecer que el peso del cerebro era menor en la mujer que en el hombre, arrojando una diferencia de 105 gramos, de donde quiso colegir la inferioridad intelectual de aquella. No obstante, esta teoría no perduró mucho, por cuanto se ha comprobado que el peso del cerebro dice relación directa con la estatura, con lo cual se explica fácilmente la desproporción que existe entre el cerebro del hombre y de la mujer.

El sabio Punffendorff creyó basar esta misma diferencia en el hecho que la conformación del cerebro masculino era superior al femenino. Esta teoría no ha sido más feliz que la anterior por cuanto se ha demostrado que no hay diferencia anatómica entre el cerebro de un genio y el de un idiota, y no estando establecido cual es el cerebro que corresponde a mayores actividades no se puede determinar que una conformación sea inferior o superior a otra.

Por último, los estudios de Ferri y de la Escuela Positiva han buscado la razón de la inferioridad de la mujer en una sensibilidad física menor. Se ha dicho y comprobado que la mujer es menos sensible

al dolor físico que el hombre, y de aquí se concluye que es inferior a éste, porque mientras mayor sea el desarrollo cerebral de un individuo menor será su potencia para resistir el dolor físico.

Esta doctrina que al parecer es verdadera ha sido rebatida con éxito, por cuanto esta diferencia en la sensibilidad ha sido explicada por otros motivos.

Se ha dicho que esta mayor resistencia no es sino una consecuencia de la naturaleza, que ha revestido a la mujer de mayor coraje, por cuanto está llamada a sufrir las molestias y dolores más grandes como son los del embarazo y del parto.

También se ha demostrado que la mujer es menos concentrada a la atención que el hombre, es más inatenta, y existe una relación directa entre la atención y el dolor físico, de manera que a mayor atención la sensación del dolor es mayor.

En suma, podemos afirmar que científicamente la mujer no es inferior al hombre, y que las incapacidades que aparecen en la legislación moderna, no son sino resabios de la legislación romana, donde la desigualdad tenía por fundamentos motivos que hoy han desaparecido. (1)

FUNDAMENTO DE LA INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA

23. Según los tratadistas Colin y Capitant (2) la incapacidad general de la mujer casada tal como

(1) Estas ideas han sido tomadas de don Raimundo del Río, o. c. p. 104.

(2) o. c. t. 1.º n. 352 y 353.

se concibe en nuestros días, no tuvo su origen en el Derecho romano. En este derecho sólo existían incapacidades especiales como la del Senado Consulto Valeyano, año 46 después de Jesucristo, que prohibía a todas las mujeres obligar sus bienes en interés de un tercero, y que con posterioridad sólo se hizo aplicable a la mujer casada. Otra incapacidad especial que existía en este derecho, era la de prestar caución por su marido. Es del Derecho germano, continúan los antedichos autores, por medio de las costumbres que quedaron impugnadas de él, de donde nos vino la potestad marital actual con su colorario de la incapacidad de la mujer casada.

En nuestra legislación se ha discutido cual es el fundamento de la incapacidad de la mujer casada. Chacon (1) sostiene que se basa únicamente en un principio de unidad y buena administración de la sociedad conyugal. Champeau y Uribe (2) y Armas (3) no aceptan el fundamento de Chacon. Para ellos la incapacidad de la mujer tiene un doble motivo: la autoridad del marido en cuanto a la persona y la autoridad de éste en cuanto a los bienes y a los intereses comunes.

Los autores colombianos, fundan su opinión, en que si únicamente tuviera como fundamento lo que se refiere a los bienes, no se explicaría que subsistiera la incapacidad en la mujer separada de bienes.

Don Luis Claro (4) concuerda con estos autores al manifestar: «Según esto podemos decir que la

(1) o. e. t. 1.º p. 119.

(2) o. e. t. 1.º n. 372 y 373.

(3) o. e. n. 371.

(4) o. e. t. n. 865.

teoría de la incapacidad de la mujer casada está fundada:

1.º En la necesidad de mantener la autoridad del marido y de reconocerle cierta preponderancia para prevenir el antagonismo que podría existir entre dos voluntades iguales y asegurar la unidad en la familia; y

2.º En el interés no sólo de la mujer sino también del marido y de la familia, y en protección no sólo de sus intereses pecuniarios sino de sus intereses morales.»

Como lo manifestamos, las tendencias de las legislaciones modernas es emancipar a la mujer, dándole personalidad propia dentro del matrimonio. Así, el principio de la libre disposición que goza la mujer del producto de su trabajo, se encuentra establecido en Inglaterra desde 1870, Suecia desde 1874, Dinamarca desde 1880, Noruega desde 1888, Francia desde 1907 (1) y en nuestro país por el decreto-ley 328 de 29 de Abril de 1925.

En Inglaterra un Bill de 18 de Agosto de 1852 libertó completamente a la mujer casada y le permite adquirir, enajenar y litigar sin inspección del marido.

En Estados Unidos y Alemania existe completa igualdad entre los cónyuges; y el Código Civil suizo de 1907 da plena capacidad a la mujer casada.

Dichas estas ideas preliminares entramos de lleno en materia. Dividiremos nuestro estudio en seis párrafos a saber: a) La mujer obra autorizada por el marido o por la justicia; b) Cuando obra como mandataria de su marido; c) Los cónyuges contra-

(1) COLIN Y CAPITANT o. c. t. 1.º n. 360.

tan de consumo; *d*) La mujer obra en virtud de poderes propios; *e*) Casos en que la mujer por excepción obliga sus bienes propios; y *f*) Situación especial de la mujer separada de hecho.

a) La mujer obra autorizada por su marido o por la justicia

En este párrafo nos ocuparemos primeramente de la incapacidad de la mujer, tanto para los actos judiciales, como para los extra-judiciales, y en seguida estudiaremos la autorización marital y la judicial que suplen esta incapacidad.

Antes de hablar de la mujer que obra autorizada por su marido, es necesario advertir, que no es una misma situación la de la mujer que obra en esta forma, o cuando celebra actos jurídicos en virtud de un mandato del marido.

Cuando la mujer obra autorizada, no es el marido el que contrata, sino ella, y los actos que en este carácter ejecuta se refieren a sus bienes propios.

En cambio cuando actúa en virtud de un mandato es igual que si el marido celebrara el acto y se refieren a los bienes de éste o de la sociedad.

ACTOS JUDICIALES

24. El Art. 136 del Código Civil dice: «Sin autorización escrita del marido, no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí, ni por procurador: sea demandada o defendiéndose.

Pero no es necesaria la autorización del marido en causa criminal o de policía en que se proceda

contra la mujer, ni en los litigios de la mujer contra el marido, o del marido contra la mujer.

El marido, sin ^{embargo} la ~~mujer~~, será siempre obligado a suministrar a la mujer los auxilios que necesite para sus acciones o defensas judiciales». (1)

Decreto-ley 328, art. 12. «La mujer puede estar en juicio en causas concernientes a su administración separada». Estas son las disposiciones que rigen esta materia en nuestra legislación, ellas se aplican cuando el litigio sólo interesa a la mujer, refiriéndose a los bienes cuya propiedad le pertenece. Cuando el litigio atañe al marido o a la sociedad conyugal y la mujer comparece en juicio, procede no autorizada por el marido, sino en virtud de un mandato que él mismo le confiere (2)

La necesidad de la autorización se justifica ampliamente dado que los actos judiciales son peligrosos material y moralmente, y tanto es así, que es exige la autorización aún en la mujer separada de bienes; y como dice Claro Solar: (3) «sólo cuando la potestad marital desaparece con el divorcio o se extingue con la disolución del matrimonio, recobra la mujer su independencia para ejecutar todos los actos judiciales que necesita».

Esta regla viene de la ley 55 de Toro que dice: «... Ni estar en juicio haciendo ni defendiendo sin la licencia de su marido, o si estuviese por sí o por

(1) Concordancias. Cod. francés art. 215, Cód. italiano art. 134, Cód. Español art. 60, Cód. Argentino art. 188, Cód. Holandés art. 165, Cód. Peruano art. 179, Cód. Mexicano art. 187, Proyecto de 1853 art. 154, Proyecto inédito art. 154.

(2) BORJA o. e. t. 3 n. 214.

(3) o. e. t. 2 n. 871.

procurador, mandamos que no valga lo que faciere».

La incapacidad de la mujer para parecer en juicio es muy amplia como lo demuestra el texto de la ley y ella se aplica:

1.º) Cualquiera que sea su rol en la instancia y lo mismo al caso que sea demandada como demandante.

2.º) Cualquiera que sea el tribunal ante el cual deba comparecer, civil o criminal y en cualquier grado de jurisdicción, en primera instancia, en apelación o para entablar un recurso de casación o de revisión.

3.º) Cualquiera que sea la naturaleza u objeto del juicio, con la excepción del art. 12 del Decreto-ley 328 arriba copiado.

4.º) Cualquiera que haya sido la fecha en que se haya promovido el litigio. Así si es demandada antes del matrimonio una vez que este se celebre no puede seguir compareciendo, sin la autorización de su marido. (1)

5.º) La mujer no puede comparecer por sí ni por procurador. En el caso que fuera mandataria con el matrimonio cesaría el mandato conforme al artículo 2163 n. 8.º del Código Civil.

La única forma que tiene el marido para autorizar a la mujer, según se desprende del art. 136, es por escrito, no cabría aquí una autorización tácita, por esto consideramos errónea la sentencia, (2) que manifestó que la autorización dada a la mujer para contraer un préstamo envuelve la facultad de com-

(1) CLARO SOLAR o. c. t. 2. n. 876.

(2) S. 1357. G. 1863.

parecer al pleito en que se le cobra una obligación, máximo cuando la autorización para el préstamo había sido tácita.

Al decir el legislador que la autorización deba darse por escrito, ha estado muy lejos de exigir escritura pública, basta con un instrumento privado, y tampoco se exige que la autorización se haga ante el secretario de la causa u otro ministro de fé como lo declaró la Corte de Concepción, en sentencia de 28 de Julio de 1914. (1)

A la mujer casada no se le puede exigir confesión en el juicio que sigue su marido contra terceros sobre nulidad de contratos celebrados por ella con éstos, sin autorización marital, así lo resolvió una sentencia (2) basándose en que la confesión sólo puede ser exigida al litigante o al procurador en los casos y la forma determinados por la ley, no encontrándose la mujer en esta situación.

La incapacidad de la mujer casada para comparecer en juicio, sin autorización escrita de su marido, encierra la incapacidad para absolver posiciones. Así lo resolvió la Corte de Valparaíso en sentencia de 25 de Octubre de 1909. (3)

25. ¿Cómo puede reclamarse de la incapacidad de la mujer en juicio?

En este punto es necesario distinguir entre la mujer y la otra parte, y según que la mujer sea demandante o demandada. Si es demandada y la demanda se notifica y se dirige contra ella, consi-

(1) G. 1914, s. 399. p. 1115.

(2) G. 1908, t. 2.º p. 350.

(3) G. 1909, s. 941 p. 384.

deramos que habría falta de emplazamiento y por consiguiente la mujer podría recurrir de casación en la forma, en conformidad al número 1.º del art. 967 del Código de Procedimiento Civil. Este es por lo demás el pensamiento de nuestra jurisprudencia. (1)

Si obra como demandante, el demandado puede oponer la excepción dilatoria de falta de capacidad contemplada en el número 2.º del art. 293 del Código de Procedimiento Civil. Estando obligada la mujer para continuar el juicio ~~ha~~ de obtener autorización del marido o de la justicia, ya de otra manera el demandado se excusará de contestar la demanda.

Sin embargo puede acontecer que el demandado no oponga la antedicha excepción, sea por ignorar que litiga con una mujer casada o por otra razón. En este caso no quedaría desprovisto de toda defensa. Podría, en cualquier momento del juicio reclamar de la incapacidad de la mujer casada, pidiendo la nulidad de todo lo obrado en conformidad al inciso 2.º del art. 87 del citado Código. Esta petición indudablemente sería aceptada por el tribunal; pero en el caso que fuera denegada y siguiera el juicio hasta su terminación resultando favorable a la mujer, podría el vencido recurrir de casación en el fondo por violación del art. 136 del Código Civil.

Para pensar que la contraparte puede en cualquier momento del juicio pedir la nulidad de lo obrado por incapacidad de la mujer, nos basamos en que si después la sentencia favorece a éste, de

(1) S. 116, p. 537 G. 1920 t. 1.º

nada le serviría, pues al quererla ejecutar, el marido se opondría a ello, alegando y con justa razón que ha litigado contra un incapaz; no teniendo otro remedio el litigante que entablar otro juicio contra el marido como representante de la mujer, o contra ésta autorizada por aquél o por la justicia en subsidio.

Este mismo criterio debe aplicarse al caso en que se demande a una mujer casada en la creencia que es soltera o viuda y si ésta maliciosamente, como sabe que la sentencia no le afectará, no reclamase de su incapacidad. Así por ejemplo, si durante el término probatorio el litigante tiene conocimiento que su contra parte es una mujer casada, podría pedir la nulidad de todo lo obrado.

En todo caso, somos de opinión que la reclamación debe hacerse durante el juicio. Una vez terminado éste, y ejecutoriada la sentencia no cabría reclamación alguna, apreciamos en todo su valer la sentencia ejecutoriada, y creemos en la omnipotencia de la cosa juzgada.

26. En ciertos casos la mujer puede parecer en juicio sin autorización de su marido. Estos casos son tres: *a)* en las causas criminales o de policía que se proceda contra la mujer; *b)* en los litigios de la mujer contra el marido, o del marido contra la mujer; *c)* en las causas concernientes a su administración separada (art. 12 Decreto-Ley 328).

Examinaremos separadamente cada situación.

27. a) En las causas criminales o de policía en que se proceda contra la mujer.

Por de pronto se deduce claramente que la regla se aplica solamente cuando la mujer es demandada; si ella entabla la acción criminal se requiere autorización.

La razón de esta disposición como dice Claro Solar (1) es que no podría detenerse o retardarse la acción de la justicia por falta de autorización del marido: el proceso criminal tiene que seguir su curso, aunque el acusado no comparezca. Sin embargo, esta disposición no impide que el marido comparezca a la causa criminal o de policía, pues siempre es representante legal de su mujer, podríamos decir entonces que al marido le es potestativo intervenir representando a la mujer; pero si él no comparece, se sigue contra ella la causa criminal o de policía. (2)

Por causa criminal debemos entender, no sólo la que tiene por objeto castigar un crimen sino también un delito o una falta.

Causa de policía es aquella en que se persigue una contravención a los reglamentos u ordenanzas dictadas por las Municipalidades, y que no estén consideradas como falta. (3)

Sabemos que de los delitos nace una acción civil para exigir indemnización de servicios. ¿En estos casos se requiere autorización? Los autores están de acuerdo en hacer la siguiente distinción: si la acción se entabla ante el tribunal civil, se exigiría autorización, en cambio, cuando se entabla ante el Juez del Crimen como un accesorio de la acción criminal, ésta no sería necesaria. (4)

(1) o. c. t. 2. n. 879.

(2) BORJA, o. c. t. 3. n. 215.

(3) CLARO SOLAR, o. c. t. 2. n. 881.

(4) CLARO SOLAR, o. c. t. 2 n. 882.

28. Tampoco es necesaria la autorización del marido en los litigios que él siga contra su mujer, o que ésta siga contra él.

En el derecho francés el art. 215 que trata de esta materia no comprende la excepción tan obvia que examinamos. Esto ha dado motivo a que los autores no estén de acuerdo. Borja resume la opinión de los jurisconsultos franceses diciendo que cuando la mujer es demandante requiere autorización del marido o de la justicia. En cambio cuando es demandada no requiere autorización. (1)

La razón de esta excepción la justifican de diferente manera los tratadistas. Para Borja (2) y Champeau y Uribe (3), la demanda del marido encierra la autorización. Existe una autorización tácita. Claro Solar (4) repudia esta opinión por cuanto en nuestra legislación sólo existe la autorización escrita y agrega: cuando la mujer fuere la demandada, habría verdadera repugnancia entre la actitud asumida por el marido y la situación que se crearía a la mujer demandada obligada a pedirle su autorización para parecer en juicio o contestar su demanda.

Si la mujer obra como demandante, es justificable que la mujer no requiera autorización, por cuanto éste se la negaría pudiendo irrogarle grandes perjuicios y la autorización de la justicia, las más de las veces llegaría tarde.

Champeau y Uribe (5) hacen aconsejable que en

(1) BORJA, o. c. t. n. 216.

(2) BORJA, o. c. t. 2. n. 216.

(3) CHAMPEAU Y URIBE t. I. n. 380.

(4) o. c. t. 2. p. 89 n. 1.

(5) o. c. t. 1 n. 382.

el caso que la mujer demande al marido se exigiera autorización judicial, por cuanto estiman que esta libertad puede comprometer la paz doméstica. Esta opinión es criticada por Borja (1) y Claro Solar (2) quienes estiman que sería un rodeo inútil, como dice éste, o una pesadísima rueda que entorpecería el mecanismo de las gestiones judiciales como dice aquél.

Cuando la mujer demanda a un tercero y a su marido conjuntamente, requiere que la autorice el marido o la justicia para litigar contra ese tercero. (3)

En el caso que en el juicio sostenido por el marido contra la mujer existan intereses encontrados, es necesario dar a la mujer un curador ad litem, así lo estableció la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia (4) de 24 de Marzo de 1914.

29. El tercer caso en que la mujer no requiere autorización del marido para estar en juicio, dentro de la comunidad, se refiere a las causas concernientes a los frutos o bienes que provienen de su trabajo personal o industrial, según lo establece el art. 12 del Decreto-ley 328.

30. Sea que la mujer obre autorizada por su marido, o sea que obre sin esta autorización, cuando le es permitido, el marido está obligado a suministrar a la mujer los auxilios que necesite para

(1) o. c. t. 3. n. 316.

(2) o. c. t. 2. p. 89. n. 1.

(3) G. 1914 p. 482 s. 190.

(4) G. 1914 p. 140 s. 68.

sus acciones o defensas judiciales. No hay duda que se aplica en ambos casos la disposición del inciso final del art. 136, dado la palabra «siempre» que usa el legislador.

Esta disposición no existe en el proyecto de 1853, fué agregado a pedido del señor Ocampo. (1)

La lógica de esta disposición no puede ser más clara. El marido es el administrador de la comunidad, él es el que recibe las entradas y maneja los dineros, natural entonces que dé a la mujer lo necesario para la litis. De otro modo la autorización sería ilusoria, pues no le daría los medios para hacer uso de ella.

A la época de la disolución de la comunidad la mujer deberá recompensa a la sociedad por estos gastos (art. 1740 C. C.).

Borja (2) cree que la palabra auxilio comprende no sólo las litis expensas, sino también todo cuanto conduzca al buen éxito de la controversia judicial. Estos consisten en que el marido suministre a la mujer todos los datos que le sean necesarios para el buen éxito del litigio. Si por ejemplo, la mujer reivindica un predio, y los títulos se hallan en poder del marido, el juez, a virtud de la regla que comentamos, debería compeler al marido a que los ponga en manos de la mujer.

La obligación que tiene el marido, de dar estos auxilios implica que la mujer carezca de bienes propios con que efectuar los gastos. (3)

¿Quién determina el monto de las expensas que

(1) CLARO SOLAR, o. c. t. 2. n. 887.

(2) o. c. t. 3 n. 217.

(3) CHAMPEAU Y URIBE, o. c. t. 1 n. 382.

el marido debe dar a la mujer? Nada dice a este respecto el legislador en este caso. Creemos que dado este silencio debe aplicarse el inciso 2.º del art. 168 que dice: «La habitación y alimentos de la mujer y las expensas de la litis, que el marido debe suministrar a la mujer durante el juicio, se reglarán y decretarán por el juez civil». Correspondería, pues, al juez fijar el monto de las litis expensas.

Innumerables sentencias han establecido la obligación que tiene el marido de dar litis expensas a su mujer. (Puede verse la jurisprudencia 11 del art. 136 p. 103 t. 1.º del libro del señor Franklin Otero «Concordancias y jurisprudencia del Código Civil Chileno»).

ACTOS EXTRAJUDICIALES

✓ **31.** Art. 137. «La mujer no puede sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistirse de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar una donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o empeñar». (1)

Esta disposición tiene su origen en el art. 217 del Código francés y en la ley 55 de Toro. Al enunciar este principio parece que hubiera sido más lógico, que en lugar de hacer esa enumeración redundante, ya que con la prohibición de contratar no necesitaba decir que no podrá adquirir a título one-

(1) Concordancias: Cód. Italiano art. 134, Cód. Español art. 61, Cód. Argentino art. 187, Cód. de Venezuela art. 182, Cód. del Uruguay art. 134, Cód. Francés art. 217, Cód. de Colombia art. 182, Cód. del Ecuador art. 131, Proyecto de 1853 art. 155, Proyecto inédito art. 155, Cód. Peruano art. 182, Cód. Mexicano art. 148,

roso, ni hipotecar, ni enajenar, hubiera dicho el legislador que no podía obligarse. Sin embargo, si así lo hubiera hecho no habría sido del todo exacto, por cuanto, en primer término, los actos de la mujer casada producen obligación natural (art. 1470 N.º 1.º); además la mujer sólo es relativamente incapaz, y sus actos son válidos cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley; por último, la mujer queda obligada en virtud de un delito, cuasi delito, cuasi contrato o de la ley. Así se estimó en la discusión del artículo 217 del Código de Napoleón. (1)

La enumeración que hace el artículo en estudio no tiene el carácter de taxativa, de manera que existen otros actos que no obstante no estar en él enumerados no le son permitidos a la mujer (2). Así ésta, no puede renunciar acciones o derechos, le está prohibido efectuar un pago o recibirlo, ni tiene facultad para cancelar una hipoteca. (3)

La expresión más genérica que podría haber usado el art. 127, era prohibirle contratar.

En suma: la incapacidad de la mujer casada, podemos decir que la inhabilita para ejecutar cualquier acto jurídico, es decir, cualquier acto que dé nacimiento, extinga o modifique obligaciones.

La jurisprudencia, en innumerables casos ha declarado la incapacidad de la mujer casada para contratar.

✓ **32.** No obstante ser tan amplia la incapacidad de la mujer existen ciertos casos en que se puede

(1) BORJA, o. c. t. 3. n. 218.

(2) LAURENT o. c. t. III. n. 47. CLARO SOLAR, o. c. t. II n. 878.

(3) S. 700. p. 303 y 1866.

obligar sin la autorización de su marido o de la justicia.

Estos casos que pueden resumirse en las obligaciones que nacen de la ley son los siguientes:

a) Obligaciones que nacen de los delitos y de los cuasi delitos. Se desprende del art. 2319 que sólo declara incapaces de cuasi delitos y de delitos a los dementes y menores de 7 años. Esta obligación pesaría sobre la comunidad con cargo a recompensa. El señor Barriga (1) estima que la responsabilidad de la comunidad por los delitos de la mujer debe entenderse con relación al inciso final del art. 2320. Es decir, sólo obligará a la comunidad cuando el marido con la autoridad que tiene pudo evitar el hecho. En los otros casos se obligará la mujer personalmente.

b) Obligaciones que nacen de un cuasi contrato. Aquí habría que distinguir el papel activo o pasivo de la mujer. Así por ejemplo, si un tercero gestiona un negocio a la mujer, ésta quedaría obligada. En cambio, si ella toma el rol activo no obligaría por quién contrató.

c) Queda también obligada la mujer en virtud de la acción *in rem verso*, es decir, por el conocido principio que nadie puede enriquecerse a costa de otro. Así por ejemplo, Pedro da en préstamo a una mujer casada una cantidad de dinero, sin que esté autorizada por su marido. La mujer invierte provechosamente este dinero, paga sus deudas, detiene un embargo. En este caso no obstante no haber autorización marital o judicial, nunca se ha dudado, y los tratadistas están de acuerdo en considerar que

(1) o. n. 171.

el acreedor puede exigir la restitución del dinero dado en préstamo, sin que se le pueda oponer la nulidad del contrato.

d) En Francia, se ha aceptado que la mujer que de obligada, cuando ha contratado fraudulentamente, haciéndose pasar por soltera o viuda o presentando una autorización falsa del marido. La validez de la obligación se le impone como pena.

No se requiere para que se aplique esta sanción una simple declaración de la mujer; es necesario que existan maniobras de ésta para inducir al contrato.

En cuanto al marido, si éste ha permanecido extraño al fraude, conserva su acción para pedir la nulidad. Pero, si ha tenido participación en el fraude y aún si ha habido negligencia de su parte la pierde. (1)

Consideramos que esta teoría tiene amplio asidero en nuestra legislación en el art. 1685 que dice: «Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad».

En nuestra jurisprudencia hemos encontrado un caso que se refiere al que comentamos. Era el siguiente: Una señora había celebrado varios contratos como libre administradora y manifestando que no tenía inconveniente alguno para contratar. El caso fué fallado por el Juzgado de Cauquenes

(1) COLIN Y CAPITANT, o. c. t. 2. n. 581.

el 19 de Diciembre de 1878. Dice en sus considerandos: «Que según esto, sabía que no era libre no sólo para contratar, ni siquiera para presentarse en juicio, y a pesar de este antecedente concurrió al otorgamiento del contrato de que se trata, asegurando ser libre para disponer de sus bienes, lo que constituye un acto doloso de su parte para inducir al contrato, pues a saber la otra parte contratante de que era casada no habría estipulado con ella».

«Que habiendo habido dolo por parte de doña XX no tiene derecho para alegar la nulidad del contrato vicioso».

La Corte de Concepción en sentencia de 16 de Abril de 1879 revocó ésta, de primera instancia diciendo en su 2.º considerando: « que no consta que doña XX al otorgarse la escritura de fs. 18, que ha dado origen a este juicio, hubiere aseverado que no era casada; y aunque hubiera hecho tal afirmación no debería considerarse como dolo inductivo que la inhabilitara para alegar la nulidad según lo prescrito en el art. 1685 del Código Civil».

Estas sentencias hacen aplicación de los principios que enunciamos.

d) Todavía podemos encontrar otro caso en que la mujer se obliga sin autorización de su marido o de la justicia. Cuando la mujer pasa en el lugar donde vive por viuda o soltera. Así, por ej., ha habido una guerra donde ha tomado parte el marido de la mujer contratante, sin que vuelva a saber de él, considerándolo que ha perecido en alguna batalla. En este caso, todos consideran que la mujer es viuda y en consecuencia con capacidad para contratar. Si en esta circunstancia la mujer celebra un contrato y después aparece el marido, no podría pedirse

la nulidad de este contrato por falta de autorización. Sería una aplicación de la ley de Barbarius Philippus, sobre la cual se funda la conocida máxima «*error communis facit jus*». (1)

Fuera de estos casos señalados en que la mujer se obliga sin consentimiento del marido o de la justicia, existen ciertos actos, para los cuales la mujer no requiere autorización. Ellos son:

a) En los derechos de familia; así por ejemplo, puede reconocer libremente a sus hijos naturales (Art. 271), puede prestar el consentimiento para el matrimonio de los hijos, etc.

b) Puede adquirir la posesión de los muebles, según se desprende del Art. 723 del Código Civil.

c) Puede revocar la donación que hubiese hecho a su marido durante el matrimonio (Arts. 1137 y 1138).

d) «La mujer no necesita de la autorización del marido para disponer de lo suyo por acto testamentario que haya de obrar efecto después de su muerte (Art. 139). Es ésta una excepción de carácter universal en la legislación, se justifica doblemente: porque el testamento, es un acto de una sola persona e indelegable (Arts. 1003 y 1004 C. C.); además el Código en el Art. 1005 que se ocupa de las inhabilidades para testar no incluye a la mujer casada. Por otra parte consideramos que el testamento tiene efecto una vez que ha cesado la potestad marital, desapareciendo por consiguiente la incapacidad de la mujer casada.

La frase «que haya de tener efecto después de su

(1) TOULLIER, o. e. t. 1. n. 623; POTHIER, o. e. t. 7. n. 28 y 54.

muerte» no figura en ninguno de los proyectos de Código. Champeau y Uribe estiman que es una frase redundante. Sin embargo el hecho que no haya figurado en ninguno de los proyectos está demostrando que su agregación ha sido necesaria. Claro Solar nos da la razón de esto; dice así: «En la expresión acto testamentario que haya de producir efecto después de su muerte, está resuelta la duda de los comentadores de las leyes de Toro que cuestionaban si la mujer podía donar *mortis causa*, así como podía testar, sin licencia de su marido». Más adelante agrega: El art. 139 comprende expresamente la donación *mortis causa* como acto testamentario que es; pero no acepta que pueda hacerse la tradición de la cosa donada durante el matrimonio, sin la autorización del marido, porque importaría un desconocimiento de los derechos de la potestad marital dada al marido sobre los bienes de su mujer». (1)

AUTORIZACIÓN MARITAL

33. Art. 138. «La autorización del marido deberá ser otorgada por escrito, o interviniendo él mismo expresa y directamente en el acto.

No podrá presumirse la autorización del marido sino en los casos en que la ley ha previsto». (2)

(1) CLARO SOLAR, o. e. t. 2. n. 401 a 905; CHAMPEAU y URIBE, o. e. t. 1. n. 376 y 377; BORJA, o. e. t. 3. n. 219 y 229; COLIN Y CAPITANT, o. e. t. 1. n. 379.

(2) Concordancia.—Código del Ecuador Art. 132. Código de Napoleón. Art. 217; Código argentino Art. 181; Código de Colombia Art. 183; Proyecto de 1853 Art. 156; Proyecto Inédito Art. 156.

Nuestro Código ha establecido en este artículo tres clases de autorización: expresa, tácita y presunta. No ha seguido al derecho antiguo francés donde la autorización era un extremo formalista, exigiendo que se usara expresamente la palabra *autorizar* o *habilitar*.

Nos ocuparemos de cada una de estas formas de autorizaciones.

Autorización expresa

34. La autorización expresa, es la autorización dada por escrito. A este respecto han surgido varias cuestiones entre los tratadistas. Se ha discutido primeramente acaso la escrituración que exige este artículo es como solemnidad o como medio de prueba Aubry et Rau, Colin et Capitant (1), Murlon (2), y Armas (3) consideran que es como medio de prueba, pudiendo en consecuencia probarla por otros medios con exclusión de testigos. Champeau y Uribe (4), Claro Solar (5), Laurent (6) y Borja (7), consideran que el legislador ha establecido el precepto como solemnidad. El último autor se expresa de la siguiente manera: «El legislador se ha propuesto cortar de raíz los litigios que en materia tan usual, pudieran suscitarse a cada paso, admitiéndose la prueba de testigos y aún la confesión del marido. El que contrata con

(1) o. c. t. 2. n. 389.

(2) o. c. t. 1. n. 797 y 798.

(3) o. c. n. 385.

(4) o. c. t. 1. n. 389.

(5) o. c. t. 2. n. 912.

(6) o. c. t. 3. n. 117.

(7) o. c. t. 3. n. 222.

la mujer sabe a ciencia cierta que no se le admitirá otra prueba que la autorización del marido». Laurent ve en el art. 217 del Código francés que corresponde al 138 nuestro, una excepción al derecho común.

Nosotros participamos de esta última opinión por considerarla más ajustada a la ley.

Punto que también ha sido motivo de discusión, es el de saber si cuando el acto que la mujer va a celebrar requiera escritura auténtica, debe ser de igual naturaleza la autorización.

Champeau y Uribe (1) se inclinan por la afirmativa. Nosotros, de acuerdo con Claro Solar (2) creemos que esta exigencia no ha sido establecida por la ley, bastando para cumplir con ella con que sea por escrito. Las solemnidades son de derecho estricto: deben pues aplicarse restrictivamente.

Autorización tácita

35. Esta clase de autorización es la que resulta de la intervención del marido en el acto.

El legislador ha sido a este respecto bastante severo. Exige que la intervención sea expresa y directa, con el fin de asegurar, como dice Claro Solar (3), que la intervención del marido es perfectamente meditada e intencionada. Un caso de esta autorización se nos presenta cuando los cónyuges contratan de consuno.

La prueba de la existencia de la intervención del

(1) o. c. t. 1 n. 396.

(2) o. c. t. 2 n. 913.

(3) o. c. t. 2 n. 915.

marido en la forma prescrita en el art. 138 corresponde al que la alega y puede recurrir a todos los medios de prueba. (1)

Por lo expuesto podemos ver que en materia de autorizaciones el legislador ha sido exigente con el fin de que no se preste a dudas la efectividad de la autorización marital.

Autorización presunta

36. Entramos a estudiar a la última clase de autorización: la autorización presunta. Ella existe en los cinco siguientes casos:

1.º En la compra de cosas muebles que la mujer hace al contado (inc. 1.º art. 147). (2)

Al marido le corresponde darle a la mujer lo necesario según sus facultades. Además siendo el marido quien recibe los dineros de la sociedad, es lógico suponer que si la mujer compra al contado, es porque el marido se los ha proporcionado, lo cual lleva envuelta la autorización para invertirlos.

La disposición en estudio es amplísima, se refiere a cualquier objeto mueble; la ley no ha establecido limitaciones, como lo hace en otros casos que luego estudiaremos. No se puede, pues, como dice Claro Solar (3) criticando a Champeau y Uribe, atenerse a la cuantía.

Según estos autores esta presunción es de carácter legal; pero para destruirla sería necesario que

(1) CLARO SOLAR, o. c. t. 2. n. 920.

(2) Concordancias del art. 147. Cód. Argentino, art. 190; Cód. Colombiano, art. 192; Cód. Español, art. 62; proyecto 1853, art. 165; proyecto inédito, art. 165.

(3) o. c. t. 2 n. 922.

el marido acreditara que había notificado al vendedor que no autorizaba a su mujer para celebrar el contrato. (1)

2.º En las compras al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia.

En la familia existen en realidad una división de funciones: mientras el marido trabaja fuera del hogar, la mujer se ocupa todo lo que dice relación con él, no sería posible que el marido se preocupara de las cuestiones del manejo de la casa. Esta es la justificación de este precepto.

Para que se produzca esta presunción es necesario que se trate de objetos que naturalmente estén destinados al consumo ordinario de la familia. Es esta una cuestión de hecho en que el juez tiene que hacer la apreciación.

3.º En la compra al fiado de galas, joyas, muebles preciosos cuando se probare que se han comprado o se han empleado en el uso de la mujer o de la familia con conocimiento y sin reclamación del marido.

Para que obre esta presunción es necesario que se reúnan copulativamente las siguientes condiciones: *a*) que se trate de compra al fiado de galas, joyas, muebles preciosos; *b*) que se pruebe que se han empleado en uso de la mujer o de la familia y *c*) y que este uso haya sido con conocimiento y sin reclamación del marido.

La ley exige todas estas condiciones pues se trata, de gastos de lujo, voluptuarios, no necesarios.

(1) o. e. t. l. n. 397.

y lo común y lo corriente es que no se hagan estos gastos por la mujer.

En este caso, el peso de la prueba cae sobre el vendedor. Así por ejemplo: Si un joyero vende a una mujer casada un collar de perlas, éste debería probar las circunstancias más arriba citadas. El marido nada tendría que probar.

El Código francés nada dice a este respecto. Pero todos los autores están de acuerdo que la mujer obra en virtud de un mandato tácito. (1)

Jurídicamente considerado, es más conforme con el derecho sostener que la mujer obra en virtud de un mandato tácito y no por una autorización presunta. En efecto, las cuestiones relacionadas con la vida diaria, con el hogar y el menaje, son de cargo de la sociedad conyugal, es decir del marido, y siendo así no es muy jurídico decir que la mujer obra autorizada, pues como lo hemos dicho en los negocios que interesan al marido o a la comunidad la mujer obra como mandataria.

Tal vez lo más lógico y que evita posteriores dificultades es aceptar la opinión de Planiol y Ripert quienes argumentan que en estos casos la mujer obra en virtud de poderes propios.

4.º En todos los actos y contratos de la mujer que ejerce públicamente una profesión o industria civil, siempre que sean concernientes a su profesión o industria, mientras no intervenga reclamación o protesta del marido.

Esta regla se encuentra establecida en el art. 150 que dice: «Si la mujer casada ejerce públicamente

(1) ZACHAIRE. DEMOLOMBE, citados por Borja, o. e. t. 3 n. 407, nota 2.

una profesión o industria cualquiera, (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetriz, posadera, nodriza), se presume la autorización general del marido para todos los actos y contratos concernientes a su profesión o industria, mientras no intervenga reclamación o protesta del marido, notificada de antemano al público o especialmente al que contratare con la mujer».

Existe en esta disposición una lógica clara. Así cuando la mujer es autorizada por el marido para litigar, éste debe darles litis expensas, así también si el marido autoriza a la mujer para abrir un almacén, por ejemplo, debe darle los medios para que pueda trabajar, dándole autorización para todos los actos que digan relación con este trabajo. De otro modo la primera autorización sería ilusoria.

Esta situación se encuentra hoy día modificada por el art. 9.º del Decreto-ley 328. Según este artículo la mujer se reputa separada de bienes, para la administración de lo que sea fruto de su trabajo profesional o industrial. Según esto subsistiría la primera autorización de que hemos hablado, es decir, en el ejemplo propuesto para que la mujer abriera el almacén. Pero, para los actos restantes ella no sería necesaria.

Algunos autores ven en este caso una serie de autorizaciones especiales de parte del marido para cada acto que la mujer ejecute.

Esta interpretación no es del todo exacta en nuestro Código, pues como pronto veremos el marido puede autorizar a la mujer de una manera general, lo cual no sucede en el derecho francés.

Al marido corresponde la prueba en caso que desee destruir esta presunción. Deberá acreditar que

con anterioridad al acto hizo la notificación de que habla el art. 150.

5.º El último caso en que se presume la autorización del marido es en la mujer mercadera, que en realidad queda correspondido en el caso anterior.

La autorización para comerciar puede ser dada por el marido de diversa manera. Expresamente: siendo mayor de 25 años, se deberá otorgar por escritura pública (art. 11 inc. 1.º C. Comercio). Si la mujer es mayor de 21 y menor de 25 (la mujer menor de 21 no puede comerciar); hay que distinguir la edad del marido. Si éste es mayor de edad, basta con la escritura pública. Si es menor de 21, la autorización que concede debe ser aprobada por la justicia y el decreto aprobatorio debe ser registrado y publicado en la forma prescrita por la ley (art. 12 Cód. Comercio).

Tácitamente, según lo dispone el inc. 2.º del art. 11, dice así: «Sin embargo, si la mujer casada mayor de edad ejerce públicamente el comercio, se presume la autorización del marido para todos los actos relativos a esa profesión, aún cuando no se haya otorgado escritura pública, mientras no inter venga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratare con la mujer.

Para que obre esta presunción se requiere pues, tres condiciones: que la mujer sea mayor de edad, que ejerza públicamente el comercio y que no inter venga reclamación o protesta del marido.

En este caso como en el anterior la prueba corresponde al marido.

También esta situación ha sido modificada por

el Decreto-Ley 328, en las mismas condiciones que indicamos para el caso el art. 150 del C. C.

¿La mujer mercadera obliga los bienes de la comunidad? Para responder hay que hacer distinciones. Si la mujer obra autorizada tácitamente, según lo establece el art. 15 del C. C., obliga los bienes de la comunidad, los del marido y los suyos propios. Cuando la autorización es expresa, por lo general se obligan los tres patrimonios salvo el caso que el marido en la escritura de autorización, excluya de la responsabilidad sus bienes y los de la comunidad, quedando en consecuencia afectos únicamente los bienes propios de la mujer.

Se presume que el marido ha consentido en que su mujer se dedique al comercio y haga de éste su profesión, si ella tiene un negocio visible, y paga patente y facturas por compra de mercaderías a su nombre. (1)

La clasificación que hemos hecho de autorización expresa, tácita y presunta, no es aceptada por Borja (2): Según él, la ley distingue la autorización que precede al acto, sería la autorización escrita; y la que coexiste con el acto, sería la concurrencia del marido al acto. Ambas las denomina expresa; y la presunta. La discusión es teórica y carece de importancia.

37. La autorización marital, reviste también otros caracteres. Puede ser general o especial. Así lo establece el art. 140 del C. C. «La autorización

(1) Corte Apelaciones de Santiago, 25 Junio 1866, s. 1689, p. 1100, G. 1886.

(2) o. e. t. 3 n. 224.

del marido puede ser general (1) para todos los actos en que la mujer necesita, o especial para una clase de negocios, o para un negocio determinado».

El origen de este artículo es la ley 56 del Código que dice: «Mandamos, que el marido pueda dar licencia general a su mujer para contraer, y para hacer todo aquello que no podía hacer sin su licencia; y si el marido se la diere, vale todo lo que su mujer hiciese por virtud de dicha licencia».

La autorización es general, cuando el marido faculta a la mujer para todos los actos o contratos de la vida civil. Examinando detenidamente la cuestión, la autorización no es tan general como a primera vista aparece. Por de pronto, insistiremos una vez más, en recalcar que la autorización sólo se refiere a los actos que interesan a la mujer; no a los que interesa al marido o a la sociedad. Quedan, pues, excluidos en esta autorización general todos los negocios de la comunidad y del marido y se refieren únicamente a los negocios que interesan a la mujer.

Dentro de los negocios que interesan a la mujer, la autorización general tiene limitaciones impuestas por el art. 1754 del C. C.

Según este artículo, aún teniendo la mujer autorización general no tendría facultad para vender, enajenar, hipotecar, donar y constituir cualquier derecho real sobre inmuebles, si no concurren las circunstancias que allí se expresan.

Resumiendo: la autorización general que otorga

(1) Concordancias: Código ecuatoriano, art. 134; Cód. colombiano, art. 185; proyecto inédito de don Andrés Bello, art. 158; proyecto de 1853, art. 158; Código mejicano, art. 199.

el marido a la mujer se refiere a la administración tanto de los muebles como de los inmuebles y a la enajenación de los muebles.

El Código francés no acepta la autorización general, sino en cuanto se refiera a la administración de los bienes de la mujer. Según Borja en este punto existe la más abierta pugna entre ese Código y el nuestro. Consideramos que Borja exagera en extremo. Si bien los preceptos, no son los mismos, no es tanta la diferencia; ella estriba únicamente, en que en el Código francés la mujer con autorización general no puede disponer de los muebles; en cambio, bajo el imperio de nuestra legislación le es permitido.

Los autores franceses ven en la autorización general una abdicación de la potestad marital (1). Los autores nacionales no están de acuerdo (2), parece preferible la idea de los nuestros. En primer término porque como hemos visto la autorización no es tan general como parece a primera vista; además, si el marido la otorga, será porque tiene plena confianza en la preparación y conocimientos de su mujer, y por último, en cualquier momento puede a su arbitrio revocarla.

El señor Chacón, para justificar la autorización general hace una lamentable confusión entre el mandato y la autorización, situaciones que como hemos dicho son del todo diversas.

38. Según se desprende del art. 140 la autorización especial consiste en determinar genérica o in-

(1) MOURLON, o. c. t. 1 p. 376.

(2) CLARO SOLAR, t. 3 n. 938. CHACÓN, c. t. 1 p. 126. ARMA, o. c. n. 385.

dividualmente los actos o contratos que la mujer puede ejecutar o celebrar. Así tan especial sería la autorización que le dé el marido a la mujer para arrendar, como la que le dé para arrendar una cosa determinada.

39. Ya enunciamos la facultad que tiene el marido de revocar la autorización. Se encuentra establecida en el art. 141 y dice: «El marido podrá revocar a su arbitrio, sin efecto retroactivo, la autorización general o especial que haya concedido a su mujer». (1)

Esta facultad es privativa del marido, como lo indica la expresión «a su arbitrio» que ha usado el legislador; pero como no sería lógico que ésta fuera en perjuicio de terceros, se ha establecido la limitación que la revocación no tenga efecto retroactivo.

Para que surta efecto la revocación, es necesario que los terceros tengan conocimiento de ella; para lo cual puede anunciarse por avisos en los periódicos o pegando carteles, aplicando por analogía los principios del mandato.

Al marido corresponderá la prueba del hecho que la revocación fué conocida o notificada a los terceros. (2)

40. Para terminar lo relativo a la autorización marital veremos qué efecto produce.

Contempla esta situación el art. 1751 que dice:

(1) Concordancia: Código del Ecuador, art. 135; Código argentino, art. 195; Código colombiano, art. 186; proyecto inédito de don Andrés Bello, art. 159; proyecto de 1853, art. 159.

(2) CLARO SOLAR, o. c. t. 2. n. 942.

(1) «Toda deuda contraída por la mujer con mandato general o especial o con autorización expresa o tácita del marido, es, respecto de terceros, deuda del marido y por consiguiente de la sociedad, y el acreedor no podrá perseguir el pago de esta deuda sobre los bienes propios de la mujer, sino sobre los bienes propios del marido; sin perjuicio de lo prevenido en el inciso 2.º del art. precedente».

La deuda es de la comunidad tanto desde el punto de vista del derecho de persecución, como del de la contribución, salvo que el marido pruebe que el contrato cedió en utilidad de la mujer.

El criterio que ha seguido nuestro Código ha sido censurado y con justa razón. Va abiertamente contra el principio según el cual el que autoriza no se obliga. Pensemos que el acto ha interesado únicamente a la mujer, el marido no ha intervenido para nada; y respecto de los obligados resulta todo al revés. La mujer que fué quien contrató, por regla general no se obliga; en cambio queda obligado el marido que ha permanecido completamente extraño al acto.

Nuestro legislador ha equiparado dos instituciones diversas: la autorización y el mandato. Sabemos que las instituciones jurídicas se diferencian o reconocen por sus efectos; la ley en este caso ha igualado los efectos de ambas instituciones, vienen, pues, éstas a ser una misma, siendo como decimos tan diversas.

