

CAPACIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LA MUJER CASADA BAJO REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL. LOS BIENES FAMILIARES

EDUARDO NIÑO TEJEDA
Universidad Católica de Valparaíso

1. Para nuestro "Código Civil", "la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra"(art.1.445 inc. 2°).

La capacidad de goce, a diferencia de la capacidad de ejercicio, no está definida en nuestro Código Civil, pero es obvio que a ella se refiere cuando en el título II del Libro I, emplea la expresión *existencia legal* y su sinónimo *personalidad*, vocablo este último usado, con igual significación, en el hoy derogado párrafo sobre la muerte civil.

Hasta antes de la Ley 18.802, nuestro Código Civil identificaba los conceptos "capacidad" con "libre administración de sus bienes", como lo evidencian los artículos 723, 1.216 inc. 2°, 1.225, 1.236, 1.284, 1.287, 1.388, 1.578 N° 1° y 2.238.

En el contexto de estas disposiciones y de su concordancia con el artículo 1.445 inc. 2°, las personas incapaces no tienen la libre administración de sus bienes, ni pueden actuar jurídicamente sino autorizadas o representadas.

Hay sin embargo excepciones, como la del menor respecto de su peculio profesional (art. 246) o de aquella parte de los bienes pupilares cuya administración le haya confiado su curador (art. 440 inc. 2°).

Por otra parte, hay personas plenamente capaces que se encuentran en entredicho de administrar una parte de sus bienes, como ocurre con el fallido respecto de todos sus bienes *presentes* (Ley 18.175 art. 64); del deudor que hace cesión de bienes (C. Civil art. 1.619 inc. 2°); del demandado respecto de los bienes litigiosos cuando se ha nombrado interventor de ellos (C.P.C. art. 293); el de cualquiera persona afectada por alguna prohibición de enajenar, como las del artículo 1.464 del C. Civil o las de algunas leyes especiales (D.F.L. 285/53 art. 14), o por alguna incapacidad de goce particular, como las de los artículos 1.796 y 1.798 del Código Civil. En el cuadro de estas situaciones, se inserta el requisito de la facultad para enajenar o disponer del objeto pagado o transigido, cuando se trata de un pago en que debe transferirse la propiedad (art. 1.575 inc. 2°) o de un contrato de transacción (art. 2.447).

Como se ha hecho notar, estas restricciones a la facultad de administración o de disposición, de una persona plenamente capaz, son siempre parciales y se refieren a determinados bienes.

2. Nuestro Código Civil, en su extenso articulado emplea el vocablo *responsabilidad*, en dos acepciones distintas.

En los artículos 1.547, 1.558, 1.590, 1.679, 2.135, 2.319 y 2.320, se refiere a la responsabilidad en su sentido de obligación de indemnizar perjuicios por el daño ocasionado a otra persona; esta obligación puede nacer del incumplimiento de un contrato, de su incumplimiento imperfecto o tardío, de la ejecución de un hecho ilícito, o de la omisión del cuidado debido.

En cambio, en los artículos 161, 1.759 en su inciso 3º, hoy derogado y en el artículo 2º de la Ley 18.802, emplea este mismo sustantivo "responsabilidad", para indicar el patrimonio en que los acreedores de una persona pueden hacer efectivos sus derechos.

Parece conveniente adelantar que la garantía general de los acreedores respecto de la mujer casada deudora, no tiene la amplitud que plantea el artículo 2.465, ya que está restringida a una parte de sus bienes embargables, con exclusión de sus bienes propios.

Tanto el artículo 137 del Código Civil y 2º de la Ley 18.802, limitan su responsabilidad a los bienes reservados según el artículo 150 y a los que administre como parcialmente separada de acuerdo a los artículos 166 y 167 de dicho Código. Con sus bienes propios -caso en que la garantía sería verdaderamente general- sólo responde excepcionalmente, como se verá más adelante.

Esta segunda acepción del término "responsabilidad" sólo cobra importancia en los casos en que el deudor tiene más de un patrimonio, situación que el Código de Bello establece, por excepción, en los preceptos citados y en los artículos 253, 246, 1.378 y 1.725.

En todos estos casos se trata de patrimonios sujetos a administración separada. A pesar que, según el artículo 2.465, los acreedores pueden perseguir *todos* los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, en las situaciones particulares señaladas sólo pueden hacerlo en los respectivos bienes separados.

3. El contexto de la Ley 18.802, en lo que interesa al tema, sustituye enteramente la institución de la capacidad y responsabilidad de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal.