No abogamos porque se excluya la responsabilidad del marido, esto acarrearía funestas consecuen-

(1) Establecen la misma disposición nuestra el art. 1977 del Código uruguayo, y el 1807, del colombiano.

cias, daría en estos casos la autorización a la mujer, sin pensar y con demasiada ligereza, por cuanto los actos que ejecutare no le afectarían; pero lo que creemos necesario es que establezca la responsabilidad de la mujer, en una palabra: juzgamos preferible y recomendable la disposición del art. 1419 del Código francés que dice: «Los acreedores pueden perseguir el pago de las deudas que la mujer ha contratado con el consentimiento del marido, tanto sobre los bienes de la comunidad, como sobre los bienes del marido o de la mujer, salvo la recompensa debida a la sociedad o la indemnización debida al marido».

AUTORIZACIÓN JUDICIAL

41. Art. 143. «La autorización del marido podrá ser suplida por la del juez, con conocimiento de causa, cuando el marido se la negare sin justo motivo, y de ello se siga perjuicio a la mujer.

Podrá asimismo ser suplida por el juez, en caso de algún impedimento del marido, como el de ausencia real o aparente, cuando de la demora se siguiere perjuicio». (1)

Este artículo tiene aplicación tratándose ya sea de autorización para comparecer en juicio, o para ejecutar actos extrajudiciales. La ley no ha distinguido, es pues, aplicable a ambos casos.

Nó se concibe que la autorización dada por el juez sea general: dado que el legislador exige que sea

(1) Concordancias: Código ecuatoriano, art. 137; Código francés, art. 218 a 224; Cód. argentino, arts. 188, 193 y 194; Cód. peruano, art. 189; Cód. mejicano, 200 y 201; Cód. colombiano, art. 188; proyecto de 1853, arts. 161 y 162; proyecto inédito, art. 161.

concedida con conocimiento de causa. La única autorización que puede otorgar el juez es la especial.

Contempla este artículo dos situaciones completamente diversas en cada uno de sus incisos.

En el primer inciso exige que la negativa del marido sea ^{su} justo motivo y que esta negativa perjudique a la mujer. Ambas condiciones son copulativas y son cuestiones de hecho, tocando a la mujer probar ambas circunstancias.

La justificación de este artículo es evidente. El poder del marido no puede llegar hasta la arbitrariedad. Toullier (1) se expresa de la siguiente manera: «La potestad del marido debe ser no de opresión, sino de protección. Si el marido deniega a la mujer autorizarla para los actos o contratos que le son necesarios, puede ella acudir al juez».

Sin embargo esta razón es un tanto sentimental y podemos dar una razón del todo jurídica: el abuso del derecho. El marido tiene el derecho de dar autorización a su mujer para los actos ya sean judiciales o extrajudiciales, pero no puede llegar hasta ejercerlo ilimitadamente, porque constituye un abuso; y recordemos que frente al derecho nuestro está el de nuestros semejantes. Es ésta una teoría que últimamente se ha abierto camino en Francia. (2)

De las palabras «se siga perjuicio a la mujer» que usa el legislador se desprende, que se refiere únicamente a actos que interesan e incumben a la mujer; no podía ser de otra manera hablando como habla de autorización.

(1) o. c. t. 11 n. 649.

(2) Puede verse el suplemento de la obra de BAUDRY LACANTINERIE, t. 3. n. 187 y siguientes.

42. El segundo inc. del art. que comentamos, dice que también podrá ser suplida por el juez la autorización del marido, en caso de algún impedimento de éste; como el de ausencia real o aparente, cuando de la demora se siguiere perjuicio.

Según nuestra opinión este inciso se refiere tanto a los actos de la mujer, como a los de la comunidad. Nos basamos en las siguientes razones: En primer término el hecho que se haya puesto en un inciso aparte; si se refiriera únicamente a los actos de la mujer, habrían sido incluídos en el primer inciso ambos casos. En segundo lugar el artículo dice únicamente: «cuando de la demora se siguiere perjuicio», no se expresa como en el inciso anterior que se siga perjuicio a la mujer.

Además el art. 145 contempla los casos en que el impedimento es grave y de larga duración o la ausencia es prolongada, y en esta situación da a la mujer la administración de la comunidad cuando fuere nombrada curadora de la persona o de los bienes de su marido. Interpretando el inciso 2.º del 143, como lo hemos hecho guarda perfecta armonía con esta disposición. En efecto, si en el caso que los impedimentos son graves la mujer puede tomar la administración de la comunidad; es lógico que en el caso menos grave, pueda ser autorizada por la justicia para ejecutar los actos que digan relación con los bienes comunes.

Por último, la historia fidedigna de la ley demuestra nuestro acerto. En el Proyecto de 1853, la disposición del artículo 143 estaba comprendida en dos artículos. El 161 correspondía al primer inciso; y el 162 al segundo; y acto contínuo, es decir el

163, correspondía al 145 actual a que nos hemos referido.

Esto, nos está demostrando, que el legislador contempla diversas actuaciones en el art. 143.

Siendo esa la verdadera interpretación, debemos criticar al legislador. Este supone que la mujer obra autorizada para actos que no son de ella, es decir, son de la comunidad o del marido. Más de una vez hemos dicho que en estos casos la mujer obra como mandataria del marido. Sin embargo, es este un caso especial. No puede obrar autorizada, porque no son actos que a ella le interesen; tampoco puede obrar como mandataria, porque el marido estando ausente o impedido no le es posible dársele. ¿Qué solución daremos si no puede obrar en virtud de una autorización o de un mandato? Creemos que lo más jurídico sería concederle a la mujer en estos casos poderes propios para ejecutar los actos de la comunidad, mientras el marido regresa o cesa la incapacidad.

El legislador habla de algún impedimento del marido, y cita después como ejemplo la ausencia del marido.

Veremos algunos casos de impedimentos: a) Ausencia del marido. ¿En qué sentido está tomada la palabra ausencia?

Descartemos las acepciones que de esta palabra da el artículo 473, para el nombramiento de curador de bienes, y el título de la muerte presunta. La voz ausencia en este caso significa la no presencia del marido en el domicilio conyugal; es indiferente que se sepa o nó su paradero. Esta interpretación que fluye de comparar este artículo con el 145, es ;

aceptada por todos los autores (1) y se confirma con la discusión del Código francés. (2)

Otro caso de impedimento del marido sería enfermedad de éste y por último la menor edad del marido.

El art. 149 dice: «El marido menor de 21 años necesita de curador para la administración de la sociedad conyugal». En estos casos, la mujer es autorizada por el juez; no es admisible, que sea autorizada por el curador, por cuanto la facultad que tiene el marido de autorizar a la mujer es una consecuencia de la potestad marital, como se desprende claramente del art. 153 del proyecto de Código de 1853 que define la potestad marital, como el derecho que tiene el marido de autorizar los actos de su mujer, y la potestad marital, es algo inherente a la calidad de marido que no se puede delegar.

43. ¿Puede el juez subordinar a ciertas condiciones la autorización que da a la mujer? Parece que la respuesta debe ser afirmativa. Armas (3) da como razón, que quien puede lo más puede lo menos y si el juez tiene facultad para negar la autorización no ve porque no la pueda conceder bajo ciertas condiciones. Además podríamos agregar, que el papel que tiene el juez al autorizar a la mujer es reemplazar al marido, el cual debe velar por la seguridad y por la inexperiencia de la mujer aconsejándola como debe efectuar sus negocios o

(1) TOULLIER, o. c. t. 11 n. 651. CLARO SOLAR, o. c. t. 2. n. 949-950. BORJA, o. c. t. 3 n. 244.

(2) BORJA, o. c. t. 2 n. 2. p. 398.

(3) o. c. t. n. 381.

actos. Esta misma obligación le asiste al juez que sustituye al marido; como una consecuencia de esta obligación deducimos la facultad del juez de otorgar la autorización en circunstancias que garanticen a la mujer.

44. El procedimiento para obtener la autorización judicial es el siguiente: si la autorización es para comparecer en juicio, el art. 1001 del Código de Procedimiento Civil dice: «En los casos en que la ley autorice al juez para suplir la autorización del marido a fin de que la mujer casada pueda comparecer en juicio, ocurrirá ésta ante el tribunal correspondiente manifestándole, por escrito, el juicio o juicios en que necesite actuar como demandante o demandada, los motivos que aconsejan su comparecencia y el hecho que el marido le niegue la autorización o el impedimento que lo imposibilita para prestarla.

El tribunal concederá o negará la habilitación, con conocimiento de causa, si se estimare necesaria y oyendo en todo caso al defensor de menores. Citará además al marido cuando esté presente y no estuviere inhabilitado».

Este artículo se refiere únicamente a la autorización para comparecer en juicio, nada dice de los actos extrajudiciales, no obstante que en los proyectos se consideran ambos casos. Por analogía se puede aplicar a los actos extrajudiciales y el procedimiento sería el siguiente: si se pide la autorización por impedimento del marido, la mujer deberá acreditar el impedimento; así por ejemplo, si se trata de ausencia, podría rendir información su-

maria, y el juez fallaría con conocimiento de causa y después de haber oído al Defensor de Menores.

Si la autorización se pide por negativa infundada del marido, el juez citará a comparendo y oirá también al Defensor de Menores.

45. Hay ciertos casos en que el juez no puede autorizar a la mujer, en caso de negativa del marido. El primero se refiere a la autorización para comerciar. Si bien es cierto que el Código de Comercio nada dice sobre esta materia, por cuya razón deberíamos aplicar el Código Civil en virtud del artículo 2.º de aquel; no obstante hay que considerar que el art. 151 del Código Civil, se remite expresamente en esta materia al Código de Comercio: debemos, pues, encontrar la solución dentro de este Código; de él se desprende que la autorización del juez es confirmatoria de la del marido; (art. 12) pero no supletoria.

Existe además otro argumento para llegar a esta conclusión: la mujer mercadera, obliga en su comercio los bienes del marido y de la comunidad, y resultaría inícuo de que el marido obligara sus bienes contra su voluntad. Por estas razones consideramos que en el caso de la mujer mercadera la justicia no puede suplir la voluntad del marido.

Se ha argumentado que en el caso de los arts. 144 y 1754, la voluntad del marido no puede ser suplida por el juez. Dejamos enunciada la cuestión para ocuparnos de ella en su debida oportunidad.

Don Luis Claro Solar llega a la conclusión, de la cual participamos, que en los contratos que pueden

celebrar los cónyuges no es necesario que la justicia autorice a la mujer. (1)

46. Para terminar lo relativo a la autorización judicial, nos ocuparemos de los efectos que ella produce.

En el estudio de esta cuestión hay que contemplar dos situaciones diversas, ambas contempladas en el art. 146. (2)

Si la mujer ha sido autorizada por impedimento accidental del marido, en casos urgentes, y presumiéndose el consentimiento de éste, obliga a la comunidad y al marido. La ley ha sido en este punto muy severa; exige tres circunstancias copulativas: *a)* que se trate de impedimento accidental del marido; *b)* que sea un caso urgente y *c)* que se presuma la autorización de éste para el acto. Cuando la mujer trataba de obtener autorización judicial, no se le exigía este último requisito. Debemos estudiar estas exigencias en relación con el inciso 2.º del art. 143. En la interpretación que dimos a este inciso, manifestamos que se refería a los negocios propios del marido y de la comunidad; aquí tenemos pues, el por qué de la severidad del legislador; éste ha querido que no hubiera lugar a dudas de que el marido consentía en el acto para que quedara obligado en sus bienes y en los de la comunidad.

El otro caso que puede presentarse es que la mujer haya sido autorizada por el juez contra la vo-

(1) o. e. t. 2. n. 967 a 970.

(2) Concordancias: Código ecuatoriano, art. 140; Código argentino. 197 y 1282; proyecto de 1853, art. 164; proyecto inédito, art. 164.

luntad del marido. En este caso el art. 146 dispone que la mujer obligará sus bienes propios, y sólo los del marido y de la comunidad hasta concurrencia del beneficio que el acto les hubiere reportado. Hace pues aplicación del principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena. Esta disposición, según nuestra opinión, viene a suavizar el principio ya analizado que el marido que autoriza a su mujer se obliga en sus bienes propios. En efecto, amparándose en esta disposición el marido puede eludir la responsabilidad que se le impone si autoriza a su mujer. Basta para esto que le niegue la autorización.

47. Podría el marido revocar la autorización dada a su mujer por la justicia?

Creemos de acuerdo con Claro Solar (1) que esto sería posible, cuando la ha otorgado por impedimento del mismo; pero nó, cuando ha sido dada por negativa suya.

EFFECTOS QUE PRODUCEN LOS ACTOS QUE EJECUTA LA MUJER SIN AUTORIZACIÓN DEL MARIDO O DE LA JUSTICIA.

48. Antiguamente los actos que ejecutaba la mujer sin autorización tenían como pena la nulidad absoluta. Nuestro legislador siguiendo al francés le da como sanción la nulidad relativa, (arts. 1683 y 1684 del C. C.); por cuanto la autorización se exige en razón de la calidad o estado de la persona.

(1) o. c. t. 3, n. 671.

Según manifiesta el inciso 2.º del art. 1684 del C. C., la nulidad de una obligación contraída por la mujer sin autorización, se entiende establecida en beneficio tanto de ella como del marido, es decir, ambos, mas, sus herederos o cesionarios pueden alegarla.

Siendo nulidad relativa prescribe en cuatro años (art. 1691 C. C.). ¿Desde cuándo se comienza a contar este plazo? Si la nulidad es alegada por la mujer será desde que cese la incapacidad.

Cuando es alegada por el marido la cosa ofrece dudas. Por un lado si aplicamos estrictamente el art. 1691, tendremos que concluir que al igual que en el caso de la mujer, el plazo se contará desde que cese la incapacidad de ésta.

Sin embargo, tal vez sea más jurídico afirmar que el plazo de cuatro años se cuenta respecto del marido, desde que éste tuvo conocimiento del acto.

Para pensar así nos fundamos en que la idea del legislador ha sido que el plazo se empiece a contar desde que la persona que ha sufrido el vicio esté en condiciones de poder alegar la nulidad, y por eso es necesario que haya cesado el dolo o la fuerza; y respecto de la incapacidad es necesario que esta haya cesado para que el incapaz recobre su capacidad y pueda conscientemente parecer en juicio; razón esta última que no existe en el marido.

De otra parte si para que éste pudiera alegar la nulidad, fuera necesario que hubiera cesado la incapacidad, tendríamos que sólo la podría pedir en raras ocasiones y cuando ya no tuviera interés en alegarla. En efecto, para que la mujer deje de ser incapaz es necesario que se divorcie o bien que el

matrimonio se anule o se disuelva. Analizando las diversas situaciones debemos descartar los casos en que el matrimonio se disuelva por muerte natural o presunta del marido por razones fáciles de comprender.

Quedan, pues, entonces los casos en que el matrimonio sea anulado, o bien si se ha dictado sentencia de divorcio perpetuo. En estos casos, por de pronto, ha cesado el interés que podría tener el marido en alegar la nulidad; ha desaparecido la comunidad de intereses que existe en el matrimonio y por sobre todo, ya no existe la potestad marital, razones todas éstas que han sido precisamente las que han inducido al legislador a conceder la acción de nulidad tanto a la mujer como al marido.

49. Sin embargo, los actos de la mujer casada ejecutados sin autorización, nuestro legislador les concede cierto valor: declara en el art. 1470 N.º 1.º que producen obligación natural, es decir, si se paga o se cumple la obligación nula no se puede repetir. Para que nazca la obligación natural en este caso es necesario que se haya declarado la nulidad, pues de otra manera se está cumpliendo una obligación civil anulable, pero que mientras no se declare la nulidad produce todos sus efectos.

Se nos presenta ahora una dificultad: la mujer contrae una obligación sin autorización, se declara su nulidad, queda convertida en una obligación natural; ¿puede la mujer cumplir esta obligación sin autorización? Un ejemplo nos aclarará la cuestión. A., que es casada, contrae sin autorización un préstamo con B. por mil pesos; C. marido de A. ob-

tiene que se declare la nulidad de este mutuo; y en esta circunstancia A. cancela a B. el préstamo.

La respuesta es sencilla: se podría pedir la restitución, por cuanto, para que el pago sea válido en las obligaciones naturales, debe reunir las siguientes condiciones: que sea hecho voluntariamente por el deudor, que éste tenga la libre administración de sus bienes (1470 inc. final) y que sea hecho conforme a la ley. El pago hecho por la mujer casada en el caso que analizamos no cumpliría con las dos últimas condiciones, por cuanto no es libre dispensora de sus bienes (el Código que confunde la excepción libre administrador, con libre dispensor, ha usado aquí la primera expresión queriendo significar la segunda) y no cumple con la ley, porque para hacerlo sería necesario, que estuviera autorizada.

Resumiendo: para que el cumplimiento de la obligación sea válido es necesario que el pago sea efectuado por el marido.

50. Otro caso en que las obligaciones contraídas por la mujer sin autorización son válidas, lo encontramos cuando el marido las ratifica. Dice el art. 142: «El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado a su mujer, y la ratificación podrá ser también general o especial.

La ratificación podrá ser tácita, por hechos del marido que manifiestan inequívocamente su aquiescencia».

Por de pronto hemos de hacer una distinción dentro de la ratificación. Esta expresión puede tener dos significados: o se ratifica un acto que ha

ejecutado un tercero sin poder, o se ratifica un acto viciado por nulidad. Ambos casos tienen aplicación en el punto que estudiamos. Si el marido ratifica un acto que hizo la mujer sin tener poder, y que interesa a él o a la comunidad, se rige por las reglas generales y no tiene aplicación el art. 142. Este artículo se refiere a la ratificación que sana un vicio, una incapacidad.

El artículo que estudiamos ha sido criticado por los jurisconsultos: Champeau y Uribe (1), ven una inconsecuencia entre esta disposición que permite que el marido sólo ratifique el acto; y el art. 1684 inc. final que da tanto a éste como a la mujer la facultad para pedir la nulidad. Según ellos la ratificación debía ser ejercida por ambos cónyuges.

Esta opinión es observada y con razón por Chacón (2) quien dice que darle esta facultad a la mujer, importa otorgarle una capacidad que no tiene y precisamente para validar un acto nulo por consecuencia de su incapacidad para ejecutarlo.

Frente a estas dos teorías extremas, una que exige la ratificación del marido y otra que exige la de ambos cónyuges, hay una teoría colectiva, defendida por el jurisconsulto Armas, (3) que es a nuestro ver la que más se ajusta a los sanos principios jurídicos y que tiene perfecto asidero en la ley. El expresado autor dice a la letra: «Esta ratificación, que arranca su origen de relaciones de familia, es en consecuencia de naturaleza especial; y de no ser así, ¿qué objeto se propuso el Código al ocuparse

(1) o. c. t. 1 n. 385.

(2) o. c. t. 1 p. 128.

(3) o. c. n. 385 y 386.

de esta ratificación en este título? ¿qué fin se propuso el legislador en repetir este precepto legal?

Más adelante agrega: «si se admitiera en todo caso la doctrina que sostiene que por el solo hecho de la ratificación se renuncia la nulidad que puede hacer valer la mujer, llegaríamos a la absurda y negativa consecuencia que el ejercicio y goce de la acción introducida a favor de la mujer estaría sometida a la sola voluntad del marido» y concluye diciendo: «la ratificación marital válida el acto, siempre que la mujer, teniendo conocimiento de ella, no proteste ejerciendo la acción que le compete de nulidad del acto que ha verificado sin la autorización precisa.

En el Código francés no hay una disposición que solucione la cuestión, pues guarda silencio. Los autores, han aceptado la teoría de Armas. (1)

b) Actos de la mujer como mandataria de su marido

51. En el título de la sociedad conyugal el legislador no contiene reglas especiales para este caso, tampoco las hay en el título de los derechos y obligaciones de los cónyuges; debemos entonces concluir que sigue las reglas generales del mandato que se encuentran en el título XXIX del Libro IV del Código Civil.

El mandato puede ser general o especial, según lo establece el art. 2120 y el 1751 (2). Este último

(1) DEMOLOMBE, t. IV n. 211. DEMANTE, I. n. 305; DALLOZ, MARIAJE, 857. Citados por BORJA, p. 389, n. 1.

(2) Concordancias: Código francés, art. 1420; Cód. belga, art. 1420; Cód. colombiano, art. 1807; Cód. uruguayo, art. 1977; proyecto de 1853, art. 1913; proyecto inédito, art. 1913.

habla de los efectos del mandato y dispone que toda deuda que contrae la mujer mandataria de su marido obliga personalmente a éste y a la sociedad. En este caso el legislador se ha ajustado estrictamente a los principios jurídicos, pues sabemos que por una ficción se supone que el contratante es el mandante, los efectos del mandato, es decir, los derechos y obligaciones que de él nacen se hacen efectivos en el mandante y no en el mandatario.

Como dijimos en otra ocasión, los autores franceses en defecto de un texto legal han establecido que la mujer en lo que respecta a los gastos ordinarios del hogar procede en virtud de un mandato tácito.

Un asunto discutido es el de saber qué clase de responsabilidad le afecta a la mujer en la ejecución del mandato y acaso puede ser obligado a rendir cuenta.

Laurent dice a este respecto: «La doctrina y la jurisprudencia han establecido que hay diferencia entre las obligaciones de la mujer mandataria de su marido y las del mandatario en general». Por lo que se refiere a la rendición de cuentas manifiesta que la jurisprudencia ha establecido que la mujer no está obligada a rendirla, aduciendo para esto razones más bien sentimentales que jurídicas. (1)

Planiol y Ripert, (2) llegan a la siguiente conclusión: «Se debe pues admitir que la mujer no está sometida a las obligaciones de un mandatario ordinario. De una parte ella no es responsable de sus negligencias, ella responde solamente de su dolo y

(1) o. c. t. 22 n. 102 y 103.

(2) o. c. t. 8 n. 564.

de la restitución de objetos, que ella retiene indebidamente, o a dispuesto en su interés personal. De otra parte, ella es dispensada de rendir cuenta de su mandato. El marido o sus herederos no tienen acción contra ella sino en la medida de su enriquecimiento personal y a él le incumbe probar». Para llegar a esta opinión se basan en que la mujer ejerce el mandato bajo el control y supervigilancia del marido, y en consecuencia establecen que si éste no ejerce el control no puede culpar a la mujer.

Nosotros comulgamos con las ideas de Laurent. Como éste dice, las razones que dan para establecer que la mujer mandataria de su marido no es una mandataria ordinaria son de carácter meramente sentimental sin ningún viso de legalidad. Para llegar a esta conclusión nos basamos en que dado el silencio del legislador el cual se remite únicamente a establecer el efecto del mandato, que todavía es igual al del mandato ordinario, no nos quedá sino aplicar las reglas generales. Si no hubiera sido este el deseo del legislador, habría establecido una disposición excepcional.

Los argumentos de Planiol y Ripert, en que apoyan su decisión son fácilmente rebatibles. Dicen estos autores: «de otra parte será poco equitativo demostrarse más riguroso con respecto a la mujer cuando ella administra los negocios de la comunidad, que respecto al marido, respecto del cual la responsabilidad es menos estricta que la de un administrador ordinario». Esta falta de equidad de que hablan, es sólo aparente y además tiene su justificación jurídica: al marido no se le puede imponer ninguna obligación por cuanto él es dueño de los bienes sociales, ahí está la razón de la desi-

gualdad, ella deriva de la distinta situación jurídica que tienen los cónyuges frente a los bienes sociales.

La otra razón que dan estos autores es que la mujer ejerce el mandato bajo el control y supervigilancia del marido.

Este argumento no es de mayor fuerza que el anterior. En efecto, en la mayoría de los mandatos, el marido estará imposibilitado para ejercer el control sobre su mujer, ya que si estuviera en condiciones de hacerlo, el mandato no tendría ninguna utilidad práctica, y con seguridad preferiría gestionar él directamente sus intereses. Por el contrario, la utilidad del mandato queda de manifiesto cuando el marido está imposibilitado para gestionar sus intereses, imposibilidad que se extendería al control que debe ejercer sobre su mujer. Así por ejemplo, se justifica que otorgue mandato cuando esté ausente, cuando un trabajo determinado lo absorbe, cuando por enfermedad esté recluso en un sanatorio, etc.

En estos casos cesaría la razón que dan Planiol y Ripert, y se aplicaría según ellos mismos afirman, las reglas generales del mandato.

c) Actos y contratos que ejecutan los cónyuges de consuno

52. El último inciso del artículo 1751 (1), contempla este caso y a la letra dice: «Los contratos celebrados por el marido y la mujer de consuno o en

(1) Concordancias: Cód. de Venezuela, art. 1397; Cód. uruguayo, art. 1977; Cód. colombiano, art. 1807; proyecto 1853, art. 1913; proyecto inédito, art. 1913.

que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido, no valdrán contra los bienes propios de la mujer, salvo en los casos y términos del sobredicho inciso segundo».

En los términos en que se encuentra concebido este artículo no es de ninguna utilidad para el crédito de la comunidad. A un tercero le será indiferente contratar con el marido solo o con ambos cónyuges, la responsabilidad es la misma.

En el Código francés la situación es diversa; el art. 1431 distingue los efectos de la obligación solidariada contratada por ambos esposos, respecto del acreedor y respecto de terceros. Respecto del acreedor ambos están obligados por el total de la deuda, si se le exige el pago a la mujer no podría oponer el beneficio de división ni de excusión. Respecto a su marido la mujer se reputa que se obliga como fiadora y debe ser indemnizada de la obligación que ha contratado.

¿Qué situación se produce si ambos cónyuges se obligan solidariamente para responder no de una deuda de la comunidad, sino de un tercero?

Parece que no debe aplicarse el art. 1751, dado la ubicación que tiene dentro de los negocios de la comunidad. Serían aplicables las reglas generales de las obligaciones solidarias contenidas en el art. 1522 del C. C., y en consecuencia podría exigirse a la mujer el total de la deuda.

d) Casos en que la mujer obra en virtud de poderes propios

53. Ya hemos visto algo respecto de este punto. Decíamos al hablar de la autorización del marido para los actos extrajudiciales que por excepción no

requería la mujer autorización para disponer de lo suyo por testamento que haya de producir efecto después de su muerte, para los actos de familia, y para adquirir la posesión.

En estos casos al no requerir autorización del marido, la mujer obra en virtud de poderes propios. Además de éstos existen otros de que nos ocuparemos ahora.

Tenemos en primer lugar los depósitos que la mujer casada hace en la Caja de Ahorros. El artículo 12 de los Estatutos de esta institución, aprobados por decreto supremo de 27 de Junio de 1884 dice: «Los depósitos de la mujer casada se entenderán hechos de fondos procedentes de los salarios o beneficios de su profesión o industria, y la imponente podrá hacer por sí todas las operaciones concernientes a la cuenta de depósitos mientras no inter venga reclamación o protesta del marido puesta en conocimiento de la administración».

54. Otro caso en que la mujer obra en virtud de poderes propios es en la administración de lo que gane en una industria o empleo, consagrada en el art. 9.º del Decreto-ley 328 de 29 de Abril de 1925 que dice: «Se considera a la mujer separada de bienes para la administración de aquellos que sean fruto de su trabajo profesional o industrial».

Como ya tuvimos ocasión de ver, la facultad de disponer la mujer libremente del producto de su trabajo, es una disposición universal que tarde o temprano se ha venido imponiendo en todas las legislaciones.

El art. 9 debemos estudiarlo en relación con el

159 del Código Civil y con el 12 del mismo decreto-ley.

El art. 9 considera a la mujer separada de bienes para la administración de lo que gane en una profesión o industria. Del sentido literal de la disposición se desprende de que los bienes que se adquieran, con estas ganancias y las ganancias mismas, queden siempre dentro de la comunidad. No otra cosa significa la expresión «para» que ha usado el legislador. Podríamos por ejemplo reemplazar esta palabra por otra expresión, a saber, con respecto a, en lo que se refireré, que son sinónimas. Por lo demás, esta interpretación cuadra con la equidad; no sería justo hacer entrar el producto del marido en la comunidad y excluir lo que la mujer obtuviere con su trabajo. Por último, dentro de nuestra legislación, es ésta la única interpretación lógica. Si el producto del trabajo de la mujer quedara fuera de la comunidad, ésta se debilitaría enormemente, en caso que los cónyuges no tuvieran bienes, pues como dice Barriga (1): «Nuestra sociedad conyugal, que calificábamos de comunidad de ganancias, comprende entre éstas no sólo las que se deben a la industria o trabajo de los cónyuges, sino también las que se derivan de sus bienes: beneficios del trabajo de los cónyuges y frutos naturales y civiles de sus bienes, he aquí los dos elementos constitutivos de la sociedad gananciales...» Quedaría en este caso reducido el producto del trabajo del marido. En este punto no ha pues modificado el decreto-ley a las reglas de la comunidad.

La mujer como administradora de lo que gana

(1) o. e. n. 68.

en una profesión o industria debe sujetarse a lo dispuesto en el art. 159. Según este artículo, puede hacer libremente todos los actos de administración y goce; también podrá enajenar a cualquier títulos los bienes muebles. Pero respecto de los inmuebles, para enajenarlos necesita la autorización del marido y el decreto del juez conforme lo establece el art. 1754, del C. C.

Quedando dentro de la comunidad el producto del trabajo de la mujer, se desprende que éstos quedan afectos a las deudas del marido y de la comunidad y como compensación los acreedores de la mujer pueden hacer efectivos sus créditos en los bienes del marido y de la comunidad.

Los bienes que adquiera la mujer con el producto de su trabajo, pertenecen a la sociedad sin que haya que distinguir si son muebles o inmuebles; perteneciendo a la comunidad el producto del trabajo, es lógico que los bienes adquiridos con este dinero sean también de la comunidad, se realiza una verdadera subrogación real. Esta interpretación cuadra perfectamente con la ley; y por otro lado si aceptáramos lo contrario resultaría que en el hecho el producto del trabajo de la mujer quedaría excluido en la comunidad, pues para que esto sucediera le bastaría a la mujer con invertirlos en algún bien; fuera este mueble o inmueble.

Según lo establece el art. 12 del Decreto-ley la mujer tiene capacidad para estar en juicio en lo que dice relación con la administración del producto de su trabajo. Como más arriba dijimos es una excepción al inc. 1.º del art. 136 del Código Civil.

55. Concebido como está el decreto-ley en este punto, merece dos reparos. En primer lugar subsiste la obligación de la mujer de obtener la autorización del marido para ejercer la profesión o industria, con lo cual se entorpece el derecho de la mujer, y se anula en el caso más frecuente cual es el de la mujer mercadera, pues como hemos visto en este caso la justicia no puede suplir la autorización marital.

El otro inconveniente es que la mujer pueda ser capaz e incapaz. Lo primero se refiere a la que separadamente gana, lo segundo en el resto de los casos. Con este doble estado de la mujer, pueden ser defraudados los terceros que contraten con ella. Así por ejemplo si se contrata con la mujer respecto de los bienes que separadamente administra, el tercero no exigirá la autorización del marido o de la justicia, y puede suceder que estos bienes si bien pertenecían a ella, no habían sido adquiridos con el fruto de su trabajo, y en consecuencia debían haber obtenido autorización del marido o de la justicia, y como esto no ha sucedido el acto sería nulo. La nulidad podría alegarla solamente el marido si hubo dolo de parte de la mujer, o por ambos si sólo hubo error de parte de ésta.

e) **Casos en que la mujer obliga sus bienes propios**

56. Hemos visto que como una consecuencia de la incapacidad de la mujer durante el matrimonio, no obliga sus bienes propios. Por excepción se obliga personalmente en los siguientes casos:

1.º) Cuando ejerce el albaceazgo así dispone el art. 1273 del C. C.: «La mujer no puede ejercer el al-

baceazgo sin autorización de su marido o de la justicia en subsidio. De cualquiera de estos modos que lo ejerza obliga solamente sus bienes propios».

2.º) Cuando la mujer es autorizada expresamente por su marido para ejercer el comercio, y en la escritura de autorización se limita la responsabilidad a los bienes propios de la mujer (Art. 15 del C. C.).

3.º) Cuando obra autorizada por la justicia en virtud de la negativa del marido (Art. 146 C. C.).

4.º) Cuando obrare autorizada por la justicia por impedimento del marido, y no concurren todas las circunstancias que establece el art. 146 para que obligue los bienes sociales, es decir, cuando no se trate de casos urgentes, o bien, no se haya presumido la autorización del marido para ese acto.

5.º) Cuando obra autorizada por el marido, con mandato de éste o conjunta, solidaria y subsidiariamente con él; siempre que la mujer hubiere obtenido utilidad personal en el acto; pero la responsabilidad se extenderá hasta el monto de esta utilidad (Art. 1750 Inc. 2.º).

En esta disposición no hay sino una aplicación de la *accio in rem verso*, sobre la que se funda el principio jurídico universal que nadie puede enriquecerse a costa de otro.

6.º) Cuando la mujer autorizada por el juez acepta una herencia sin beneficio de inventario (Inc. último del art. 1401).

f) Caso especial de la mujer separada de hecho

57. Para terminar con el capítulo, de la actuación de la mujer dentro de la comunidad nos refe-

riremos a este punto interesante: averiguaremos cuál es la obligación que tiene el marido frente a los terceros que han contratado con su mujer separada de hecho.

El legislador no contempla la separación de hecho, es éste un estado que se desarrolla al margen de la ley; el Código considera que no ha cesado la potestad marital y que se producen todos los efectos del matrimonio, es éste un estado alegal.

En esta situación de hecho la mujer por una razón de existencia, tendrá necesidad de celebrar contratos para alimentarse, vivir, vestirse, etc. Si fuera a aplicarse la ley en todo su vigor tendríamos que llegar a la conclusión que estos actos son nulos. Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha establecido a este respecto la siguiente doctrina: «Acuerda a los terceros que han contratado con la mujer separada de hecho una acción contra el marido, cuando éste ha abandonado a su mujer, o cuando le impide el acceso al domicilio conyugal.

Concede todavía esa acción, cuando los cónyuges se han separado amigablemente y el marido ha prometido dar a la mujer una pensión, no cumpliendo su promesa. En estos casos concede acción contra el marido, sino en cuanto no haya sido excesiva en consideración a su fortuna y a su estado la obligación contraída por la mujer.

Rehusa toda acción contra el marido:

1.º) Cuando, en caso de separación amigable, el marido paga a su mujer una pensión anual; y

2.º) Cuando la mujer ha huído del domicilio conyugal y se niega a volver a él a pesar de la demanda del marido».

Para explicar esta solución de la jurisprudencia, los autores franceses han ideado estas tres teorías:

Según la primera la mujer obra en virtud de un mandato tácito. Esta teoría ha sido objetada por cuando estando separados los cónyuges, no se puede presumir el mandato.

Otra teoría considera que la mujer en este caso obra en virtud de una autorización tácita. Esta opinión que en nuestro derecho tiene amplio asidero, es también repudiada por los autores franceses; por cuanto allá no se admite la autorización general, ni existe la autorización presunta.

La teoría más generalmente aceptada es la que funda el derecho de los terceros para perseguir las obligaciones contra el marido, en la *accio in rem verso*, tantas veces citada que se basa en el principio del enriquecimiento sin causa. En efecto, al marido le asiste la obligación de educar a los hijos, proveer a las necesidades de familia; y si un tercero cancela esta obligación, le ha proporcionado al marido un beneficio, un enriquecimiento que no tendría justificación. Una sentencia de la Corte de Rennes de 26 de Agosto de 1820 (Daloz, Contr. de mar. n. 1054) dice a este respecto: «Considerando que sólo al marido corresponde proporcionar a la mujer todo lo necesario para las necesidades de la vida según sus facultades y su estado, y de proveer al mismo tiempo el mantenimiento y educación de los hijos, obligación que le impone la ley. Que si el marido, viviendo alejado de su mujer o por cualquier otra causa no ha podido o no ha querido cumplir estas obligaciones, es evidente

que los terceros que las han cumplido por él han obrado en su interés, y que al proveer a los gastos de mantenimiento de que estaba encargado el marido como jefe de la comunidad puede en verdad decirse que han proporcionado a la mujer y a los hijos beneficios que han redundado en provecho de esta misma comunidad, etc.». (1)

(1) Ideas extractadas en su mayor parte de un artículo de Henry Loubers, publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XV, I Parte, pág. 110.



CAPITULO II

ADMINISTRACION EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

58. En el caso normal del matrimonio el marido administra los bienes comunes y se sujeta a las reglas que acabamos de estudiar. Lo anormal es que éste no tenga la administración y en este caso la administración se llama extraordinaria y es la que tiene lugar en casos excepcionales por impedimento del marido y que es desempeñada por la mujer, o por el curador del marido o de sus bienes (1)

El artículo 145 del Código Civil nos dice en qué casos procede esta administración. Reza así: «Si por impedimento de larga o indefinida duración, como el de interdicción, el de prolongada ausencia, o desaparacimiento, se suspende el ejercicio de la potestad marital, se observará lo dispuesto en el párrafo 4 del título «De la Sociedad Conyugal». La palabra «como» que usa el legislador nos está manifestando que la enumeración es sólo enunciativa

(1) BARROS ERRÁZURIZ, o. c. t. 3 p. 138.

y nó taxativa. De manera entonces que la administración extraordinaria no queda circunscrita a los casos que él enumera sino que puede haber otros.

Al estudiar el artículo 143 notamos la relación que tiene con el artículo que estudiamos. Dijimos que el legislador había sido muy lógico al establecer, cuando el impedimento del marido no era muy grave, que la mujer pudiera gestionar los intereses comunes autorizada por la justicia; y cuando éste revestía gravedad se le diera la administración a ella.

Esta institución es una novedad introducida por don Andrés Bello en nuestro Código; no la hemos encontrado en ningún cuerpo de leyes anterior al nuestro y los comentaristas nada dicen de ella. Existen legislaciones como las de Colombia, Ecuador y Uruguay que tienen esta institución, pero ellas son posteriores al nuestro y precisamente la han tomado de nosotros.

58 a. Entrando a estudiar los casos en que procede la administración extraordinaria notamos una pequeña contradicción entre el art. 145 y el 1758: ella consiste en que mientras el primero de éstos, como lo dijimos, establece claramente que puede haber otros casos en que tenga lugar la administración extraordinaria, el segundo lo limita únicamente al caso de interdicción o larga ausencia del marido. Conforme las reglas de hermenéutica y por la misma referencia que hace el artículo 143, consideramos que debe aplicarse el 1758.

De la definición que dimos de esta institución se desprende claramente que esta clase de administración, no debe necesariamente pertenecer a la

mujer, sino que puede estar en manos de un curador.

La administración extraordinaria que pertenece a la mujer es una consecuencia del carácter de curadora que tiene de su marido, y en consecuencia para que esto suceda es necesario que no tenga ninguna incapacidad para ejercer la curatela y que la acepte. En caso que sea incapáz, se nombra un curador al marido quién administra la comunidad; pero la mujer una vez que cese su incapacidad puede reclamar la curatela o pedir la separación de bienes (Art. 463 Inc. 2.º).

En caso que la mujer no acepte la curatela, también pasa la administración a manos de un curador; pero la mujer, como en el caso anterior, no está obligada aceptar esta situación y puede pedir, si lo estimare conveniente separación de bienes (Art. 1762).

Reunidas las circunstancias anteriores y repetimos como una consecuencia del carácter de curadora, toma la mujer la administración de la sociedad en los siguientes casos:

a) Cuando el marido estuviere en interdicción por demencia (Arts. 462 y 463 del Código Civil y 5.º del Decreto-ley 328).

b) Cuando el marido estuviere en interdicción por sordo-mudez (Art. 470 del Código Civil y 5.º del Decreto-ley 328).

c) En el caso del marido que está largo tiempo ausente (Art. 475, 83 del Código Civil y 5.º del Decreto-ley 328).

La administración de la sociedad conyugal pasa a manos de un curador:

a) En los casos anteriores, cuando la mujer tu-

viese alguna incapacidad para ejercer la curatela.

b) En el caso que el marido esté en interdicción por disipador. En esta situación la ley prohíbe expresamente a la mujer ser curadora de su marido (Art. 450 del Código Civil y Art. 5.º del Decreto-ley 328 Inc. 2.º), y no pudiendo ser curadora, no puede tener la administración la comunidad. El legislador ha sido muy lógico, al no dar en este caso la administración a la mujer por cuanto el marido con la autoridad que tiene sobre la mujer ejercería presión sobre ella y la administración sería muy poco feliz. Tan grave sería conceder en este caso la curadería a la mujer que el Decreto-ley 328 que equiparó a ésta con el hombre para el ejercicio de las tutelas y curatelas, dejó expresamente subsistente la prohibición que examinamos.

c) Cuando el marido tenga menos de veinte y un años (Arts. 148 y 342 del Código Civil). Si el marido tiene más de veinte y un años no requiere curador, aún cuando no sea mayor de edad, pues por el hecho del matrimonio queda habilitado (Arts. 298 del Código Civil).

Como lo enunciamos hace un momento, la mujer no está obligada a aceptar la administración de la comunidad por un curador, sino que tiene derecho a pedir separación de bienes. Surge de aquí una dificultad: ¿puede la mujer pedir separación en caso que se le nombre curador al marido por menor edad? Responderemos negativamente, pues este es un caso especial como que está contemplado en una disposición aparte, que no sigue la regla general.

Si la mujer toma sobre sí la administración de la sociedad conyugal, y posteriormente no quiere

o no puede continuar en esta administración, ¿podría pedir separación de bienes? Indudablemente no es esa la situación que contempla el art. 1762; pero aplicando la regla de hermenéutica que donde hay una misma razón hay una misma disposición, nos decidimos por la afirmativa.

Las facultades administrativas que tiene un tercero o la mujer respecto de la sociedad conyugal, son diferentes y se encuentran reglamentadas en diferente lugar.

Cuando el curador es un tercero, se aplican las reglas de los tutores y curadores contempladas en el título XVI del libro 1.º.

Si la mujer es la administradora se rigen por los artículos 1758 a 1763, de los cuales entramos a ocuparnos.

Las reglas de la administración extraordinaria ejercida por la mujer, tienen muchos puntos de contacto con la administración ordinaria. Para mayor claridad las estudiaremos distinguiendo los bienes propios de la mujer, bienes propios del marido y los bienes comunes

Bienes propios de la mujer

59. Respecto de los bienes propios de ella, la mujer puede, por de pronto, ejecutar libremente todos los actos de administración. No tenemos para qué analizar qué se entiende por estos actos, pues lo veremos al estudiar la administración de los bienes propios de la mujer.

En lo que se refiere a los actos de enajenación, es necesario distinguir entre los inmuebles que el

marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie y los muebles de la misma calidad.

Con relación a los muebles contemplados en el art. 1755, la mujer puede enajenarlos libremente. No sucede igual cosa con los inmuebles que, para enajenarlos, requiere autorización especial del juez. Todo esto en conformidad al artículo 1759, inc. 1.º que, a la letra, dice: «La mujer que tenga la administración de la sociedad, administrará con iguales facultades que el marido, y podrá, además, ejecutar por si sola los actos para cuya legalidad es necesario al marido el consentimiento de la mujer, obteniendo autorización especial del juez en los casos en que el marido hubiera estado obligado a solicitarla».

En caso que la mujer enajene un inmueble propio sin autorización de la justicia, el acto sería anulable, es decir, adolecería de nulidad relativa.

Bienes propios del marido

60. Aquí también haremos distinción entre los actos de administración y de disposición.

En lo que refiere a los actos de administración, la mujer puede ejecutarlos libremente, no tiene para ello ningún obstáculo.

Como en el caso de la administración ordinaria, cuando administra la mujer, el legislador dió reglas especiales para el arrendamiento de los inmuebles del marido. El contrato no podrá durar más allá del plazo fijado en el art. 1757, es decir, cinco años para los predios urbanos y siete para los rústicos. En caso que la mujer quiera arrendarlos por más tiempo, puede hacerlo, necesitan-

do para ello autorización de la justicia, previa información de utilidad. Al no distinguir este artículo a utilidad de quien se refiere, debemos concluir que puede ser en utilidad tanto del marido como de la sociedad.

Todo esto de acuerdo con el art. 1761 que reza como sigue: «La mujer administradora podrá dar en arriendo los bienes del marido, y éste o sus descendientes estarán obligados al cumplimiento del arriendo por un espacio de tiempo que no pase de los límites señalados en el inciso 1.º del art. 1757.

Este arriendo, sin embargo, podrá durar más tiempo si la mujer, para estipularlo así, hubiere sido especialmente autorizada por la justicia, previa información de utilidad».

Don Miguel Luis Amunátegui (1), observa, y con razón, que en lugar de decir «descendientes» el artículo transcrito, debe decir herederos, y así, sin duda, se debe entender, ya que puede suceder que el marido no tenga descendientes.

La sanción de la violación de este artículo es igual a la del 1757; en lo que exceda del plazo legal no es obligatorio para el marido o sus herederos.

La mujer puede disponer libremente de los bienes muebles del marido.

Respecto de los inmuebles, cesa esta libertad y se le imponen casi las mismas restricciones que tiene el marido con respecto a los bienes de aquella en la administración ordinaria de la sociedad. Por esta razón, sólo nos limitaremos a copiar el artículo, pues todo lo que diremos en la administración del marido, le es aplicable salvo, claro, los

(1) o. c. p. 250 sobre el art. 1761.

que sean contra la naturaleza de la administración extraordinaria.

La mujer requiere autorización especial de la justicia, con conocimiento de causa, para los siguientes actos sobre los bienes inmuebles del marido:

a) Enajenar; *b)* gravarlos con hipoteca o censos; *c)* hacer subrogaciones; *d)* y para la aceptación con beneficio de inventario de las herencias diferidas al marido.

El caso especial que encontramos aquí, es de la subrogación; al decir simplemente subrogación, hay que entender que se refiere tanto a la subrogación por permuta, como a la subrogación por compra. En ambos casos, como es lógico, además de la autorización judicial, es necesario cumplir con los requisitos del art. 1733, inc. 1.º, que dice: «Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero, y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra-venta se exprese el ánimo de subrogar».

En realidad, aunque nada hubiera dicho el legislador respecto de las subrogaciones, no las habría podido hacer la mujer, pues ellas encierran una permuta o una compra, y ambos actos le están vedados al no serle lícito enajenar conforme lo explicaremos al ocuparnos del art. 1754.

En caso que la mujer omita la autorización judicial, los actos estarían viciados de nulidad relativa.

En conformidad con el inciso último del art. 1759, que ya conocemos, la mujer responde con sus bienes en la administración de los del marido, y esta responsabilidad llega hasta la culpa leve.

Bienes sociales

61. Se ha discutido si el art. 1759 se aplica a los bienes sociales. Don Luis Claro Solar cree que la cuestión debe resolverse afirmativamente; en cambio, don Arturo Alessandri y don Alfredo Barros Errázuriz son de opinión contraria.

No hay duda de que al atenerse al solo texto del art. 1759, deberíamos resolver la cuestión a favor de estos últimos. Sin embargo, hay razones que nos hacen vacilar.

Tenemos, por de pronto, que los artículos del Código no los debemos interpretar, como si estuviéramos aislados en una isla rodeada de agua, sin comunicación ninguna; nó, por el contrario, para saber el pensamiento del legislador, es necesario relacionar las disposiciones de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, y haciéndolo así en el caso que analizamos, tenemos forzosamente que encontrarle cierta razón al señor Claro Solar.

En efecto, el artículo que estudiamos se encuentra en íntima relación con el 1750, de manera que es necesario armonizarlos. Sabemos que este último, establece que los bienes sociales se confunden con los propios del marido, situación que subsiste mientras dure la sociedad y que no altera por la administración extraordinaria, por tanto, debe aplicarse a ambos unas mismas reglas y, en conse-

cuencia, el art. 1750 es aplicable a los bienes de la sociedad.

De otra parte, según establece el art. 1760, los actos que ejecuta la mujer sin contravenir a las prohibiciones que establece el párrafo, obligan los bienes sociales y los del marido; y sería curioso que el marido obligara aun sus bienes propios por actos en los cuales no hubiera tenido ninguna ingerencia, y que la mujer celebra libremente, sin traba alguna.

Hemos visto al estudiar la administración ordinaria que los actos del marido nunca afectan a la mujer, salvo que ésta haya obtenido una ganancia. Encerraría, pues, una enorme injusticia, que los actos que ejecute la mujer respecto de los bienes sociales, cuando es administradora de la sociedad, obligaren los bienes del marido. Debemos, pues, dar un justificativo al art. 1760, y precisamente ese lo encontramos aplicando la disposición del 1759 a los bienes sociales. Interviniendo la justicia en los actos más trascendentales y que mayor gravamen pueden reportar al marido, está ésta suficientemente garantido de la ligereza e inexperiencia con que podría obrar la mujer.

Por último, existe otro argumento en favor de la opinión del señor Claro. Cuando la administración de la sociedad es tomada por un curador, ya sea por negativa o incapacidad de la mujer, la administración se somete a las reglas que se establecen en el título de las curatelas, y en ese título no se hace diferencia entre la administración de los bienes propios del marido y los de la sociedad. No ve entonces por qué va a haber diferencia en este caso, máximo si consideramos que si la mu-

jer administra la sociedad, es en su calidad de curadora del marido.

Como ya lo dijimos, cuando la mujer obra dentro de sus facultades, sin contravenir a las prohibiciones legales, sus actos se mirarán como actos del marido, y obligarán, en consecuencia, a la sociedad y al marido; salvo en cuanto apareciese o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la mujer (art. 1760). Esta excepción en virtud del principio a que tantas veces nos hemos referido del enriquecimiento sin causa.

62. Punto bien dudoso respecto a la administración de la mujer, es el de decidir si está o no obligada a rendir cuenta de su administración. Acaso es responsable por los actos ejecutados mientras dura su administración con respecto a los bienes sociales.

Por un lado tenemos el artículo 1759 que nos manifiesta que la mujer administra con iguales facultades que el marido, y como vimos, respecto a él, no se le podría exigir cuenta ni es responsable. Pero de otro lado debemos olvidar que, si llegamos a esa conclusión cuando examinamos esa cuestión, fué porque el marido es dueño de los bienes sociales, cosa que no sucede con la mujer.

La administración extraordinaria de la sociedad conyugal no es perpetua, de aquí que, cesando las causas que la producen, ella termina; y el marido recobra sus facultades administrativas, para lo cual se requiere decreto judicial, según lo establece el art. 1763, y que si se desea puede inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces.



CAPITULO III

ADMINISTRACION DE LOS BIENES DE LA MUJER

Introducción

Según establece el art. 1749, la administración de los bienes de la mujer corresponde al marido; es éste un principio reconocido por todas las legislaciones del orbe.

63. Los tratadistas justifican de diversas maneras esta situación. Troplong, ve la razón del derecho que tiene el marido de administrar los bienes propios de la mujer, no como una consecuencia de la comunidad, sino como un efecto de la potestad marital. Esta opinión ha permanecido aislada en el derecho francés, se le ha objetado, y con justa razón, y si ésa fuera la justificación, las reglas que la establecen no podrían derogarse; el marido no podría renunciar a sus facultades, y como veremos más adelante, hay unanimidad entre los tratadistas en el sentido de considerar que no hay ningún inconveniente legal en que se dero-

guen las reglas pertinentes a la administración de los bienes propios de la mujer.

La opinión de los más (1), ven la razón de esta situación, en que teniendo la comunidad el derecho de goce sobre estos bienes, es lógico que el marido, como administrador de la comunidad, tenga también su administración.

Planiol y Ripert (2), consideran, que si bien es verdadero que esta facultad que tiene el marido se funda en el derecho de goce, más verídico es dar como razón, que la ley ha creído interpretar la voluntad del cónyuge y de la mujer, de ahí, entonces, que ésta pueda reservarse la administración de todo o parte de sus bienes.

¿Cuál es el carácter del derecho del marido? La opinión más seguida entre los jurisconsultos, es considerarlo como un mandato, y reúne estas dos particularidades: es legal y es general. Esta parece ser la idea del Código pues en el art. 43 señala al marido como el representante legal de su mujer.

64. *¿Puede el marido ser considerado como un administrador común y corriente en lo que respecta a los bienes de la mujer?* Los autores franceses así lo han establecido. En nuestro Código la cuestión no se presenta bien clara. Las dudas son sugeridas por el art. 1749, según el cual, el marido administra libremente los bienes de la mujer sujeto a las limitaciones que en el título se le impo-

(1) LAURENT, o. c. t. 22 n. 121. DURANTON, o. c. t. 8 n. 310. MOURLON, o. c. t. 2 n. 53. HUC, o. c. t. XIV n. 179. BAUDRY LACANTINERIE, o. c. t. n. 710, etc., etc.

(2) o. c. t. 8 n. 576.

nen. Examinando estas disposiciones, vemos que precisamente los actos que al marido se le prohíbe son los de disposición. En efecto, el art. 1754 le impide enajenar o hipotecar los bienes raíces. Al decir enajenar, debemos comprender la venta, la permuta, la transacción, la donación y la constitución de derechos reales.

Igual prohibición establece el art. 1755, respecto de los bienes muebles.

Quitados, pues, los actos de disposición, tanto respecto de los inmuebles como de los muebles, sólo quedan al marido los actos administratorios. De lo cual podría deducirse que el marido es, respecto de los bienes propios de su mujer, un administrador ordinario.

Sin embargo, el hecho que el marido pueda ejercer, tanto las acciones petitorias como las posesorias, viene a complicar la cuestión, por cuanto, si bien el ejercicio de estas últimas constituye un acto administrativo, no sucede lo mismo con las petitorias, que escapan de las facultades de un administrador y sólo pueden ser ejercidas por el propietario.

Para resolver la cuestión, creemos necesario no olvidar que el marido, al mismo tiempo que es administrador de los bienes de la mujer, es su representante legal. De manera que cuando obra en lo que se refiere a los bienes de ésta, puede hacerlo en una u otra calidad. Comparecerá como administrador cuando el acto es solamente de administración. Así por ejemplo, si se trata de arrendar un bien de la mujer, el marido comparecerá directamente y no en su calidad de representante legal de su mujer.

Por el contrario, usará de su calidad de representante legal, cuando el acto es de disposición. Así por ejemplo, si vende un bien de la mujer, no aparecerá haciéndolo él directamente sino en representación de su mujer incapaz.

Por las explicaciones dadas, vemos que si el marido puede ejercer las acciones petitorias de la mujer, es en su calidad de representante de ésta, pero no en su carácter de administrador.

En suma, podemos afirmar, que el marido respecto de los bienes propios de la mujer, es un administrador ordinario y que si bien puede ejecutar actos de disposición, es en virtud de la representación legal de su mujer.

DIFERENCIA ENTRE LOS PODERES DEL MARIDO CON RESPECTO A LA SOCIEDAD Y COMO ADMINISTRADOR DE LOS BIENES PROPIOS DE LA MUJER.

Existe gran diferencia entre los poderes que tiene el marido respecto de los bienes sociales y los de la mujer.

65. La primera consiste en que, siendo de orden público las disposiciones que reglan la gestión de los intereses de la comunidad, ellas no pueden ser derogadas; en cambio, como ya hemos dicho, las disposiciones que reglan los poderes del marido sobre los bienes de la mujer pueden ser derogadas.

Las derogaciones que se pueden introducir pueden ser por los mismos cónyuges al tiempo de celebrarse el matrimonio, en las capitulaciones matrimoniales. Así lo establece el art. 1720, al decir:

«Se puede estipular en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administrará una parte de sus bienes propios con independencia del marido; y en este caso, se seguirán las reglas dada en el Título VI, párrafo 3.º del libro primero.

Se podrá también estipular que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero o de una determinada pensión periódica, y este pacto surtirá los mismos efectos que la separación de bienes; pero no será lícito a la mujer tomar prestado o comprar al fiado sobre dicha suma o pensión». El art. 1725, N.º 4.º, en su inciso segundo, agrega: «Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus bienes muebles, designándolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el departamento».

Estas derogaciones pueden también ser introducidas por terceros durante la existencia de la comunidad; esto sucederá cuando se deja a la mujer una herencia o legado, o se le hace una donación con la condición, que el marido no tenga la administración. Esta situación se encuentra reglamentada en el art. 166 del Código Civil.

Como vemos, las reglas que modifican los poderes del marido, resultan de una combinación del régimen de comunidad y el de separación. Sin embargo, no vaya a creerse que la derogación de las reglas que examinamos, únicamente serían lícitas en el caso que restrinjan los poderes del marido; no hay ningún inconveniente para que los amplíe. Un ejemplo de este caso nos ofrece el art. 1754, del cual se desprende, que la mujer puede dar al

marido en las capitulaciones matrimoniales, facultad para enajenar o hipotecar sus bienes raíces.

66. La segunda diferencia entre los poderes del marido sobre los bienes de la mujer, la encontramos en la extensión de estos poderes. Como vimos en su oportunidad, el marido es dueño de los bienes sociales; mientras tanto, no sucede lo mismo respecto de los bienes propios de la mujer, con relación a los cuales, como acabamos de ver, sólo es administrador.

67. Por último, mientras el marido no es responsable en la gestión de los intereses de la comunidad, respecto de los bienes propios de la mujer le afecta responsabilidad.

En el Código francés se establece expresamente en el art. 1428, la responsabilidad del marido. En nuestra legislación no existe una disposición expresa; pero ella se colige de dos disposiciones. Tenemos en primer lugar el art. 1771, que dice: «Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos (se refiere a los bienes propios), deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlo», y el último inciso del 1759 que refiriéndose a la administración de la comunidad y de los bienes propios del marido, por la mujer, dice: «Todo acto contrario en contravención a estas restricciones, será nulo, y lo hará responsable en sus bienes, de la misma manera que el marido lo sería en los suyos, abusando de sus facultades administrativas».

Lo que no aparece bien claro es de qué clase de culpa responde el marido. El art. 1771 habla de culpa grave; pero ese artículo no se aplica al marido en la calidad de administrador, por cuanto se deduce claramente de sus términos que se aplica a la mujer, aún cuando no tenga la administración de la comunidad.

El art. 1759 no habla sino de responsabilidad, sin establecer hasta dónde alcanza esta responsabilidad. En este caso no nos queda sino aplicar los principios generales y es que todo administrador de bienes ajenos es responsable de la culpa leve, debe ejecutar su administración como un buen padre de familia. Esta es, por lo demás, la conclusión a que llegan los autores (1).

Punto interesante en esta materia es considerar sobre qué bienes se hace efectiva la responsabilidad del marido. Aplicando los principios generales del pasivo de la sociedad conyugal, ésta debía recaer sobre la comunidad, por cuanto, según sabemos, toda deuda del marido, lo es de la comunidad y ésta es también la opinión de los juriscónsultos. Sin embargo, el Código en este caso se desvió de estos principios, y como dice expresamente el inciso último del artículo 1759, la responsabilidad se hace efectiva en los bienes propios del marido. No insistiremos en este punto, pues volveremos sobre él más adelante.

68. Para estudiar los poderes que tiene el marido debemos distinguir, entre los actos de admi-

(1) PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 8. n. 583. BAUDRY LACANTINERIE, o. c. t. 14. n. 720. GUILLOUARD, o. c. t. 2. n. 263, etc.

nistración y los de disposición. No opondremos al acto de administración el acto de enajenación, pues como dicen Planiol y Ripert, no es del todo exacto, ya que son dos ideas diversas, una económica y la otra jurídica.

A este respecto, dicen estos autores: (1) «es preferible oponer al acto de administración el acto de disposición, que es también una categoría económica y que lo mismo que el primero se puede realizar por diversos medios jurídicos, y cuando se pregunte si el marido puede efectuar tal o cual operación, no es necesario atenerse al carácter jurídico de aquél, sino a su carácter económico. Si ella constituye un acto de administración, el marido puede hacerlo; si ella es un acto de disposición, el marido tiene necesidad del consentimiento de la mujer. El acto de administración que entra en los poderes del marido, es todo acto jurídico, cualquiera que tienda sea a conservar la fortuna de la mujer, sea entrar un valor de una manera normal, sin comprometer la existencia y sin modificar la composición.

Al contrario, el acto de disposición que excede de los poderes del marido es todo acto jurídico cualquiera que tienda a entrar un valor de una manera anormal en la fortuna de la mujer, o que tiene por efecto comprometer la existencia o modificar la composición».

En el estudio de esta materia, haremos entonces tres distinciones: nos ocuparemos de los actos de administración, de los actos de disposición y por último del ejercicio de las acciones de la mujer.

(1) o. c. t. 8 n. 594.

Actos de administración

69. Como administrador debe el marido conservar material y jurídicamente los bienes de la mujer. En la conservación material le corresponde hacer las reparaciones usufructuarias, es decir, las expensas ordinarias y necesarias, las cuales son de cargo de la comunidad, según lo establece el número 4.º del art. 1740, como una consecuencia del derecho de goce que sobre estos bienes tiene. También debe el marido pagar todas las cargas usufructuarias, es decir, los impuestos y las contribuciones. Debe hacer las reparaciones mayores, necesarias o extraordinarias; pero la mujer deberá por ellas recompensas a la comunidad. En cuanto a la conservación jurídica, debe evitar las usurpaciones, interrumpir las prescripciones, etc.

Tiene facultad el marido para recibir sumas de dinero debidas a la mujer (1) y otorgar válidamente recibos; puede recibir el precio de las ventas de bienes de la mujer. A este respecto, no hay duda alguna, éstos entran a la comunidad, es lógico que pueda recibirlos el marido. Además, el art. 2132 señala como acto de administración el de cobrar los créditos del mandante, y el art. 1579 dice que reciben legítimamente «los maridos por sus mujeres».

Puede el marido convertir títulos al portador que tenga la mujer en nominativos, es éste un acto de administración (2).

(1) PLANIOL Y RIPERT, t. 8 n. 599.

(2) PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 8 n. 607.

70. En cuanto a la aceptación de las herencias dejadas a la mujer, el marido debe hacerlo con beneficio de inventario y en caso que no lo hiciera así, según lo dispone el inc. 2.º del art. 1250 del Código Civil, la mujer no será obligada por las cargas o deudas de la sucesión, sino hasta la concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ella.

Surgen a este respecto dos cuestiones. ¿Puede la mujer aceptar una sucesión no obstante la negativa del marido?, y vice-versa, ¿puede el marido aceptar en contra de la voluntad de la mujer?

El primer punto está expresamente resuelto en el Código en los artículos 1225 y 146, según los cuales, puede hacerlo con autorización judicial y con beneficio de inventario; y en caso que omitiere este requisito, sólo será responsable en sus bienes propios de la aceptación.

La segunda cuestión es más difícil resolver. Los autores han vacilado en este punto; así, mientras Pothier y Guilloaurd se resuelven por la afirmativa, con el bien entendido que la aceptación sería por cuenta y riesgo del marido, sin que afectara a la mujer; Laurent sostiene que no sería posible, pues la aceptación no es un acto de administración y además el marido sólo tiene derecho a los bienes que ya han entrado en el patrimonio; pero no a los que aún no han sido incluídos (1). Nosotros consideramos más jurídica la decisión de Pothier y Guilloaurd; pero eso sí que con alguna modificación. Sabemos que si un deudor repudia una he-

(1) GUILLOUARD, o. c. t. 2 n. 265 y sig.

rencia, legado o donación, en perjuicio de los derechos de los acreedores, éstos pueden, según los artículos 1238 y 1394, hacerse autorizar por la justicia para aceptar. Ahora bien, conocido es el principio de hermenéutica, que donde hay una misma razón existe una misma disposición, si los deudores no pueden renunciar en perjuicio de sus acreedores, tampoco puede la mujer renunciar, porque esto perjudicaría al marido, pues los frutos de los bienes pertenecerán a la comunidad. En suma, consideramos que la solución es que el marido puede aceptar autorizado por la justicia.

ARRENDAMIENTO DE LOS BIENES INMUEBLES DE LA MUJER

71. Entramos a ocuparnos de un acto de administración que ha merecido al legislador especial atención: el arrendamiento de inmuebles. Respecto del arrendamiento de los muebles, la ley no pone ninguna limitación, puede, pues, el marido arrendarlos en la forma y por el tiempo que crea conveniente. No ha sucedido lo mismo con los inmuebles, respecto de los cuales se han establecido ciertas limitaciones contenidas en el art. 1757 del Código. La ley hace a este respecto una distinción entre los predios rústicos y los urbanos, manifestando que los primeros no podrá arrendarlos por sí solo, por más de ocho años, y los segundos por más de cinco. Esta es una disposición de legislación universal (1). Se ha considerado que el arrenda-

(1) Concordancias: Cód. francés arts. 1429 y 1430; Cód. belga 1429 y 1430; Cód. colombiano art. 1713; Cód. italiano arts. 1439 y 134.

miento que excede de cierto plano deja de ser un acto de administración y pasa a ser un acto de disposición.

Este mismo criterio ha informado al legislador respecto de todos los incapaces, y así tenemos que el art. 407 prohíbe al tutor o curador arrendar más allá del tiempo indicado los bienes del pupilo; el art. 597 N.º 1.º consagra igual prohibición respecto de las personas jurídicas; y, por último, el art. 256 prohíbe al padre dar en arriendo los bienes del hijo por largo tiempo.

72. Los autores (1) están de acuerdo en dar al art. 1757 una misma justificación, que es tanto jurídica como de utilidad práctica. Lo primero, por cuanto si se permitiera al marido arrendar por un tiempo indefinido los inmuebles, quedaría la mujer privada de uno de los más preciosos atributos del dominio: la disponibilidad. Sería un tanto difícil que la mujer encontrara compradores estando éstos obligados a respetar el arriendo. De otra parte, con el señalamiento de un plazo de duración, es más fácil encontrar arrendatarios. Estos serían muy escasos si se vieran privados de un momento a otro con la llegada de la disolución de la comunidad, de su derecho de goce. Esta incertidumbre necesariamente traería como consecuencia la imposibilidad de arrendar los bienes inmuebles.

73. ¿Qué efectos produce un arrendamiento que pacte el marido por sí solo por más de cinco u ocho

(1) HUC, o. e. t. 9. n. 191; TROPLONG, o. e. t. 2. n. 1025, PLANIOL, o. e. t. 3 n. 1059; MOURLON, t. 3 p. 54; PLANIOL Y RIPERT, o. e. t. 8 n. 600; LAURENT, o. e. t. 22 n. 134.

años? Por de pronto, mientras dure la comunidad, el arrendamiento persiste aún cuando haya sobrepasado de esos límites. La sanción se produce cuando se disuelve la comunidad. El arrendamiento no es obligatorio para la mujer o sus herederos, sino hasta el plazo fijado por la ley, es decir, hasta completar los ocho o cinco años, según los casos. Así por ejemplo, si el marido ha arrendado un fundo de la mujer por diez años, y a la época de la disolución van corrido cuatro, la mujer sólo estará obligada a respetar el arrendamiento por otros cuatro hasta que se cumpla el plazo legal, es decir ocho, pero no seis que sería el término pactado por el marido.

La solución que da el Código francés a este caso es diferente; el art. 1429, divide los arriendos en plazos de nueve años (plazo máximo para efectuar los arriendos sin distinción de rústicos o urbanos), de manera que el arrendatario tiene derecho a terminar su período de nueve años, sea éste el primero, segundo o tercero. Así por ejemplo, si el marido ha pactado un arrendamiento por treinta años, y a la fecha de la disolución iban corrido once, tendría derecho el arrendatario a permanecer en el goce de la cosa hasta completar los 18 años, es decir, el segundo período de 9 años que había iniciado.

Por lo explicado, vemos que el art. 1757 hace excepción al art. 10 del Código Civil, el cual dispone «que los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de la contravención». Si nada hubiera dicho el art. 1757, habríamos tenido que concluir en con-

formidad a ese artículo que los arrendamientos que excedieran de cinco u ocho años, eran nulos.

El derecho de no ser obligado a respetar el arriendo más allá del término fijado por la ley, es exclusivo de la mujer o sus herederos. De manera, que no estando establecido en beneficio del marido ni del arrendatario, no pueden éstos hacer uso de él. Entre ellos el contrato sigue siendo obligatorio. Así por ejemplo, si se ha pactado un arrendamiento por veinte años, no sería lícito al arrendatario solicitar que se redujera conforme los términos del art. 1757.

73 a. Siendo el derecho que concede la ley a la mujer de no ser obligada a séguir en el arriendo más allá de los cinco u ocho años, según los casos, un derecho concedido en interés individual de ella y no estando prohibida su renuncia, no hay ningún inconveniente conforme lo dispuesto en el art. 12 del Código Civil, en que la mujer renuncie este derecho y consienta en que el arrendamiento se lleve a efecto por todo el tiempo estipulado.

Aplicando los principios generales de derecho, tenemos que esta renuncia puede ser expresa o tácita. La primera consistiría en una declaración expresa en que manifieste su voluntad de consentir en el arrendamiento por el término pactado. La renuncia tácita, se deduciría de hechos que manifiesten su intención; como por ejemplo, que la mujer reciba el canon del arrendatario, dinero con que hacer reparaciones, etc. No sería éste el caso de la tácita reconducción (1) a que se re-

(1) DURANTON, o. c. t. 8 n. 313.

fiere el art. 1956 del Código Civil en su último inciso, porque en ese caso se exige intención de ambas partes de perseverar en el arriendo, y, además, el plazo por el cual se prolonga el arrendamiento, en la tácita reconducción, no puede ser más de tres meses en los predios urbanos; y en los rústicos el necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes. En cambio, como hemos dicho, en el caso que examinamos sólo se requiere voluntad de la mujer, y se entiende que el arrendamiento durará lo pactado por el marido y el arrendatario.

73 b. Si la mujer hace uso de su derecho de poner término al arriendo, ¿tiene el arrendatario derecho a exigir indemnización?, y en caso que así sea, ¿quién responde?

Respecto del primer punto, hay que distinguir dos hipótesis: Si el marido ha arrendado el bien, declarando que pertenece a la mujer, no tendría el arrendatario derecho a indemnización; una solución contraria equivaldría a poder alegar ignorancia de la ley. En cambio, si el marido ha arrendado el bien como propio (1), no hay duda que podría exigir indemnización. En este caso, los autores están acorde en considerar que la indemnización corresponde a la comunidad, en virtud de los principios que rigen el pasivo de la comunidad. Sin embargo, como ya manifestamos, nuestro legislador en este caso se ha apartado de estos principios y se deduce del art. 1759, inc. último, que el marido debe responder al arrendatario con sus bienes propios.

(1) DURANTON, o. c. t. 8 n. 314.

74. Todo lo dicho hasta aquí, se refiere a los arriendos pactados solamente por el marido, pues, si ambos cónyuges concurren al contrato, éste puede durar tiempo indefinido. Así lo establece el inciso final del art. 1757, que a la letra dice: «Sin embargo, el arrendamiento podrá durar más tiempo, si así lo hubieren estipulado el marido y la mujer de consuno, y podrá suplirse por el juez la intervención de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de prestarla» (1).

74 a. Los autores franceses no ven inconveniente para que el marido pueda recibir por adelanto los cánones de arrendamiento respecto de los inmuebles de la mujer. En ciertos casos, esto puede ser necesario. Sin embargo, este derecho está limitado por la duración de la comunidad, es decir, lo que corresponda a la época posterior a la disolución de ésta, deberá devolverlos el marido a la mujer, porque ha cesado la causa de la adquisición de estos cánones, cual es el derecho de goce el cual se extingue conjuntamente con la comunidad.

Así por ejemplo, si el marido arrienda en 10,000 pesos anuales una propiedad de la mujer que se le pagan cinco años anticipados, es decir, \$ 50,000, y la comunidad se disuelve cuando van corridos sólo tres años, deberá el marido devolver a la mujer \$ 20,000, o sea, lo que corresponde a los dos años siguientes a la disolución de la comunidad

(1) La Corte de Santiago, revocando una sentencia de primera instancia, declaró válido el contrato de arrendamiento efectuado por una mujer, por nueve años, estando autorizada por su marido, porque ésta al hacer uso de la autorización, manifestaba su consentimiento para el arrendamiento. (Sent. 1013, p. 812, G. 1895):

(1). La cuestión que en este caso merece discusión, es si la mujer puede exigir nuevo pago al arrendatario desde la disolución de la comunidad. La respuesta es afirmativa si ha habido colución entre el marido y el arrendatario. En caso contrario, la cuestión es dudosa. Colin et Capitant (2) y Baudry Lacantinerie (3) se resuelven por la afirmativa. Nosotros, en verdad, nos encontramos perplejos y no sabemos por cuál opinión decidirnos. Donde la cuestión es más clara, es en la cesión de cánones que se refiere a una época posterior a la disolución de la comunidad. Aquí, según nuestro modo de pensar, las cesiones son evidentemente nulas.

75. Se ha preguntado si el marido puede en su calidad de administrador pedir la terminación del contrato de arriendo pactado por él o por su mujer. Los autores responden afirmativamente. Sin embargo, esta opinión parece muy absoluta a Planiol y Ripert (4), quienes hacen distingos. Conceden que tenga esta facultad el marido cuando el arrendamiento expire normalmente antes de la disolución del matrimonio; mas, niegan esta facultad, cuando la mujer se haya reservado el goce del inmueble, o cuando vaya a terminar después de la comunidad; porque dicen: «el contrato de arrendamiento ha hecho entrar en el patrimonio de la

(1) Sin embargo, esta solución, en cuanto el marido quedaría obligado a restituir los cánones que se refieren al tiempo posterior a la disolución de la comunidad, no se puede aceptar en nuestro derecho por lo establecido en el art. 1772 del C. C., que después examinaremos.

(2) o. c. t. 6. p. 285.

(3) o. c. t. 14. n. 781.

(4) o. c. t. 8. n. 604.

mujer un crédito contra el arrendatario, y el marido no tiene facultad para disponer de los bienes de la mujer».

75 a. Los arrendatarios fraudulentos no obligan a la mujer. Como dijimos anteriormente, el fraude es una cuestión de hecho; sin embargo, los autores están acordes en considerar que el poco monto de los cánones no es motivo suficiente para presumirlo.

76. Resumiendo, diremos que si bien el marido tiene el goce de los bienes de la mujer, tiene la obligación de administrarlos y conservarlos, y así será responsable de todo deterioro que sufran los bienes por su dolo o negligencia; le afectará también responsabilidad si no persigue un deudor de la mujer cuando éste estaba en situación de pagar y después cae en insolvencia. En una palabra, como dice Duparc Poullain (1): «El marido es obligado a conservar los bienes de la mujer en buen estado de reparación, impedir las usurpaciones, de perseguir los créditos, de discutir las deudas y de impedir el curso de las prescripciones».

En más de una ocasión hemos dicho que la responsabilidad del marido en estos casos no cae en la comunidad, sino sobre sus bienes propios, según lo establece el art. 1759, inc. final.

Respecto de la acción que tenga la mujer contra terceros, que han contratado con el marido cuando éste se excede de sus poderes, según Troplong (2),

(1) Citado por TROLONG, o. c. t. 2. n. 1020.

(2) o. c. t. 2. n. 1016.

hay que distinguir, si la culpa es *in omitendo* o *in comitendo*. En el primer caso, sería responsable sólo el marido, como por ejemplo, en el caso que omita las reparaciones. En el segundo, afectaría a los terceros, como por ejemplo, en las enajenaciones.

Actos de disposición

Como ya hemos dicho, los actos de disposición no están vedados al marido; y si éste los puede ejecutar, es en su calidad de representante de su mujer.

Los actos de disposición podemos agruparlos en tres categorías, a saber: actos de enajenación, actos de adquisiciones y obligaciones contraídas por el marido, que no concierne a la conservación de la cosa (1). Nos ocuparemos separadamente de cada uno.

ACTOS DE ENAJENACIÓN

Respecto a los actos de enajenación, debemos distinguir entre los bienes muebles y los inmuebles situaciones que nuestro Código contempla en artículos diferentes.

A.—ENAJENACIÓN DE BIENES INMUEBLES

Comentario al art. 1754 del C. C.

77. El art. 1754 a la letra dice: «No se podrán enajenar los bienes raíces de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en es-

(1) PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 8. n. 610,

peceñ, sino con la voluntad de la mujer y previo decreto del 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 enajenación o hipotecación no serán otras que éstas:

1.^a Facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales;

2.^a Necesidad o utilidad manifiesta de la mujer».

Este artículo es quizás el que haya dado lugar a más cuestiones dentro del Código. Como tendremos ocasión de ver, acerca de su alcance los autores no están acordes y la jurisprudencia hasta en los últimos años es contradictoria y vacilante. A través de nuestro trabajo, expondremos las dudas que se han suscitado y le daremos la solución que consideremos más conforme con los principios jurídicos y con la correcta aplicación del derecho.

78. ¿Qué alcance tiene el art. 1754?

El artículo habla únicamente de enajenación e hipotecación. Sin embargo, la palabra enajenación debe tomarse en sentido amplio, comprendiendo varios actos que aquí examinaremos.

Juzgamos que este artículo debe hacerse extensivo a la venta. De aplicar solamente el artículo 1810 del C. C. tal vez no lleguemos a esa conclusión, por cuanto éste dispone que sólo se pueden vender las cosas cuya enajenación no está prohibida por la ley, y el artículo en estudio es una disposición imperativa. Sin embargo, es lógico concluir que si no se pueden vender las cosas que no se puedan enaje-

nar, cuando se exijan requisitos para la enajenación deben también exigirse para la venta. Por lo demás nadie ha negado que este artículo se aplica a la venta y la jurisprudencia lo ha decidido así en innumerables sentencias. (1)

Al ser aplicable esta disposición a la compraventa, tenemos que concluir que se aplica la permuta en conformidad al art. 1899 del Código Civil.

También debemos incluir en este artículo a la donación, por razones que son fáciles de comprender.

Estando tomada la palabra enajenación en sentido amplio, tenemos que decidir que para celebrar cualquiera transacción o compromiso sobre los bienes raíces de la mujer es necesario cumplir con los requisitos prescritos por el artículo que examinamos. Iguales formalidades deberán llenarse para la constitución de cualquier derecho real sobre estos bienes.

No obstante que la expresión «bienes raíces» que usa el artículo parece significar que se refiere únicamente a los bienes corporales; hay que decidir que se aplica a los bienes incorporeales, es decir, a los derechos. Para ello nos basamos en que decir bienes raíces es sinónimo de bienes inmuebles, y no habiendo distinguido el artículo entre los bienes corporales y los incorporeales, debe aplicarse a ambos, porque donde la ley no distingue no es lícito al hombre distinguir. En consecuencia, toda renuncia o enajenación de derechos inmuebles deberá hacerse sujetándose a las reglas de este artículo. Así

(1) S. 216, p. 313 G. 1907, t. 1.º R. D. y J. t. 7.º, s. 1.º p. 529.

por ejemplo, para renunciar o ceder un usufructo, una hipoteca, etc.

La Corte de Apelaciones de La Serena, conforme con este principio, declaró que la venta de acciones y derechos hereditarios de la mujer para que fuera válida debía sujetarse a las reglas del artículo que estudiamos (S. 216, p. 313, G. 1909, t. 1.º).

La Corte Suprema en sentencia de 17 de Agosto de 1910, declaró nula la venta que había hecho una mujer de los derechos que tenía en una pertenencia salitrera, por no cumplir las reglas del artículo que nos ocupa.

79. Hemos analizado la primera parte del artículo; en seguida agrega: «que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie» ¿qué significan estas expresiones? La palabra «esté», se refiere a los bienes inmuebles, que no han sido apreciados en dinero, es decir, los que pertenecen a la mujer. La frase «puede estar obligado a restituir en especie» se refiere a los inmuebles, que han entrado en la comunidad apreciados, y se ha pactado que la entrega puede hacerse en especie o en dinero alternativamente, a elección de la mujer o del marido; si la elección es de aquélla, para la enajenación de ellos requiere cumplir los requisitos del art. 1754. A estos bienes se refiere el art. 1725 N.º 6.º que a la letra dice: «El haber de la sociedad conyugal se compone... 6.º 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

*inmuebles en
caso, como
semanaria
entradó a la
comunidad", p. 1725
de la sociedad
conyugal,
en términos
del art. 1754 se
de bienes
mujer.*

aporte, designándose el valor, y se procederá en lo demás 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».

Fijado el alcance de la prohibición, tanto a los bienes como a los actos jurídicos que comprende, entramos a ocuparnos de los requisitos que la ley exige para la validez de esos actos.

REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 1754 PARA LA VALIDEZ DE LOS ACTOS A QUE SE REFIERE

80. Para estudiar estos requisitos, es necesario distinguir si el acto lo ejecuta el marido o la mujer. En el primer caso son tres: consentimiento de la mujer, autorización de la justicia y que haya una causa legal que justifique la enajenación.

Si el acto lo ejecuta la mujer, se requiere: autorización del marido, autorización judicial y que haya una causa legal que justifique la enajenación.

Como vemos, hay dos requisitos que son comunes. Por esta razón, los trataremos conjuntamente. Pero es necesario tener presente la distinción que acabamos de hacer.

Autorización del marido

81. Este requisito resulta de la aplicación de la regla general prescrita en el art. 137, al cual ya nos hemos referido; es, pues, aplicable a este caso

lo que dijimos en su oportunidad.² Sin embargo, surgen aquí cuestiones nuevas de las cuales nos ocuparemos.

Algunos han sostenido, como ya lo habíamos enunciado al tratar de la autorización judicial, que en caso de negativa o imposibilidad del marido, el juez no podrá suplir su voluntad. Se basan para ello en que el artículo en estudio solamente habla de suplir la voluntad de la mujer y nada dice respecto del marido.

Además, dicen, el artículo 143, no es aplicable en este caso, pues el art. 144 se ha referido, en lo que concierne a la enajenación de los bienes, al título de la sociedad conyugal y ahí, como hemos visto, no dice que la voluntad del marido pueda ser suplida por el juez.

Basta enunciar esta opinión para comprender que no tiene base jurídica ni mucho menos de equidad. Si nada dijo respecto del consentimiento del marido en el art. 1754, fué porque ya había hablado de ello en el art. 143, y ha estado muy lejos del ánimo del legislador que el art. 144 haya derogado al 143.

De aceptar esa opinión, se llegarían a absurdos que no es posible admitir. Por de pronto, tendríamos que un administrador, como lo es el marido de los bienes de la mujer, tendría en sus manos enajenar o no los bienes que administra, facultad que se extralimita, y por mucho, a los poderes de un administrador. Además, sucedería que para casos iguales, se aplicaría un criterio distinto. Así, si la mujer quiere arrendar un bien propio y el marido niega su consentimiento, ella podría obtener el de la justicia; en cambio, cuando quisiera

vender, no tendría éste derecho, donde en realidad existen más razones para que la negativa del marido pueda ser suplida por el juez.

82. La autorización judicial sólo procede en caso que el marido esté imposibilitado o se encierre en una negativa. Así lo resolvió la Corte Suprema en sentencia de 4 de Mayo de 1905 (1). No sería admisible que la mujer pudiera enajenar sus bienes raíces con sólo autorización judicial, supletoria de la marital, sin audiencia ni requerimiento previo del marido, no obstante hallarse éste presente y ejerciendo la administración de los bienes de la mujer.

El considerando 6.º de la sentencia aludida dice: «Que la autorización judicial cuando, según la ley, es supletoria de la del marido, se concede después de calificarse las razones que éste alega para oponerse al contrato por lo cual debe oírsele...».

Comentando esta sentencia, aparece al pie de ella un artículo muy interesante de don Luis Claro Solar. Dice uno de los pasajes: Según esto, el juez debe imponerse sumariamente y sin forma de juicio, de los motivos que el marido alegue para negar su autorización y de los perjuicios que de la negativa se sigan a la mujer»; más adelante, agrega: «Pero, es evidente que el impedimento del marido, ausencia, enfermedad, interdicción, menor de edad, debe ser acreditada en la instancia para que el juez pueda prestar su autorización. La prueba del impedimento debe ser establecida en el mismo

(1) Juicio Valenzuela con Irarrázabal. R. D. J., s. t. 2.º, s. 1.º p. 348.

expediente y no basta la simple afirmación de la mujer sobre su existencia».

Por último, transcribiremos la opinión sobre este asunto, de don Leoncio Rodríguez, Fiscal de la Corte Suprema, dada en un dictamen que sobre esta misma causa le pidiera la Excm. Corte. Se expresa como sigue: «Despréndese lógicamente de lo que precede, que al desestimar la sentencia recurrida de casación en el fondo, la demanda de Valenzuela V., para que se declare sin efecto la venta de la casa de su mujer, contratada por ella misma, desconoce la representación jurídica que la ley asigna al marido que tiene la administración de los bienes de su mujer y contravienen al principio de la potestad marital, cuya índole y caracteres fundamentales son, como ya se ha dicho, amparar en su persona y bienes a la mujer representada en todos los actos de la vida civil». (1)

Consentimiento de la mujer

83. Con relación a este requisito, se ha discutido en qué momento debe la mujer prestar el consentimiento, o mejor dicho, cómo debe éste manifestarse. Unos opinan que él debe manifestarse firmando la mujer las respectivas escrituras de venta, de hipoteca, etc. Se basan para ello en que la mujer puede haber cambiado de opinión, máxime cuando, por lo general, los trámites para enajenación son relativamente largos.

Otros creen que basta con que la mujer acepte

(1) El dictamen puede consultarse en la R. D. y J. t. 3.º, 1.ª parte pág. 21.

sin reclamación la notificación del escrito en que el marido pide la autorización a la justicia para la enajenación.

Por último, según los más, y éste es el pensamiento de nuestra jurisprudencia (1), bastaría con que la mujer firmara el escrito en que se pide la autorización judicial.

84. La segunda cuestión que se ha suscitado con relación a la exigencia que examinamos, es la sanción que tiene su omisión. Anotamos a este respecto cuatro opiniones.

Según algunos, la falta del consentimiento vicia el acto de nulidad relativa; esta es la opinión de don Miguel Luis Amunátegui y ha sido sostenida por nuestros tribunales en más de una ocasión (2). Se argumenta que los requisitos exigidos en ese artículo son en relación a la calidad o estado de la persona y no al acto en sí mismo y que, en consecuencia, el acto sólo es anulable.

Otra teoría defendida por los señores Barros Errázuriz y Claro Solar, ven aquí un caso manifiesto de nulidad absoluta. Se basan para ello en que el consentimiento es un elemento esencial para la existencia de los actos jurídicos. Existen también algunas sentencias que así lo han declarado. (3)

Una tercera opinión sostiene que en este caso

(1) R. D. y J. t. 2.º s. 1.º, p. 286; R. D. y J. t. 3.º, s. 2.º, p. 129. Sent. 20, p. 138; G. 1925, t. 2.º

(2) R. D. J. t. 6.º s. 1.º, p. 436; R. D. y J. t. 7.º, s. 1.º, p. 529; R. D. y J. t. 19, s. 1.º, p. 392; s. 177, p. 637; G. 1916, t. 2.º s. 220, p. 220, p. 247. G. 1902.

(3) R. D. y J. t. 24, s. 2.º, p. 53.

habría inexistencia jurídica. Fundan su apreciación en el art. 1756, que da derecho a la mujer o a sus herederos para ejercer reivindicación en los casos que la enajenación no haya cumplido con los requisitos exigidos en el art. 1754.

Por fin, una última teoría sustentada por los señores Leopoldo Urrutia y Arturo Alessandri, no ven en este caso ninguna nulidad; según ellos, aquí aquí habría venta de cosa ajena, la cual, según lo establece el art. 1815, es válida; y refuerzan su opinión con el precitado art. 1756, que da a la mujer el derecho de reivindicar; que es precisamente el derecho que tiene el dueño de la cosa que ha sido vendida por otra persona.

El señor Alessandri (1) dice: «Este consentimiento se exige precisamente porque es dueña de esos bienes. Si fuera exigido en razón de su estado de incapacidad, habría un absurdo evidente, ya que en tal caso no podría darlo por ser incapaz. Luego si el marido los vende sin el consentimiento de ésta, hay venta de cosa ajena. La venta es válida, no adolece de vicio alguno; pero la mujer no queda obligada a cumplirla y, por el contrario, puede reconsiderar la cosa vendida a menos que la ratifique».

Expuestas las teorías las analizaremos una a una haciendo las críticas que nos merecen y adoptaremos la que a nuestro modo de ver esté más conforme con la correcta aplicación de la ley.

La opinión que sostiene que en este caso hay nulidad relativa, tiene el inconveniente que el consentimiento es un requisito indispensable para la

(1) De la Compra Venta y de la Promesa de Venta, n. 291.

existencia del acto o contrato. No vemos la razón para poder sostener que hay nulidad relativa, no se podría argumentar que el consentimiento es un requisito que exige la ley en relación con la calidad o estado de las personas, pues la voluntad ha sido, es y será un requisito que exige un contrato cualquiera que lo celebre sea este mayor, menor, capaz o incapaz.

Admitiríamos la teoría que sancione el caso en cuestión con nulidad absoluta a no mediar el inciso 2.º del art. 1756, que a la letra dice: «Tendrán asimismo el derecho de ser indemnizados sobre los bienes del marido en los casos que no puedan o *nó quieran* ejercer dichas acciones contra terceros. Llamamos la atención a la frase «o no quieran». Esto indiscutiblemente equivale a una ratificación del acto de parte de la mujer, ella por sí ha subsanado el vicio, y esto es completamente contrario a las reglas de la nulidad absoluta, que como sabemos el art. 1683 del Código Civil prohíbe la ratificación de esta clase de nulidad.

Además si aceptamos esta solución se llegaría a absurdos manifiestos, como sucedería en el siguiente caso. El marido ha vendido una casa perteneciente a la mujer, sin el consentimiento de ésta. Efectuada la negociación la mujer haciendo uso del derecho que le concede el inciso 2.º del art. 1756 no dirige su acción en contra del tercero sino que exige indemnización al marido. Puede suceder no obstante que la mujer haya optado por este derecho, que un tercero que tenga interés, como lo sería un acreedor de la mujer, en conformidad a lo establecido en el art. 1683, pida la nulidad de dicha venta y entonces sucedería que un mismo acto

tiene una doble sanción lo cual no está dentro de la lógica.

La opinión que establece como sanción la inexistencia jurídica, por el hecho argumentado que la mujer pueda reivindicar directamente sin necesidad de declarar previamente la nulidad del contrato, está manifestando que éste no existe ante los ojos de la ley, no tiene más asidero en el Código que las teorías anteriores. Por de pronto es muy problemático y las opiniones se manifiestan contrarias, al hecho que don Andrés Bello, el ilustre autor del Código, haya conocido esta institución, pues ella apareció en el campo del derecho muy posteriormente a 1855.

Aún admitiendo que así fuese, tendríamos que concluir que en el caso que la enajenación se hubiere efectuado sin autorización del juez, también habría inexistencia jurídica; porque el art. 1756 no distingue; se refiere a cualquiera de los requisitos prescritos por los arts. 1754 y 1755 y esto sería errado como que a nadie se le ha ocurrido dar esta sanción cuando se omite la autorización. Además la razón de ser del art. 1756 tiene otra explicación que luego daremos.