En el nuevo estatuto que reemplazó al anterior, la mujer es plenamente capaz; puede obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra persona; no tiene ni necesita representante legal; el marido administra los bienes propios de la mujer, no en nombre de ésta sino como jefe de la sociedad conyugal; contrariamente a la prohibición de ejecutar o celebrar toda clase de actos y contratos que le imponía el Código anterior a la reforma, después de ésta, la mujer puede ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos que no le estén expresamente prohibidos.

Las dudas y dificultades que suscita la inteligencia de la Ley 18.802, debido a su deficiente redacción y a sus numerosas discordancias, deben resolverse atendiendo al sistema general que emana de su contexto y a la intención de cambiar el que sobre capacidad y responsabilidad de la mujer casada establecía el código antiguo.

La Ley 18.802 disoció conceptualmente los términos "capacidad" y "libre administración" referidos a la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal.

La mujer casada es ahora plenamente capaz y sin embargo no tiene la libre administración de sus bienes, administración que la reforma mantuvo en poder del marido.

En su artículo 2º dispone: "A contar de la fecha de vigencia de esta ley, la mujer que fue incapaz por estar casada en sociedad conyugal, dejará de serlo para todos los efectos del Código Civil y demás Códigos y leyes especiales y responderá de sus actos con los bienes que administre de acuerdo con los artículos 150, 166 y 167".

El marido, según el artículo 1.749 inciso primero del Código Civil, es jefe de la sociedad conyugal, y como tal *administra* (la ley nueva eliminó sólo el adverbio "libremente") *los bienes sociales y los de su mujer...*"

Antes de la reforma de 1989, la mujer casada era relativamente incapaz (artículo 1.447 inc. 3º); el marido era su representante legal (art. 43), incluso en el caso de la mujer que siendo socia se casare (art. 2.106 inc. 3º); no tenía la administración de sus bienes, la que correspondía, "libremente", a su marido (art. 1.749 inc. 1º); necesitaba la autorización de éste para celebrar contratos, desistir de un contrato anterior, remitir una deuda, aceptar o repudiar una donación, herencia o legado, adquirir a título oneroso o lucrativo, enajenar, hipotecar o empeñar, ejercer los cargos de tutora o curadora (art. 173) o el albaceazgo (art. 1.273) y parecer en juicio (art. 136); en caso de impedimento o negativa del marido, la mujer podía obtener la autorización de la justicia en subsidio (art. 146); pero no necesitaba de autorización marital para disponer de lo suyo por acto testamentario que hubiera de producir efecto después de la muerte (art. 139); la garantía general de los acreedores únicamente se extendía a sus bienes propios cuando ella actuaba autorizada por el juez contra la voluntad del marido, o aceptaba una herencia con autorización judicial pero sin beneficio de inventario (art. 146 inc. 3º y 4º), o ejercía el albaceazgo aún con autorización de su marido o de la justicia en subsidio (art. 1.273 inc. 2º), o contravenía las restricciones legales a sus facultades como administradora extraordinaria de la sociedad conyugal (art. 1.759 inc. 3º).

Desde la vigencia de la Ley 18.802, la mujer es plenamente capaz (art. 2º); carece de representante legal: no lo necesita (art. 43 modif.); sus bienes son administrados por el marido (art. 1.749); puede celebrar toda clase de actos y contratos que no le esté expresamente prohibida y parecer en juicio; responde de sus actos con sus bienes reservados y con los que administre como separada parcialmente de bienes (arts. 150, 166 y 167); los bienes propios, en principio, quedan excluidos de la garantía general de los acreedores de la mujer.

En el contexto de la reforma, el sistema legal de la capacidad de la mujer es el siguiente:

1. PARA CELEBRAR CONTRATOS:

La mujer tiene plena capacidad, pero en la práctica los contratos que puede celebrar se reducen al de sociedad cuando aporta su trabajo personal, al mandato para la gestión de los bienes comprendidos en la separación parcial (arts. 166 y 167), al arrendamiento en que ella es la arrendataria y a la compra al fiado de objetos mue-

bles naturalmente destinados al consumo de la familia o a su beneficio personal (arts. 137 inc. 2°).

Respecto de los demás contratos, el arrendamiento, el comodato y el depósito irregular les están vedados expresamente porque en todos éstos, la mujer cede la tenencia de los bienes de su propiedad que administra el marido; lo mismo cabe decir de la prenda y de la hipoteca, constitutivos de los respectivos gravámenes (art. 1.754 inc. 4°). Tampoco puede celebrar una transacción porque no tiene capacidad para disponer de los objetos comprendidos en ella (2.447), ni renunciar la prescripción porque ella no puede enajenar (2.495).