Descartadas las teorías examinadas llegamos a la conclusión que la verdadera es la sustentada por los señores Urrutia y Alessandri, es decir que en el caso que examinamos, hay enajenación de cosa ajena y que la mujer puede hacer uso de las acciones que la ley confiere para estos casos (reivindicatoria, posesoria, acción del comodato).

Podemos dar apoyo de esta teoría en lo que refiere a la venta de un bien de la mujer, la facultad que tiene ésta, según vimos de ratificar estos ac-

tos, en lo cual habría una simple aplicación del art. 1818 que dice: «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta».

Lo que no aceptamos, es que ésta opinión la basen algunos autores en el artículo 1756, y esto por dos razones: primeramente porque como lo hemos manifestado, este artículo se refiere a la omisión de cualquier requisito exigido por el art. 1754, y de darle la aplicación que se le da se referiría únicamente al caso que la mujer no hubiere prestado su consentimiento; no teniendo aplicación cuando se hubiera omitido la autorización judicial, o que ésta no se hubiera dado por una utilidad manifiesta. En cambio, los términos plurales en que está redactado el artículo, como son «requisitos prescritos en los artículos precedentes» nos están demostrando que el legislador ha querido aplicar el artículo en cuestión sea cual fuere el requisito omitido.

La otra argumentación nuestra, consiste en que el legislador ha estado muy lejos de haber establecido este artículo teniendo en mira una posible inexistencia jurídica como dice la teoría anteriormente examinada, o la venta de cosa ajena como argumenta la opinión en estudio.

A primera vista y aplicando las reglas de la nulidad el art. 1756, en la parte que autoriza él a la mujer para reivindicar, está demás. En efecto, cualquiera que sea la nulidad que se dé como sanción al art. 1754, una vez que fuera pronunciada, en conformidad al art. 1689 del Código, tendría la mujer acción reivindicatoria en contra de terceros, lo cual constituye uno de los principales al par que práctico efecto de las nulidades. Por estas conside-

raciones aparece el citado artículo como una simple redundancia del 1689 y que bien podía ser eliminado. Sin embargo no es así, y para justificar su existencia, es necesario que nos remontemos a la legislación francesa y a sus comentadores.

El código francés se limita a establecer en el inciso tercero del art. 1428, la prohibición que tiene el marido de enajenar los bienes inmuebles propios de su mujer, sin el consentimiento de ésta. Nada dijo en cuanto a la reivindicación, lo cual ha dado nacimiento a cinco opiniones contradictorias sobre si la mujer tenía o no derecho a reivindicar en el caso que el marido viole el artículo citado.

En caso que el marido haya vendido el bien advirtiéndole que pertenecía a su mujer, los autores están acordes en considerar que la mujer puede reivindicar sin estar obligada a ninguna indemnización de perjuicios con respecto al comprador, porque de lo contrario sería lícito alegar la ignorancia de la ley.

Si el marido ha celebrado el contrato manifestando que el bien objeto de la venta es de su propiedad, y la mujer renuncia a los gananciales, los autores unánimemente no vacilan en decidir que la mujer podría igualmente reivindicar.

La cuestión discutida se presenta cuando el marido ha vendido el bien como perteneciéndole a él y la mujer acepta la comunidad. Aquí es donde surgen como decíamos las cinco opiniones que se hacen fuego.

Unos sostienen (1) que la mujer sólo puede

(1) *POTHIER*, *contrat. de venta* n. 179; *TOULLIER*, t. XII n. 226; *LAURENT*, t. XXII n. 135; *Marcade et Pont sur le art. 1428* n. 3; *TROPLONG*, t. 2. n. 730.

reivindicar por la mitad, por cuanto, al aceptar la comunidad se han hecho cargo de su parte en la obligación de la garantía que le correspondía al marido como vendedor. Además deberá indemnizar la mitad de los perjuicios. Argumentan que nada tiene de raro que esta obligación pese sobre la comunidad, como que también pesan sobre ella las indemnizaciones por delitos cometidos por el marido.

Una segunda teoría (1) apoyándose en que la obligación de garantía es indivisible, niegan a la mujer el derecho de reivindicar ni aún por la mitad.

Otra opinión (2) totalmente contraria a la anterior, otorga a la mujer el derecho de reivindicar por el total, no estando obligada a indemnizar los perjuicios sino únicamente a restituir la mitad del precio. Fundan su argumentación en que obrando el marido fuera de la ley no es posible que obligue a la mujer.

Una cuarta opinión (3) reconoce a la mujer el derecho a reivindicar el total no estando obligado a restituir ni aún la mitad del precio.

Por último, (4) otros reconocen a la mujer el derecho de reivindicar por el total; pero queda obligada a restituir al comprador la mitad del precio y de los perjuicios.

Esta controversia existía en Francia al tiempo de dictarse nuestro Código, y don Andrés Bello

(1) BAUDRY LACANTINERIE, t. XIV n. 749; COLMET DE SANTEPPE, t. III n. 71.

(2) HUC., t. 9. n. 181; PLANIOL Y RIPERT, t. 8. n. 616; POTHIER, «De la comunidad, n. 253».

(3) DE FOVILLE, t. 1.º n. 345 (citado por HUC).

(4) DURANTON, t. XIV n. 321; GUILLOUARD, t. 2 n. 805 y s. RODIERE ET PONT t. 11 n. 912.

con el fin de evitar que sucediera otro tanto en la legislación nuestra adoptó expresamente la doctrina que le pareció más jurídica y conveniente, la que en aquel entonces defendía Pothier, es decir, la que da el derecho a la mujer para reivindicar el total estando sólo obligada a devolver la mitad del precio. Aquí está la razón de ser del artículo 1756 que consagra la opinión del antedicho jurisconsulto con las siguientes palabras: «Si la mujer o sus herederos probaren haberse enajenado, hipotecado o empeñado alguna parte de los bienes de aquella sin los requisitos prescritos en los artículos precedentes, podrán ejercer el derecho de reivindicación, o pedir la restitución de la prenda o cancelación de la hipoteca, en los casos que por regla general se conceden estas acciones.

Tendrán asimismo el derecho de ser indemnizados sobre los bienes del marido en los casos que no puedan o no quieran ejercer dichas acciones contra terceros.

Los terceros evictos tendrán acción de saneamiento contra el marido, y si la indemnización se hiciere con bienes sociales, deberá el marido reintegrarlos».

Por lo expuesto vemos que la idea del legislador es hacer responsable al marido, y no a la comunidad, cada vez que éste ejecute un acto que extramite sus poderes.

La doctrina de nuestro Código si bien no está de acuerdo con el principio que rige el pasivo de la comunidad, según el cual, toda deuda del marido es de la comunidad, es eminentemente justa y equitativa. No sería lógico que la mujer tuviera obligada a soportar la mitad de las cargas que el ma-

rido, abusando de sus poderes, violando disposiciones puestas precisamente para salvaguardar el interés de aquella, hubiere contraído.

Aún cuando el Código no lo diga la mujer puede ejercitar su derecho de reivindicación durante la existencia de la comunidad.

La mujer está obligada a devolver la mitad del precio que hubiere pagado el comprador, de otra manera obtendría un enriquecimiento sin causa justificada.

85. En caso que la mujer se encuentre imposibilitada para prestar su consentimiento, éste puede ser suplido por el juez.

El consentimiento judicial es supletorio del de la mujer cuando ésta esté imposibilitada. No podría dar el juez el consentimiento en caso de negativa, por muy infundada que ésta fuera, porque siendo ella dueña del inmueble y siendo el derecho de dominio un derecho absoluto, está en su voluntad venderlo o nó.

¿Qué se entiende por imposibilidad de la mujer para manifestar su voluntad? Por de pronto no hay duda que entra en la expresión de la ley la imposibilidad física, como sería una enfermedad o ausencia.

La Corte Suprema (1) ha manifestado que el hecho de estar una mujer casada en interdicción por demencia constituye imposibilidad, argumentando que en este caso, la imposibilidad más que natural, moral o psíquica, es imposibilidad legal, porque se produce en virtud de la ley. Sus conside-

(1) Sentencia 7, pág. 34 G. 1925 t. 2.º.

randos dicen: «1.º Que además entre las múltiples causas de imposibilidad de la ley no ha distinguido...».

«2.º Que por otra parte, la deducción a que arriba el recurso, de que no puede suplirse la que no existe, refiriéndose a la manifestación de la voluntad del demente, y tratándose del caso de la señora X, en cuanto a enajenación de sus bienes, llevaría al extremo inaceptable dentro del régimen legal, de que esos bienes quedarían fuera del comercio».

86. Punto que ha sido muy discutido es el de considerar si la mujer menor de edad está o nó imposibilitada para manifestar su voluntad. La Corte Suprema (1) en una sentencia dictada en 1925 y aprobada por seis votos contra tres, lo que dará una idea de lo discutible que es el asunto, resolvió que la mujer menor de edad no estaba imposibilitada para prestar su consentimiento. Se basó para ello entre otros, en los siguientes considerandos: «Que la ley entre las clases de incapacidad que establece, indica la de la mujer casada, en razón de su estado civil; y los actos de ella y los que ejecute el marido con relación a ella o a sus intereses están regidos por disposiciones especiales;

4.º «Que en ellas no se toma en cuenta la menor edad de la mujer casada sino en ciertos casos, como los contemplados entre otros, en los artículos 154, 163 y 1322 del Código Civil;

5.º «Que no siendo el art. 1754 uno de esos casos de excepción hay que entender que la ley en esa

1) La sentencia puede consultarse en la R. D. y J. t. 23 s. 1.º p. 491 y en la Gaceta de 1925 t. 2.º p. 138 sent. 20.

disposición se refiere a la mujer casada mayor o menor de edad».

En esta sentencia los señores Figueroa y Rojas emitieron un voto disidente, en contra de la opinión de la mayoría del tribunal. Argumentan, que no es jurídico considerar que la mujer no necesite autorización para el caso de venta o enajenación, cuando el art. 1322 exige al marido de la mujer menor de edad autorización judicial para proceder a la partición de bienes en que ésta tenga interés. Agregan que al hablar de imposibilidad de manifestar la mujer casada su voluntad, la ley ha comprendido evidentemente «todo aquello que no puede suceder o ejecutarse, tanto por repugnar al orden natural de las cosas como asimismo por ser contrario al orden jurídico».

En la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* al pie de la sentencia aparece un comentario de don Luis Claro Solar en que critica la opinión de la mayoría y declara de acuerdo con el voto disidente aludido. Dice en una parte: «Las disposiciones de los artículos 450, 463, 1322, 1758 y 1762, confirman esta conclusión, según la cual las reglas referentes a la incapacidad de la mujer casada en razón de su estado, no han modificado ni influyen en los que gobiernan su incapacidad proveniente de su menor edad dentro o fuera del matrimonio al establecer el art. 1754 que los bienes raíces de la mujer casada no pueden enajenarse sino con la voluntad de la mujer, da por establecido que la mujer no sea incapáz de obligarse por un acto o declaración de voluntad».

Don Miguel Luis Amunátegui (1) considera que no habría ninguna imposibilidad en la mujer casada menor de edad para que prestara su consentimiento. Se basa para ello, en que generalmente el Código no hace distinción entre la mayor o menor edad de la mujer casada. Además cita en apoyo de su opinión el artículo 1322, que precisamente es citado por la opinión contraria. Según él de este artículo se desprende claramente que el Código no considera la menor edad como una imposibilidad, pues si así fuera, el legislador en ese artículo en lugar de decir «si ésta fuese mayor de edad y no estuviere imposibilitada de prestarlo habría dicho simplemente «si ésta no estuviere imposibilitada».

Nosotros estamos conforme con la opinión del señor Amunátegui. Las reglas y formalidades a que se someten los actos de los incapaces tienen como único objeto garantizar y defender los intereses de estas personas, contra posibles defraudaciones y engaños. Ahora bien, en el caso del art. 1754, en las enajenaciones debe procederse previa autorización judicial debiendo fundarse en utilidad manifiesta de la mujer. Con esto, sus intereses están lo suficientemente resguardados, exigir otra autorización judicial o la intervención de un curador, es innecesario y posiblemente haya sido ésta la razón por la cual el legislador no estableciera esta exigencia.

(1) o. c. t. I pág. 234

*La enajenación debe ser autorizada por la justicia
con conocimiento de causa*

87. ¿Cuál es el juez competente para autorizar estos actos? El artículo 225 de la Ley Orgánica nos dá la respuesta diciéndonos que es el del lugar donde esté situado el inmueble. Este artículo, según manifiesta don Manuel Egidio Ballesteros, no existía en el proyecto del señor Vargas Fontecilla sino que fué agregado por la comisión revisora, en sesión de 11 de Abril de 1873.

En la Cámara de Diputados al ser presentado el proyecto, en las sesiones de 8 y 18 de Agosto de 1874, don José Clemente Fabres atacó este artículo por no estar de acuerdo con los principios científicos, por cuanto habiéndose dictado esa disposición en interés de las personas, era de estatuto personal. El señor Lira contestando las observaciones del señor Fabres manifestó que estaba de acuerdo con las ideas vertidas por éste, pero que la razón de este artículo estaba en un principio de conveniencia práctica: evitar los abusos que se cometían a este respecto, recurriendo a diferentes tribunales hasta que uno excesivamente benévolo autorizaba las enajenaciones que otro había denegado.

88. El artículo 1068 del Código de Procedimiento Civil establece el procedimiento para pedir la antedicha autorización, que es el siguiente: se deben expresar las razones que exijan o legitimen estas medidas, acompañando los documentos necesarios u ofreciendo información sumaria para acreditarlos. Debe oírse el dictamen del Defensor de

Menores ante de resolverse en definitiva. La autorización no es de duración indefinida sino que dura hasta el plazo que fije el tribunal, y en caso que nada se diga se entenderá caducada sino se hace uso de ella en el término de seis meses.

89. Como dijimos en otra ocasión, el juez al autorizar la enajenación de un bien propio de la mujer, puede hacerlo bajo ciertas condiciones, en virtud del principio que quien pueda lo más puede lo menos, como por ejemplo, que se deposite el dinero en un banco a la orden del juez para invertirlo en bienes raíces cuando crea conveniente. (1)

89 a. Se ha discutido aunque sin fundamento cual es la sanción que lleva envuelta la omisión de este requisito.

Se ha dicho por algunos que existe nulidad absoluta, por cuanto este artículo es prohibitivo y en conformidad a los arts. 10, 1466, 1464 y 1682 del Código Civil hay nulidad absoluta. Nosotros consideramos que éste es un caso típico de nulidad relativa, por cuanto esta exigencia es en consideración al estado o calidad de la persona como lo es la mujer casada, y en conformidad al art. 1682 su omisión produce nulidad relativa.

Los tribunales en innumerables casos así lo han establecido. (2)

(1) Corte de Taena. R. D. y J. t. 6.º s. 2.º p. 14.

(2) Sent. 534 p. 333 G. 1884, Sent. 4058 p. 2613 G. 1886, R. D. y J. s. 1.º p. 116, R. D. y J. t. 7.º s. 1.º p. 529.

Las causas que justifican la enajenación no pueden ser sino las siguientes:

1.º) Facultad concebida para ello en las capitulaciones matrimoniales;

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

La primera causal con enunciarla se comprende no requiere explicación.

90. La segunda nos ofrece algunas particularidades. Se ha preguntado con relación a ella, acaso quedaría justificada la enajenación, por una necesidad o utilidad de la sociedad conyugal. Don Miguel Luis Amunátegui hace a este respecto una observación que aleja toda duda. Manifiesta que tiene en su poder un manuscrito en que las palabras «de la mujer» están agregadas de puño y letra de don Andrés Bello. Esto está manifestando que la limitación ha sido deliberada y nos resolvemos en consecuencia por la negativa. «*Dura lex sed lex*».

Según manifiesta don Miguel Luis Amunátegui y concordamos con su opinión: «La cuestión de saber si, en un caso dado, hay o nó necesidad o utilidad manifiesta de la mujer, es de mera apreciación y debe quedar sometida al criterio del juez ante quién se ha solicitado el permiso».

«Es cierto que este funcionario puede a este respecto equivocarse o ser fácilmente engañado mediante una información sumaria que se rinde sin contradicción de parte; pero esto no bastaría para facultar la revisión de un fallo que ostensiblemente ha sido pronunciada con todos los requisitos le-

gales». Cita en su apoyo una sentencia de 27 de Abril de 1876 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

91. Se ha discutido acaso el art. 1754 es aplicable a la mujer separada de bienes, sin embargo la mayoría de nuestros autores se resuelven por la afirmativa (1). Claro Solar dice a este respecto: «La historia del establecimiento de la ley demuestra, pues lo contrario de lo que se sostiene. Durante la separación de bienes subsiste, y aún con más intensidad si cabe, las razones que han determinado al legislador a limitar las facultades del marido sobre los bienes raíces de la mujer: el marido podría aprovechar del ascendiente que tiene sobre su mujer para hacerla desprenderse de sus bienes raíces y transformarlos en capitales de que le fuera a él fácil echar mano. No habría, por lo tanto, razón para no mantener la regla general del artículo 144; y se mantuvo».

b) ENAJENACIÓN DE BIENES MUEBLES

92. De estos bienes se ocupa el art. 1755 que a la letra dice: «Para enajenar otros bienes de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, bastará el consentimiento de la mujer, que podrá ser suplido por el juez cuando la mujer estuviese imposibilitada de manifestar su voluntad».

El artículo transcrito no hace sino repetir algunos requisitos que se exigen para la enajena-

(1) CLARO SOLAR, o. e. t. 2. n. 1037. AMUNÁTEGUI, o. e. p. 246.

ción de los inmuebles, por esto damos por reproducidos los comentarios del art. 1754 en la parte que son aplicables.

La disposición en estudio se aplica solamente a los muebles que son excluidos de la sociedad en las capitulaciones matrimoniales o en una lista firmada por ambos cónyuges y por tres testigos domiciliados en el departamento; (Art. 1725 N.º 4.º inc. 2.º), y a los muebles, que adquiere la mujer por herencia, legado o donación, con la expresa condición que no sean administrados por el marido (art. 166). Los demás muebles, es decir, los que entran a la comunidad, y a cambio de los cuales la mujer adquiere un crédito por un valor equivalente, para hacerlo efectivo cuando se disuelva la sociedad, no siguen la regla del artículo que estudiamos y puede el marido enajenarlos libremente.

La única dificultad que se nos presenta en este artículo es la de saber si la mujer menor de edad puede prestar su consentimiento. Lo que nos hace dudar es que en este caso la enajenación no debe ser autorizada por la justicia, con lo cual desaparecen una de las razones en virtud de las cuales opinábamos que en lo que se refiere a los inmuebles, la mujer menor podrá prestar su consentimiento. Sin embargo, esto no obstante, creemos que la solución debe ser la misma que en aquella ocasión.

En el Código francés no existe ninguna disposición que exija al marido consentimiento de su mujer para enajenar los muebles de ésta. Sin embargo, la jurisprudencia y los tratadistas con excepción de Toullier, así lo han entendido.

2.º ADQUISICIONES

93. Al empezar el presente capítulo dijimos que los actos de disposición, comprendían la enajenación, las adquisiciones y obligaciones que contraía el marido y que no conciernen a la conservación de los bienes. Hemos analizado lentamente el primer punto, tócanos pues entrar al segundo.

Planiol y Ripert (1) dicen a este respecto:... «las adquisiciones no constituyen actos de administración. Son éstos de disposición, porque ellos transforman la composición del patrimonio y hacen nacer bien a menudo obligaciones, aún las que tienen lugar a título gratuito; hechas sin consideración pueden conducir a la ruina. En principio, pues, ellas extralimitan los poderes de los administradores de la fortuna de otros; en particular, el marido no tiene facultad para adquirir a nombre de su mujer, si no ha recibido mandato».

La prohibición que tiene el marido de adquirir libremente bienes para la mujer se deduce de varios artículos del Código. Tenemos primeramente el 1755, según el cual para enajenar bienes muebles de ésta, el marido requiere su consentimiento. Aplicando esta disposición tenemos que el marido no podrá adquirir con dinero de su cónyuge ningún bien, por cuanto para efectuar esta operación es necesario enajenar los dineros, y para esto debe obtener el consentimiento de su mujer.

Si el marido efectúa las adquisiciones con dineros propios, creemos que sería una liberalidad de

(1) o. e. t. S. n. 618.

parte de éste y se deben aplicar las reglas de la donación.

Respecto a la aceptación de un herencia o legado, con lo cual se efectuaría una adquisición a título gratuito, ya hemos visto que los artículos 1223 y 146 dan derecho a la mujer para hacerlo. Si lo puede hacer el marido, facultad que muchos le niegan, debe para ello ser autorizado por la justicia.

Estas mismas reglas debemos aplicar a las donaciones en conformidad a lo prescrito en el art. 1411 del C. C.

3.º CONTRATACIONES DE OBLIGACIONES QUE NO TENGAN POR OBJETO LA CONSERVACIÓN DE LOS BIENES DE LA MUJER.

94. En realidad estos son actos que sobrepasan las facultades de un administrador, y en consecuencia tenemos que calificarlo dentro de los actos de disposición. Así entrarían en esta categoría los préstamos que contratara el marido con el fin de comprar a la mujer objetos de lujos o hacer mejoras innecesarias o voluptuosas en sus bienes.

Ejercicio de las acciones de la mujer

95. A este punto ya nos hemos referido y dijimos que podía el marido ejercer las acciones tanto posesoria como las petitorias. Las primeras en su calidad de administrador; las segundas en virtud de la representación legal de que está investido.

Consideramos que si el marido no ejerce las acciones de la mujer, sea por capricho o por imposibilidad, ésta podría hacerlo con autorización de la

justicia. No habría en esto sino aplicación del art. 143 que estudiamos en su oportunidad.

Como es natural, la sentencia o resolución pronunciada en contra del marido cuando obre a nombre de su mujer, tiene con respecto a ésta, valor de cosa juzgada.

Las acciones que nacen de las relaciones de familia, hacen excepción y pueden por consiguiente ser ejercidas directamente por la mujer, como serían por ejemplo las cuestiones relacionadas con la filiación.

La acción de partición de bienes sigue una regla especial contenida en el art. 1322 inc. 2.º del C. C. que dice: «el marido no habrá menester esta autorización (judicial) para provocar la partición de los bienes en que tenga parte su mujer: le bastará el consentimiento de su mujer, si ésta fuere mayor de edad y no estuviere imposibilitada de prestarlo, o el de la justicia en subsidio. (1)

De manera que el marido para poder ejercer la acción de partición con el sólo consentimiento de la mujer, es necesario que ésta reuna dos requisitos: que sea mayor de 25 años y que no esté imposibilitada para prestar el consentimiento. Cualquiera de estas condiciones que falte es de rigor que el marido obtenga autorización judicial.

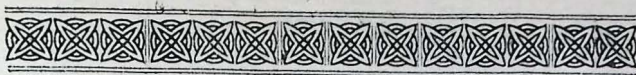
Notemos que la autorización subsidiaria del juez sólo cabe en caso de impedimento de la mujer; pero nó e neaso de negativa por muy justificada que sea.

Si la partición se efectúa en contravención al

(1) Concordancias: Cód. de Venezuela art. 1399, Cód. uruguayo arts. 1979 a 1984, Cód. de Colombia arts. 1814 a 1819.

artículo que examinamos, adolecerá de nulidad relativa.

96. En resúmen, repetimos, que respecto de los bienes de propios de la mujer el marido es un administrador ordinario, y como tal sólo puede ejercer actos de administración. Si bien puede ejecutar actos de disposición, es en su calidad de representante legal de su cónyuge, y en estos casos deberá sujetarse a las formalidades que le ha impuesto el legislador.



SEGUNDA PARTE

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

CAPITULO I

Causales de disolución

Según el art. 1764 del Código Civil la sociedad conyugal se disuelve:

- 1.º) Por la disolución del matrimonio.
- 2.º) Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, según lo prescrito en el Título del principio y fin de las personas.
- 3.º) Por sentencia de divorcio perpetuo o de separación total de bienes: si la separación es parcial, continuará la sociedad sobre los bienes no comprendidos en ella.
- 4.º) Por la declaración de nulidad del matrimonio.

97. El artículo transcrito es taxativo. No existen otras causales de disolución que las enumeradas. Por esto en realidad podemos decir que es la ley la que fija la duración de la sociedad, no pu-

diendo los cónyuges fijar un plazo distinto. Estas reglas no pueden derogarse, los cónyuges no podrían de común acuerdo disolver en un momento dado la sociedad, en lo cual no hay sino una aplicación de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales. La ley, en materia de principio y fin de la comunidad es soberana: ha dicho que ésta empieza con el matrimonio y termina con las causales del art. 1764; ambas reglas son de orden público y no admiten modificaciones.

98. Las causales contempladas por el legislador pueden agruparse en dos: las que disuelven la comunidad como un corolario de la cesación del matrimonio, como son la primera y cuarta, que podríamos llamar por vía de consecuencia; y las que ponen fin a la comunidad no obstante subsistir el matrimonio; tales son las causales segunda y tercera, y que podríamos decir que son por vía principal.

Entre estos dos grupos anotamos diferencias:

a) Cuando la sociedad se disuelve como una consecuencia de la expiración del matrimonio no sucede ningún otro régimen matrimonial. En cambio, cuando se disuelve independientemente de la duración del matrimonio, al régimen de comunidad le sustituye el régimen de separación de bienes.

b) Cuando la disolución es por vía de consecuencia, ésta es definitiva, existe imposibilidad en volver a reconstituir la sociedad; en cambio cuando la disolución es por vía principal puede en ciertos casos volverse al régimen de comunidad. (1)

(1) PLANIOL Y RIPERT o. c. t. n. 655.

Dichas estas ideas preliminares entramos al estudio de cada una de las causales.

1.º Disolución del matrimonio

99. Al establecer esta causal, el legislador no se ha expresado con toda propiedad, ya que en realidad este número únicamente comprende la disolución por muerte de uno de los cónyuges. No se refiere a la disolución del matrimonio por desaparecimiento de uno de ellos, pues como veremos luego, en estos casos la sociedad se disuelve antes que el matrimonio. La otra causal de disolución del matrimonio, la nulidad de éste, la contempla expresamente en el número cuarto, como causal de disolución de la sociedad.

De manera entonces que analizaremos la disolución por muerte de uno de los cónyuges.

El artículo 27 de la ley de matrimonio civil contempla como causal de disolución del matrimonio la muerte natural de uno de los cónyuges. No se refiere a la muerte civil; tenemos, pues que concebir que si uno de los cónyuges muere civilmente no se disuelve la sociedad conyugal y ocurriría el caso curioso que si éste fuera el marido no podría administrar. Sin embargo, este caso solamente es teórico por cuanto las leyes canónicas no admiten que profesen las personas casadas.

Según manifiesta Troplong (1) esta causal de disolución no es sino una aplicación del adagio «*morti socie disolvitur societas*». Laurent (2) dice

(1) o. c. t. 2 n. 1260.

(2) o. c. t. 22 n. 176.

a ese respecto: «Es verdad que las convenciones sobreviven en general, a la muerte de las partes contratantes; pero este principio recibe excepción en los contratos que se pactan en consideración a la persona. Tal es la sociedad; tal debe ser sobre todo la comunidad, donde la sociedad de bienes se confunde con la sociedad de personas».

100. Sin embargo, no siempre se ha aceptado este principio. Así en el antiguo derecho francés se establecía que la comunidad subsistía entre el cónyuge sobreviviente y los hijos. La costumbre de París establecía esta regla en sus arts. 240 y 241 como una sanción cuando el cónyuge sobreviviente no había hecho inventario. En cambio, la costumbre de Orleans, no le daba el carácter de sanción sino que en todo caso era obligatoria (1).

Scaevola manifiesta que igual principio regía en el derecho español antiguo. (2)

De las legislaciones actuales establecen la continuación de la comunidad después de la muerte de uno de los cónyuges, la Alemana y la Suiza. De ellas nos ocuparemos al final de este capítulo cuando digamos unas cuantas palabras de las legislaciones extranjeras.

2.º Presunción de muerte de uno de los cónyuges según lo prevenido en el título del principio y fin de las personas.

101. En la muerte presunta debemos distinguir tres períodos: el de mera ausencia, el de posesión

(1) COLIN ET CAPITANT o. c. t. 6.º p. 302; TROPLONG o. c. t. 2 n. 1261.

(2) o. c. t. 22. p. 368.

provisoria y el de posesión definitiva. El que trae como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal, es el segundo de ellos (Art. 84 C. C.). La posesión provisoria se decreta pasado diez años desde las últimas noticias (Art. 81 N.º 6.º C. C.). Sin embargo este efecto también se puede producir con la posesión definitiva de los bienes del desaparecido. Esto sucederá en el caso excepcional en que el desaparecido se haya encontrado en un naufragio, en una guerra, etc. y desde entonces no se haya tenido noticias suyas. Pasados cuatro años desde un accidente de esta naturaleza se decreta directamente la posesión definitiva; produciéndose entonces los efectos propios de este período y además los que se derivan de la posesión provisoria.

Esta causa de disolución no es una consecuencia de la terminación del matrimonio, por cuanto para que esto suceda es necesario que hicieren diez años del desaparecimiento y que el cónyuge tuviere 70 años; o bien, que hayan transcurrido 30 años desde la fecha de las últimas noticias cualquiera que fuere la edad del desaparecido si viviese (Art. 38 Ley Matrimonio Civil). No obstante haberse disuelto la sociedad conyugal, el matrimonio subsiste. La ley ha considerado de mayor gravedad la disolución del matrimonio y por esto ha sido más severo y exigente para que ella se produzca.

102. Un punto que se ha discutido es el de saber con relación a qué momento se efectúa la liquidación de la sociedad conyugal, cuando la disolución se produce por causal que estudiamos.

El señor Barros Errázuriz (1) sostiene que debe hacerse con relación a la fecha del decreto de posesión provisoria pero no da para ello ninguna razón. Consideramos que esta opinión ha sido emitida con ligereza y que no tiene ningún asidero en la ley. Según nuestro modo de pensar la liquidación debe efectuarse con relación a la fecha en que se declaró la muerte presunta; es decir, según los números 6 y 7 del art. 81, el último día del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; o bien, el día del naufragio, guerra, etc. cuando el desaparecido hubiere estado presente.

Para pensar de esta manera nos basamos: en primer lugar, en que ninguna parte el Código establece la doctrina contraria. El art. 84 (2) habla únicamente de la disolución, pero nada dice acerca de la liquidación. En consecuencia, nuestra opinión no está en pugna con la ley. Además, de aceptar la doctrina que sustenta el señor Barros Errázuriz se llega a absurdos que no pueden aceptarse. En efecto, si la liquidación se efectuara conforme a la fecha de la posesión provisoria, tendríamos la anomalía que una persona muerta es capaz de adquirir bienes, pues el Código la reputa muerta a los dos años desde las últimas noticias y la posesión provisoria en la situación normal se decreta a los 10 años, de manera que la mitad de los gananciales obtenidos por la sociedad durante estos ocho años, los ha adquirido una persona que no existe.

(1) o. c. t. 1.º p. 135.

(2) Concordancias: Cód. ecuatoriano art. 81, Cód. francés arts. 120, 123, 124 y 125, Cód. argentino art. 123, Cód. peruano art. 68, Cód. de la Luisiana art. 65.

La teoría que criticamos nos lleva todavía a otro absurdo. Según el artículo 85 del C. C. el patrimonio en que se presumé que puedan los herederos presuntivos, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta. Si aceptáramos que la sociedad se liquida conforme la época de la posesión provisoria, tendríamos que las gananciales de la mujer quedarían sin dueño ya que estos bienes no eran de la mujer o del marido a la fecha en que se decretó la muerte presunta.

En suma, por todas estas razones consideramos que sin bien el decreto de posesión provisoria es lo que trae como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal, la liquidación de ésta debe hacerse con relación a la época en que se decretó la muerte presunta.

103. ¿Qué efectos produce con relación a la sociedad conyugal el reaparecimiento del desaparecido? Para contestar esta pregunta creemos necesario hacer una distinción, según que el reaparecimiento se efectúe antes o después de que se haya disuelto el matrimonio

En este caso, no obstante el reaparecimiento, debe considerarse que la sociedad está definitivamente extinguida. Para pensar así no hacemos otra cosa que aplicar el principio que la comunidad es una consecuencia del matrimonio, de manera que si bien podemos concebir que habiendo matrimonio no exista sociedad conyugal, la solución contraria sería imposible, pues cesando la causa debe necesariamente cesar el efecto.

En el caso que la reaparición tenga lugar mientras subsiste el matrimonio, somos de opinión que la sociedad no sólo puede, sino que debe reconstruirse. Nuestra afirmación no es gratuita y antojadiza, sino que tenemos para pensar de esta manera argumentos poderosos que nos han dado esta convicción.

Sabemos que en nuestra legislación el régimen matrimonial ordinario es el de comunidad, la separación de bienes en una situación de excepción que bajo el dominio del Código Civil sólo se producía en tres casos: respecto de los extranjeros que se domiciliaron en Chile y que estuvieran casados bajo un régimen distinto que el de sociedad de bienes; (Art. 135 del C. C.) respecto de los cónyuges que se hubieren divorciado perpétuamente; y en el caso de la separación judicial. Hoy día conforme el decreto-ley 328 tantas veces citado, se puede pactar separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales. Pero de todas maneras aún con la dictación de este Decreto-ley, el régimen de separación sigue siendo un régimen de excepción, y en consecuencia sólo se aplicará en los casos expresamente contemplados por el legislador, y cuando reaparece el desaparecido, la ley no ha dicho que exista separación, en consecuencia debe existir sociedad conyugal.

De otra parte, la muerte presunta es una ficción que debe ceder ante la realidad, y en consecuencia si se prueba que el desaparecido vive, la ficción se derrumba y con ella también los efectos que había producido, por lo tanto la sociedad conyugal debe subsistir.

No consideramos de mayor valor el argumento que se puede hacer en contra de nuestra opinión basado en que los proyectos de Código de 1845 y 1847 (Arts. 55 y 292), establecían expresamente que el reaparecimiento del desaparecido daba lugar a la reconstrucción de la comunidad. Por el contrario, ello está probando que este es el ánimo del legislador, y si no lo puso expresamente fué por considerarlo innecesario.

En cuanto a la manera como se constituye la sociedad, debemos aplicar por analogía los arts. 165 y 178 que se refieren al caso en que cese la separación o bien que los cónyuges divorciados se reconcilien. De estas reglas nos ocuparemos en seguida.

3.º Por la sentencia de divorcio perpétuo o de separación total de bienes

Nos ocuparemos de cada situación separadamente.

104. El art. 170 (1) del Código Civil establece: «Los efectos civiles del divorcio principian por el decreto del juez civil que lo reconoce. En virtud de este reconocimiento se restituyen a la mujer sus bienes y se dispone de los gananciales como en el caso de la disolución por causa de muerte, sin perjuicio de las excepciones que van a expresarse».

La redacción del primer inciso de este artículo tiene su explicación en el hecho que antes de la dictación de la Ley de Matrimonio Civil, bajo el impe-

(1) Concordancias: Art. 311 del Cód. francés, art. 211 Cód. argentino, art. 165 Cód. ecuatoriano, art. 311 Cód. belga, art. 73 Cód. español, art. 73 Cód. de Honduras.

rio del Código, todas las cuestiones relacionadas con el divorcio quedaban bajo la jurisdicción de la autoridad eclesiástica (Art. 168). De manera que para producir efectos el divorcio decretado por esta autoridad era necesario que el juez civil lo reconociera. Hoy día esto no tiene razón de ser, pues como sabemos el art. 2 de la ley antes citada dejó todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio en manos de la justicia civil.

El jurisconsulto ecuatoriano Borja (1) critica la expresión el art. 170 al decir: «Se dispone de los gananciales como en el caso de la disolución por causa de muerte». En realidad habría sido más propio remitirse al párrafo de la disolución de la sociedad conyugal lisa y llanamente.

La sentencia de divorcio perpétuo produce la separación total de bienes de manera que aún que no se hubiere establecido como una causal de disolución de la comunidad, así se habría entendido.

105. La disolución de la sociedad se produce desde el momento en que se dicta la sentencia no obrando con efecto retroactivo al tiempo de la demanda. Esto no ofrece dudas en el Código, primeramente porque nada dice el legislador, y cada vez que a alguna institución quiere darle efecto retroactivo lo dice expresamente.

Además, cuando se discutía el art. 192 del proyecto inédito idéntico al art. 170 actual, el señor Ocampo hizo la siguiente observación: «Los efectos civiles del divorcio deben principiar desde la fecha de la sentencia que lo declara, porque desde

(1) o. e. t. n. 388.

ella queda disuelta la sociedad conyugal, si el divorcio es perpétuo».

Don Andrés Bello contestó:

«Tengo el sentimiento de mirar la cosa de otro modo. Es la autoridad civil la que, reconociendo la sentencia eclesiástica, da principio a los efectos civiles del divorcio: esto me parece un corolario del art. 190 (actual 168). No veo la necesidad de dar un efecto retroactivo al reconocimiento del juez civil. (1)

Aún cuando no es el mismo caso, sin embargo se ve claramente que el espíritu del legislador fué que la disolución se operara desde el momento del pronunciamiento de la sentencia y no desde la demanda.

106. La comunidad que se ha extinguido por el divorcio puede restablecerse cuando los cónyuges se reconciliaren. Así lo establece el art. 178 (2) que a la letra dice: «Si se reconciliaren los divorciados se restituirán las cosas, por lo tocante a la sociedad conyugal y la administración de bienes, al estado que antes del divorcio se hallaban, como si no hubiere existido el divorcio. Esta restitución deberá ser decretada por el juez a petición de ambos cónyuges, y producirá los mismos efectos que el restablecimiento de la administración del marido en el caso del art. 165».

Este artículo debemos estudiarlo con relación al art. 28 de la Ley de Matrimonio Civil que prohíbe

(1) Concordancia: Cód. del Ecuador art. 173, Cód. Napoleón art. 1451, Cód. de Argentina art. 218, Cód. de Bélgica art. 1451.

(2) BORJA o. e. t. 3 p. 534 nota (1).

la reconsideración de los cónyuges cuando las causales del divorcio han sido: tentativa del marido para prostituir a su mujer; o tentativa para comprometer a los hijos o complicidad en su corrupción. Borja (1) dice a este respecto: «En el primer caso, aunque la mujer sea tan infame que quiera unirse otra vez a tal hombre, la ley no se lo permite; es indigno de ser el jefe de una familia honrada. En el otro caso, tampoco puede tolerarse la reconciliación de los cónyuges, pues uno de ellos tiene lepra moral que contagiaría a la familia».

De manera que cuando el divorcio es producido por estas causales, la extinción de la sociedad conyugal es definitiva y perpétua.

106 a. Inoficioso consideramos advertir que solamente el divorcio perpetuo disuelve la sociedad conyugal. El divorcio temporal como sabemos no produce ningún efecto sobre los bienes, sino, únicamente con respecto a las personas.

La otra causal de disolución que contempla el número 3.º del art. 1764 es la separación total de bienes, es decir la separación judicial.

107. El art. 158 (2) del C. C. dice: «Decretada la separación de bienes se entregarán a la mujer los suyos, y en cuanto a la división de los gananciales se seguirán las mismas reglas que en el caso de la disolución del matrimonio. La mujer no tendrá

(1) BORJA o. c. t. 3 n. 381.

(2) Concordancias: Cód. francés arts. 1444 y 1445, Cód. argentino art. 1299 y 1301, Cód. ecuatoriano art. 153, Cód. colombiana art. 203, Cód. belga arts. 1444 y 1445, Cód. español art. 1434, Cód. de la Luisiana arts. 2402 y 2403, Cód. Honduras art. 1434.

desde entonces parte alguna de los gananciales que provenga de la administración del marido; y el marido, a su vez, no tendrá parte alguna en los gananciales que provengan de la administración de la mujer».

Existiendo separación de bienes no puede haber comunidad; son dos ideas contrapuestas.

Las causales que dan origen a la separación de bienes son bastante graves. Como dice Troplong: (1) «La ley que ha unido a los cónyuges por su interés no quiere que permanezcan comunes cuando el interés de su asociación es comprometido» y después agrega: «La separación de bienes es un recurso acordado a la mujer para salvar su dote, prevenir la ruina total de la comunidad y conservar un resto de patrimonio a los hijos».

108. En el caso que examinamos la disolución es producida por la sentencia que establece la separación de bienes y no se retrotrae al tiempo de la demanda. En este punto don Andrés Bello se apartó del código francés, pues en este cuerpo de leyes según el art. 1445, la separación de bienes se retrotrae al momento de la demanda, de manera que con relación a esta fecha se disuelve y liquida la sociedad. En cuanto a la administración de la comunidad durante el juicio, Baudry Lacantinerie (2) se expresa de la siguiente manera: «Nosotros concluiremos diciendo: el marido puede consentir válidamente durante la instancia los actos de administración respecto de los bienes comunes y de los bienes propios

(1) o. c. t. 2 n. 1270.

(2) o. c. t. 15 ns. 974 y 975.

de la mujer salvo el derecho de ésta de recurrir a las medidas conservativas. El marido administrador continúa percibiendo los frutos naturales, industriales y civiles; pero deberá rendir cuenta si la separación se pronuncia».

Ninguna de estas ideas son aplicables a nuestra legislación, bajo nuestra ley, durante el juicio de separación la administración no sufre el menor cambio, el marido sigue siendo omnipotente. Eso sí, que el juez, a petición de la mujer, puede tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta, mientras dura el juicio.

No alcanzamos a vislumbrar la razón que tuvo nuestro legislador para no seguir en este punto al código francés y darle a la separación efecto retroactivo. No hay duda que nuestro sistema ofrece muchos peligros a la mujer.

Don Luis Claro Solar (1) dice sobre este particular: «Sin embargo este sistema tiene, sus inconvenientes graves en la práctica, puesto que por más precauciones que la mujer haya procurado tomar para la seguridad de sus intereses mientras dura el juicio, será muy difícil que pueda impedir al marido que abuse de su administración y que la perjudique prolongando indebidamente el litigio y conservando durante él el usufructo de sus bienes».

108 a. Tanto Borja (2) como el señor Claro Solar (3) critican nuestro Código, por no fijar un plazo dentro del cual la mujer debe proceder a exigir la ejecución de la sentencia que declara la se-

(1) o. e. t. 2 n. 1024.

(2) o. e. t. 3. n. 301.

(3) o. e. t. 2. n. 1025.

paración de bienes. Esta situación puede redundar en perjuicios de terceros que hayan contratado con el marido en la creencia que subsiste la sociedad conyugal, y la mujer se presente sorpresivamente a exigir el cumplimiento de la sentencia ignorada por el tercero.

El código francés en este punto es superior al nuestro, ha establecido en resguardo de los intereses de terceros, que la sentencia de separación es nula si la mujer no procede a ejecutarla dentro de quince días de su dictación (Art. 1444).

109. Los cónyuges pueden restablecer la comunidad. Pero este derecho no es absoluto y hay que distinguir la causal que ha dado origen a la separación. Si ésta se decretó por insolvencia o por administración fraudulenta del marido, la ley prohíbe la reconstrucción de la sociedad.

La razón que ha tenido el legislador para prohibir el restablecimiento de la comunidad por la segunda de las causales es bastante justificada y ella tiende a favorecer a la mujer, la cual arrastrada por el marido, que tuvo poca delicadeza al administrar fraudulentamente los intereses de su cónyuge, restablecían la sociedad habiendo peligro inminente en que la nueva administración no sea más honrada que la primera.

La prohibición del legislador de restablecer la comunidad cuando la separación fué motivada por insolvencia del marido, no es tan equitativa y justa como la anterior. Claro que mientras subsista la insolvencia sería perjudicial para la mujer volver a la comunidad, pero una vez que el marido deje de ser insolvente no vemos inconveniente para

que se vuelva al régimen de comunidad. Notemos como dice Laurent: (1) «Importa entonces a los dos esposos y a los hijos de la comunidad sea restablecida porque la asociación de los cónyuges es más favorable a la prosperidad común que el estado de separación».

Pero en todo caso la ley así lo ha dispuesto y «*dura lex sed lex*».

Tenemos entonces que la sociedad se puede reedificar solamente cuando la separación fué motivada por el mal estado de los negocios del marido. Así lo dispone el art. 164 del C. C. que textualmente dice: «La separación de bienes pronunciada judicialmente por el mal estado de los negocios del marido podrá terminar por decreto del juez, a petición de ambos cónyuges, y sin este requisito continuará legalmente la separación».

Dos requisitos se exigen, pues para el restablecimiento: petición de ambos cónyuges y decreto del juez. El primer requisito no requiere comentario. No sería justo obligar ya sea al marido o a la mujer, volver al régimen de comunidad. En cuanto a la segunda exigencia que equivale a la del código francés que el consentimiento lo presten ante notario, podemos decir con Laurent: (2) «La intervención de un oficial público en el acto que restablece la comunidad garantiza la libertad y al mismo tiempo la irrevocabilidad de sus convenciones».

El código francés tiene además otra exigencia, dice el inciso último del art. 1451: «Toda conven-

(1) o. c. t. 22. n. 353

(2) o. c. t. 22 n. 355.

ción por la cual los esposos restablecen la comunidad bajo condiciones diferentes de aquella que la regían anteriormente es nula».

110. ¿El silencio de nuestro legislador quiere decir que sería permitida una estipulación de esta naturaleza?

Creemos que nó. Si el legislador no estableció esta prohibición fué por considerarlo innecesario después de la enfática y absoluta regla que establece el art. 1722 que a la letra dice: «Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgada sino desde el día de la celebración del matrimonio; ni celebrado, podrán alterarse aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas».

La última parte del artículo aleja toda duda.

Entre los autores franceses se ha discutido con calor si en el caso que en el restablecimiento de la comunidad se modificaran las antiguas condiciones en que ésta funcionaba, debe ser nula toda la convención y en consecuencia continuar la separación de bienes; o si la nulidad afecta únicamente a las modificaciones que se han introducido. (1)

En nuestra legislación no se presenta esta cuestión, porque el restablecimiento de la sociedad debe ser autorizado por el juez; y es claro que éste no autorizará una sociedad en que se haya violado el art. 1722.

(1) Opinán por la primera teoría LAURENT o. c. t. 22 n. 358; MURLON o. c. t. 15 n. 983. Por la segunda BAUDRY LACANTINERIE o. c. t. 15 n. 983; DURANTON o. c. t. 8 n. 450.

111: Los efectos que produce el restablecimiento de la comunidad están indicados en el art. 165 que a la letra dice: «El restablecimiento legal de la administración del marido restituye las cosas al estado anterior como si la separación de bienes no hubiese existido. Pero valdrán todos los actos ejecutados legítimamente por la mujer, durante la separación de bienes, como si los hubiese autorizado la justicia. El marido para poner a cubierto su responsabilidad, hará constar por inventario solemne los bienes de la mujer que entren de nuevo bajo su administración».

El restablecimiento de la comunidad obra con efecto retroactivo; no se puede decir que hayan existido dos comunidades. La ficción supone que la separación nunca existió y que la comunidad ha continuado su marcha, desde el matrimonio hasta el momento presente. En consecuencia, las deudas que el marido ha contraído durante el período de separación son deudas de la sociedad. Los bienes adquiridos a título oneroso por los cónyuges, serán bienes sociales, los adquiridos a título gratuito permanecerá en el patrimonio personal de cada uno. Las ganancias adquiridas en la administración separada ya sea por el hombre o por la mujer, serán bienes gananciales. En una palabra, se aplican íntegramente las reglas de la sociedad conyugal.

La ficción de que la sociedad nunca se ha interrumpido, la ha establecido el legislador en homenaje a la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.

112. El principio de la retroactividad del restablecimiento de la comunidad, tiene una sola ex-

cepción: valdrán los actos ejecutados legítimamente por la mujer, como si los hubiere autorizado la justicia. Según Claro Solar (1) «la expresión legítimamente no se refiere y no puede referirse sino a los actos de administración y disposición que la mujer ha podido ejecutar válidamente con arreglo al artículo 159».

En cuanto a los actos que la mujer ejecute durante la separación con autorización del marido y demás formalidades, no se requiere para que sean válidos la ficción de la retroactividad, porque respecto de ellos se habrían llenado los requisitos que la ley exige para que el marido y consiguientemente la sociedad conyugal queden obligados. (2)

Como lo hace notar Laurent, (3) en la validez de los actos que ha ejecutado la mujer y la retroactividad en el restablecimiento de la comunidad, existe una anomalía por cuanto no habiendo cesado ésta, la mujer no ha podido ejecutar ningún acto sin autorización del marido. Pero como este mismo autor dice, hay que considerar que la ficción debe siempre ceder ante la realidad.

El legislador considera los actos ejecutados por la mujer como autorizados por la justicia y conforme al art. 146 del C. C. obligará los bienes sociales y del marido, cuando se tratare de casos urgentes y se presuma que el marido habría dado la autorización; y en los otros casos la mujer obligará sus bienes propios.

(1) o. c. t. 2. n. 1060.

(2) CLARO SOLAR o. c. t. 2 n. 1060.

(3) o. c. t. 22. n. 360.

Borja (1) considera más jurídico que los actos ejecutados por la mujer se miren como autorizados por el marido, pues éste al querer reconstruir la comunidad ratifica tácitamente los actos de su mujer.

113: El inciso final del art. 165 ha dado motivo a interpretaciones contradictorias. Claro Solar (2) dice sobre el particular: «Dejando constancia el marido en el inventario solemne que se forme, de los bienes que recibe como propios de la mujer, podrá en cualquier momento deslindar su responsabilidad respecto de los acreedores que pudieran existir en razón de actos o contratos celebrado por la mujer y que él no debiera responder según las reglas generales. Chacón se expresa así: «Sin embargo, el marido, para poner a cubierto su responsabilidad, podrá hacer constar por inventario solemne los bienes de la mujer que entren de nuevo bajo su administración; y en este caso sólo responderá por las obligaciones de la mujer, hasta concurrencia de dichos bienes». (3)

De las palabras de este autor se deduce *a contrario sensu* que si el marido no hace inventario responde con los bienes que la mujer adquirió durante la separación, sino además con los gananciales y los aportes que sacó la mujer al disolverse la sociedad.

Nosotros estamos por la opinión del señor Claro Solar, en realidad el inciso que nos ocupa no esta-

(1) o. e. t. 3 n. 334.

(2) o. e. t. 2. n. 1061.

(3) o. e. t. 1. p. 146.

blece otra cosa que una prueba preconstituida de los bienes de la mujer que entran a la sociedad.

113 a. Las reglas dadas en cuanto a los efectos del establecimiento de la comunidad en el caso que estudiamos son aplicables, cuando ésta se efectúe por reconciliación de los cónyuges divorciados o reaparecimiento desaparecido. Por esta razón nada hemos dicho sobre el particular al tratar de ambas situaciones.

114. En el proyecto de Código Civil de 1847 la separación de bienes no disolvía la sociedad conyugal, sino que únicamente la mujer tenía derecho a que se le restituyeran sus aportes. Pero no podía exigir la partición de los gananciales, lo cual sólo lo podía hacer cuando se disolvía la sociedad (Arts. 279 y 286).

En el proyecto de 1853, la separación de bienes era causal de disolución de la comunidad; pero el art. 181 establecía que la mujer por el hecho de obtener la separación de bienes renunciaba a los gananciales.

Por fin el art. 177 del proyecto inédito estableció el mismo precepto del artículo 158 del Código actual.

4.º Por la declaración de nulidad del matrimonio

115. Esta causal se refiere al matrimonio putativo, es decir, al matrimonio nulo, que ha sido celebrado con las solemnidades legales, y habien-

do buena fe y justa causa de error al menos en uno de los cónyuges.

La muestra más palpable que ese es el alcance de la causal en estudio, es que lo haya dicho el legislador, después de haber manifestado en el número primero del art. 1764 que la sociedad conyugal se disolvía por la disolución del matrimonio y según el art. 37 N.º 2.º de la ley de Matrimonio Civil, la nulidad del matrimonio es causal de disolución del mismo. Esto nos está demostrando como decimos que la causal en estudio se refiere al matrimonio putativo, pues de otra manera no tendría razón de ser la disposición del Código.

Si el matrimonio ha sido nulo, propiamente no puede hablarse de disolución de la sociedad conyugal. Entre los presuntos cónyuges no puede haber existido comunidad, por cuanto ésta es una consecuencia del matrimonio. Pero, como existen intereses comunes, bienes que pertenecen a la pseudo-comunidad, es necesario liquidarla, pero esto no se hará conforme las reglas de este título, por cuanto entre los falsos cónyuges sólo ha existido una sociedad de hecho.

Distinta es la situación si el matrimonio es putativo. En este caso, si ambos cónyuges están de buena fe y han tenido justa causa de error, la sociedad existente entre ellos debe liquidarse conforme las reglas del título que nos ocupa.

Si uno solo de los cónyuges está de buena fe, hay legislaciones como la española que penan al cónyuge de mala fe con la pérdida de los gananciales. En nuestro derecho no puede aplicarse este criterio porque la pérdida de los gananciales es una sanción, y las sanciones son de derecho estricto, de ma-

nera que sólo se aplican cuando se contemplan expresamente en la ley.

Baudry Lacantinerie, (1) refiriéndose al Código francés, que en esta parte coincide con el nuestro, manifiesta que el cónyuge de buena fe tiene derecho a exigir que la liquidación se efectúe como si realmente hubiera existido la sociedad conyugal, y en consecuencia aplicar las reglas que a la liquidación de ésta se refieren; o bien, se suponga que nunca ha habido comunidad, y en consecuencia, la liquidación se efectúe conforme las reglas de las sociedades ordinarias. Pero en todo caso, según este juriconsulto, la liquidación debe hacerse de igual manera para ambos cónyuges; no podría liquidarse como comunidad para el cónyuge de buena fe y como sociedad ordinaria para el de mala fe.

116. ¿Desde cuando se entiende disuelta la sociedad por la causal que estudiamos?

Se ha sostenido ante nuestros tribunales que la sociedad se disuelve desde que se notifica la demanda. Para llegar a esta conclusión argumentan como sigue: Según el art. 122 del C. C. el matrimonio putativo deja de producir efectos civiles desde que falta la buena fe de ambos cónyuges; ahora bien, desde que se notifica la demanda se considera que los litigantes están de mala fe y en consecuencia en este momento deja de existir la comunidad. Esta opinión fué rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2). Este Tribunal se fundó para ello en que la parte del art. 122 que citaba uno

(1) o. c. t. 15. n. 991 y nota 1. p. 190.

(2) s. 533. p. 276. G. 1872.

de los litigantes se refería a los derechos de familia, como lo demuestra el inciso 2.º del art. 179 del C. C. que dice: «Lo es también el concebido en matrimonio putativo, (se refiere a los hijos legítimos) mientras produzca efectos civiles, según el art. 122».

La razón principal para desechar las alegaciones de este litigante la encontramos en las propias palabras del art. 1764 que habla de declaración de nulidad, y esto se hace por medio de una sentencia, además en ningún caso la disolución obra con efecto retroactivo, no se ve por qué en este caso se iba hacer excepción.

Proyectos de Código Civil chileno y legislación comparada

117. En los proyectos de 1845 y 1847, se consideraban como causales en disolución de la sociedad, la disolución del matrimonio, la ausencia y el divorcio perpetuo (Art. 53 proyecto 1845 y 290 proyecto 1847). Existen, pues, algunas diferencias con nuestro código actual. Como ya habíamos tenido ocasión de manifestar la separación de bienes no es causal de disolución. Ambos proyectos hablan de ausencia y no de muerte presunta; ello se explica porque en estos proyectos aún no existía esta institución.

Nada dicen los proyectos de la disolución por nulidad del matrimonio, sin embargo ella queda comprendida al considerar como causal de extinción de la sociedad la disolución del matrimonio.

Ambos proyectos (Art. 291 proyecto de 1847, art. 54 proyecto de 1845) establecían que «la sociedad continuaba después de la muerte del cónyuge que no administra hasta que el cónyuge que admi-

nistra tenga conocimiento de la muerte»: No encontramos la razón de esta disposición que con justicia no se mantuvo.

Cuando reaparecía el desaparecido se restablecía la sociedad; pero los actos que durante la ausencia hubiera ejecutado quedaban válidos (Art. 292 Proyecto de 1847 y art. 55 de 1845).

Según los artículos 298 del proyecto de 1847 y 58 del de 1845, una vez disuelta la comunidad, y antes que se liquide, los bienes quedan sujetos a las reglas de la sociedad ordinaria y la administración pertenece al cónyuge que administraba antes de disolverse la sociedad o a su albacea.

Por último, el art. 297 inciso 1.º del proyecto de 1847 establecía una disposición que no sólo no aparece en el código actual, sino que ha seguido un criterio distinto. Dice así: «Para que la reconciliación de los cónyuges divorciados restablezca la sociedad conyugal, debe intervenir decreto de juez; y la sociedad restablecida de este modo no aceptará los actos de los cónyuges en el tiempo intermedio sino cuando así lo estipularen con autorización judicial».

118. El art. 1931 del proyecto de 1853 contempla como causales de disolución de la sociedad conyugal los siguientes: muerte natural o presunta y la sentencia de divorcio o de separación total de bienes. Nada dice de la nulidad del matrimonio.

Disposición interesante que encontramos en este proyecto y que no subsistió en los otros, es la del art. 1932 que dice: «La sociedad conyugal continúa después de la muerte de cualquiera de los cónyu-

ges, con los herederos de éste, mientras no se efectúe la división de gananciales».

119. El proyecto inédito en lo que se refiere a las causales de la disolución de la sociedad es igual al código actual.

120. La legislación mundial, en lo que se refiere a esta materia no ofrece muchas variantes y en todas las legislaciones los motivos son más o menos los mismos: Códigos del Uruguay y art. 1988, Cód. de Colombia art. 1820, Cód. de Bolivia art. 975, Cód. de Argentina art. 1325, Cód. del Portugal art. 1121, Cód. de Holanda art. 181, Cód. de Italia art. 1441, Cód. de Bélgica art. 1441, Cód. de España art. 1417, Cód. de Venezuela art. 1400, Cód. de Honduras art. 1518, Cód. de Francia art. 1441.

En los países como Uruguay y Francia en que existe el divorcio con disolución del vínculo, son causales de expiración de la sociedad conyugal tanto la separación de cuerpos, que equivale a nuestro divorcio, como el divorcio propiamente tal.

El Código de México que nos ofrece tantas novedades en lo que se refiere a la sociedad conyugal admite en su art. 2108 el divorcio voluntario para suspender, modificar o terminar la comunidad.

121. Ocupémonos por último del código alemán, que siempre tiene la virtud de ser el más interesante.

Existen en este código, tres grupos de causales de disolución. Las que pueden alegar ambos cónyuges, las que puede hacer valer la mujer y las que puede alegar el marido.

1.º) *Causales que pueden alegar ambos cónyuges*, art. 1544. Cuando se haya declarado el fallecimiento de uno de los cónyuges terminará la sociedad de gananciales desde el momento en que se le repute muerto.

2.º) *Causales que puede alegar la mujer*: a) Cuando la conducta del marido haga temer que sufran lesión los derechos de la mujer hasta el punto de comprometer gravemente sus aportaciones; b) Cuando el marido caiga en entredicho; c) Cuando se haya nombrado un curador al marido ausente y no pueda preverse la terminación de la curatela en un plazo próximo; d) Cuando el marido haya faltado a su obligación de suministrar alimentos a la mujer y a los descendientes comunes y pueda temerse en lo porvenir un peligro grave para sus derechos a los alimentos; e) Cuando el marido empobrezca la comunidad con intención de perjudicar a la mujer; f) Cuando el marido haya realizado sin el consentimiento de su mujer algún acto para el cual según los arts. 1444 y 1446 requieren su consentimiento. (Se refieren como vimos en su oportunidad a la donación y actos de disposición), y pueda temerse para el porvenir un grave peligro para los derechos de la mujer; g) Cuando por consecuencia de obligaciones procedentes de actos del marido se empeñen o comprometan los bienes comunes hasta poner en grave peligro las ulteriores ganancias de la mujer (Arts. 1542, 1418, 1468, 1469).

Es también causal de disolución que podemos incluir en este grupo, la declaración de quiebra del marido (Art. 1543).

3.º) *Facultad del marido para pedir la disolución.* Art. 1469. «El marido podrá proceder a la disolución de la comunidad cuando, por consecuencia de obligaciones de la mujer que en las relaciones entre esposos no sean de cuenta de los bienes comunes, se comprometan éstos hasta el punto de poner en grave peligro las ganancias ulteriores del marido».

El artículo 1545 establece que todos los casos enumerados salvo, que se haya producido la disolución por presunción de muerte o por quiebra del marido, la comunidad es reemplazada por la separación de bienes.

Otra novedad que tiene también este código es que la facultad de pedir la separación de bienes corresponde tanto a la mujer como al marido.

Pero la novedad de mayor bulto que nos ofrece es la continuación de la comunidad después de la muerte de uno de los cónyuges, del cónyuge sobreviviente con los descendientes.

De manera que en esta legislación la muerte de uno de los cónyuges no acarrea necesariamente la disolución de la comunidad, ello sucederá únicamente cuando el cónyuge sobreviviente renuncie a continuar la comunidad, renuncia que debe declararse ante un oficial público.

La continuación de la comunidad, si bien es facultativa, para el cónyuge sobreviviente, no sucede lo mismo con los descendientes para quienes es obligatoria.

Si la mujer es la sobreviviente ella administrará la comunidad y si es el marido conserva sus poderes.

Es del caso advertir que esta comunidad no se componie sino de los bienes de la antigua comunidad, de los frutos de los bienes personales de cada esposo y de las ganancias realizadas por la industria o profesión del cónyuge sobreviviente. Los bienes de los hijos o descendientes comunes no entran a la comunidad.

La comunidad se disuelve: 1.º con la muerte del cónyuge sobreviviente; 2.º por la declaración de la muerte presunta; 3.º por pasar el cónyuge sobreviviente a segundas nupcias.

La comunidad se parte por mitad entre el cónyuge sobreviviente y los descendientes.

La mitad que pertenece a los descendientes se parte proporcionalmente a su cuota en la sucesión del cónyuge fallecido, su causante, como si éste último hubiera muerto el día de la liquidación.

La continuación de la comunidad no tiene lugar: 1.º) Si ha sido excluída por el contrato de matrimonio; 2.º) Cuando ha sido excluída por testamento del esposo fallecido que podía hacer valer una causal de divorcio (1).

El autor Mundt (2) de quien hemos tomado las ideas anteriormente expuestas dice: «Todas estas disposiciones del Código Civil alemán sobre la continuación de la comunidad están en mayor armonía con la realidad de los hechos que la disolución obligatoria del derecho francés. Ellas aseguran a la mayoría de los padres frente a sus hijos una independenciam saludable, y preventiva de las disputas entre ellos, donde el espectáculo es siem-

(1) Los artículos que establecen estas reglas son de 1483 a 1519.

(2) o. c. p. 160 y sig.

pre afligente y a veces escandaloso. La situación del esposo sobreviviente no cambia en nada sus relaciones con sus hijos, pues los derechos están de otra parte suficientemente salvaguardados».

En Suiza también existe la continuación de la comunidad, pero esto no se produce de pleno derecho, sino que es necesario que se proceda de común acuerdo (Art. 229 a 236).



CAPITULO II

EFFECTOS DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

122. La disolución de la sociedad conyugal produce cuatro efectos principales:

1.º) La mujer recobra parte o la totalidad de su capacidad.

2.º) Ella pone fin inmediatamente al régimen de comunidad.

3.º) Si la mujer no ha renunciado a los gananciales en las capitulaciones matrimoniales, le nace el derecho de opción para aceptarlos o renunciarlos.

4.º) Casi siempre da lugar a una liquidación.

Estudiaremos por separado cada uno de estos efectos.

1.º La mujer recobra parte o la totalidad de su capacidad

123. Hemos visto a través de nuestro estudio que durante le existencia de la sociedad conyugal, la mujer tiene un papel eminentemente pasivo, obrando únicamente por mandato o con autoriza-

ción de su marido o de la justicia. Los artículos 136 y 137 que comentamos en su oportunidad, nos dan la medida de esta incapacidad. Pues bien, disuelta que sea la sociedad la mujer mayor de edad, recupera su capacidad. La recuperará totalmente cuando la causal que obre sea el divorcio o la disolución del matrimonio, y la recuperará en parte cuando haya obrado la separación de bienes en conformidad al art. 159 del Código Civil.

2.º Se pone fin inmediatamente al régimen matrimonial de comunidad

124. La cesación de la sociedad conyugal se produce de pleno derecho en el caso de muerte de uno de los cónyuges y en los otros casos en virtud de la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes, sentencias que como vimos en su oportunidad no obran con efecto retroactivo.

El régimen matrimonial es substituído por el cuasi contrato de comunidad entre los cónyuges, o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido. La jurisprudencia lo ha declarado así en innumerables ocasiones .(1)

De este principio resultan consecuencias importantes en cuanto a la composición del activo de la sociedad, de la administración después de la disolución y del pasivo de la sociedad. (2)

(1) s. 123 p. 306 G. 1917 t. 1.º; s. 1162 p. 693 G. 1885; s. 113, p. 87. G. 1884; s. 690 p. 1983 G. 1914; R. de D. y J. t. VI. s. 2.º p. 62; R. de D. y J. t. XXI s. 1.º p. 85; R. de D. y J. t. XXIII s. 1.º p. 517.

(2) PLANIOL Y RIPERT o. e. t. 9. n. 777.

COMPOSICIÓN DEL ACTIVO

125. En cuanto a la composición del activo de la sociedad, éste queda determinado al momento de la disolución. De manera entonces, que los bienes que a partir de esta fecha adquieran los cónyuges pertenece a éste particularmente y nó al fondo común.

Los frutos de los bienes propios, ya se trate de bienes que tenían tal carácter durante la existencia de la sociedad o de los que se adquieren con posterioridad pertenecen al dueño de ellos, en virtud de la accesión. (1)

126. El principio enunciado lo consagra expresamente nuestro código en el inciso primero del art. 1772 que dice: «Los frutos pendientes al tiempo de la restitución y todos los percibidos desde la disolución de la sociedad, pertenecen al dueño de las respectivas especies». Según manifiesta Amunátegui (2) en la antigua legislación española la operación de saber a quien pertenecían los frutos pendientes al tiempo de disolverse la comunidad, era un procedimiento muy engorroso, pues para establecer a quien pertenecían había que tomar en cuenta diversas circunstancias. «Nuestro Código, dice en una parte este autor, cortó el nudo gordiano, concediendo lisa y llanamente al dueño de la especie todos los frutos pendientes al tiempo de la restitución».

(1) s. 2132, G. 1898 t. 2.º.

(2) o. c. p. 272.

La aplicación de este artículo en lo que se refiere a los frutos naturales ofrece, pues, positivas ventajas. Sin embargo, no sucede igual cosa respecto de los frutos civiles, los cuales se liquidan por medio de una operación sencillísima, ya que ellos se devengan día por día. Concebido como está este artículo en lo tocante a esta clase de frutos, puede dar origen a desventajas y pérdidas, ya sea para la sociedad o para alguno de los cónyuges. Un ejemplo nos aclarará la cuestión. Se arrienda un bien propio de la mujer por el término de dos años pagando el canon anticipado, y si la sociedad se disuelve el mes de celebrado el contrato, tendríamos que la mujer ha sido evidentemente perjudicada. De otra parte también puede suceder que el menoscabo lo sufra la sociedad, como ocurriría en el siguiente caso: se arrienda un bien de la mujer por dos años debiendo pagarse vencido, y la sociedad se disuelve faltando sólo unos cuantos meses para que termine el contrato.

Todavía podría presentarse otro caso en que la sociedad saldría manifiestamente perjudicada; cuando por cualquier motivo ésta haya dejado de percibir las rentas devengadas correspondientes a varios años; situación que se prolongue más allá de la disolución de la sociedad y fueren percibidas por uno de los cónyuges. Sin embargo, esta situación a nuestro modo de ver se encuentra un tanto atenuada por el art. 1737 del Código Civil, que textualmente dice: «Se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges y que de hecho no se adquirieron sino, después de disuelta la so-

ciudad, por no haberse tenido noticias de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce.

Los frutos que sin esta ignorancia o sin este embarazo hubieran debido percibirse por la sociedad, y que después de ella se hubieren restituído a dicho cónyuge o a sus herederos, se mirarán como pertenecientes a la sociedad».

La expresión «embarazo» que usa este artículo, es en realidad una expresión elástica y en consecuencia pueden caber dentro de ella, muchos casos en que los frutos se dejen de percibir mientras dura la sociedad. Así, siguiendo con el ejemplo del arrendamiento de un bien propio de uno de los cónyuges, puede presentarse el caso que el arrendatario por actos fraudulentos, burle a la sociedad y no cancele los cánones, y sólo consiga este objetivo el cónyuge dueño, una vez que ha expirado la sociedad. ¿No se aplicaría en este caso el artículo antes transcrito? ¿Qué razón habría para no considerar como un «embarazo» estos actos del deudor? Creemos, pues, que este artículo viene a solucionar muchos casos en que la regla del artículo 1772 en lo que se refiere a los frutos civiles ocasionaría perjuicios a la sociedad.

No participamos de la opinión del señor Amunátegui en cuanto cree que este artículo sólo se refiere a los frutos naturales. Una opinión de esta naturaleza va abiertamente contra el principio que donde la ley no distingue no le es lícito al hombre distinguir. El legislador habla de frutos, debemos, pues, entender que se refiere tanto a los naturales como a los civiles.

Como una consecuencia de lo expuesto, podemos

deducir que la cesación de la comunidad trae como corolario la terminación del usufructo que tiene la sociedad respecto de los bienes de la mujer.

Extinguida la sociedad el producto del trabajo de cada cónyuge incrementa el haber propio de ésta y no acrece al fondo social.

En una palabra como dicen Planiol y Ripert, (1) desde el día de la disolución la comunidad cesa en principio de ser alimentada y de acrecer.

127. Sin embargo, esta regla tiene una excepción; pues los frutos de los bienes comunes acrecen al fondo social, (2) así lo establece el inciso 2.º del artículo 1772 que dice: «Acrecen al haber social los frutos que de los bienes sociales se perciban desde la disolución de la sociedad», en lo cual no hay sino aplicación de los principios de la accesión.

Inoficioso consideramos decir que este artículo se refiere tanto a los frutos naturales como a los frutos civiles.

128. Los frutos producidos por un establecimiento industrial o de comercio, que pertenecía a la sociedad y que con posterioridad a la disolución es explotado por el cónyuge sobreviviente. ¿Qué suerte corren? Los tratadistas están de acuerdo en distinguir, según que la explotación posterior a la disolución sea o nó una continuación necesaria de la anterior explotación. (3) En el pri-

(1) o. c. t. 9 n. 778.

(2) S. 926 p. 530 G. 1887.

(3) GUILLOUARD, o. c. t. III n. 1329, PLANIOL Y RIPERT o. c. t. 9 n. 781.

mer caso, los frutos incrementarían los fondos sociales, deducido los gastos de explotación y un sueldo que se asigna el cónyuge sobreviviente como remuneración de su trabajo. Pero si se trata de operaciones nuevas que ha ejecutado el sobreviviente por su cuenta y riesgo, operaciones que no entraban en el funcionamiento de la casa de comercio, o si se trataba de un establecimiento como una farmacia donde la explotación exige iniciativa, conocimientos especiales y un trabajo propio, o todavía, si por sus esfuerzos personales el cónyuge ha transformado y agrandado el establecimiento hasta el punto que sería un establecimiento verdaderamente nuevo, los beneficios no los aprovechará la comunidad sino que permanecerán propios del cónyuge. A éste le asiste la obligación de pagar a la comunidad el arriendo del inmueble y los intereses del valor de la explotación. (1)

ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES COMUNES

129. Una vez que cesa la comunidad se extinguen también los poderes exorbitantes que tenía el marido; deja de ser dueño absoluto de los bienes sociales, deja de ser el libre administrador. La administración pasa conjuntamente a todos los comuneros, se aplican pues las reglas de la indivisión, todos tendrán poderes iguales, el marido queda colocado en un mismo nivel con los herederos de su mujer. El que desee contratar con la comunidad tiene que

(1) GUILLOUARD, o. c. t. III. n. 1329. PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 9. n. 781. LAURENT, o. c. t. 23. 8 y 9.

contratar con todos los comuneros individualmente considerados. Por derecho propio nadie tiene la representación de la comunidad; se trata solamente de distintos dueños de una misma cosa y hay que contemplar la voluntad de cada uno de ellos. (1)

130. La regla que todos los comuneros tienen iguales poderes de administración sufre dos excepciones:

La primera se produce cuando los hijos que quedan del matrimonio son menores. En este caso la comunidad será administrada por el padre o la madre en su doble calidad de comunero y de representante legal de sus hijos menores y deberá sujetarse en la parte de los hijos a las reglas dadas en la patria potestad.

La segunda, ocurre cuando todos los comuneros nombran de común acuerdo un administrador, el cual en su administración deberá sujetarse a los límites del mandato. Cuando los comuneros no se pusieren de acuerdo en la persona, corresponde a la justicia hacer el nombramiento en conformidad al art. 810 del Código de Procedimiento Civil que en su inciso primero establece: «Mientras no se haya constituido el juicio divisorio o cuando falte el árbitro que deba entender en él, corresponderá a la justicia ordinaria decretar la forma en que han de administrarse pro-indiviso los bienes comunes y nombrar a los administradores si no se pusieren de acuerdo en ellos los interesados». (2)

(1) BARROS ERRÁZURIZ o. c. t. 2.º p. 741.

(2) R. D. y J. t. 6.º s. 2.º p. 62.

131. Resumiendo: desde que se disuelve la sociedad conyugal hasta que se liquida, la comunidad que se forma entre los cónyuges, o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos, puede ser administrada por todos los comuneros conjuntamente, por el padre o la madre en su calidad de tal y como representante legal de sus hijos menores, o por un administrador, nombrado de común acuerdo o por la justicia cuando éste no se produjere entre los comuneros.

FIJACIÓN DEFINITIVA DEL PASIVO COMÚN

Es la tercera consecuencia que se deriva de la extinción del régimen de comunidad. Las deudas que con posterioridad contraigan los cónyuges gravan su patrimonio propio, pero nó los bienes comunes. Ya en este momento no cabe hacer la distinción entre deudas comunes y deudas personales, porque todas tienen este último carácter.

132. Como una consecuencia lógica de este principio se deduce que los bienes sociales no pueden ser embargados por deudas que contraiga el marido con posterioridad a la disolución. Así lo estableció la Corte Suprema en sentencia de 1.º de Octubre de 1925, recaída en el juicio Kruger con Venegas, y que se encuentra publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo 23, segunda parte, sección primera, página 517. El cuarto considerando dice: «Que el dominio del fundo Quebrada de Pastén, radicado antes en el marido como jefe de la sociedad conyugal, pasó, disuelta

la sociedad, a una comunidad formada por el propio marido y los herederos de la mujer; y que las obligaciones contraídas por el marido después de disuelta la sociedad no son obligaciones de ésta sino suyas propias». (1)

133. Terminaremos el segundo efecto que produce la disolución de la sociedad conyugal, analizando una cuestión interesante. ¿Pueden los hijos reivindicar la cuota que les corresponde en un bien de la comunidad, que es enajenado por el marido?

La jurisprudencia en las Cortes de Apelaciones no es uniforme. La Corte de Santiago se inclina por la afirmativa en sentencia de 29 de Marzo de 1885. (2) El considerando cuarto dice: «Que la acción deducida por los demandantes reivindicando una cuota determinada pro-indiviso de una cosa singular, como son las dos sextas partes que pretenden tener en la finca fué bien dirigida contra el actual poseedor».

La Corte de La Serena (3) en sentencia de 5 de Abril de 1917 opinó en forma contraria a la Corte de Santiago. Transcribiremos algunos de los considerandos para ver los fundamentos:

«10.º Que no habiéndose practicado hasta hoy la liquidación de la sociedad conyugal habida entre X y Z ni la partición de bienes quedados al fallecimiento de ésta, determinándose los patrimonios de

(1) En igual sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Valdivia s. 690 p. 1983 G. 1914, y la Corte de Apelaciones de Santiago R. de D. y J. t. VI s. 2.º p. 62.

(2) s. 1162 p. 693 G. 1885.

(3) s. 123 p. 306 G. 1917 t. 1.º.

ambos y dividiéndose los patrimonios comunes entre los copartícipes con arreglo a derecho, debe legalmente estimarse que el señor X no tenía a la fecha de la celebración de la citada escritura de 3 de Julio de 1905 el dominio exclusivo de las propiedades que vendió por medio de dicha escritura; que los demandantes tampoco tienen el dominio de la cuota de dichos bienes que reivindicán».

«11.º Que como consecuencia del considerando anterior no es procedente la acción interpuesta por los demandantes porque no son dueños de una cuota determinada pro-indiviso de la cosa singular sobre que versa la demanda».

La cuestión se traduce en establecer si en el caso propuesto tiene o nó aplicación el art. 812 del C. C. que a la letra dice: «Se puede reivindicar una cuota determinada pro-indiviso, de una cosa singular».

Nosotros creemos que sí. Así por ejemplo, si la sociedad se disuelve por separación de bienes, pasan a ser comuneros ambos cónyuges, y si en esta circunstancia el marido enajena una cosa que pertenecía a la sociedad, la mujer podría perfectamente reivindicar, pues se trata de cosa singular, sobre la cual la mujer tiene derecho a una cuota determinada, cual es la mitad. Supongamos ahora que la sociedad se ha disuelto por muerte de la mujer quedando dos hijos. Si en esta circunstancia el marido enajena un fundo que pertenecía a la sociedad, y actualmente al marido en comunidad con sus hijos, no vemos inconveniente para que uno de éstos reivindicue su cuota, por cuanto cumple con las exigencias del art. 892; hay una cosa singular: el fundo, y los hijos tiene sobre él una cuota de-

terminada: la cuarta parte cada uno, en representación de su madre que tenía la mitad.

En esta opinión no permaneceremos aislados sino que nos acompaña el pensamiento del más alto tribunal de la República como es la Corte Suprema, manifestando en sentencia de 16 de Septiembre de 1921, dictada en el juicio «Rendich con Sociedad Chilena de Salitres», y que se encuentra publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXI, Segunda Parte, Sección Primera, página 129. El caso debatido fué el siguiente: Durante la vigencia de la sociedad conyugal el marido compró la mitad de una estaca salitrera. Una vez disuelta la sociedad el marido diciéndose dueño exclusivo de la mitad de la estaca la vendió a la Sociedad Chilena de Salitres. Con estos antecedentes los hijos entablaron acción reivindicatoria en contra de la compañía por el 25% de las estacas. Se basaban para ello en que habiéndose adquirido ese bien a título oneroso era de la sociedad conyugal y por consiguiente, disuelta la sociedad, la media estaca, pasaba a pertenecer en común al cónyuge sobreviviente, es decir, a su padre, y a los herederos del cónyuge muerto, es decir, a ellos, y que en esta circunstancia el marido sólo pudo disponer de la cuota que en ella tenía más no de la totalidad.

El juicio, como es natural, fué ganado por los hijos. Uno de los considerando de la sentencia dice: «Que por tal circunstancia y por estar actualmente poseyendo el total del 50% común, la Compañía demandada, los menores demandantes han tenido pleno derecho para reivindicar su cuota y para que se reconozca su condominio en la cosa

singular sobre que se constituyó la comunidad; y al declararlo así los jueces del fondo lejos de haber violado los artículos 889, 870 y 892 del Código Civil, como se afirma en el primer capítulo del recurso, les han dado cabal y estricto cumplimiento».

3.º Si la mujer no ha renunciado a los gananciales en las capitulaciones matrimoniales, le nace el derecho de opción para aceptarlos o renunciarlos.

134. El artículo 1719 consagra el derecho de la mujer para renunciar a los gananciales en las capitulaciones matrimoniales. Dice así: «La mujer no obstante la sociedad conyugal, podrá renunciar su derecho a los gananciales que resulten de la administración del marido, con tal que haga esta renuncia antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad. Lo dicho se entiende sin perjuicio de los efectos legales de la separación de bienes y del divorcio».

El código francés en su art. 1453 declara nula toda convención que coarte el derecho de opción que tiene la mujer y a este respecto Marcadé et Pont (1) dice: «Esta facultad, compensación indispensable al derecho exorbitante que tiene el marido en su gestión es considerada con razón por el legislador como uno de los elementos esenciales del régimen de comunidad y constituye en la ley una de esas disposiciones de orden público, las cuales no pueden derogarse».

135. Nuestro Código nada dice sobre el particular, lo que quiere esto decir que la mujer podría renun-

(1) o. e. t. p. 621.

ciar al derecho de opción? Creemos que la respuesta debe ser negativa por varias razones: en primer término debemos considerar que la facultad de renunciar que tiene la mujer no está establecida en su solo interés sino también en el de sus herederos y sus acreedores de manera que conforme al art. 12 del C. C. le estaría prohibido hacerlo.

Además, el legislador sólo se ha puesto en el caso que se renuncie anticipadamente a la comunidad (art. 1719), no diciendo nada de que la mujer se obligue a aceptar de antemano los gananciales. Esto nos está demostrando que le está vedado, por cuanto si éste no hubiera sido el espíritu del legislador, se habría referido en el artículo citado, tanto a la renuncia como a la aceptación.

136. El derecho de opción le asiste a la mujer cualquiera que sea la causal por la cual se disuelva la sociedad conyugal, salvo que ésta haya sido el divorcio motivado por adulterio de la mujer. En este caso según lo prescribe el art. 171 la culpable pierde todo derecho a los gananciales, lo cual equivale a una renuncia forzada. Esta disposición fué tomada del derecho español. Ley 15 título XVII, Partida 7.^a y ley 81 de Toro.

137. Para que la opción sea válida se requieren tres requisitos:

1.º) La elección debe ser pura y simple y debe aplicarse a toda la comunidad, es decir, no se admi-

te la aceptación o renuncia sujeta a plazo o condición, o que sea parcial. (1)

2.º) La mujer o sus herederos deben tener la capacidad exigida para ejercer la opción. El artículo 1781 en su inciso 2.º establece que la mujer menor o sus herederos menores sólo pueden renunciar con aprobación judicial.

3.º) Es necesario que la opción haya sido libremente ejercida, pues como luego veremos en ciertos casos puede ser anulada por vicios del consentimiento.

138. Una vez que la mujer ha aceptado o renunciado los gananciales cumpliendo los requisitos anteriormente señalados, la elección es definitiva, es irrevocable. Esto lo dice expresamente nuestro código en cuanto a la renuncia en el inciso 2.º del art. 1782 que reza: «Hecha una vez la renuncia no podrá rescindirse a menos...»

Del hecho que el legislador no se haya referido a la aceptación no podemos deducir que ésta pueda ser revocada. No existiría ninguna razón para aplicar un criterio distinto en dos casos tan semejantes. Además el legislador al hablar de las sucesiones en el artículo 1234, declara irrevocable la aceptación y como luego veremos en materia de aceptación de los gananciales el código nada ha dicho por cuya razón debemos aplicar las reglas dadas para las sucesiones.

Por último, en el Código Francés el art. 1455, declara irrevocable la aceptación y nada se dice de

(1) PLANIOL Y RIPERT, o. e. t. 9 n. 755. GUILLOUARD, o. e. t. III n. 1283.

la renuncia, sin embargo los autores están acordes en darle a ésta el mismo carácter.

139. El principio de la irrevocabilidad de la opción no es absoluto, tiene en el derecho tres excepciones:

a) Se puede rescindir la renuncia que ha hecho la mujer menor cuando no ha sido aprobada por el juez.

Como ya lo habíamos dicho el art. 1781 exige para la renuncia de la mujer menor, autorización judicial estando así en perfecta consonancia con el art. 1721 que exige igual formalidad cuando la renuncia sea hecha en las capitulaciones matrimoniales. Nada dice el código en lo que se refiere a la aceptación. Nosotros creemos que la mujer, aún menor, puede aceptar libremente, no podemos aplicar por analogía las reglas de la renuncia, por cuanto las formalidades son siempre de derecho estricto, de manera que no admiten aplicación analógica.

La nulidad en este caso prescribe en cuatro años conforme las reglas generales de la nulidad, y el plazo se cuenta desde la renuncia.

140. b) El segundo caso en que la renuncia o la aceptación puede rescindirse lo consagra el art. 1782 (1) inciso 2.º, dice así: «Hecha una vez la renuncia no podrá rescindirse a menos de probarse que la mujer o sus herederos han sido inducidos

(1) Concordancias: Cód. de Napoleón art. 1455, Cód. del Uruguay art. 2020, Cód. de Bélgica art. 1455, Cód. de Colombia art. 1838, Proyecto de 1845 art. 65. Proyecto de 1847 art. 304, Proyecto Inédito art. 1953 b.

a renunciar por engaño a por un justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales». Esta acción recisora prescribirá en cuatro años contados desde la disolución de la sociedad». Este artículo debemos entender que se aplica a la aceptación y relacionarlo con el 1234 que se refiere a la aceptación de las sucesiones que dice: «La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo...» De la lectura de estos artículos se desprende que las causales que en este caso producirían la rescisión, son el dolo, la fuerza o un justificable error acerca de verdadero estado de los negocios sociales.

141. En cuanto a la fuerza, no nos ofrece ninguna particularidad y en consecuencia debemos aplicar las reglas generales de este vicio del consentimiento contenidas en los artículos 1456 y 1457. Sin embargo, no está demás recordar que la fuerza es esencialmente relativa y que para calificarla como vicio del consentimiento es necesario tomar en cuenta las condiciones personales de la persona sobre la cual se ejerce; y también que para tomar este carácter no es necesario que la haya empleado el que se beneficie con ella.

142. En lo que se refiere al dolo se nos ofrecen algunas particularidades que lo diferencian del dolo en los contratos. Según el artículo 1458 para que el dolo vicie el consentimiento es necesario que sea obra de una de las partes, pues, bien, esta regla no se aplica en este caso y la aceptación o renun-

cia podrá rescindirse cualquiera que sea el autor del dolo.

La razón de esta distinción es clara: el artículo 1458, habla del dolo cuando es obra de una de las partes, lo cual supone que se está hablando de un acto bilateral dado los términos plurales en que está redactado. Ahora bien, la aceptación o renuncia es un acto jurídico unilateral por cuya razón el artículo a que nos referimos le es inaplicable. Por lo demás los autores no discuten sobre este punto. Así por ejemplo, Mourlon dice sobre la cuestión: «El dolo no es en los contratos una causal de rescisión sino cuando es practicada por la persona con quien se contrata. En materia de aceptación de comunidad o de sucesión la ley no distingue la persona de donde emana, es bastante con que exista. Así si la mujer ha hecho rescindir su aceptación por causa de dolo practicado por los herederos del marido, es restituído contra su aceptación, aún respecto de los sucesores de la comunidad». (1) En los contratos los autores hablan de dolo «*in personam*», y en el caso que examinamos de dolo «*in rem*».

Nuestro Código, en esta materia ha sido más exacto que el francés, por cuanto en éste se habla del dolo cometido por los herederos, lo cual ha sido motivo de vacilaciones, si este artículo se aplica cuando el dolo es obra de los acreedores de la sociedad; en nuestra legislación no existe la dificul-

(1) o. e. t. II. p. 75. CONFORMES GUILLOUARD o. e. t. 3 n. 1275; BAUDRY LACANTINERIE o. e. t. 15 n. 1018; MARCADÉ ET PONT o. e. t. 5.º sobre los arts 1454 y 1455.

tad, pues el art. 1482 no distingue, luego se aplica a ambos casos.

Se comprende fácilmente el interés que pueden tener los herederos del marido en que la mujer renuncie los gananciales, pues esto va en provecho directo de ellos. En cuanto al interés que puedan tener en que acepte ya es más difícil de explicárselo, porque cuando acepta la mujer, lo hace con beneficio de inventario.

Por lo que refiere a los acreedores de la sociedad, la verdad que dado el modo como está constituida, poco les importa que la mujer acepte o renuncie los gananciales. Después volveremos sobre este punto.

143. Por último, tenemos como causal de rescisión dentro de la que estudiamos, el error justificable sobre el verdadero estado de los negocios sociales.

Esta causal no existe en el código francés y algunos autores la rechazan expresamente. (1) La verdad que es una causal peligrosa, quedando entregado al criterio del juez la calificación de si el error ha sido o no justificado. Con un juez benévolo esta causal puede dar lugar a muchos abusos.

144. La acción para pedir la rescisión de la opción, por dolo, fuerza o error prescribe en cuatro años contados desde la disolución de la sociedad.

Esta disposición en cuanto establece el plazo de prescripción aplica los principios generales de la nulidad relativa, pero se aparta de ellos en cuanto

(1) BAUDRY LACANTINERIE o. c. t. 15 n. 1033.

al momento en que el plazo se empieza a contar. En la nulidad relativa según lo establece el inciso segundo del art. 1691 se contará en el caso de violencia desde que esta hubiere cesado; en el caso de error o dolo desde el día de la celebración del acto o contrato. En cambio en este caso se cuenta desde la disolución de la sociedad. No vemos la razón que ha tenido el legislador par acambiar de criterio.

145. c) El tercer caso en que la renuncia o aceptación puede rescindirse, (aún cuando en este caso deberíamos hablar de revocación y nó de rescisión, seguimos usando este vocablo para que haya uniformidad en los tres casos) se produce cuando estos actos los ha hecho la mujer en fraude de los derechos de los acreedores. No está contemplada expresamente esta causal, pero en ella no hay sino una aplicación de la acción pauliana. La cuestión es de interés por eso merece que la tratemos con algún detenimiento.

El caso interesante se nos presenta en lo que se refiere a la renuncia, ya que en la aceptación, no cabe fraude con relación a los acreedores personales, por cuanto la mujer no responde de las deudas sociales más allá de los beneficios recibidos de la sociedad.

Para estudiar el caso de la renuncia fraudulenta, consideramos de mucho interés que hagamos un pequeño comentario al art. 1394 del C. C. que a la letra dice: «No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.

Los acreedores, con todo, podrían ser autorizados por el juez para sustituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante si lo hubiere, se aprovechará el tercero».

Dentro de estos casos el que a nosotros nos interesa es el de la repudiación de la herencia, el cual está contemplado expresamente en el art. 1238, que repite las reglas dadas por el artículo que acabamos de transcribir.

Algunos autores, (1) en este artículo, probablemente influenciados por la palabra «sustituirse» que usa el legislador, un caso típico de sustitución del acreedor en los derechos del deudor. La calificación que se dé a esta acción tiene para nuestro estudio mucha importancia, porque si realmente fuera un caso de sustitución del acreedor en los derechos del deudor, tendríamos que concluir, ya que así no lo hiciéramos careceríamos de lógica, que cuando los acreedores atacan la renuncia que hace la mujer de los gananciales se están sustituyendo a ésta.

Ahora bien, sabemos que en nuestra legislación a diferencia de la francesa, la sustitución del acreedor en los derechos del deudor sólo procede en los casos que el legislador expresamente la autoriza, como sucede por ejemplo en los arts. 1965 y 1968 del C. C. La conclusión a que llegaríamos fluye sola: no estando autorizada expresamente en el caso de la renuncia de gananciales la sustitución, ello no podría hacerse.

Sin embargo nosotros, no obstante todo el respeto debido a tan distinguido juriconsulto como es don

(1) ARTURO ALESSANDRI R. Apuntes de clase,

Arturo Alessandri, creemos que en el art. 1394, no estamos en presencia de un caso de sustitución, sino que constituye una aplicación lisa y llana de la acción pauliana. Para pensar así no estamos desprovistos de razones.

Tenemos primeramente que mientras la sustitución se caracteriza porque se hace entrar al patrimonio del deudor bienes que nunca han estado en él, en la acción pauliana por el contrario se hacen entrar bienes que han salido fraudulentamente de manos de éste. En el caso que analizamos sucede ésto último, ya que la herencia la adquiere el heredero por el solo ministerio de la ley, de manera que al repudiarla sale algo que ya estaba en el patrimonio.

Otra diferencia que existe entre ambas instituciones es que la acción pauliana beneficia únicamente al acreedor que la ejerce, en cambio en la sustitución los bienes pasan a robustecer la prenda general del deudor, a robustecer su patrimonio, aprovechando en consecuencia a todos los acreedores. Ahora bien, de la sola lectura del artículo que comentamos se desprende que en ese caso la acción sólo beneficia al acreedor que la ejercita.

Por último, tenemos, que de admitir la opinión del señor Alessandri llegaríamos a conclusiones que dentro de nuestra legislación no podemos admitir.

Todos los autores y con ellos el juriscunsulto citado reconocen que cuando el acreedor se sustituye en los derechos del deudor, obra como su mandatario, de manera, que jurídicamente es igual que si obrara el propio deudor. Siendo así llegamos a la conclusión que en el caso del art. 1394, donde el

acreedor puede aceptar únicamente hasta el monto de su crédito subsistiendo en el resto la repudiación, el deudor heredero acepta en parte y en otra renuncia lo cual se lo prohíbe expresamente el inciso primero del artículo 1228, que a la letra dice: «No se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto».

Por las razones dadas creemos haber demostrado que el art. 1394 es una aplicación de la acción pauliana y en consecuencia no hay ningún inconveniente para aplicarlo al caso en que la mujer renuncie a los gananciales en fraude de sus acreedores.

146. Los efectos que produce la rescisión de la aceptación o renuncia no son los mismos en todos los casos. Cuando ésta se produce por incapacidad, o por vicios en el consentimiento, le nace a la mujer nuevamente la facultad de optar por una u otra situación. Se mirará como si la mujer no hubiere hecho uso de este derecho, y en consecuencia todos los efectos que se derivaron de esta renuncia o aceptación nula, deben cesar.

Si la rescisión se opera por la última causal la mujer no recupera su derecho de opción, la rescisión obra en beneficio de los acreedores hasta concurrencia de sus créditos subsistiendo en el resto.

DE LA ACEPTACIÓN DE LOS GANANCIALES

147. En lo que se refiere a la aceptación de los gananciales, el legislador ha sido muy parco, refi-

riéndose a ella solamente el art. 1767 (1) que dice: «La mujer que no haya renunciado los gananciales antes del matrimonio o después de disolverse la sociedad, se entenderá que los acepta con beneficio de inventario». Más bien este artículo se limita a establecer los efectos de la aceptación.

Dado el silencio guardado por el legislador no vemos inconveniente para aplicar las reglas de la herencia en cuanto determinan como puede ésta aceptarse. Según ésto, los gananciales los puede aceptar la mujer expresa o tácitamente. Existiría el primer caso cuando la mujer toma el título de comunera, o manifiesta en términos claros y explícitos su intención de aceptar.

Estaríamos en presencia de una aceptación tácita cuando la mujer ejecuta actos que suponen necesariamente su intención de aceptar y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de comunera.

De la aceptación expresa poco tenemos que decir, ella se producirá por ejemplo cuando la mujer declara aceptar los gananciales bien sea en una escritura pública o en una escritura privada.

148. La aceptación tácita se produce como decíamos cuando la mujer ejecuta actos que supongan necesariamente la intención de aceptar.

Serían actos que implican esta clase de aceptación: la venta o enajenación que ejecutan la mujer de bienes sociales, salvo que sean bienes de fácil corrupción. El hecho que la mujer demande la

(1) Concordancias: Cód. del Uruguay art. 2004; Cód. de Colombia art. 1823, Proyecto de 1853 art. 1952, Proyecto Inédito art. 1940.

liquidación y partición de la comunidad. (1) La demanda que entable contra los deudores de la comunidad. El hecho de pagar deudas de la sociedad, salvo que se hagan con el fin de evitar un embargo, (2) etc.

Los actos conservativos, los de inspección y administración provisoria urgente, no constituyen por sí solo actos que supongan aceptación. Como serían por ejemplo las reparaciones urgentes, la venta de objetos de fácil corrupción, la continuación provisoria de negocios en la comunidad con el fin de evitar pérdidas.

Los autores franceses con excepción de Laurent, están de acuerdo en que la mujer puede hacerse autorizar por el juez para ejecutar un acto, con el fin de que no se le mire como aceptante.

Este criterio parece ser aplicable a nuestra legislación, por lo que dispone el artículo 1244 que dice: «La enajenación de cualquier efecto hereditario, aún para objetos de administración urgente es acto de herederos, sino ha sido autorizado por el juez, a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal».

En Francia los jurisconsultos han llegado a la conclusión que si la mujer renuncia en favor de los herederos por una cantidad de dinero debe considerarse como aceptante. Se basan para ello que el art. 780 del C. C. establece ese principio para las herencias. No existiendo en nuestra legislación un principio análogo al art. 780 de ese código no pode-

(1) GUILLONARD o. c. t. 3 n. 1256.

(2) BAUDRY LACANTINERIE o. c. t. 15 n. 1638.

mos aceptar la conclusión a que llegan los citados autores.

En suma, como dice Baudry Lacantinerie, (1) habría aceptación tácita cuando los actos indiquen la voluntad de aceptar: 1.º) porque ellos son ejecutados en la calidad de mujer común o de los sucesores de ésta, y de que no han podido ser hechos en otra calidad; 2.º) porque no son actos meramente conservativos que es urgente ejecutar.

En el código francés existe otro caso en que la mujer se considera aceptante: cuando ha sustraído u ocultado algún efecto de la comunidad. En nuestro derecho este acto no produce estos efectos sino otro distinto que estudiaremos cuando nos ocupemos del artículo 1768.

149. El legislador no ha fijado plazo para que la mujer acepte la comunidad, tenemos pues que concluir que puede hacerlo en cualquier momento a contar desde la disolución de la sociedad.

El efecto que produce la aceptación de los gananciales, de parte de la mujer, es hacerla dueña de la mitad de ellos y en consecuencia debe procederse a la liquidación de la sociedad y partición de los gananciales.

En cuanto a los efectos que produce con relación a las deudas sociales, la estudiaremos en su oportunidad.

DE LA RENUNCIA DE LOS GANANCIALES

150. La facultad que tiene la mujer de renunciar a la comunidad, nació en el derecho en la for-

(1) o. c. t. 15 n. 1036.

ma más curiosa y casual. Tuvo su origen en tiempo de las cruzadas como una consecuencia de los enormes gastos que éstas originaban a los nobles; de aquí se dedujo la injusticia que habría en hacer que la mujer cargara con la mitad de las deudas que aquellos contraían con estos fines. En un principio en el art. 115 de la antigua costumbre de París año 1510 se concedía esta facultad solamente a las mujeres nobles, lo cual se explicaba por el origen que había tenido esta institución. Posteriormente, la nueva costumbre de París art. 237 año 1580 extendió esta facultad a las mujeres plebeyas. (1)

151. Las razones que ha tenido en vista el legislador para conceder a la mujer la facultad de renunciar a la comunidad son de estricta justicia. Berlier en la exposición de motivos del Código francés decía: «El marido es señor de los bienes comunes, dispone como dueño. Puede disipar la comunidad o gravarla de deudas sin que la mujer tenga el derecho a oponerse. ¿Cuál es pues la posición de la mujer? Ella pone en la comunidad su fortuna mueble, el goce de sus inmuebles y su trabajo; el solo derecho que tiene en compensación es una esperanza: partirá los beneficios si los hay y aún puede perder lo que ha aportado si el marido la ha disipado. Sería de toda inequidad que la mujer que permanece extraña a la gestión que ha arruinado la comunidad fuera forzada a aceptar los desastrosos resultados. El derecho de op-

(1) AUBREY, ET RAU, o. c. t. 5.º p. 412 nota 1.

ción es pues como lo dice Duvergier no de justicia liberal, pero de equidad rigurosa». (1)

152. La renuncia de los gananciales fué en los primeros tiempos un acto solemne. Muerto el marido y una vez enterrado, la mujer se desprendía de una bolsita y de las llaves que llevaba en la cintura y las depositaba encima de la tumba del marido, con lo cual quería significar que no se aprovechaba de las ganancias y que renunciaba a toda ingerencia en los bienes sociales. (Costumbre de Meaux art. 52, Costumbre de Borgoña art. 20, Costumbre de Vitry le Français art. 91). (2).

En Francia, se conserva parte del formulismo. Según el art. 1457, la renuncia debe hacerse por escrito ante un oficial público e inscribirse en el registro en el cual se anotan las renunciaciones a las sucesiones. Los autores han entendido que esta exigencia sólo rige con respecto a terceros, de manera que entre los cónyuges es un acto consensual.

153. En nuestro derecho como hemos visto la mujer puede renunciar los gananciales en dos ocasiones: o bien en las capitulaciones matrimoniales o una vez disuelta la sociedad.

154. El derecho a renunciar los gananciales en las capitulaciones matrimoniales lo consagra el art. 1719 que hace un momento transcribimos. Pasamos a ocuparnos de él.

Don Andrés Bello no fué muy feliz en la redac-

(1) Citado por LAURENT, o. c. t. 22 n. 361.

(2) POTHIER, o. c. t. 7 n. 552.

ción del artículo en estudio, pues habla del derecho que tiene la mujer a renunciar a los gananciales que resulten de la administración del marido, de lo cual parece deducirse que no le asiste este derecho cuando se produce la administración extraordinaria de la sociedad. Esto no obstante, debemos deducir que la mujer tiene esta facultad bien sea que la sociedad sea administrada por ella misma, por un curador o por su marido. Para pensar así nos basamos en que la renuncia que se efectúa una vez disuelta la sociedad, puede hacerse, cualquiera que haya sido la administración y no se ve por qué en este caso iba el legislador a cambiar de criterio.

Además, si la renuncia de los gananciales sólo la pudiera efectuar la mujer cuando ha administrado el marido, resultaría que la mujer aceptaba en parte y renunciaba en otra, lo cual es contra derecho.

Para renunciar a los gananciales en las capitulaciones, la mujer menor de edad requiere autorización judicial y además consentimiento de la persona que ha debido dárselo para contraer matrimonio (art. 1721).

En caso de negativa de esta persona ¿le bastaría únicamente la autorización judicial? De los términos del artículo se desprende la contestación negativa, pues exige ambas condiciones copulativamente, de manera que cualquiera que falte vicia el acto de nulidad.

En el caso que la mujer renuncie a la sociedad en esta oportunidad, pierde todo derecho en ella y aún caduca esa expectativa que tiene a llegar a

ser condueña con su marido, el cual pasa a ser dueño absoluto de los bienes sociales antes y después de la disolución de la sociedad.

El segundo inciso del art. 1719 agrega que la renuncia de gananciales se entiende sin perjuicio de los efectos legales de la separación de bienes y del divorcio.

Esta disposición debemos entenderla en el sentido que la renuncia de gananciales no priva a la mujer del derecho de pedir la separación de bienes o el divorcio, así existe relación entre este artículo y el 153 que establece la prohibición de la mujer de renunciar en las capitulaciones la facultad de pedir separación de bienes. No podemos darle a este inciso otro alcance más genérico, porque existiría contradicción entre toda la disposición y el art. 158 que habla de los efectos de la separación de bienes en cuanto a la disolución de la sociedad conyugal.

El hecho que no obstante haber renunciado la mujer a la sociedad en las capitulaciones matrimoniales pueda aún pedir separación de bienes, nos está demostrando que este derecho no lo ha establecido el legislador únicamente en resguardo de la expectativa que tiene la mujer durante la sociedad de llegar a ser dueña de la mitad de gananciales, sino muy principalmente en defensa de los aportes.

155. La otra oportunidad que tiene la mujer para renunciar los gananciales es una vez que esté disuelta la sociedad. Consagra esta facultad el art. 1781 del C. C. que a la letra dice: «Disuelta la so-

ciudad, la mujer mayor o sus herederos mayores tendrán la facultad de renunciar a los gananciales a que tuvieren derecho. No se permite esta renuncia a la mujer menor, ni a sus herederos menores, sino con aprobación judicial». (1)

156. Nuestro Código no ha establecido la forma en que la mujer haga la renuncia en este caso, es un acto consensual, no podemos crearle solemnidades si no las ha establecido el legislador por cuanto son de derecho estricto. Sin embargo, parece que se debe descartar la renuncia verbal que daría muchas dificultades en lo que respecta a la prueba.

En los proyectos de 1846 y 1847 parece que la renuncia sólo podrá hacerse por escrito. Ello se desprende de los artículos 65 y 304 respectivamente que en una parte decían: «La renuncia expresa, si es hecha en las capitulaciones matrimoniales por mujer menor con las formalidades legales o si es hecha por mujer mayor en escritura pública o privada después de disuelta la sociedad conyugal no podrá revocarse, etc.».

157. ¿Qué plazo tiene la mujer para renunciar? También guardó el silencio el legislador. Sin embargo, del artículo 1782 inciso primero se deduce que no tiene ninguno. El artículo dice que puede renunciar mientras no haya entrado en su poder

(1) Concordancias: Cód. de Napoleón art. 1453, Cód. del Uruguay art. 2018, Cód. de Bélgica art. 1453, Cód. de Colombia art. 1837. Proyecto de 1845 art. 65. Proyecto de 1847 art. 304. Proyecto de 1853 art. 1951. Proyecto Inédito art. 1953 n.

ninguna parte del haber social a título de gananciales.

No hay duda que los términos usados por el legislador han sido poco felices. A nuestro modo de ver lo que quiso significar fué que la mujer conserva la facultad de renunciar mientras no haga ningún acto de aceptación tácita. Los términos que empleó el legislador encierran un contra sentido porque sólo podrán entrar bienes como gananciales al patrimonio de la mujer cuando ésta los haya aceptado.

158. El marido puede renunciar los gananciales?

Esta es una cuestión que no está clara en nuestra legislación. La duda nace según nuestra opinión de dos artículos. Tenemos primeramente el inciso segundo del artículo 1176 que dice: «Se imputará por tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tiene derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales si no la renuncia-re». Vemos que este artículo habla de cónyuge sin hacer distinciones, por lo cual parece que le fuera permitido hacerlo.

Otro tanto sucede en el artículo 1721 que reza: «El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos las que tengan por objeto *renunciar los gananciales*, o enajenar bienes raíces, etc.

Esto no obstante la idea que siempre han sostenido los profesores de Derecho Civil de nuestra Universidad, como don Leopoldo Urrutia, don Arturo Alessandri, don Guillermo Correa, don Oscar Dávila, es que el marido no puede renunciar los gananciales.

Don Pablo Ramírez (1) sostiene lo contrario, pero la verdad es que su afirmación no la apoya con ningún argumento.

Entre los autores franceses la cuestión no se discute, todos están de acuerdo en negarle este derecho al marido.

Podemos pues opinar sin temor a equivocarnos, que el marido no puede renunciar a los gananciales, y que aún en el caso de resolver lo contrario, hay que concluir que esta renuncia no produciría los efectos que produce en la mujer sino que únicamente se podría mirar como una donación revocable que el marido hace a su mujer. Pensar de otra manera es desquiciar el régimen de comunidad y no tomar en cuenta que las reglas del párrafo 6.º del título de la sociedad conyugal se refieren según lo dice expresamente el legislador a la renuncia que haga la mujer.

159. La facultad que tiene la mujer de renunciar los gananciales se transmite a los herederos. ¿Qué sucede si no hay acuerdo entre ellos para aceptar o renunciar? La ley siguiendo las doctrinas de Pothier, establece en el art. 1785 que cada uno tiene libertad para optar, por cuanto es un

(1) o. c. n. 104.

derecho divisible. La parte de los herederos que renuncian acrece al marido, como dicen los autores *jure non descrecendi*. En el derecho antiguo francés, Lebrún no era partidario de esta solución; según él la parte de los que renunciaban debía acrecer a los co-herederos. Tanto el Código francés como el nuestro no siguieron estas doctrinas, sino como hemos dicho optaron por las de Pothier.

Sin embargo, esta regla no es absoluta. La parte de los que renuncian no acrecerá al marido sino a los co-herederos, cuando aquellos hubieren renunciado a la sucesión de la mujer.

Todo lo dicho acerca de la aceptación o renuncia de la mujer es aplicable a sus herederos conforme a lo establecido por el art. 1780 del Código Civil.

Tocaríamos ahora entrar a estudiar los efectos que produce la renuncia de los gananciales que hace la mujer; pero para hacer este estudio es necesario conocer varias ideas que aún no hemos desarrollado. Por esta razón lo haremos en su oportunidad cuando ya conozcamos las ideas aludidas.

Terminado el estudio del derecho de opción entramos a ocuparnos del cuarto efecto que produce la disolución de la sociedad: la liquidación de la misma.



TERCERA PARTE

LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

160. Sánchez Román dice que bajo el nombre de liquidación de la sociedad de ganancias, se comprenden todas las operaciones necesarias para determinar si existen gananciales y su distribución por mitad entre ambos cónyuges, previas las declaraciones y reintegros a cada uno de ellos y de los que son bienes de su pertenencia particular, así como de las responsabilidades que fueran imputables al acervo común. (1)

Antes de hablar de la liquidación propiamente dicha, comentaremos los artículos 1765, 1766 y 1768 del C. C. que han sido dictados por el legislador como medidas de orden, con el fin de resguardar los intereses tanto de los cónyuges como de terceros.

Los artículos 1765 y 1766 se refieren a la obligación de hacer inventario y tasación de todos los bienes quedados al tiempo de la disolución; y el 1768 establece una pena para el cónyuge o sus he-

(1) VALVERDE, o. c. t. 4.º p. 384.

rederos que hubiere distraído u ocultado algún bien de la sociedad.

Nos ocuparemos primeramente de la obligación de hacer inventario y tasación.

Del inventario y de la tasación

161. Art. 1765, (1). «Disuelta la sociedad se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte».

Art. 1766 (2). «El inventario y tasación que se hubieren hecho sin solemnidad judicial, no tendrán valor en juicio, sino contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado.

Si entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes, serán de necesidad el inventario y tasación solemnes; y si se omitiese hacerlos, aquel a quien fuere imputable esta omisión, responderá de los perjuicios; y se procederá lo más pronto posible a legalizar dicho inventario y tasación en la forma debida».

En nuestro derecho debe hacerse inventario

(1) Concordancias: Cód. del Uruguay art. 199. Cód. de Napoleón art. 1442. Cód. de Colombia art. 1821. Cód. de Argentina art. 1347. Cód. de España art. 1418. Cód. de Bélgica art. 1442. Cód. de Honduras art. 1418. Art. 60. Proyecto de 1845. art. 299. Proyecto de 1847. Proyecto de 1853 art. 1936. Proyecto Inédito art. 1926.

(2) Concordancias: Cód. del Uruguay art. 2000. Cód. de Colombia art. 1822. Cód. de Napoleón art. 1442. Cód. Belga art. 1442. Proyecto de 1853 art. 1938. Proyecto Inédito art. 1938. Proyecto de 1847, art. 303.

cualquiera que sea la causal que haya dado origen a la disolución de la sociedad, diferenciándose en esto de la legislación francesa donde sólo se exige cuando la disolución es motivada por la muerte de uno de los cónyuges.

162. En principio podemos decir que no es necesario que el inventario sea solemne, salvo que entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para administrar sus bienes. En este caso es obligatorio hacer un inventario de esta naturaleza.

En general, habrá necesidad de hacer inventario solemne cuando entre los copartícipes hay algún incapaz sea absoluto o relativo.

Inventario solemne es el que se hace en virtud de decreto judicial por un ministro de fe ante dos testigos mayores de 18 años y con citación de los interesados (art. 1037 y siguientes del C. de Procedimiento Civil y 7.º decreto-ley 328). No es de rigor que el ministro de fe sea un notario, puede perfectamente ser un receptor o un secretario de juzgado.

163. No obstante que la ley no exige que el inventario sea solemne cuando no hay incapaces, es conveniente hacerlo por varias razones:

1.º) Porque el que no tenga este carácter sólo tiene valor en juicio contra el cónyuge, herederos y acreedores que lo hubieren debidamente aprobado o firmado. (1) En cambio cuando es solemne,

(1) S. 38 p. 11 G. 1865. Corte de Apelaciones de Santiago 27 Diciembre de 1814.

siendo un instrumento público hace fe respecto de todos.

2.º) Así se obtiene una prueba mucho más fácil y segura para conocer los bienes que quedan al disolverse la sociedad.

3.º) Muy principalmente conviene a la mujer, para aprovecharse del privilegio de cuarta clase que la ley le concede en el número 3.º del art. 2481, sobre los bienes del marido; y también para aprovecharse del beneficio de no ser obligada a responder de las deudas sociales sino hasta su mitad de gananciales. Estas materias las trataremos después con detenimiento.

El inventario debe comprender tanto los bienes propios de los cónyuges como los que en definitiva resulten ser gananciales. Así se desprende claramente del art. 1766.

164. Qué sanción tiene la falta de inventario?

El legislador dice que el culpable de la omisión responderá de los perjuicios que hubiere ocasionado. Así lo ha resuelto uniformemente la Corte Suprema. Al efecto pueden consultarse la sentencia de 15 de Octubre de 1912 que aparece publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XI, segunda parte, sección primera, página 67, y la de 2 de Enero de 1920 que aparece publicada en la misma Revista, tomo XVIII, segunda parte, sección primera, página 330.

La primera sentencia recayó en un juicio en que se pedía la nulidad de la liquidación de una sociedad conyugal en que habían menores, por haber omitido el inventario solemne. Transcribere-

mos dos de sus considerandos por creerlos de interés:

7.º «Que la única sanción que la ley impone, a quien fuera imputable la omisión es la de responder de los perjuicios, y aunque en seguida se ordene expresamente que «se procederá lo más pronto posible a legalizar dicho inventario y tasación en la forma debida», ninguna nueva sanción impone al negligente».

8.º «Que lo expuesto en el considerando anterior, se halla corroborado en la historia fidedigna de la ley. En efecto, el artículo 1938 del Proyecto del Código Civil (año 1853), era igual al 1766 del Código que hoy rige hasta donde ambos dicen: «responderá de los perjuicios», y en aquel se agregaba: «quedando en todo caso, a dichas personas, el remedio de la rescisión para que se proceda al inventario y tasación con las formalidades legales» mientras en el actual se añade: «y se procederá lo más pronto posible a legalizar dicho inventario y tasación en la forma debida». De lo cual se infiere que la acción rescisoria, que el proyecto concedía, quedó suprimida, y vigente sólo la sanción de pago de perjuicios contra el culpable de la omisión».

165. En el antiguo derecho francés la sanción de la falta de inventario era como vimos la continuación de la comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos menores. El Código actual en el art. 1442 desecha expresamente esta sanción reemplazándola por las siguientes: los interesados pueden probar por cualquier medio la consistencia de la comunidad, aún por la pública notorie-

dad y si hay hijos menores el cónyuge sobreviviente pierde el usufructo de sus bienes, estando el tutor que lo subroga obligado a hacer el inventario y si lo omitiere queda solidariamente responsable con aquel de los perjuicios que pueden ocasionar al menor.

166. ¿En qué plazo debe hacerse el inventario? El art. 1765 se remite en este punto a las reglas dadas en la sucesión por causa de muerte, pero, la referencia resulta inútil, pues entre esas reglas no se determina el plazo en que debe hacerse. Todo lo que encontramos en ese título que tenga relación con el llamado que hace el art. 1765 es el 1252, el cual manifiesta que el heredero conserva la facultad de aceptar con beneficio de inventario, mientras no haya hecho acto de heredero. Vemos, pues, que no fija ningún plazo, por lo cual debemos concluir que puede hacerlo en cualquier momento. (1)

El código francés guardó silencio sobre esta misma cuestión, pero la mayoría de los tratadistas están acordes en aplicar por analogía las reglas de la sucesión llegando a la conclusión de que debe hacerse dentro de los tres meses desde la disolución de la sociedad, plazo que puede ser prorrogado (arts 795 y 798).

Habría sido más conveniente que el legislador hubiera fijado un plazo para hacer el inventario: un inventario tardío muchas veces de nada sirve y no prestará ninguna utilidad.

(1) En los primeros proyectos de Código se establecía un plazo de 60 días, pero en el proyecto del 53 se estableció una disposición igual al art. 1252 actual, olvidándose don Andrés Bello de corregir la referencia que hace el art. 1765.

Al no fijar plazo para hacer inventario, el código está en armonía con la libertad que ha dejado a la mujer para aceptar o renunciar los gananciales mientras no haga actos que signifiquen aceptación tácita.

167. En cuanto a la forma en que debe hacerse el inventario el art. 1765 también se remite a las reglas de la sucesión. El art. 1253 de este título establece: «En la confección del inventario se observará lo prevenido para el de los tutores y curadores en los artículos 382 y siguientes y lo que en el Código de Enjuiciamiento se prescribe para los inventarios solemnes».

Las reglas que se dan para los tutores y curadores pueden sintetizarse como sigue: Debe comprender los bienes raíces y muebles, particularizándolos uno a uno, los que consisten en número, peso o medida, se señalan colectivamente señalando la cantidad y calidad. Además comprenderá los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y las deudas, los libros de comercio o de cuenta y en general todos los objetos salvo que no tengan ningún valor o utilidad.

Si terminado el inventario aparecieren nuevos bienes que acrecen a los anteriores o de los cuales no se tuvo noticia se hará un inventario solemne de ellos y se agrega al primero. Deben inventariarse aún las cosas que no pertenecen a la persona cuya hacienda se inventariaría si se encontrase entre las que lo son (Arts 382, 383 y 384).

168. Ya que hablamos de inventario no está demás recordar el art. 1739 que reza: «Toda canti-

dad del dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario.

Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento.

La confesión, no obstante, se mirará como una donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar.

Sin embargo, se mirarán como pertenecientes a la mujer, sus vestidos y todos los muebles de su uso personal necesarios».

Este artículo en su inciso primero establece en favor de la sociedad una presunción que viene desde el derecho antiguo español, (1) y que dado su carácter de legal admite prueba en contrario. El legislador velando por los intereses de terceros excluye como medio de prueba la confesión de los cónyuges porque podría dar origen a colusiones y fraudes en que los perjudicados serían los terceros.

Sin embargo, la ley da a la confesión en este caso un valor especial: la considera como donación revocable que se confirma por la muerte del donante. Esta disposición está en armonía con el criterio del legislador de no permitir las donaciones irrevocables entre los cónyuges (Arts. 675, 1137, 1138 y 1139).

(1) Novísima Recopilación. Libro 10, título 4, ley 4.

El último inciso establece una presunción de derecho al declarar que los vestidos y los muebles de uso personal necesario de la mujer, se mirarán pertenecientes a ella. Es esta una disposición que se encuentran en casi todas las legislaciones.

¿Qué se entiende por muebles de uso personal necesario de la mujer?

Es esta una cuestión de hecho, donde habrá que tomar en cuenta diversos factores como por ejemplo la posición social, la circunstancia de que la mujer profese algún arte, etc.

¿Las joyas deben incluirse dentro de esta categoría?

La pregunta no admite una respuesta absoluta y en concreto, pues repetimos que es cuestión que debe resolverse a la luz de los antecedentes de cada caso en particular.

Como con razón observa Amunátegui, (1) el legislador cometió una redundancia al hablar de dinero como algo distinto de cosa fungible, ya que tiene este carácter como que el mismo lo reconoce en el art. 2198 que empieza como sigue: «Si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero, etc.».

En el mismo inciso existió otra redundancia, habla separadamente de créditos y de derechos, a pesar que aquellos están comprendidos en esto según lo establece el art. 578 al decir: «Derechos personales o créditos, etc.».

(1) o. c. p. 219.

Del ocultamiento y distracción de bienes pertenecientes a la comunidad

169. Es la segunda medida de orden establecida por el legislador en resguardo de los intereses de los cónyuges. De ella se ocupa el art. 1768 (1) que dice: «Aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada».

170. Dar una definición de lo que debemos entender por «ocultamiento o distracción» no es una cosa tan fácil como puede parecer a primera vista, ello se deriva de que estos actos son constitutivos de fraude, y el fraude puede revestir los más variados caracteres.

Baudry Lacantinerie, (2) se expresa en la siguiente forma: «Supone al menos la omisión maliciosa en el inventario o en el cuerpo de bienes comunes, de algunos efectos, o de algunos títulos y derechos de la comunidad con el fin de quitar del conocimiento de los copartícipes que son de ordinario los herederos del cónyuge fallecido y de privarlos por este medio del ejercicio de sus derechos de copropiedad en los bienes disimulados».

(1) Concordancias: Cód. de Napoleón arts. 1460 y 1477. Cód. de Colombia art. 1824. Cód. de Bélgica arts. 1460 y 1477. Proyecto de 1847 art. 306. Proyecto de 1845 art. 67. Proyecto de 1853 art. 1939. Proyecto Inédito art. 1942.

(2) o. c. t. 15 n. 1156.

Aubry et Rau (1) después de decir que el ocultamiento debe ser fraudulento, y que las omisiones fortuitas no lo constituyen agrega: «Pero también toda maniobra desleal, todo fraude que tenga por fin romper la igualdad de la partición, constituyen ocultamiento o sustracción cualquiera que sean los medios o procedimientos empleados y sin que sea necesario que los hechos presenten los caracteres del delito propiamente dicho».

Como vemos, si bien los autores discrepan en cuanto a la forma de expresarse, en el fondo todos coinciden, en que debe haber intención de perjudicar al otro cónyuge o a los herederos.

Todo lo relativo a llegar a establecer la existencia del ocultamiento o distracción, son cuestiones de hecho que se deben apreciar en cada caso particular y respecto de los cuales, los tribunales de fondo son soberanos, debiendo considerarse como hecho de causa, los establecidos por ellos, los cuales no pueden ser modificados por la Corte Suprema.

Prácticamente hemos conocido un caso de aplicación del artículo que estudiamos. Este era el siguiente: «Los cónyuges se habían separado de bienes y con posterioridad se habían divorciado perpetuamente. Liquidada la sociedad conyugal, según declaración del marido no existían gananciales, y aún más, faltaban, algo así como 13,000 pesos para enterar el aporte de la mujer. En esta circunstancia, el mismo día en que el marido fué notificado del laudo, hacía testamento instituyendo legados por más de 100,000 pesos y dejando como

(1) o. c. t. 5 p. 427.

heredero del remanente a la Beneficencia de Santiago. Como se vé por los antecedentes expuestos, aparece claramente la intención fraudulenta que tuvo el marido en contra de su mujer.

Para que el art. 1768 se aplique a la mujer es necesario que ésta haya aceptado los gananciales, pues si los ha renunciado, llegaría el caso de aplicar el derecho común y estaríamos en presencia de un delito de robo o hurto». (1)

El acto que castiga este artículo constituye un delito civil, y en consecuencia para que proceda la sanción es necesario que lo haga el cónyuge o los herederos personalmente. No sería el caso de darle aplicación cuando es cometido por un pariente, u otra persona, salvo que aquel obrase como cómplice. (2)

La prueba del ocultamiento o distracción corresponde al que lo alega, y tratándose de un hecho constitutivo de fraude, es admisible cualquier medio de prueba incluso la testimonial, independientemente del valor de los objetos ocultados o distraídos.

171. ¿ En qué momento debe efectuarse el ocultamiento o la distracción?

Dado que el artículo no distingue debemos concluir que puede hacerse durante la sociedad o una vez disuelta. Pero con el bien entendido que si se hace en el primer caso, es necesario que subsista al momento de la liquidación.

(1) BAUDRY LACANTINERIE o. c. t. 15 n. 1156.

(2) LAURENT o. c. t. 23 n. 21.

172. Los autores franceses (1) con excepción de Laurent están de acuerdo que si el cónyuge culpable devuelve los objetos sustraídos, no le es aplicable la pena establecida por el legislador. Este jurisconsulto se basa para ello en que el delito se encuentra ya consumado y que la práctica de los tribunales constituye una benevolencia que no tiene ningún asidero en la ley.

Jurídicamente considerado quizá tenga razón Laurent, pero la verdad es que está más conforme a la equidad la otra opinión. Pero con la salvedad que consideramos tardía la devolución que se hiciera una vez que el cónyuge culpable fuere descubierto.

173. El ocultamiento o distracción puede efectuarse sobre cualquier clase de bienes, ya sean corporales o incorporales, raíces o muebles. En el caso de los bienes raíces es un tanto difícil que se produzca, salvo que se efectúen ventas simuladas.

174. El artículo 1768 ¿debe aplicarse al marido que ha creado deudas ficticias para apropiarse por este medio de los dineros de la comunidad? El jurisconsulto francés Guillaouard criticando una sentencia de la Corte de Caen y la opinión de Labbé llega a la conclusión afirmativa. La Corte argumentaba que el artículo en cuestión sólo castigaba los hechos consumados, y en consecuencia no se debía aplicar sólo a una tentativa, máximo cuando por ser una pena no se puede aplicar por analogía.

(1) BAUDRY LACANTINERIE o. c. 15 n. 1164. AUBRY ET RAU o. c. t. 5.º p. 428.

Labbé es de opinión que para aplicar el artículo es necesario que la deuda fuere realmente pagada.

A la Corte de Caen, refuta Guillaouard con las siguientes palabras: «Respondemos con M. Labbé que la distracción puede revestir formas múltiples, y que ella existe por el hecho solo de que la masa común se encuentra disminuida en beneficio de uno solo a consecuencia de un fraude; y esto sucede, tanto por el efecto de la creación de una deuda ficticia, como por la sustracción de un objeto de la comunidad».

A la objeción de que sólo habría una tentativa de sustracción, la que se realizaría una vez pagada la deuda, el citado jurisconsulto contesta de la siguiente manera: «A esta objeción daremos dos respuestas. La primera, que ya hemos indicado, es que la ley no exige en ninguna parte que la sustracción haya sido consumada, y que es preciso colocar en la misma línea que la sustracción consumada la que ha sido intentada, si la tentativa sólo ha fracasado a consecuencia de circunstancias extrañas a la voluntad del cónyuge culpable. La segunda es que la sustracción existe el día en que la deuda finjida ha sido constituida y declarada en el inventario, a contar desde ese momento el tercero que sirve de cómplice tiene un título contra la comunidad, título que él puede transferir a otro y que grava desde el primer momento los bienes de la comunidad. La comunidad es deudora; la intención fraudulenta se ha realizado». (1)

Corroboración la opinión citada el art. 1256 del C. C. según el cual, el heredero que supusiere en el inven-

(1) o. e. t. 3 n. 1356 y 1357.

tario deudas que no existen, no gozará del beneficio de inventario.

El hecho que el cónyuge sea menor de edad no impide que se aplique la sanción establecida por el legislador. Estamos en presencia de un delito civil, y el art. 2319, sólo declara incapaces para este efecto, a los menores de siete años y a los dementes.

175. ¿Qué efecto produce el delito de ocultamiento o sustracción?

El art. 1768 dice que el cónyuge o sus herederos culpables perderán su porción en la cosa objeto del delito y deberá restituirla doblada.

La primera sanción que establece el legislador es que el cónyuge culpable pierde su porción en la cosa que ha sido ocultada o distraída. De la frase «pierde su porción» se deduce que el delito sólo puede ser cometido antes que se efectúe la partición de los gananciales, pues a partir de este momento no cabe hablar de porción, por cuanto los bienes serán adjudicados a uno u otro cónyuge.

No contento con este castigo el Código agrega que se verá obligado a restituirla doblada. Aquí se ha presentado la cuestión de averiguar qué es lo que se debe restituir doblado: si la porción, o la cosa. La verdad que como dice Amunátegui, (1) gramaticalmente se pueden aceptar ambas interpretaciones.

Este autor cree que lo que se debe restituir doblado es la porción, basándose para ello en que «doblar» según el diccionario de la Real Academia

(1) o. c. p. 252.

Española, es aumentar una cosa; haciéndola otro tanto más de lo que era, de manera que sólo pueden doblar en este sentido aquellas cosas que son susceptibles de aumento, por ejemplo una cantidad de dinero. De aquí concluye que un objeto, como por ejemplo en una mesa no cabe restitución doblada, pues si bien se puede restituir el objeto más su valor, esto no es propiamente doblar. Al paso, que si se trata de restituir una porción ésta tiene que ser avaluada en dinero y en consecuencia no hay inconveniente en que se hable de restituirla doblada.

Nosotros consideramos que la ley ha querido significar que la restitución doblada se refiere a la cosa. Ello se desprende del texto mismo del artículo, el cual, con las mismas palabras que ha usado el legislador puede redactarse así: «Aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, será obligado a restituirla doblada y perderá su porción en la misma cosa».

Además corrobora nuestra opinión el art. 1803 del C. C., el cual al hablar de las «arras» se pone en el caso que una cosa sea restituída doblada.

El artículo en estudio guarda relación con el 1231 que se refiere a las sucesiones, dice así: «El heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a una sucesión, pierde la facultad de repudiar la herencia, y no obstante su repudiación permanecerá heredero; pero no tendrá parte alguna en los objetos sustraídos. El legatario que ha sustraído objetos pertenecientes a una sucesión, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos efectos, y no teniendo el dominio de ellos será

obligado a restituir el duplo. Uno y otro quedarán, además, sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan».

El señor Amunátegui después de copiar este artículo se extraña por qué no estableció el legislador la restitución doblada, como lo hizo en el 1768. Nosotros creemos sacar de la extrañeza al distinguido jurisconsulto. Para ello es necesario que digamos algunas palabras sobre esta materia en el código francés.

En ese código el ocultamiento o distracción tiene una sanción diferente de la que existe en el nuestro. Por de pronto el art. 1460 establece que la mujer autora de ese delito, pierde la facultad de renunciar la comunidad y se le mirará como aceptante. Además el art. 1477 refiriéndose a ambos cónyuges, dice que el cónyuge que ha ocultado o distraído algunos efectos de la comunidad pierde su porción en estos efectos.

Nuestro legislador suprimió la primera sanción, y a nuestro modo de ver con justicia, por cuanto sólo era aplicable a la mujer, lo cual la colocaba en desigualdad con el marido. Pero, en cambio no se contentó con que el autor del delito perdiera su porción en la cosa, sino que además lo obligó a restituirla doblada.

Ahora bien, esa misma relación existe entre el 1231 y el caso en cuestión. Este artículo establece una doble sanción, pierde el heredero la facultad de repudiar y pierde su parte en los objetos sustraídos. Con seguridad que al no haber establecido la primera sanción habría obligado a restituirla doblada, la cosa objeto del delito.

Después el mismo jurisconsulto analizando el caso de los legatarios llega a la siguiente conclusión: «Fundado en estas consideraciones, no estimo aventurada la opinión de aquellos que juzgan que el artículo 1768 establece, para el cónyuge que sustrae una cosa perteneciente a la sociedad una regla igual a la que consigna el artículo con relación al legatario que sustrae objetos pertenecientes a una sucesión.

Según esto, si el cónyuge culpable tenía parte en la cosa sustraída, pierde su parte; si no la tenía junto con devolver el objeto, debe pagar una suma igual al valor de éste».

Consideramos que esta conclusión es falsa, y ello por dos razones: porque en primer lugar es hacer caso omiso de la letra del artículo 1768 y en segundo, porque le es inaplicable. En efecto, nunca podrá presentarse el caso que el cónyuge no tenga parte en la cosa ocultada o distraída, porque siempre habrá comunidad entre los cónyuges, o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido; no otra cosa significa que el artículo 1768 hable de «porción» lo cual supone que hayan intereses comunes. Como ya dijimos, este artículo no recibe aplicación, cuando la distracción o el ocultamiento se efectúe una vez llevada a cabo la partición y adjudicados los bienes a los cónyuges; en este caso entraría a regir el derecho común. Así por ejemplo, si mientras dura la indivisión y se está liquidando la sociedad, el marido oculta un automóvil que pertenecía a ésta sería el caso de aplicar el art. 1768 y el marido perdería su parte en el automóvil y debería restituirlo doblado. Pero en cambio, si el mismo automóvil una vez efectuada la partición es

adjudicado a la mujer no aplicaríamos el artículo en cuestión, sino que sería el caso de aplicar el Código Penal, o que la mujer entablara la correspondiente acción reivindicatoria con indemnización de perjuicios.

176. Según algunos autores el cónyuge culpable, no sólo debe perder la porción que le corresponde como gananciales en la cosa sustraída, sino aún lo que le toque como heredero donatario o legatario del otro cónyuge (1). Nosotros, de acuerdo con Laurent (2) pensamos de otra manera, hay que considerar que las sanciones son de derecho estricto y en consecuencia deben aplicarse restrictivamente. Además la ubicación del artículo nos está demostrando que se refiere únicamente a su porción de gananciales.

177. La aplicación del artículo 1768 da lugar a una partición desigual de los bienes ¿quiere esto decir, como luego veremos que el cónyuge culpable no está obligado a pagar la mitad de las deudas? Casi todos los autores contestan negativamente y no puede ser de otra manera; decidir lo contrario, sería establecer un atenuante sin ninguna base legal, que reduciría enormemente la sanción y sobre todo que en ningún caso puede el art. 1768 derogar las reglas de la división del pasivo que vienen con posterioridad. Además las deudas de la sociedad son una carga que gravan la universalidad y no bienes determinados.

(1) BAUDRY LACANTINERIE, o. c. t. 15 n. 1172. AUBRY ET RAU, p. 429 n. 17.

(2) o. c. t. 23. n. 31.

178. La acción del cónyuge inocente puede ser ejercida por los herederos, no hay en esto sino una aplicación del principio que los herederos suceden al difunto en el conjunto de derechos y obligaciones transmisibles. De otra parte la sanción que cae sobre el cónyuge culpable puede hacerse efectiva en sus herederos. Decidiéndolo así no se viola ningún principio de derecho, pues si bien las penas son personales, recordemos que aquí no se trata de un delito penal, sino de un delito civil que se traduce en indemnización de perjuicios.

179. Si el delito es cometido por uno de los herederos, la sanción se aplicará en la cuota que le corresponde, acreciendo ésta al otro cónyuge. Como dice Baudry Lacantinerie: (1) «Los coherederos del autor del ocultamiento no pueden invocar a su favor el derecho de acrecimiento, pues esto conduciría a obtener provecho de un ocultamiento cometido por su coheredero en perjuicio de la otra rama».

En caso que el delito lo haya cometido el cónyuge, asociado con un tercero, ambos son solidariamente responsables de la sanción (Art. 2917 del C. C.).

180. El derecho que concede el art. 1768 al cónyuge inocente, siendo un derecho establecido en su interés personal, y no estando prohibida su renuncia puede ser renunciado. La renuncia puede ser expresa o tácita, pero en todo caso no debe de-

(1) BAUDRY LACANTINERIE, o. c. t. 15 n. 1173. LAURENT, o. c. t. 23 n. 29.

jar lugar a dudar de la intención del renunciante, pues no olvidemos que las renunciaciones no se presumen.

Según Guillaouard (1) el hecho de que el cónyuge parta por igual el bien objeto del delito no constituye renuncia tácita.

181. ¿ En qué plazo prescribe la acción del art. 1768?

El legislador no ha fijado un plazo especial de prescripción, en consecuencia debemos aplicar la regla general contenida en el art. 2515, es decir, en veinte años.

Estudiadas, lo que hemos llamado las medidas de orden, entramos a ocuparnos de lleno de la liquidación y partición de los gananciales.

En la liquidación de la sociedad conyugal, fuera de la operación preliminar, cual es la de hacer inventario y la tasación de los bienes, hay que distinguir otras varias, antes de llegar a la división de los gananciales.

PRIMERA OPERACIÓN

Formación del cuerpo común de bienes

182. Como su nombre lo indica en el cuerpo común de bienes deben incluirse tanto los bienes sociales como los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y para su formación se toma como base el inventario y la tasación de los bienes a que ya nos hemos referido.

(1) o. c. t. 3 n. 1368.

Consideramos de interés hacer una enumeración de los bienes sociales y de los propios de los cónyuges, claro que sin comentario, pues es materia que sale de nuestro tema y que además la ha tratado con lucimiento nuestro antecesor señor Barriga.

Dentro del haber social, es del caso distinguir el haber real o efectivo y el haber relativo, según que al entrar a formar parte originen o nó recompensas.

183. El primero lo componen:

a) Los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio (Art. 1725 N.º 1.º), incluso las donaciones remuneratorias por servicios prestados en igual tiempo y siempre que den acción para pedir su cumplimiento (Art. 1738).

b) Todos los frutos, réditos, pensiones o intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se deven-guen durante el matrimonio (Art. 1725 N.º 3.º); los que concedidos para soportar las cargas del matrimonio, se entienden pertenecerle aún los provenientes de los bienes propios de la mujer, que renuncia a los gananciales en las capitulaciones matrimoniales (Art. 1753). Se comprenden entre estos los frutos que hubieren debido percibirse durante la sociedad, pero por ignorancia o injusto embarazo se percibieron después que, disuelta la sociedad, se restituyeron al cónyuge propietario o a sus herederos (Art. 1737 inc. 2.º).

c) Todos los bienes que cualquiera de los cónyuges

ges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso (Art. 1725 N.º 5.º) y siempre que no se encuentren comprendidos en los casos de excepción que contiene el artículo 1727 ni la causa de adquisiciones haya precedido a la sociedad conyugal (Art. 1736). Se entenderán adquiridos durante la sociedad, los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce (Art. 1737 inc. 1.º). El terreno contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges y adquirido por él durante el matrimonio a título oneroso pertenecerá a la sociedad; a menos que con él y la antigua finca se haya formado una heredad o edificio de que el terreno últimamente adquirido no puede desmembrarse sin daño; pues entonces la sociedad y el dicho cónyuge, serán condueños del todo a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación (Art. 1728). La propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras proindiviso y de que durante el matrimonio se hiciere dueño por cualquier título oneroso, pertenecerá a proindiviso a dicho cónyuge y a la sociedad, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía el primero, y de lo que haya costado la adquisición del resto (Art. 1729).

d) La parte del tesoro encontrado en un terreno de la sociedad (Art. 1731).

e) Las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos (Art. 1730). (1)

(1) BARRIGA, o. c. n. 56.

184. El haber relativo se forma:

a) Con el dinero, cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportase al matrimonio o durante él adquiriese a título gratuito (Art. 1725 N.os 3.º y 4.º) salvo aquellos que en virtud de la convención, de su propia naturaleza o de la voluntad de un tercero que hace una liberalidad, deban quedar fuera de la sociedad conyugal, conservando su calidad de propios de cada cónyuge (arts. 1725 N.º 4.º inc. 2.º; 1720, 166 y 167).

Para el efecto de incluirlos en el haber relativo de la sociedad conyugal, deben equipararse a los muebles aportados al matrimonio aquellos adquiridos durante él en virtud de una causa o título que haya precedido a la existencia de la sociedad conyugal (Art. 1736), como también deben equipararse a los muebles aportados al matrimonio todas aquellas otras adquisiciones que, como la de los artículos 1731 y 1738, siendo muebles, el Código las asigna al cónyuge respectivo.

b) Con los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero; lo cual importa una especie de venta y debe, por tanto, expresarse en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte en que se designe su valor, título que, como la compra-venta de bienes raíces, deberá inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces para adquirir la propiedad del inmueble (Art. 1725 N.º 6.º). Si deja a elección de la mujer o del marido la restitución del cuerpo cierto o su valor, se aplicarán las reglas

de las obligaciones alternativas (Art. 1725 inc. final). (1)

Además de los bienes enumerados, en el cuerpo común de bienes, habrá que agregar, los frutos de los bienes sociales que estuvieren pendientes al tiempo de la disolución de la sociedad o que fueren percibidos con posterioridad (Art. 1772), y lo que produjese la explotación de un comercio, fábrica o industria que después de disuelta la sociedad fuese continuada por uno de los cónyuges, según las reglas que vimos en su oportunidad.

Decíamos que en el cuerpo común de bienes debían figurar también los bienes propios de cada cónyuge, estos son:

185. a) De los inmuebles aportados por los cónyuges al matrimonio y de los adquiridos a título gratuito durante él, sin que deba atenderse a si la donación u otro acto a título gratuito haya sido hecho a uno de los cónyuges por consideración al otro (Art. 1732), y sin que la circunstancia de haber recaído éstas en ambos cónyuges les prive de su carácter de personales, en cuyo caso entrará al haber de cada cual, por mitad o en la proporción que el causante determine (Art. 1726).

Se equiparan a los inmuebles aportados, los adquiridos durante la sociedad, aunque sea a título oneroso, cuando la causa a título ha precedido al matrimonio (Art. 1736).

Entre los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio deben comprenderse los derivados de una donación remuneratoria por servicios pres-

(1) BARRIGA, o. c. n. 99.

tados durante él, no daban acción contra la persona servida (Art. 1738).

b) De los inmuebles debidamente subrogados a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges o comprado con valores también propios y destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales (Art. 1727 Sec. 1.º p. 2.º).

c) De todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella, sea en virtud de la propia naturaleza, como la aluvión, sea por la industria humana, como la edificación o plantación, debiendo en este último caso recompensa, (Arts. 1727 N.º 3.º, 1746 y 1771 inc. 2.º).

d) De todas las especies muebles que los cónyuges hayan querido eximir de la comunión, designándolas en las capitulaciones o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el departamento (Art. 1725 N.º 4.º inc. 2.º), o que los haya adquirido a título gratuito de un tercero, quien expresamente impone esa como condición. (1)

En el cuerpo común de bienes se agregarán también los frutos de los bienes enumerados, que estuvieren pendientes al tiempo de disolverse la sociedad, o que fueren adquiridos con posterioridad. Los bienes que a partir de ese momento adquieran los cónyuges a cualquier título, y los productos del trabajo de ellos.

(1) BARRIGA, o. c. n. 121.

SEGUNDA OPERACIÓN

Restitución de los bienes propios de los cónyuges

186. La segunda operación en la liquidación de la sociedad coyugal consiste en separar del cuerpo común de bienes, a que nos hemos referido, los que sean propios de los cónyuges, es decir, aquellos que no han entrado en la sociedad conyugal.

Al ejercer este derecho los cónyuges, lo hacen en su calidad de propietario, fundándose en su derecho de dominio, que se ha conservado a través de la duración de la sociedad; por esto podríamos decir que es una especie de reivindicación.

En el ejercicio de este derecho, la mujer no tiene ningún privilegio sobre el marido, ambos procederán a rescatar sus bienes propios en una misma fecha y con iguales condiciones.

Este derecho lo consagra en forma un tanto obscura el art. 1770, (1) al decir: «Cada cónyuge por sí o por sus herederos tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan... etc...»

Sin embargo, no hay duda que se refiere a los bienes propios de los cónyuges. Ello por varias razones:

1.º) El artículo habla de sacar «de la masa», con lo cual ha querido decir que se deducen del cuerpo

(1) Concordancias: art. 1470 Cód. de Napoleón. art. 1421 Cód. de España. art. 1826 Cód. de Colombia. art. 2005 Cód. del Uruguay. art. 1421 Cód. de Honduras; art. 1470 Cód. de Bélgica; arts. 663 y 68 Proyecto de 1845; art. 302 y 307 Proyecto de 1847 art. 1941 Proyecto de 1853, art. 1940 Proyecto Inédito.

común de bienes, donde sabemos se comprenden tanto los bienes sociales, con los propios de los cónyuges.

2.º) En la expresión «especie o cuerpo cierto», que usa el legislador, expresión que después criticaremos, sólo pueden tener cabida los bienes propios de los cónyuges.

3.º) En el hecho de que el legislador haya establecido que estos bienes se restituyan tan pronto como fuere posible una vez terminado el inventario y avalúo. Porque en realidad, estos bienes se encuentran individualizados, es difícil que se confundan, pues por lo general se referirá a inmuebles, y si se refiere a los muebles, existirá el documento, o título, como serán por ejemplo las capitulaciones matrimoniales, el testamento, etc., para probar el dominio particular del cónyuge.

187. Como anunciábamos, la expresión «especie o cuerpo cierto» que usa el art. 1770 nos merece algunas críticas. El Código cada vez que habla de especie, o de especie o cuerpo cierto, ha querido referirse a una cosa determinada de un género determinado, como se deduce de los artículos 1066 inciso primero, 1116, 1118, 1135 inc. primero, 1548, 1670, 1672, etc. En el mismo sentido lo ha aplicado aquí como se deduce del art. 1771 que dice: «Las pérdidas o deterioros ocurridas en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos. Por el aumento que provenga de causas naturales o independientes de la industria humana, nada se deberá a la sociedad».

Tomada en este sentido la expresión especie o cuerpo cierto es claro que el legislador no ha sido del todo exacto, pues bien puede suceder que los bienes propios de los cónyuges no tengan este carácter. Así por ejemplo. La mujer al contraer matrimonio es dueña de 1,000 acciones del Banco de Chile y amparándose en la disposición del inc. 2.º del número cuarto del art. 1725, estas acciones que debían entrar a la comunidad, las conserva en su patrimonio particular. En el sentido de que el legislador toma la expresión «especie o cuerpo cierto» evidentemente, las acciones no quedarían comprendidas, y tanto derecho tiene el cónyuge a deducir estas acciones, como tendría para recuperar un inmueble.

188. El legislador en esta materia comete además no ya una impropiedad en los términos, sino un error. Nos explicamos. El art. 1773 dice: «La mujer hará antes que el marido las deducciones de que hablan los artículos precedentes, . . . etc.» Por el llamado que hace este artículo vemos que se refiere al art. 1770.

Ya hemos dicho que el fundamento de estas deducciones es el derecho de propiedad, y como tal es absoluto, no teniendo la mujer ninguna prelación para ejercitarlas. Para resolver lo contrario no hay ninguna razón jurídica, de equidad, ni de conveniencia práctica que lo aconseje; desde el momento que el derecho de los cónyuges lo ejercen sobre distintos bienes. Por estas consideraciones creemos que el artículo 1773 no se debe aplicar a la deducción de los bienes propios. Con posterioridad

tendremos que ocuparnos de este artículo detalladamente.

La restitución de los bienes propios está sometida a dos reglas que ya hemos insinuado: en cuanto al plazo, y a la forma en que deben ejecutarse.

189. En lo que se refiere al plazo el art. 1770 dictamina que deben hacerse apenas terminado el inventario y el avalúo. La razón ya la dimos: es ésta una operación sencilla por cuanto los bienes se encuentran individualizados, y la prueba del dominio particular de los cónyuges, es fácil y por lo general, existe una prueba preconstituida.

190. La forma en que se restituyen los bienes está determinada en el art. 1771, que puede resumirse como sigue: Las cosas deben restituirse en el estado que se encuentren al tiempo de la disolución, aprovechándose el dueño de los aumentos; pero soportando las pérdidas. Hay en este artículo una correcta aplicación del principio jurídico que las cosas producen y perecen para su dueño.

Analizaremos separadamente el caso de los deterioros, y el de los aumentos.

191. Respecto del primer punto dice el inciso primero del art. 1771: (1) «Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a

(1) Art. 1425. Cód. de España; art. 2008 Cód. del Uruguay. Cód. de Colombia art. 1827. Cód. de Honduras art. 1425. Proyecto de 1845 art. 70. Proyecto de 1847 art. 309. Proyecto de 1853 art. 1942. Proyecto Inédito art. 1945.

dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos».

De manera que es necesario distinguir si la pérdida ocurre por caso fortuito, en cuyo caso deberá soportarla el dueño, o por hecho o culpa de otro cónyuge, estando en esta situación el culpable obligado a indemnizar al otro cónyuge.

Punto interesante es el de determinar quién estará obligado a probar el dolo o la culpa grave. En caso que se alegue que ha habido dolo, deberá probarlo el que lo imputa, pues el dolo no se presume sino en los casos previstos por la ley (Art. 1459).

Si se alega que ha habido culpa grave, se sostuvo en una ocasión ante nuestros tribunales, que la prueba correspondía al que la imputaba. Se basaron para ello en que el art. 44 del Código, dice que esta clase de culpa en materias civiles se equipara al dolo, y en consecuencia deberían seguirse las reglas que sobre la prueba de éste acabamos de indicar. El juez de primera instancia aceptó esta teoría que fué repudiada por la Corte Suprema, quien argumentó que la culpa grave se equiparaba a dolo, solamente en cuanto a los efectos y no en cuanto a la prueba, donde se seguían reglas diferentes, es decir en lo que se refiere a la culpa, debe probar a quien se le imputa, que ha empleado la diligencia o cuidado que la ley le impone. La sentencia fué redactada por uno de los más sabios ministros y jurisconsultos que hemos tenido, don Leopoldo Urrutia, y aparece publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo XIX, segunda parte, primera sección, página 415.

192. En lo que se refiere a los aumentos dice el inc. 2.º del mismo artículo: «Por el aumento que provenga de causas naturales e independientes de la industria humana, nada se deberá a la sociedad». Este inciso debemos estudiarlo en relación con el art. 1746 que dice: «Se le debe asimismo recompensa por las expensas de toda clase que se haya hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; a menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá sólo el importe de éstas», los artículos copiados hasta con leerlos para entender su alcance. Omitimos comentarios.

Para probar los aportes no se admite la confesión de los cónyuges en conformidad a lo establecido en el art. 1739 del Código Civil. (1)

193. Los aportes de uno de los cónyuges no pueden ser adjudicados al otro, so pena de nulidad, pues la adjudicación sólo procede entre comuneros, y tratándose de aportes no hay comunidad entre el cónyuge aportante y el otro, pues aquel es dueño exclusivo de su aporte. Así lo resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 26 de Julio de 1909. (2) Reproducimos dos de sus considerandos por creerlos de interés.

«3.º Que por consiguiente las salitreras reclamadas no formaban parte del haber de la sociedad conyugal habida entre la señora XX y don NN,

(1) s. 746 p. 356 G. 1890. s. 4297, p. 476 G. 1893.

(2) R. de D. y J. t. VI s. 2.º p. 100.

sino que constituían patrimonio del marido y después de su fallecimiento pasó al de sus herederos por el ministerio de la ley sin que en ellas tuviera participación alguna el cónyuge sobreviviente, ya que en el presente caso no tenía el carácter de heredero;

«4.º Que en consecuencia no han podido legalmente adjudicarse a doña XX, las referidas pertenencias salitreras, por cuanto la adjudicación es un modo de ratificar el dominio aplicable sólo en los comuneros del bien adjudicado».

Al estudiar la formación del cuerpo común de bienes, enumeramos qué bienes son propios de los cónyuges; no tenemos para que repetir, nos remitimos a esa parte.

TERCERA OPERACIÓN

Balance de las recompensas debidas por la sociedad a los cónyuges, y por éstos a aquella

194. El fin primordial que se persigue con las recompensas es evitar que uno de los patrimonios se enriquezca a costa del otro; por su intermedio se tiende a restablecer el equilibrio quebrantado como consecuencia del aumento que experimenta alguno de ellos a expensas del otro. (1)

El estudio de las recompensas en la sociedad conyugal, podían ubicarse con tanta lógica al hablar del patrimonio como al hablar de la liquidación; prueba de ello es que autores franceses unos se ocupan de ella en la primera oportunidad y otros

(1) BARRIGA, o. c. n. 203.

en la segunda. El señor Barriga juzgó que su estudio sobre el patrimonio de la sociedad quedaría incompleto si no se ocupaba de esta materia. Por esta razón, nosotros diremos los principales casos en que ellas proceden, sin entrar en detalles y comentarios.

195. La sociedad debe recompensa a los cónyuges en los siguientes casos:

1.º) En el caso de subrogación de un inmueble a otra. Ya sea por venta o por permuta y el nuevo bien vale menos que el subrogado (Art. 1734).

2.º) Si se vende un bien propio de uno de los cónyuges (Art. 1741), salvo que el precio que se obtiene se emplee en un negocio particular de la mujer.

3.º) Por las cosas muebles adquiridas a título gratuito aportadas al matrimonio.

4.º) Por los inmuebles que han sido debidamente apreciados y que han entrado a formar parte del haber social.

5.º) Cuando los cónyuges hacen gastos de su patrimonio, para mantener y educar a sus hijos comunes (Art. 1744), salvo que uno de ellos haya querido que se sacasen estos gastos de sus bienes propios.

196. Los cónyuges deben recompensa a la sociedad en los siguientes casos:

1.º) Por las deudas anteriores al matrimonio de cualquiera de los cónyuges y que hubieren sido pagadas por la sociedad.

2.º) Por las deudas personales de cada cónyuge

contraídas durante la sociedad y que fueren pagadas por ésta.

3.º) Por los gastos para establecer los hijos habidos por uno de los cónyuges en anterior matrimonio.

4.º) Por las donaciones que cualquiera de los cónyuges haya hecho (1742), salvo que sean a los ascendientes o descendientes a manera de alimentos (Art. 1740 inc. penúltimo) o donaciones de poca monta, o hechas para un objeto de piedad o beneficencia.

5.º) Por el complemento de precio que se ve obligada la sociedad a pagar, para poder efectuar la subrogación, cuando el nuevo bien es de más valor que el subrogado (Art. 1734).

6.º) Por todos los perjuicios que hubiere causado el cónyuge a la sociedad, debido a dolo o culpa grave y por el pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenada por un delito o cuasi delito (Art. 1748).

7.º) Por todos los gastos y costos que haga la sociedad conyugal con el fin de hacer entrar al patrimonio de alguno de los cónyuges bienes que han salido o no han entrado.

8.º) Por las mejoras ejecutadas en los bienes de los cónyuges con dineros de la sociedad, siempre que estas mejoras no sean fructuarias (Art. 1746).

9.º) Por las reparaciones ejecutadas en los bienes de los cónyuges con dineros propios de la sociedad, siempre que estas reparaciones no sean fructuarias, y que hayan aumentado el valor de la cosa, siempre que este mayor valor subsista al tiempo de la liquidación.

197. Durante la existencia de la comunidad existe entre los cónyuges y la comunidad una especie de cuenta corriente en la cual el haber lo forman los créditos que tiene la sociedad en contra de los cónyuges y el debe, las recompensas de que son acreedores éstos en contra de aquella.

En la liquidación de las recompensas no cabe hablar de compensación, porque esta institución supone dos cuentas, en cambio en el caso presente, el haber y el debe son dos elementos de una misma, que es indivisible.

Efectuado el balance necesariamente los cónyuges tienen que resultar acreedores o deudores, y este resultado final es el único que debe tomarse en consideración. La jurisprudencia francesa ha dicho con mucha razón: «Los cónyuges tienen cuenta con la comunidad; al disolverse se rinde esa cuenta y cada uno de los cónyuges únicamente será acreedor o deudor por el saldo de su propia cuenta». (1)

En caso de que los cónyuges resulten deudores de la sociedad deberán reintegrar a los bienes sociales el monto de su deuda, constituyendo esta la cuarta operación. Por el contrario, si después de efectuado el balance queda un saldo a favor de los cónyuges, deberán deducir su crédito del fondo social constituyendo esto la quinta operación. Nos ocuparemos de cada una en particular.

(1) COLIN Y CAPITANT, o. c. t. 6 p. 365.

CUARTA OPERACIÓN

Si los cónyuges resultan deudores de la sociedad, deberán reintegrar al fondo social el monto de su deuda.

198. Esta operación la contempla el art. 1769 (1) que reza: «Se acumulará imaginariamente al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad, por vía de recompensa o indemnización, según las reglas arriba dadas».

¿Cómo reintegrará a la masa común el cónyuge deudor el saldo de su cuenta?

Si se exigiera el reintegro en dinero efectivo o en especie, muchas veces el cónyuge no estaría en condiciones de hacerlo, o bien se le obligaría a vender sus bienes propios para procurarse el dinero necesario. Por esta razón es mucho más fácil, sencillo y práctico resolver que al cónyuge deudor de la recompensa se le computará el importe de su deuda sobre la parte de los bienes que le corresponden (2). Este es el criterio del legislador al decir: «se acumularán imaginariamente».

199. El reintegro se puede efectuar de diversas maneras, que señalaremos por medio de ejemplos.

1.er caso: *Uno solo de los cónyuges es deudor.*—

(1) Concordancias: arts. 1468 y 1469 Cód. de Napoleón; arts. 1825 Cód. de Colombia; arts. 1468 y 1469 Cód. de Bélgica; art. 1940 Proyecto de 1853; art. 1943 Proyecto Inédito.

(2) COLIN Y CAPITANT, o. c. t. 6. p. 366.

Se puede hacer de dos maneras. Por ejemplo: El activo común asciende a 30,000 pesos y el marido es deudor de 10,000 pesos. El activo común se considerará como ascendente a 40,000 pesos (es lo que llama el Código acumulación imaginaria) de los cuales corresponderán 20,000 a la mujer que se le entregarán en efectivo, y 20,000 al marido, que se le enteran con los 10,000 de que es deudor a la sociedad, más 10,000 que se le entregarán en efectivo.

Otro procedimiento. En el ejemplo anterior, la mujer deduce previamente una cantidad igual a lo que el marido adeuda a la sociedad, es decir 10,000 pesos, y el resto se divide por mitad. Se llega al mismo resultado, la mujer recibirá 20,000 pesos y el marido 10,000 más la cancelación de su deuda.

Un tercer procedimiento sería el siguiente, siguiendo con el mismo ejemplo: Se efectúa la división del haber común sin tomar en consideración la deuda del marido; corresponderán entonces 15,000 pesos a cada uno, y respecto de los 10,000 que adeuda éste, la mitad se extinguen por confusión por reunirse en él la calidad de deudor y de acreedor, y la otra mitad, es decir 5,000 pesos se los cancelará a la mujer. Hemos llegado al mismo resultado, la mujer ha recibido 20,000 y el marido 10,000 más la cancelación de su deuda.

Vemos pues, que con estos diversos procedimientos se llega a un mismo resultado.

Sin embargo, en algunas ocasiones no será posible este reintegro imaginario lo cual sucederá cuando el activo común es inferior a lo adeudado por los cónyuges. Así por ejemplo: El haber común es de 20,000 pesos y el marido es deudor de 40,000.

Corresponderán a cada uno de los cónyuges 30,000 pesos, estando obligado a reintegrar en dinero 10,000 pesos, para enterar la parte de la mujer. (1)

200. 2.º caso: *Ambos cónyuges son deudores.*— En esta situación se efectúa una compensación entre ambas deudas hasta el monto de la inferior, quedando obligado el cónyuge cuya deuda era mayor a reintegrar la diferencia al fondo social. Así por ejemplo: Supongamos que la mujer es deudora de 15,000 y el marido de 10,000; compensándose las deudas la mujer quedaría obligada a reintegrar 5,000 pesos.

Sin embargo, este procedimiento en ciertos casos puede resultar muy desventajoso e irrogar graves perjuicios al marido. Para demostrarlo supongamos que el haber común asciende a 20,000 pesos y que cada uno de los cónyuges sea deudor de 10,000. Por otra parte la mujer tiene contra la comunidad un crédito de 40,000 pesos. Compensándose las deudas, tendríamos que la mujer se pagaría de su crédito con los 20,000 pesos que constituye el haber común, y los otros 20,000 sobre los bienes propios del marido en conformidad a lo dispuesto en el art. 1773 que luego estudiaremos. En cambio si procedemos de diversa manera veremos que el marido sólo estará obligado a responder con sus bienes propios de 10,000 pesos y no de 20,000 como resulta aplicando el sistema de la compensación.

El procedimiento, es el siguiente: se empieza por liquidar las recompensas entre la mujer y la socie-

(1) COLIN Y CAPITANT, o. c. t. 6.º p. 367. PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 9 n. 522. BAUDRY Y LACANTINERIE, o. c. t. 15 n. 1082 y siguientes.

dad; resulta en el ejemplo puesto que la mujer será acreedora de 30,000 los cuales se pagarán con los 20,000 que forman el haber común y por el resto, es decir, 10,000, quedarán obligados los bienes propios del marido.

QUINTA OPERACIÓN

Si los cónyuges resultan acreedores de la sociedad deberán deducir del fondo social el monto de su crédito

201. Este derecho y la forma de ejercerlo se encuentra consagrado en los artículos 1770 y 1773 del Código. El primero de éstos dice: «Cada cónyuge por sí o por sus herederos tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan y los precios saldos y recompensas que constituyan el resto de su haber. La restitución de las especies o cuerpos ciertos deberá hacerse tan pronto como fuese posible después de la terminación del inventario y avalúo; y el pago del resto del haber dentro de un año contado desde dicha terminación. Podrá el Juez, sin embargo, ampliar o restringir este plazo a petición de los interesados previo conocimiento de causa».

Este artículo ha reglamentado conjuntamente la deducción de los bienes propios de los cónyuges y la deducción de las recompensas, debiendo según nuestro parecer hacerlo en artículos separados, pues son dos cosas totalmente diversas con fundamento también diverso como tendermos ocasión de verlo en el presente párrafo.

El artículo 1773 (1) dice: «La mujer hará antes que el marido las deducciones de que hablan los artículos precedentes; y las que consistan en dinero sea que pertenezcan a la mujer o al marido, se ejecutarán sobre el dinero y muebles de la sociedad, y subsidiariamente sobre los inmuebles de la misma. La mujer, no siendo suficiente los bienes de la sociedad, podrá hacer las deducciones que le correspondan, sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo. No acordándose, elegirá el juez».

La materia de las deducciones de las recompensas, es un estudio de alto interés que da motivo a una serie de cuestiones.

202. La primera cuestión que se plantea es la de saber a qué título tienen los cónyuges derecho a las recompensas.

Durante la existencia de la comunidad no hay duda que se trata de un crédito. Confirma esta opinión el hecho que los artículos 1741, 1742, 1745, 1746, 1747 y 1748 que se refieren a las recompensas que deben ya sea la sociedad o los cónyuges o éstos a aquella, usen términos tales como «debe o deberá» lo cual está demostrando que son deudores de las recompensas, y sabemos que existiendo un deudor debe haber un acreedor, siendo dos cosas tan inseparables como la cara y el sello de una moneda.

Creemos que el carácter de acreedor de las re-

(1) Concordancias: Cód. de Napoleón arts. 1471 y 1472. Cód. de Colombia art. 1829. Cód. de Bélgica arts. 1471 y 1472. Proyecto de 1845 art. 71. Proyecto de 1847 art. 310. Proyecto de 1853 art. 1943. Proyecto Inédito art. 1946.

compensas que tiene el cónyuge durante la sociedad no sufre ninguna variante una vez que ésta se disuelve. Para pensar así nos basamos en que el artículo 1773 habla «de las que consistan en dinero», lo cual está demostrando que se trata siempre de un crédito; y además ese mismo artículo habla de que se deducirán en dinero, muebles o inmuebles de la comunidad. Esto nos prueba que no puede ser propietario, porque sería tal de una cosa indeterminada lo cual no se concibe. Por último, no se ve la razón que pueda existir para que mientras dura la sociedad tenga el cónyuge el derecho a las recompensas como acreedor, y una vez que se disuelva lo tenga como propietario.

En realidad, lo que ha venido a obscurecer un poco la cuestión es que el artículo 1770 se haya referido, tanto a la deducción de los bienes propios, las cuales se ejercen a título de propietario, y la deducción de las recompensas, que repetimos se ejercen a título de acreedor. Por esta razón hace un momento criticábamos que el Código se hubiera ocupado de ambas situaciones en un mismo artículo.

En Francia hasta 1858 se aceptaba que las recompensas se oponían a título de propietario; pero a partir de una sentencia dictada por la Corte de Casación el 16 de Febrero de ese año, que declaró que los ejercía como acreedor, la jurisprudencia se ha uniformado en este sentido. (1)

203. La cuestión de determinar si la mujer ejerce las recompensas en uno o en otro carácter,

(1) PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 9 n. 835.

no es como pudiera creerse un asunto nuevamente doctrinario, sino que en la práctica tiene mucha importancia por las consecuencias que se derivan de atribuirle uno u otro carácter. Estas circunstancias se refieren al carácter mueble o inmueble que tiene el derecho de recompensas, y el conflicto que se puede ocasionar con la concurrencia de los cónyuges a ejercer sus recompensas y de los acreedores de la comunidad a cobrar sus créditos.

204. Respecto del primer punto opinamos como la mayoría de los autores que es un derecho mueble, (1) ello no es sino una consecuencia del carácter de acreedor que le hemos dado a los cónyuges, y de haber establecido que su derecho es un crédito sobre dineros lo cual es perfectamente mueble.

Se puede argumentar en contra de nuestra opinión que el derecho será mueble o inmueble, según sobre qué bienes se ejerzan las deducciones; de manera que si haciendo uso del derecho del artículo 1773, los cónyuges se pagan con muebles, igual carácter tendrá el derecho, y por el contrario si se deducen inmuebles, de igual naturaleza será el derecho. Sin embargo, creemos que esta circunstancia no puede cambiar el carácter de derecho mueble que tiene el crédito.

Las deducciones no son sino una forma de pago, es un derecho accesorio al derecho principal que son las recompensas.

No podemos, pues deducir que por recaer en

(1) BAUDRY LACANTINERIE, o. c. t. 15 n. 1133. PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 9 n. 836.

un inmueble la deducción tenga también este carácter las recompensas, porque equivaldría a afirmar que lo principal sigue la suerte de lo accesorio.

Sobre esta cuestión el célebre jurisconsulto francés Baudry Lacantinerie (1) dice: «Un derecho que en si mismo puede ser inmueble, pierde su carácter propio y participa, como derecho accesorio del carácter mueble del crédito de dinero al cual se junta. Es así que el crédito hipotecario es mueble no obstante que el derecho de hipoteca considerado en si mismo y separadamente sea inmueble». Más adelante agrega: «Si el derecho a las deducciones considerado en sí mismo y separadamente puede ser calificado de derecho inmueble en tanto que los bienes deducidos son inmuebles, la acción de recompensa comprendiendo el derecho a una suma de dinero y el derecho a las deducciones, son siempre muebles».

Del carácter mueble que tienen las recompensas se derivan consecuencias interesantes, como ser que si el cónyuge vuelve a casarse, este derecho entra a la sociedad, siguiendo las reglas de todos los muebles; además no serán susceptibles de hipotecarse. (2)

205. El otro punto que se nos presenta al estudiar el derecho a las recompensas es el de determinar si los cónyuges tendrán preferencia para pagarse de sus créditos con respecto a los acreedores de la sociedad.

(1) o. c. t. 15 n. 1133.

(2) PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 9. 836.

La cuestión no se presenta en lo que se refiere a los acreedores del marido con respecto a éstos, la mujer tiene preferencia. La razón es muy clara: un acreedor no puede tener más derechos que los de su deudor y según lo establece el art. 1773 la mujer tiene preferencia sobre el marido para deducir las recompensas; luego tendrá prelación con respecto a los acreedores de éste.

La cuestión interesante se refiere a los acreedores de la sociedad y con respecto a la mujer.

Para deducir que la mujer tenga preferencia respecto de los acreedores de la comunidad, sería necesario establecer que ésta ejerce el derecho a las recompensas en calidad de propietaria, o bien si es sólo acreedora; que la ley le haya dado un privilegio, por cuanto éstos no se presumen, sino que para su existencia se requiere un texto expreso de la ley.

La primera hipótesis, debemos descartarla, pues creemos haber demostrado suficientemente, que el derecho a las recompensas no lo ejercen los cónyuges en calidad de propietarios, sino solamente como acreedores.

La segunda proposición, merece analizarse con más detenimiento, pues la cuestión no es del todo clara. La duda nace del artículo 2481 del C. C. que dice: «La cuarta clase de créditos comprende: 3.º «Los de las mujeres casadas por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de éstos».

¿Se podría aplicar esta disposición a la deducción de las recompensas que hace la mujer de los bienes sociales?

La cuestión se traduce según nuestra opinión en averiguar acaso el legislador al decir bienes del marido se ha querido referir también a los bienes sociales. Se podría defender esta opinión con el hecho de que los bienes del marido se comprenden con los de la sociedad, formando un solo patrimonio indivisible, de manera que el legislador al referirse al marido ha considerado hacerlo extensivo a la sociedad.

Al no mediar ciertas circunstancias que luego exponaremos ese habría sido nuestro pensamiento. La circunstancia aludida es la siguiente: El legislador, en lo referente a las indemnizaciones que el marido deba a la mujer como una consecuencia de la administración de sus bienes ha establecido, apartándose de los principios jurídicos, pero siendo muy equitativo, que estas indemnizaciones no se hacen efectivas en el patrimonio de la sociedad, sino en los bienes propios del marido. Así se desprende de los artículos 1756 y 1759 del Código. El primero de éstos dice: «Si la mujer o sus herederos probaren haberse enajenado, hipotecado, o empeñado alguna parte de los bienes de aquella sin los requisitos prescritos en los artículos precedentes, podrán ejercer el derecho de reivindicación o pedir la restitución de la prenda o cancelación de la hipoteca, en los casos en que por regla general se concedan estas acciones. Tendrán asimismo el derecho de ser *indemnizados sobre los bienes del marido* en los casos en que no puedan o no quieran ejercer dichas acciones contra terceros. Los terceros evictos tendrán acción de saneamiento *contra el marido* y si la indemnización se hiciere con bienes sociales, deberá el marido reintegrarlos.

El artículo 1759 después de establecer ciertas restricciones que tiene la mujer en la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, dice en el inciso último: «Todo acto en contravención a estas restricciones será nulo, y *la hará responsable en sus bienes de la misma manera que el marido lo sería en los suyos abusando de sus facultades administrativas*».

Ahora bien, existe una estrecha relación entre los artículos citados y el número 3.º del art. 2481, pues los tres se refieren a indemnización que deba el marido a la mujer por la administración de sus bienes y si en los artículos 1756 y 1759, se ha referido únicamente a los bienes propios del marido, tenemos que concluir que en el art. 2481 se ha referido también solamente a ellos.

Además existe otra razón para decidirlo así: las recompensas se cancelan una vez disuelta la sociedad conyugal y desde este momento cesa la confusión entre el patrimonio del marido y el patrimonio social. Luego el artículo 2481 número 3.º se refiere únicamente al marido y no al patrimonio de la sociedad.

Esta misma opinión sustenta el señor Eduardo de la Barra en su estudio sobre el «Privilegio en el Código Civil», que refiriéndose a esta cuestión dice: «La frase sobre los bienes de éste atendiendo al marido y al padre en los números 3.º y 4.º respectivamente, no puede tener otro alcance que dejar bien en claro, confirmando el principio general del art. 2465, que dichos créditos con su correspondiente preferencia, se pagarán sobre los bienes propios, presentes o futuros, del marido o padre según el caso, y nó, por ejemplo, con los bienes

de la sociedad conyugal o de la mujer, que el marido administra conjuntamente con sus bienes propios».

En suma, por las razones expuestas consideramos que el privilegio que concede a la mujer el número tercero del art. 2481 no es aplicable a la deducción de las recompensas que hace la mujer sobre los bienes de la sociedad.

Hemos visto que la mujer no ejercita las recompensas como dueña, sino como simple acreedora que como tal no goza de ninguna preferencia; tenemos pues que concluir, que en el pago de ellas no tiene relación con respecto a los acreedores de la sociedad, sino que debe concurrir con ellos.

Si el legislador hubiera aceptado que la mujer tuviera preferencia con respecto a los acreedores, habría traído como consecuencia, alejar a las personas de contratar con la sociedad, por cuanto éstas se verían en un momento dado postergadas en sus derechos, lo cual indudablemente redundaría en perjuicio de la comunidad.

Por lo demás, la solución que hemos dado al problema, es aceptada por la casi totalidad de los autores. (1)

206. La forma de pagar las recompensas a los cónyuges ofrece una particularidad; según lo establece el art. 1773 tantas veces citado, se pagarán sobre el dinero y muebles de la sociedad y subsidiariamente sobre los inmuebles de la misma.

(1) PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 9 n. 937. BAUDRY LACANTINERIE, o. c. t. 15 n. 1121. COLIN Y CAPITANT, o. c. t. 6 p. 353. LAURENT, o. c. t. 22 nos. 526 y siguientes. HUC, o. c. t. 9 n. 314. GUILLOUARD, o. c. t. II n. 922. En contra. TROPLONG, o. c. t. III n.os 1632 y siguientes.

Es esta una forma de pago excepcional, que se aparta del derecho común. En estricto derecho siendo las recompensas un verdadero crédito debía pagarse en dinero, y sería necesario en caso que ésta no existiera, proceder a vender o embargar los bienes de la comunidad.

Esta excepción se justifica tanto práctica como teóricamente. Desde el primer punto de vista, si se obligara a la realización de los bienes ocasionaría grandes gastos y además muchas veces los cónyuges tendrán interés, por motivos de afección, en retener en su poder ciertos bienes de la sociedad.

Teóricamente encontramos la justificación en el carácter de copropietarios además de acreedores, que tienen los cónyuges, y también en la necesidad de asegurar la igualdad de la partición: «si el cónyuge acreedor dejará que se efectúe la partición para en seguida demandar a su cónyuge el pago de la mitad de su crédito, sería expuesto al riesgo de la insolvencia de su cónyuge y podría no ser íntegramente pagado de sus recompensas, mientras que sin embargo la comunidad se ha enriquecido a su costa y que por consiguiente, en la masa común, había un valor que no debía figurar ni ser comprendido en la masa partible». (1)

207. ¿Es obligatorio para el cónyuge acreedor, pagarse de sus recompensas deduciendo bienes de la sociedad?

Creemos que la respuesta debe ser negativa, y en nuestro pensamiento no permanecemos aislados sino que nos acompañan la totalidad de los autores franceses.

(1) PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 4 n. 829.

La disposición del artículo 1770, constituye una excepción al derecho común establecida en beneficio de los cónyuges. No vemos inconveniente para que éstos vuelvan al derecho común exigiendo el pago de sus créditos en dinero. Sería renunciar al derecho que les ha concedido el legislador, lo cual es perfectamente lícito en conformidad al artículo 12 del Código Civil.

208. Punto respecto del cual los autores se encuentran divididos, es el de saber si el cónyuge que no es acreedor, puede impedir que el cónyuge que tiene este carácter, deduzca bienes de la comunidad, ofreciendo pagar de su patrimonio el monto de la recompensa.

Planiol y Ripert, (1) Troplong (2) y Guilloaard (3) se inclinan por la afirmativa. Sosteniendo la opinión contraria, Laurent (4) y Baudry Lacantinerie (5). El hecho que jurisprudencias tan notables como los citados no estén de acuerdo en sus opiniones, nos está demostrando que el asunto no es de tan fácil solución.

Los que sostienen la primera opinión argumentan que en la solución dada por ellos no existe sino una aplicación del art. 1572 del nuestro (corresponde al 1236 del Código francés) Código según el cual: «puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre del deudor, aún sin su consentimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor». Por su parte Laurent defiende su opi-

(1) o. c. t. 9 n. 831.

(2) o. c. t. 3 n. 1630.

(3) o. c. t. 2 n. 952.

(4) o. c. t. 22 n. 512.

(5) o. c. t. 15 n. 1132.

nión en los siguientes términos: «El artículo 1471 (1770 nuestro) da un derecho absoluto al cónyuge acreedor de una recompensa, absoluto en el sentido de que él tiene derecho de pagarse en efectos de la comunidad». Ahora bien, el derecho sería inícuo si dependiera del otro cónyuge impedir el ejercicio, ofreciendo los dineros o provocando la venta de bienes comunes».

Nosotros no obstante que vacilamos nos decidimos por la opinión sustentada por Baudry Lacantinerie y Laurent.

209. ¿Cuál es la naturaleza? ¿A qué título se ejercen las deducciones?

Se le podría dar el carácter de una dación en pago. En realidad en lugar de pagar los créditos en dinero son cancelados, bien sea con especies muebles o inmuebles.

Sin embargo, esta opinión que aparentemente es verdadera no admite un examen serio. En efecto, la dación en pago es una convención, existe un acuerdo de voluntades, circunstancia que no se produce en las deducciones. Si nosotros hubiéramos admitido que éstas tienen el carácter de facultativas tanto respecto del que las hace como respecto del otro cónyuge que no es acreedor, probablemente habríamos decidido que se trata de una dación en pago, pues en realidad para que las deducciones se llevaran a efecto se requeriría el acuerdo de ambos. Pero hemos visto, que el cónyuge no acreedor no puede oponerse, a que, el que tenga este carácter, ejecute las deducciones.

La mayoría de los autores están contestes en que las deducciones son ejecutadas por los cónyuges a

título de copartícipes. Planiol y Ripert (1) dicen sobre este punto: «Queda una sola explicación que parece ser admitida por la doctrina y la jurisprudencia: es a título de copartícipes que los cónyuges ejercen sus deducciones. De una parte ellos son acreedores de la comunidad; pero, de otra parte ellos tienen por deudor una masa indivisa donde ellos son copropietarios y que son llamados a partirse. Para simplificar la reglamentación de sus recompensas, la ley los autoriza a pagarse en naturaleza sobre los bienes indivisos; pero ella no lo ha hecho sino porque son copartícipes de esos bienes sin lo cual ellos no podrían pagarse en especie».

De donde la consecuencia importante que se deduce, es que si las deducciones no constituyen una partición propiamente dicha, ellas deben ser consideradas al menos como juntándose a la partición; ellas constituyen una de las adjudicaciones de la partición con el cual ellos se confunden, constituyendo parte integrante».

210. Se comprenderá que de la calificación que hemos dado a las deducciones de parte integrante de la partición se deducen consecuencias de sumo interés; para no citar otras nos referiremos a la de mayor importancia: las deducciones no operan la traslación de propiedad de un cónyuge a otro: produce sólo un efecto declarativo.

Esta es una consecuencia del hecho que los bienes objetos de las deducciones pertenezcan en común a los dos cónyuges; las deducciones vienen a fijar el dominio en uno de los copartícipes, no cabe

(1) o. e. t. 9 n. 838.

pues hablar de traslación de propiedad ni de enajenación.

Por estas razones, merece que critiquemos dos sentencias de nuestros tribunales que han declarado que estos actos constituyen enajenación. La primera es de la Corte de Concepción de 21 de Julio de 1882 (1). Uno de sus considerandos dice: Que según lo expuesto «en los precedentes considerandos, el embargo del sitio cuando pertenecía al ejecutado, o a la sociedad conyugal si se quiere; y por lo tanto no podía transferir el dominio por ningún título según lo dispuesto en el artículo 1464 del Código Civil y de consiguiente no puede tener valor alguno la adjudicación a que se refiere la hijuela acompañada».

La otra sentencia es de la Corte de Santiago del 11 de Junio de 181: Uno de los considerandos dice: «Que la adjudicación de esas acciones (se trataba de unas acciones embargadas) a la señora XX importa una verdadera enajenación, y habiendo en ésta un objeto ilícito, esa adjudicación es nula absolutamente». (2)

Por los considerandos transcritos vemos el error que encierran esas sentencias. No conocemos el riterio de la Corte de Casación en este asunto; pero no nos cabe duda que debe coincidir con el nuestro al darle a las deducciones el carácter de efecto declarativo.

211. En la deducción de las recompensas tiene la mujer respecto al marido prerrogativas que se

(1) s. 1671 p. 944. G. 1882.

(2) s. 758 G. 1881.

las ha dado el legislador con el fin de contrapesar la omnipotencia del marido durante la existencia de la sociedad. Estas prerrogativas son dos: ella hará antes que éste las deducciones y en segundo lugar, en caso de insuficiencia del patrimonio social queda el marido respondiendo con sus bienes propios. El primer derecho no ofrece ninguna dificultad, no así el segundo del cual pasamos a ocuparnos.

212. Consagra ese derecho el inciso segundo del artículo 1773 al decir: «La mujer, no siendo suficientes los bienes de la sociedad, podrá hacer las deducciones que le correspondan sobre los bienes propios del marido elegidos de común acuerdo. No acordándose elegirá el juez». Esta disposición guarda íntima relación con el art. 2481 número tercero que declara para este efecto que la mujer goza de un crédito privilegiado de cuarta clase.

El artículo 2483 restringe los medios de prueba para acreditar la existencia de los derechos de la mujer; dice así: . . . y a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de las mismas personas por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donación, venta, permuta, u otros de igual autenticidad».

La preferencia de que goza la mujer se refiere también a las indemnizaciones a que tiene derecho la mujer por la administración dolosa o culpable de su marido. Como es natural en este caso el legislador no ha restringido los medios de prueba de que se puede hacer uso.

213. ¿Hasta qué momento se extiende la responsabilidad que tiene el marido con respecto a la administración de los bienes propios de la mujer?

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca que tenemos a la vista declaró en uno de sus considerandos: «Que la obligación que la ley impone al marido de integrar con sus bienes propios las deducciones a favor de la mujer según el artículo 1773 del Código Civil, tiene aplicación sobre los bienes que existan al tiempo de la disolución de la sociedad que han debido ser inventariados y tasados, porque a estos bienes se refieren los artículos precedentes que dan derecho a esas deducciones». En otro de sus considerandos dice: «Que el marido no está obligado a enterar el aporte de la mujer con el legado que ésta le deja en el testamento, porque no siendo aquél deudor de ese saldo como se ha dicho, los bienes que adquiriera después de la disolución de la sociedad no pueden quedar sujetos al pago de una deuda que no existe, y el legado se encuentra en esta condición, por cuanto se le difiere después de la muerte de la testadora, es decir, cuando la sociedad conyugal está disuelta».

Nosotros no participamos de la opinión de la Corte de Talca. En realidad el marido es deudor respecto a la mujer, y según el artículo 2465 del Código Civil quedan afectos a las deudas los bienes del deudor tanto los presentes como los futuros.

214. En cuanto a la forma de pago de las recompensas de que responde el marido a la mujer en caso de insuficiencia del patrimonio social, el legislador establece también la forma excepcional de las deducciones. Al establecerse el mismo prin-

cipio en este caso indudablemente se ha tenido en vista favorecer a la mujer y en el deseo de evitarle los gastos a que darían origen proceder a la venta o realización de los bienes del marido. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico y doctrinario, esta disposición no tiene el más mínimo justificativo. En efecto, hace un momento decíamos que las deducciones las ejercen los cónyuges a título de copartícipes, circunstancia que en este caso no conviene por cuanto los bienes son de exclusiva propiedad del marido. De manera que si la mujer se paga de sus recompensas apropiándose de un bien del marido no podemos decir que exista aquí un título meramente declarativo de dominio, pues la mujer jamás ha sido comunera en ese bien; tenemos, pues, que concluir que este caso hay verdadera traslación de propiedad y en consecuencia si se tratara de inmuebles sería necesario inscribirla en el Registro Conservador de Bienes Raíces. En realidad este caso estaría muy cerca de constituir una dación en pago.

El Código francés que al igual que el nuestro consagra la responsabilidad subsidiaria del marido para responder de las recompensas a la mujer, no establece que ésta pueda pagarse por medio de las deducciones.

Con las operaciones que hemos indicado, quedamos en circunstancia de conocer el acervo líquido, la masa partible, lo que constituyen los gananciales. Entramos pues, a estudiar la división de éstos.

División de los gananciales

215. La división de los gananciales comprende tres operaciones: *a)* formación del acervo; *b)* división del activo; *c)* división del pasivo.

FORMACIÓN DEL ACERVO

216. La formación del acervo, en otras palabras los bienes que constituyen los gananciales, son los siguientes: 1.º el residuo que queda de la masa común de bienes después de restituidos los bienes propios a cada uno de los cónyuges. 2.º A este residuo será necesario agregarle o deducirle las recompensas según que los cónyuges sean deudores o acreedores de la sociedad; y 3.º los frutos que de los bienes sociales se perciban desde la disolución de la sociedad.

El valor de todos estos bienes forman un acervo imaginario que constituye el activo; el pasivo lo forman las deudas sociales.

DIVISIÓN DEL ACTIVO

217. Según establece el artículo 1774 (1) los gananciales se dividen por mitad entre los cónyuges. El artículo habla de los dos cónyuges pero con razón observa Amunátegui, (2) esto es una re-

(1) Cód. de Napoleón art. 1474. Cód. de España art. 1426. Cód. de Uruguay art. 2010. Cód. de Bélgica art. 1474. Cód. de Honduras art. 1426. Cód. de Colombia art. 1830. Cód. de Argentina art. 1349. Proyecto de 1845 art. 73. Proyecto de 1847 art. 312. Proyecto de 1853 art. 1444. Proyecto Inédito art. 1947.

(2) o. c. p. 274.

dundancia por cuanto los cónyuges, no pueden ser más ni menos de dos.

Esta división por igual parte, se ejecuta independientemente de la procedencia de los bienes que formen el activo, aún cuando uno de los cónyuges nada hubiere aportado al matrimonio, o nada hubiera ganado durante la existencia de la sociedad.

218. La división de los gananciales por iguales partes, tiene algunas excepciones.

La primera es una consecuencia de que el cónyuge haya distraído u ocultado algún efecto de la sociedad, pues en este caso como sabemos pierde su porción en la cosa y está obligado a restituirla doblada. En consecuencia la cosa objeto del delito queda excluída de la partición y se adjudica íntegramente al cónyuge inocente.

La segunda excepción puede resultar de haber estipulado en las capitulaciones matrimoniales una desigual repartición de los gananciales; como por ejemplo que el marido tome dos tercios y la mujer el resto. Una estipulación de esta naturaleza ¿sería válida? Creemos que sí; pues si la mujer en esa ocasión puede renunciar a los gananciales, es decir, no aprovechar lo más mínimo las utilidades de la sociedad, nada se opone a que sólo reciba un tercio, un cuarto, etc. Quien puede lo más puede lo menos.

Eso sí que esta partición desigual de los gananciales tendría repercusión en las deudas sociales, pues la mujer en caso, por ejemplo, de recibir un tercio, no respondería de las deudas sociales sino hasta esa cantidad.

DIVISIÓN DEL PASIVO

Antes de estudiar las reglas a que se somete la división de las deudas creemos de interés enumerar las deudas de la sociedad y las propias de cada cónyuge.

219. Son deudas comunes:

a) El importe de las pesiones e intereses que corran sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad (Art. 1740 N.º 1.º).

b) Las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido o por la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio, y que no fueren personales de aquél o ésta (Art. 1740 N.º 2.º).

c) Todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales y los de cada cónyuge (Art. 1740 N.º 4.º), pero no las obras y refacciones mayores ejecutadas en los bienes propios de cada cónyuge por los cuales este deberá recompensa (Art. 1746).

d) El mantenimiento de los cónyuges y descendientes comunes (Art. 1740 N.º 5.º).

e) Los gastos de educación y establecimiento de los descendientes comunes (Art. 1740 N.º 5.º). Las expensas ordinarias y extraordinarias que con este objeto se hicieren, se imputarán a los gananciales y salvo declaración contraria se entenderá que se hacen a cargo de la sociedad, aún cuando, desde luego, se hubieran sacado de los bienes propios de cualquiera de los cónyuges. El marido que las hace

sin reclamación de la mujer y, por consiguiente, sus herederos pueden pedir que se las reembolse de los bienes propios de la mujer, por mitad, la parte de dichas expensas, que no cupieren en los gananciales, salvo que constare de un modo auténtico que el marido quiso hacerlas de los suyos. Pero si el descendiente tuviera bienes propios, las expensas extraordinarias deben imputarse a éstos, en cuanto cupieren, y en cuanto le hubieren sido efectivamente útiles; a menos que conste de un modo auténtico que el marido o la mujer debidamente autorizada, o ambos de concurso, quisieran hacerlas de los suyos (Art. 1744).

f) Toda otra carga de la familia, comprendiéndose entre ellas los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes aunque no lo sean de ambos cónyuges (Art. 1740 N.º 5.º inc. 6.º).

g) El dinero que, de una sola vez o periódicamente el marido entregue a la mujer para que pueda disponer de él a su arbitrio a virtud de la respectiva reserva de derechos que ésta hubiera hecho en las capitulaciones matrimoniales, siempre que en éstas no se haya impuesto dicha carga expresamente al marido (Art. 1740 inc. final). (1)

Las deudas enumeradas son las que definitivamente deben ser soportadas por la sociedad, y como luego veremos se dividen por mitad entre los cónyuges.

219 a. Además de estas deudas que tienen su nacimiento durante la existencia de la sociedad, de-

(1) BARRIGA, o. c. n. 176.

bemos agregar al pasivo común, las que provengan de la administración provisoria, de que es objeto la comunidad desde que se disuelva la sociedad hasta su liquidación.

Entre éstos tenemos: los gastos que ocasionare la liquidación de la sociedad, como por ejemplo los gastos de inventario, de licitación, etc. Las deudas que contrataren los cónyuges en provecho personal, en la parte que aprovecharen o que fueren útiles a la sociedad, en virtud del principio que nadie puede enriquecerse a costa ajena. Por último tenemos los gastos que motiven las reparaciones urgentes de los bienes comunes, y la explotación de un establecimiento de comercio. (1)

220. Para estudiar la división del pasivo es necesario distinguir la ~~distribución~~ ^{contribución} a las deudas y la obligación respecto de las mismas. Lo primero dice relación con la parte que cada uno de los cónyuges va a soportar en definitiva. Lo segundo se refiere a la situación de los cónyuges con respecto al derecho de persecución que tienen los acreedores.

221. Respecto a la contribución a las deudas, éstas se dividen por mitad entre ambos cónyuges, lo cual no es sino una consecuencia de la división por mitad del activo. Sin embargo, esta regla tiene excepciones.

222. α) Cuando los cónyuges acordaren una contribución diferente, en la división de los gananciales o en la adjudicación de especies que se hayan

(1) PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 9. n. 788.

hecho entre los cónyuges o sus herederos. Esto sucede cuando se quieren igualar las hijuelas en la partición; así por ejemplo, si uno de los cónyuges se ha adjudicado un fundo de gran valor que tenía la sociedad, con el fin de igualar su hijuela a la del otro cónyuge, contribuye con una parte mayor en las deudas.

b) Otra excepción al principio enunciado la encontramos en el beneficio de emolumento de que goza la mujer, según el cual no es obligada a pagar la deuda más allá de lo que recibe a título de gananciales.

223. En caso que el marido haya pagado el total de una deuda tiene acción contra la mujer para que le reintegre de lo que hubiere pagado, salvo su beneficio de emolumento. Consecuencia de este principio es el art. 1779 del Código Civil que establece: «Aquel de los cónyuges que por el efecto de una hipoteca o prenda constituida sobre una especie que le ha cabido en la división de la masa social, paga una deuda de la sociedad, tendrá acción contra el otro cónyuge para el reintegro de la mitad de lo que pagare; y pagando una deuda del otro cónyuge, tendrá acción contra él para el reintegro de todo lo que pagare».

Las hipotecas que contrata el marido durante la existencia de la sociedad son siempre válidas. En caso que a la mujer se le adjudicare un bien hipotecado no podría desconocer el valor de ella, fundándose en los artículos 718, 2417 y 1344 del Código Civil, los cuales establecen en síntesis, que si uno de los comuneros durante la vigencia de la comunidad enajena o hipoteca uno de los objetos perte-

necientes a ésta, subsistirán estos actos, siempre que el bien enajenado o hipotecado, fuere adjudicado al comunero que celebró el acto, o si se adjudica al otro bajo la condición que éste consienta en la enajenación o hipotecación.

Esto no es sino un colorario de que el marido durante la vigencia de la sociedad es dueño de los bienes sociales, y quien tiene el carácter de tal puede enajenar o hipotecar válidamente las cosas objeto de su dominio.

La disposición del artículo 1779 es una aplicación de los artículos 1526 número primero, 2465 y 2408 del Código Civil que declaran indivisible la acción hipotecaria o prendaria.

224. Inoficioso nos parece advertir que las reglas dadas se refieren a las deudas de la sociedad. Las deudas personales de los cónyuges, como es natural, deberán ser pagadas por éste en su totalidad. Así por ejemplo, sucedería con una deuda que la mujer hubiere contraído con anterioridad al matrimonio. Igual cosa sucedería con las deudas contraídas por los cónyuges con posterioridad a la disolución de la sociedad. Así lo resolvió la Corte Suprema en sentencia de 1.º de Octubre de 1925 que se encuentra publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXIII segunda parte, segunda sección, página 517. Criterio que se encuentra corroborado con la última parte del art. 1779 ya incertado.

225. En cuanto a la obligación a las deudas se pueden resumir en estos dos principios:

1.º) El marido es responsable del total de las

deudas de la sociedad respecto a los acreedores, y éstos por lo tanto la pueden perseguir en los bienes propios del marido;

2.º) La mujer no es responsable respecto de terceros, sino hasta concurrencia de su mitad de ganancias; pero para gozar de este beneficio deberá probar el exceso de contribución que se le exige, sobre dicha mitad, sea por el inventario y tasación sea por otros documentos auténticos.

El primer principio es una consecuencia del carácter de dueño de los bienes sociales que tiene el marido durante la existencia de la sociedad. Los acreedores no han contratado con ésta, sino con el marido, éste tiene entonces que seguir respondiendo de las deudas; recordemos que el derecho de prenda general comprende tanto los bienes presentes como los futuros del deudor.

226. No podría pactarse como se puede hacer en la contribución a las deudas, una división distinta de la establecida por el legislador en lo que se refiere a la obligación con respecto a los acreedores. Así por ejemplo, no tendría ningún valor una cláusula en que se estipulara que con respecto a éstos, la mujer respondiera de los dos tercios y el marido por el resto.

Ante una estipulación de esta naturaleza, los acreedores con razón dirían: nosotros hemos contratado con el marido, él es nuestro deudor personal, tenemos pues derecho a dirigirnos en su contra por el total de la deuda.

Por lo expuesto vemos que una vez liquidada la sociedad, la situación de los acreedores sociales y los del marido cambia radicalmente.

Los acreedores sociales, mejoran de situación porque tiene afecto el patrimonio del marido y el monto de gananciales que recibe la mujer. En cambio, los acreedores personales del marido empeoran de condición, pues mientras existió la comunidad, tenían afectos tanto el patrimonio social, como el patrimonio del marido que se confunden; y una vez que ésta se disuelve sólo queda afecto a esas deudas este último.

227. Las reglas que acabamos de examinar en cuanto a la división del pasivo sólo tienen aplicación una vez que se haya liquidado la sociedad. En el período que media entre la disolución y este momento, los acreedores deberán dirigirse contra la comunidad que se forma ya sea entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro, de manera que en este período la mujer no podría ser demandada por los acreedores así lo ha estimado la Corte Suprema en sentencia de 11 de Marzo de 1921 que recayó en el juicio Gajardo con Vásquez y que se encuentra publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XX segunda parte, primera sección, página 172.

El caso era el siguiente: Un acreedor de la sociedad por 13,000 pesos, demandó ejecutivamente a la mujer por la mitad, es decir, por 6,500. La Corte rechazó la demanda por no ser esta una deuda líquida ni actualmente exigible. Uno de los considerandos dice: «Que, en efecto sin la liquidación previa de la sociedad conyugal, no es posible establecer si ésta produjo o nó gananciales, ni menos cuál es la cantidad específica que a cada cónyuge corresponde en razón de ellos, base necesaria para

determinar en seguida la responsabilidad de la mujer sobreviviente por obligaciones del difunto sobre esos gananciales conforme el artículo 1777 del Código Civil...»

Creemos que igualmente se habría rechazado esta demanda aún cuando hubiera sido ordinaria, no otra cosa se desprende del considerando transcrito.

Por las explicaciones hechas, podemos ver que la responsabilidad de la mujer por las deudas de la sociedad se encuentra limitada, tanto respecto de los acreedores como en relación con su marido. Esta situación privilegiada de la mujer, se conoce con el nombre de beneficio de emolumento, materia de la cual pasamos a ocuparnos.

Beneficio de emolumento

228. Acerca del origen de este beneficio, Planiol, (1) nos habla en los siguientes términos: «Este sistema protector de los intereses de la mujer ha sido introducido por la jurisprudencia de los antiguos Parlamentos; las costumbres no lo trataban. El fué admitido por primera vez por una sentencia solemne pronunciada el 14 de Agosto de 1567 por el Presidente Séguier. Coquille, que comenta esta sentencia dice al respecto: «La razón es que de otra manera, el marido tendría por vía oblicua poder sobre los bienes propios de su mujer, respecto de los cuales la costumbre prohíbe la enajenación» (Costumbre de Nivernois, cap. XVIII art. 17). En efecto, si la mujer fuera perseguida más allá de lo que ella recibe de la comunidad, su fortu-

(1) o. c. t. 3 números 1350 y 1361.

na propia serviría para pagar las deudas de la comunidad; es decir del marido. Esta es la idea que Dumoulin había condensado en algunas palabras: «Marito non licet onerare propria uxoris».

Con posterioridad, el artículo 228 de la Costumbre París consagró este beneficio con las siguientes palabras: «El marido no puede por contratos y obligaciones ejecutadas antes o durante el matrimonio obligar a su mujer sin su consentimiento, más allá de lo que ella o sus herederos obtengan de la comunidad siempre que después de la muerte de uno de los cónyuges se haga legal inventario, y que no haya fraude ni culpa de parte de la mujer o sus herederos».

229. Nuestro Código consagra este beneficio en el art. 1777 (1) que dice: «La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales. Mas para gozar de este beneficio deberá probar el exceso de contribución que se le exige, sobre su mitad de gananciales, sea por el inventario y tasación, sea por otros documentos auténticos». Esta disposición hasta cierto punto la consideramos redundante con la del art. 1767 que dice que si la mujer no renuncia los gananciales, se entiende que los acepta con beneficio de inventario. Tal vez la única razón que tuvo el legislador al dictar el artículo 1777, fué por la forma especial de prueba que establece.

(1) Concordancias: Cód. de Napoleón art. 1483. Cód. del Uruguay art. 2014. Cód. de Colombia art. 1833. Cód. de Bélgica art. 1483. Proyecto de 1845 art. 75. Proyecto de 1847 art. 364. Proyecto de 1853 art. 1947. Proyecto Inédito art. 1950.

Como hace un momento dijimos la mujer puede oponer el beneficio de emolumento ya sea contra los acreedores o contra el marido.

230. El beneficio de emolumento, es pues una aplicación de los principios esenciales del régimen de comunidad. No sería equitativo que la mujer pagara deudas que contrajo el marido; fuera víctima de una administración descuidada, en la cual no tuvo ingerencia.

Sentado el hecho que el beneficio de emolumento es una aplicación de los principios que rigen la comunidad, se justifica que algunos autores le nieguen el carácter de beneficio, por cuanto en estos existe una excepción, una consención, una derogación de los principios generales. (1)

231. Al igual que la convención en que la mujer renunciara a su facultad de renunciar a los gananciales, la cláusula en que renunciara al beneficio de emolumento sería nula y de ningún valor. Son reglas de orden público que no admiten derogación.

232. Para que la mujer goce del beneficio es necesario que pruebe por inventario solemne y la tasación o por otro documento auténtico la mayor contribución que se le exige. En este punto nuestro Código innovó al francés, donde el inventario es condición *sine quanon* para gozar del beneficio. Aunque la ley no lo diga, es necesario que la mujer rinda cuenta a los acreedores. Así por ejemplo,

(1) PLANIOL, t. 3. n. 1362. PLANIOL Y RIPERT, t. 9 n. 916.

por el inventario probará lo que ha recibido a título de gananciales, y además deberá acreditar fehacientemente que esta suma la ha invertido en pagar a otros acreedores. Así se desprende por analogía del art. 1263 del C. C.

La mujer deberá cancelar los créditos a medida que los acreedores se presenten, salvo que hayan créditos privilegiados, hasta enterar su emolumento. No obstante, aún cuando la mujer hubiere invertido todos sus gananciales, deberá cancelar los créditos hipotecarios.

Las recompensas que la sociedad debe al marido, no obstante ser verdaderas deudas, no pueden hacerse efectivas en los bienes de la mujer, así se desprende del inciso segundo del artículo 1773.

233. ¿Qué bienes componen el emolumento de la mujer?

En primer lugar los bienes que se entreguen a título de gananciales, los frutos que produzcan estos bienes, y las recompensas que debía a la sociedad, las cuales se le han imputado para enterarle su parte de gananciales.

Por el contrario no se comprenderán en el emolumento los bienes que la mujer hubiere deducido en pago de sus recompensas. Estos bienes forman parte de su patrimonio propio, los ha adquirido, si así pudiéramos decir, a título oneroso.

234. ¿Con relación a qué momento se efectúa la valuación de los bienes que la mujer recibe como gananciales para determinar el monto de su emolumento?

Los autores están de acuerdo que la valuación debe hacerse con relación a la fecha de la partición. Las variaciones sufridas después de la disolución de la sociedad y antes de la partición son a cargo de la comunidad. (1)

235. En caso que la mujer pagase más allá de su emolumento, creemos que podría repetir, llegaría el caso de aplicar el art. 2295 del Código Civil. La única razón que habría para no decidirlo así, sería considerar que la mujer al pagar una cantidad mayor que la recibida de la comunidad, renuncia al beneficio; pero hemos visto que este es irrenunciable.

236. Por lo expuesto vemos que el beneficio de emolumento guarda mucha similitud con el beneficio de inventario, tanto que al legislador parece confundirlos según se desprende de los artículos 1767 y 1777 del Código Civil.

Sin embargo, existen diferencias dignas de anotarse:

1.º) En el beneficio de inventario, se necesita forzosamente que se haga inventario solemne. En cambio en el beneficio de emolumento, éste se puede sustituir por cualquier otro documento auténtico.

2.º) El beneficio de inventario supone la separación de patrimonios, lo cual no sucede en el de emolumento donde lo que la mujer recibe a virtud

(1) PLANIOL Y RIPERT, o. c. t. 9 n. 928. BAUDRY LACANTINERIE, o. c. t. 15 n. 1222. LAURENT, o. c. t. XXIII n.º 73. GUILLOUARD, o. c. t. 3 n. 1398.

de gananciales se confunde con sus bienes propios. No obstante, muchos consideran que no existe esta diferencia, argumentando que el beneficio de inventario no produce la separación del patrimonio del causante con el del heredero.

3.º) El heredero no puede ser perseguido en sus bienes propios a diferencia de la mujer cuyos bienes pueden ser perseguidos por los acreedores de la sociedad.

4.º) El heredero puede exonerarse de las obligaciones abandonando los bienes a los acreedores (Art. 1261) lo cual no lo podría hacer la mujer.

236 a. Los acreedores de la comunidad, no tienen facultad como sucede con los acreedores hereditarios y testamentarios para impedir que se confundan los patrimonios de la mujer con los gananciales que reciben. Consecuencia de esto es que los acreedores de la comunidad no gozan de preferencia para pagarse sus créditos, con relación a los acreedores personales de los cónyuges, todos deben concurrir igualmente, salvo que sean privilegiados, o hipotecarios.

237. Según lo establece el artículo 1780 «los herederos de cada cónyuge gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas acciones que el cónyuge que representan». Por esta razón cada vez que por olvido o descuido nos hemos referido solamente a los cónyuges, debe entenderse que nos referimos también a sus herederos.

Al ocuparnos de la renuncia que hace la mujer de los gananciales, dejamos pendientes los efectos que ésta produce; habiendo estudiado toda la liqui-

dación de la sociedad conyugal, estamos en condiciones de apreciarlos.

Efectos que produce la renuncia de gananciales que hace la mujer

238. En realidad la renuncia de gananciales que puede hacer la mujer, es una institución cuyo objeto y razón de ser coinciden con los del beneficio de emolumento. Ambos tienen como causa y finalidad: evitar que la mujer se vea obligada a pagar con sus bienes propios las deudas de la sociedad. Por esto podríamos decir sin ser aventurados que una de las dos instituciones está demás en el derecho.

Sin embargo, creemos encontrar alguna importancia en que subsista la renuncia: ahorrar los gastos de la partición de los gananciales. Además es de interés saber si la mujer ha renunciado o goza del beneficio de emolumento, para la computación de la porción conyugal que le corresponda a la mujer. Así se desprende del inciso segundo del artículo 1176 del C. C. que dice: «Se imputará por lo tanto a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, si no la renunciare».

239. Los efectos que produce la renuncia de gananciales de la mujer pueden resumirse en los principios siguientes:

1.º Pierde toda participación en el activo de la sociedad conyugal, el cual pasa íntegramente al marido o sus herederos.

2.º) Queda exonerada de la obligación y contribución a las deudas de la sociedad, las cuales pesarán en su totalidad sobre el marido.

Estos dos efectos los contiene el Código en el artículo 1783 que dice: «Renunciando la mujer o sus herederos, los derechos de la sociedad y del marido se confunden e identifican, aún respecto de ella». (1)

3.º) Debe procederse a efectuar el balance de las recompensas que la sociedad y la mujer se deban recíprocamente. Según las reglas dadas.

Si la mujer resulta deudora deberá reintegrar al marido el monto de su deuda.

Por el contrario si resulta acreedora tiene derecho a que el marido le cancele el monto de su crédito. Respecto de este punto surge una dificultad. ¿Puede la mujer pagarse de sus recompensas deduciendo bienes de la sociedad? Por de pronto es erróneo hablar de bienes de la sociedad, por cuanto sólo existen bienes del marido. Por esta razón nosotros creemos que debe aplicársele el inciso segundo del artículo 1773, es decir, puede pagarse deduciendo bienes propios del marido elegidos de común acuerdo, o los que elija el juez, en caso que éste no se produzca.

Este efecto lo consagra el artículo 1784 (2) que dice: «La mujer que renuncia conserva sus dere-

(1) Concordancias: Cód. de Napoleón arts. 1492 y 1494. Cód. del Uruguay art. 2021. Cód. de España art. 1394. Cód. de Colombia art. 1839. Cód. de Bélgica art. 1492 y 1494. Cód. de Honduras art. 1394. Proyecto de 1845 art. 79. Proyecto de 1847 art. 318. Proyecto Inédito art. 1954.

(2) Concordancias: Cód. de Napoleón art. 1493. Cód. del Uruguay art. 2022. Cód. de Colombia art. 1840. Cód. de Bélgica art. 1493. Proyecto de 1845 art. 80. Proyecto de 1847 art. 319. Proyecto Inédito art. 1955.

chos y obligaciones a las recompensas e indemnizaciones arriba expresadas».

4.º) Por último la mujer que renuncia, como es natural, tiene derecho a deducir sus bienes propios, es decir, aquellos que no entraron en la sociedad.

240. En lo que se refiere a la liquidación de la sociedad conyugal, la legislación universal no nos ofrece ninguna novedad digna de ser anotada y comentada. Por esta razón creemos que respecto a esta materia es suficiente con las concordancias que hemos hecho a cada artículo a medida que nos ha tocado ocuparnos de ellos.



INDICE

	Pág.
BIBLIOGRAFÍA	v
DOS PALABRAS	1

PRIMERA PARTE

De la Administración de la Sociedad Conyugal

1. La administración de la Sociedad puede ser ordinaria o extraordinaria 5

CAPITULO I

DE LA ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

2. El marido es el administrador ordinario de la Sociedad 7
3. División del Capítulo 8

Sección I

Gestión del marido en los intereses sociales

4. Discusión sobre qué clase de poderes tiene el marido en la gestión de los intereses sociales 8
5. En nuestro derecho el marido es dueño de los bienes sociales 9

	Pág.
6. Argumento basado en los artículos 1749, 1750 y 1752 del C. C.	9
7. Argumento basado en el artículo 22 del C. C. . .	10
8. Argumento histórico	12
9. Argumento basado en el hecho que el legislador no haya especificado las facultades del marido como Administrador	14
10. Refutación de la argumentación contraria	16
11. Conclusión	16
12. En los actos entre vivos el marido tiene una sola limitación: no efectuar los actos en fraude de los futuros derechos de la mujer o sus herederos. Definición, elementos y prueba del fraude .	17
13. ¿En los actos por causa de muerte tiene el marido alguna limitación?	20
14. Estudio y análisis del artículo 1743 del C. C. . .	22
15. El marido representa a la sociedad en juicio . .	26
16. Estudio del artículo 1750 del C. C.	27
17. Diversas maneras como el marido puede obligar a la sociedad	28
18. ¿Podría estipularse que el marido sólo pudiera enajenar los bienes inmuebles de la comunidad con consentimiento de la mujer?	29
19. El marido no está obligado a rendir cuenta de su actuación dentro de la comunidad	30
20. Reformas que se hacen aconsejables al Código Civil en lo referente a los poderes del marido durante la existencia de la sociedad	31
21. Legislaciones extranjeras	34

Sección II

Poderes de la mujer

22. Incapacidad de la mujer	36
23. Fundamento de la incapacidad de la mujer casada	38

a) LA MUJER OBRA AUTORIZADA POR SU MARIDO
O POR LA JUSTICIA

Actos judiciales

	<u>Pág.</u>
24. La mujer necesita autorización para comparecer en juicios. Alcance de la incapacidad.	41
25. ¿Cómo puede reclamarse de la incapacidad de la mujer en juicio?	44
26. Por excepción la mujer no requiere autorización para comparecer en juicio	46
27. a) En las causas criminales o de policía en que se proceda contra la mujer	46
28. b) En los litigios que siga la mujer contra el marido, o éste contra ella	48
29. c) Respecto de lo que separadamente administra.	49
30. El marido está obligado a dar a la mujer litis expensas	50

Actos extrajudiciales

31. Alcance del artículo 137 del C. C. que establece la incapacidad de la mujer casada para estos actos	51
32. Casos en que por excepción la mujer queda obligada sin estar autorizada por su marido o por la justicia	52

Autorización marital

33. Diferentes clases de autorización	57
34. Autorización expresa	58
35. Autorización tácita	59
36. Autorización presunta	60
37. Autorización general	65
38. Autorización especial	67
39. Revocación de la autorización	68
40. Efectos que produce esta clase de autorización	68

Autorización judicial

	<u>Pág.</u>
41. Casos en que procede la autorización judicial . .	70
42. Análisis del inciso segundo del artículo 143 del C. C.	72
43. El juez puede subordinar la autorización a ciertas condiciones	74
44. Procedimiento para obtener la autorización judi- cial	75
45. En ciertos casos el juez no puede suplir la autori- zación marital	76
46. Efectos que produce esta clase de autorización .	77
47. ¿Puede el marido revocar la autorización dada a su mujer por la justicia?	78
 <i>Efectos que producen los actos que ejecuta la mujer sin au- torización del marido o de la justicia</i>	
48. La sanción es la nulidad relativa	78
49. Los actos que ejecuta la mujer casada sin autori- zación producen obligación natural	80
50. Los actos que ejecuta la mujer sin autorización se validan por la ratificación del marido	81
 b) ACTOS DE LA MUJER COMO MANDATARIA DE SU MARIDO	
51. Efectos que produce el mandato	83
 c) ACTOS Y CONTRATOS QUE EJECUTAN LOS CÓNYUGES DE CONSUMO	
52. Efectos que producen esta clase de contratos . .	86
 d) CASOS EN QUE LA MUJER OBRA EN VIRTUD DE PODERES PROPIOS	
53. Depósitos que la mujer hace en la Caja de Aho- rros	87

	<u>Pág.</u>
54. Comentario al artículo 9 del Decreto-Ley 328 . . .	88
55. Crítica al Decreto-ley citado	91

e) CASOS EN QUE LA MUJER OBLIGA SUS BIENES PROPIOS

56. Enumeración	91
---------------------------	----

f) CASO ESPECIAL DE LA MUJER SEPARADA DE HECHO

57. Opinión de la Jurisprudencia francesa	92
---	----

CAPITULO II

ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

58 Esta institución es novedad de nuestro Código . .	97
58 a. Casos en que procede y personas que la pueden ejercer	98
59. Administración de los bienes propios de la mujer	101
60. Administración de los bienes propios del marido .	102
61. Administración de los bienes sociales	105
62. ¿La mujer está obligada a rendir cuenta de su ad- ministración?	107

CAPITULO III

ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE LA MUJER

63. Causas que justifican la administración de los bienes propios de la mujer por el marido . . .	109
64. Respecto de los bienes de la mujer el marido es un administrador común y corriente	110

DIFERENCIA ENTRE LOS PODERES DEL MARIDO CON RESPECTO A LA SOCIEDAD Y COMO ADMINISTRADOR DE LOS BIENES PROPIOS DE LA MUJER

65. a) Las reglas de la administración de los bienes so- ciales no admiten derogación, son de orden pú-	
--	--

	Pág.
blico. Lo cual no sucede en la administración de los bienes propios de la mujer	112
66. b) En cuanto a la extensión	114
67. c) En la gestión de los intereses sociales el marido no tiene responsabilidad, en los de la mujer le afecta responsabilidad	114
68. Para estudiar la materia hay que distinguir entre los actos de administración y los de disposición . .	115

Actos de administración

69. El marido puede ejecutar todo acto administrativo	117
70. Reglas que rigen respecto de la aceptación de herencias	118
71. Los bienes inmuebles no los puede arrendar el marido por más de cinco u ocho años según sean urbanos o rústicos	119
72. Justificativo de esta prohibición	120
73. Sanción que acarrea la violación del art. 1757 del C. C. No es la nulidad, sino que el arrendamiento sólo obliga a la mujer hasta el plazo legal . . .	120
73 a. La mujer puede ratificar un arrendamiento ejecutado por el marido más allá del término legal	122
73 b. Si la mujer hace uso del derecho de poner término al arriendo ¿tiene el arrendatario derecho a exigir indemnización?	123
74. Si ambos cónyuges pactan conjuntamente el arrendamiento no existe la prohibición del art. 1757 del C. C.	124
74 a. El marido puede recibir los cánones por adelantado. Opinión de los autores franceses	124
75. ¿Puede el marido pedir la terminación de un arrendamiento pactado por él o por su mujer?.	125
75 a. Arrendamientos fraudulentos	126
76. Conclusión respecto de los actos de administración	126

ACTOS DE DISPOSICIÓN

Enajenación de bienes inmuebles

	Pág.
77. Artículo 1754 del C. C.	127
78. Alcance del artículo anterior	128
79. Significado de las palabras «esté o pueda estar obligado a restituir en especie» que usa el art. 1754 del C. C.	130
80. Requisitos exigidos por este artículo para la validez de los actos que indica	131

Autorización del marido

81. No es aceptable como sostienen algunos que en este caso el Juez no pueda suplir el consentimiento del marido	131
82. La autorización judicial, supletoria sólo procede en caso de negativa o imposibilidad del marido	133

Consentimiento de la mujer

83. ¿En qué momento debe prestarse?	134
84. Sanción que acarrea la omisión de este requisito. Análisis de las diferentes teorías que hay al respecto	135
85. Si la mujer se encuentra imposibilitada, su consentimiento puede ser suplido por el Juez	143
86. ¿La mujer menor de edad está imposibilitada para prestar el consentimiento?	144

La enajenación debe ser autorizada por la justicia con conocimiento de causa

87. ¿Cuál es el Juez competente para autorizar estos actos?	147
88. Procedimiento para pedir la autorización	147
89. El Juez puede dar la autorización bajo ciertas condiciones	148
89 a. Sanción de la omisión de este requisito	149

Las causas que justifican la enajenación deben ser las determinadas por la ley

	Pág.
90. No se justificaría una enajenación por utilidad de la sociedad	149
91. El art. 1754 se aplica a la mujer separada de bienes	150

Enajenación de bienes muebles

92. Estudios del artículo 1755 del C. C.	150
93. El marido en su sola calidad de administrador de los bienes de la mujer no puede hacer adquisiciones para ella	152
94. En igual calidad no puede contratar obligaciones que no tengan por objeto la conservación de los bienes de la mujer	153
95. El marido puede ejercer las acciones de la mujer. Regla especial de la acción de partición de bienes	154
96. Conclusión respecto de la administración del marido respecto de los bienes propios de la mujer.	155

SEGUNDA PARTE

Disolución de la Sociedad Conyugal

CAPITULO I

CAUSALES DE DISOLUCIÓN

97. El artículo 1764 del C. C. es taxativo	157
98. División de las causales de disolución	158

1.º Disolución del matrimonio

99. Razones que justifican esta causal	159
100. En el antiguo derecho francés y actualmente las	

legislaciones alemana y suiza, la muerte de uno de los cónyuges no opera ipso facto la disolución de la sociedad 160

2.º *Presunción de muerte de uno de los cónyuges según lo prevenido en el título del principio y fin de las personas.*

101. La posesión provisoria es la que opera la disolución de la sociedad 160
102. ¿Con relación a qué momento se liquida la Sociedad en este caso? 161
103. Efectos que produce el reaparecimiento del desaparecido con relación a la sociedad conyugal . 163

3.º *Por la sentencia de divorcio perpetuo o de separación total de bienes*

104. El divorcio como causal de disolución 165
105. La sentencia no obra con efecto retroactivo . . . 166
106. Restablecimiento de la sociedad cuando se reconcilian los cónyuges 167
- 106 a. El divorcio temporal no es causal de disolución 168
107. La separación de bienes como causal de disolución 168
108. En nuestra legislación a diferencia de la francesa la sentencia que decreta la separación no obra con efecto retroactivo 169
- 108 a. Vacío de nuestra legislación al no exigir un plazo dentro del cual se deba exigir la ejecución de la sentencia que decreta la separación . . . 170
109. La sociedad puede ser restablecida en ciertos casos 171
110. No sería permitido que los cónyuges al reconstruir la sociedad modificaran la manera como ésta funcionaba 173
111. El restablecimiento de la sociedad, hace suponer que ésta nunca se ha interrumpido 174

	Pág.
112. El principio de la retroactividad tiene una excepción: los actos que ejecutare la mujer durante la separación, serán válidos	174
113. Comentario del inciso final del art. 165 del C. C.	176
113 a. Las reglas del restablecimiento de la sociedad en caso que termine la separación de bienes se aplican cuando reaparece el desaparecido o los cónyuges divorciados se reconcilian	177
114. La separación de bienes como causal de disolución en los proyectos del Código Civil Chileno	177

4.º Por la declaración de nulidad del matrimonio

115. Esta causal se refiere al matrimonio putativo	177
116. ¿Desde cuando se entiende disuelta la sociedad por esta causal?	179

PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL CHILENO Y LEGISLACIÓN
COMPARADA

117. Proyectos de 1845 y de 1847	180
118. Proyecto de 1853	181
119. Proyecto inédito	182
120. Legislaciones extranjeras	182
121. Código Alemán	182

CAPITULO II

Efectos de la disolución de la Sociedad Conyugal

122. Enumeración	187
123. 1.º La mujer recobra parte o la totalidad de su capacidad	187
124. 2.º Pone fin al régimen de comunidad, y es reemplazado por el cuasi contrato de comunidad. Consecuencias que se deducen de esta circunstancia	188
125. a) El activo de la sociedad queda definitivamente fijado	189

	<u>Pág.</u>
126. Comentario al art. 1772 del C. C.	189
127. Comentario al mismo artículo	192
128. Que suerte corren los frutos de un establecimiento de industria o de comercio que pertenecía a la sociedad y que una vez disuelta son explotados por el cónyuge sobreviviente	192
129. b) La administración de los bienes comunes. Pertenecen a todos los comuneros por regla general.	193
130. Por excepción esto no sucederá cuando nombren un administrador común o cuando los hijos sean menores	194
131. Conclusión	195
132. c) Queda fijado definitivamente el pasivo común. En consecuencia los bienes sociales no se pueden embargar por deudas contraídas por el marido con posterioridad a la disolución de la sociedad	195
133. ¿Pueden los hijos reivindicar la cuota que les corresponde en un bien de la comunidad que es enajenado por el marido?	196
134. 3.º Si la mujer no ha renunciado a los gananciales en las capitulaciones, le nace el derecho de opción para aceptarlos o renunciarlos	199
135. La mujer no puede renunciar a su derecho de opción	199
136. Pierde el derecho de opción cuando la causal de disolución de la sociedad ha sido el divorcio por adulterio de la mujer	200
137. Requisitos que se exigen para que la opción sea válida	200
138. Por lo general la opción es irrevocable	201
139. Por excepción se puede rescindir: a) cuando la ha hecho una mujer menor sin aprobación del juez	202
140. b) Cuando ha habido error, dolo o fuerza	202
141. La fuerza como causal de rescisión	203
142. El dolo como causal de rescisión	203
143. El error como causal de rescisión	205

	<u>Pág.</u>
144. La acción para pedir la rescisión por las causales indicadas prescribe en cuatro años	205
145. c) Cuando ha sido ejecutada en fraude de los acreedores personales de la mujer	206
146. Efectos que produce la rescisión de la opción	209

DE LA ACEPTACIÓN DE LOS GANANCIALES

147. Dado el silencio del legislador deben aplicarse las reglas de la aceptación de las herencias	209
148. De la aceptación tácita	210
149. La mujer no tiene plazo para aceptar	212

DE LA RENUNCIA DE LAS GANANCIALES

150. Origen de esta institución	212
151. Razones que justifican esta facultad de la mujer.	213
152. La renuncia de las gananciales en los primeros tiempos fué solemne	214
153. La mujer puede renunciar las gananciales en las capitulaciones o una vez disuelta la sociedad.	214
154. De la renuncia que hace la mujer en las capitulaciones	214
155. De la renuncia una vez disuelta la sociedad	216
156. La renuncia en este caso es un acto consensual	217
157. La mujer no tiene plazo para renunciar	217
158. ¿El marido puede renunciar los gananciales?	218
159. La facultad que tiene la mujer de renunciar se trasmite a sus herederos	219

TERCERA PARTE

Liquidación de la Sociedad Conyugal

160. Definición	221
---------------------------	-----

DEL INVENTARIO Y DE LA TASACIÓN

161. Artículos 1765 y 1766 del C. C.	222
162. No es necesario que el inventario sea solemne	223

	Pág.
163. Ventajas del inventario solemne	223
164. Sanción de la falta de inventario	224
165. Sanción de la falta de inventario en el derecho francés	225
166. ¿En qué plazo debe hacerse el inventario? . . .	226
167. Forma en que debe hacerse el inventario	227
168. Comentario al art. 1739 del C. C.	227

DEL OCULTAMIENTO Y DISTRACCIÓN DE BIENES PERTENECIENTES
A LA COMUNIDAD

169. Art. 1768 del C. C.	230
170. ¿Qué se entiende por ocultamiento y distracción? ¿Quién debe probarlo?	230
171. ¿En qué momento debe efectuarse el ocultamien- to o la distracción	232
172. Si el cónyuge culpable devuelve la cosa sustraída no se aplica la sanción del artículo 1768.	233
173. El ocultamiento puede efectuarse sobre cualquie- ra clase de bienes	233
174. El artículo 1768 se aplica al marido que crea deu- das ficticias contra la comunidad	233
175. Efecto que produce el delito de ocultamiento o distracción	235
176. El cónyuge culpable sólo pierde su parte en los gananciales	239
177. No obstante la aplicación del art. 1768 el cónyuge culpable está obligado a pagar la mitad de las deudas	239
178. La acción del art. 1768 puede ejercerse por los herederos del cónyuge inocente o contra los herederos del culpable	240
179. Caso en que el delito es cometido por uno de los herederos	240
180. El derecho que concede el art. 1768 es renuncia- ble	240
181. ¿En qué plazo prescribe la acción del art. 1768?	240

PRIMERA OPERACIÓN

Formación del cuerpo común de bienes

	Pág.
182. Bienes que lo componen	241
183. Enumeración de los bienes que constituyen el haber real de la sociedad conyugal	242
184. Bienes que constituyen el haber relativo de la sociedad	244
185. Enumeración de los bienes propios de los cónyuges	245

SEGUNDA OPERACIÓN

Restitución de los bienes propios de los cónyuges

186. A ellos se refiere la primera parte del art. 1770 .	247
187. Alcance de la expresión «especie o cuerpo cierto» que usa el artículo 1770	248
188. Crítica al legislador	249
189. Plazo en que debe hacerse la restitución	250
190. Manera en que debe hacerse	250
191. Comentario al inciso primero del art. 1771 del C. C.	250
192. Comentario del inciso segundo del mismo artículo	252
193. Los aportes de uno de los cónyuges no pueden ser adjudicados al otro	252

TERCERA OPERACIÓN

Balance de las recompensas debidas por la sociedad a los cónyuges, y por éstos a aquella.

194. Objeto de las recompensas	253
195. Enumeración de las recompensas que debe la sociedad a los cónyuges	254
196. Casos que los cónyuges deben recompensas a la sociedad	254
197. Liquidación de las recompensas	256

CUARTA OPERACIÓN

Si los cónyuges resultan deudores de la sociedad deberán reintegrar al fondo social el monto de su deuda.

	<u>Pág.</u>
198. Esta operación la contempla el art. 1769 del C. C.	257
199. Forma de hacer el reintegro cuando uno solo de los cónyuges es deudor	257
200. Forma de hacer el reintegro cuando ambos cónyuges son deudores	259

QUINTA OPERACIÓN

Si los cónyuges resultan acreedores de la sociedad deberán deducir del fondo social el monto de su crédito

201. Este derecho lo contemplan los arts. 1770 y 1773 del C. C.	260
202. Los cónyuges ejercen las recompensas a título de acreedores	261
203. Consecuencias que se derivan del hecho de ejercer los cónyuges las recompensas a título de acreedores	262
204. El derecho a las recompensas es un derecho mueble	263
205. Los cónyuges no tienen preferencia con respecto a los acreedores de la sociedad para deducir las recompensas	264
206. Forma sui generis en que se pagan las recompensas	268
207. El cónyuge acreedor no está obligado a deducir sus recompensas en bienes	269
208. El cónyuge no acreedor no se puede oponer a que el acreedor deduzca bienes en pago de sus recompensas	270
209. ¿A qué título se ejercen las deducciones? . . .	271

	<u>Pág.</u>
210. Las deducciones no operan la traslación del dominio, son títulos declarativos	272
211. Prerrogativas de la mujer con respecto al marido en la deducción de las recompensas	273
212. Comentario al número tercero del art. 2481 del C. C.	274
213. ¿Hasta qué momento se extiende la responsabilidad del marido con respecto a la administración de los bienes propios de la mujer?	275
214. Manera como se pagan las recompensas que el marido es obligado a pagar a la mujer por insuficiencia del fondo social	275

DIVISIÓN DE LOS GANANCIALES

215. Operaciones que comprende	277
216. Bienes que forman el acervo partible	277
217. Los gananciales se dividen por mitad	277
218. Excepciones a la regla anterior	278
219. Enumeración de las deudas comunes.	279
219 a. Además de estas deudas en el pasivo hay que agregar los gastos de la administración provisoria	280
220. En la división del pasivo hay que distinguir la contribución y la obligación respecto de las deudas	281
221. En cuanto a la contribución se dividen por mitad.	281
222. Excepciones a este principio	281
223. Comentario al art. 1779 del C. C.	282
224. Las deudas propias de los cónyuges, responde íntegramente el cónyuge deudor	282
225. De la obligación a las deudas	283
226. No podría pactarse una división distinta de las deudas en lo que se refiere a la obligación con respecto a los acreedores	284
227. Mientras la comunidad no se liquida no rigen las reglas dadas en cuanto al pasivo, será necesario demandar a la comunidad	285

BENEFICIO DE EMOLUMENTO

	<u>Pág.</u>
228. Origen de este beneficio	286
229. Nuestro Código contempla este beneficio en el artículo 1777	287
230. El beneficio de emolumento es de la esencia del régimen de comunidad y no hace excepción al derecho común	288
231. La mujer no puede renunciar al beneficio de emolumento	288
232. Para gozar de este beneficio la mujer debe probar por el inventario u otro documento auténtico la mayor contribución que se le exige	288
233. Bienes que componen el emolumento	289
234. ¿Con relación a qué momento se efectúa la avaluación de los bienes que la mujer recibe como gananciales para determinar el monto de su emolumento?	289
235. Si la mujer paga más allá de su emolumento puede repetir lo pagado	290
236. Diferencias entre el beneficio de inventario y el de emolumento	291
236 a. Los acreedores de la comunidad no pueden demandar la separación de patrimonios	291
237. Los herederos de los cónyuges gozan de los mismos derechos que éstos	291

EFFECTOS QUE PRODUCE LA RENUNCIA DE GANANCIALES QUE
HACE LA MUJER

238. La renuncia de gananciales y el beneficio de emolumento tienen un mismo justificativo y una misma finalidad	292
239. Efectos que produce la renuncia de gananciales.	292
240. Legislación comparada	294