La compraventa, la permuta, el mutuo, la dación en pago, y la misma sociedad cuando el aporte de la mujer no consista en su trabajo personal, constituyen títulos traslativos de dominio y si bien la mujer, en principio, puede celebrar estos contratos, no podría cumplir la obligación de transferir el dominio de los bienes de su propiedad que administre el marido y comprendidos en la prohibición del inc. 4° del artículo 1.754. Este precepto le quita la facultad de enajenar, con lo cual, el pago o tradición que hiciera, sería nulo atendida la exigencia del artículo 1.575 inc. 2°.

2. PARA DESISTIR DE UN CONTRATO ANTERIOR:

No cabe duda que puede desistirse de los contratos que legítimamente haya celebrado: sociedad en que aporta su trabajo personal; mandato para gestionar los bienes que ella administre como parcialmente separada de bienes; arrendamiento en que ella es arrendataria.

Pero si se trata de contratos traslativos de dominio celebrados por la mujer válidamente (como los acordados antes de contraer matrimonio) no podría desistirse de ellos, pues esta resciliación implica la transferencia o restitución de las cosas ingresadas al dominio de la mujer en cumplimiento del contrato. Como la administración de tales bienes corresponde al marido, la mujer no puede resciliar el título porque en tales condiciones ello implica una especie de enajenación - 1.754 inc.4°.-

3. PARA REMITIR UNA DEUDA:

La mujer no puede condonar una deuda porque la remisión, según el artículo 1.652, no tiene valor, sino en cuanto al acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de la obligación, y la mujer carece de dicha facultad. Esto armoniza con los artículos 1.653 y 1.388, según los cuales la remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de las donaciones entre vivos y quienes no tienen -como la mujer- la libre administración de sus bienes. son inhábiles para donar.

4. PARA ACEPTAR O REPUDIAR UNA DONACION, HERENCIA O LEGADO:

El artículo 137, en su antiguo tenor, entre los actos que la mujer no podía ejecutar sin autorización del marido, mencionaba la aceptación y la repudiación de una donación, herencia o legado.

A su vez, el inciso 4° del artículo 1.225, disponía que "la mujer casada, sin embargo, podrá aceptar o repudiar con autorización judicial, en defecto de la del marido; conformándose a lo prevenido en el inc. final del artículo 146".

Según este último precepto, si el juez autorizaba a la mujer para aceptar una herencia, debía ella aceptarla con beneficio de inventario; y sin este requisito obligaba sus propios bienes a las resultas de la aceptación.

Si bien todas estas disposiciones fueron derogadas, al quedar vigente el resto del artículo 1.225, más precisamente, su inciso segundo, se ha suscitado la duda sobre el alcance de la derogación de su inciso cuarto. Esto por cuanto dicho inciso 2º, exceptúa de la libertad para aceptar o repudiar una asignación, a "las personas que no tuvieren la libre administración de sus bienes, las cuales no podrán aceptar o repudiar, sino por medio o con el consentimiento de sus representantes legales".

La mujer, que no tiene la libre administración de sus bienes, ¿está sujeta a este precepto, no obstante la derogación del contenido en el inciso cuarto?

La respuesta, a mi juicio, debe ser negativa; la mujer, aun cuando esté casada bajo régimen de sociedad conyugal, puede aceptar o repudiar libremente.

En el contexto del Código Civil antes de la Ley 18.802, para aceptar o repudiar, la mujer necesitaba autorización de su marido y en caso de impedimento o negativa de éste, el juez podía autorizarla en subsidio.

El artículo 1.225, en sus incisos 2º y 3º, se refiere a los incapaces, a quienes sólo permite aceptar o repudiar por medio o con el consentimiento de sus representantes legales. El derogado inciso 4º modificaba esta excepción respecto de la mujer casada, quien, podía aceptar o repudiar con autorización judicial, en defecto de la del marido.

Como la exigencia de la autorización marital desapareció con la derogación del artículo 137 que la establecía, la Ley 18.802 derogó también los artículos 146 y 1.225 inc. 4º que contemplaban la autorización judicial supletoria de la del marido.

No puede pensarse que, no obstante la derogación de todas estas normas, la mujer quede comprendida en la excepción que el inciso segundo del artículo 1.225 hace a la libertad de aceptar o repudiar con las personas que no tuvieren la libre administración de sus bienes, "las cuales no podrán aceptar o repudiar, sino por medio o con el consentimiento de sus representantes legales".

En el contexto del Código Civil anterior a la reforma, "las personas que no tienen la libre administración de sus bienes", son los "incapaces"; ambos conceptos son sinónimos.

En el contexto de la Ley 18.802, en cambio, la frase "que no tienen la libre administración de sus bienes", ya no es sinónima de incapacidad.

La excepción del inciso 2º del artículo 1.225, se refiere a los incapaces, sujetos a representación legal.

La mujer casada, ni es incapaz, ni está sujeta a representación legal, luego tal precepto de excepción no se le aplica y puede aceptar o repudiar libremente.

Ahora bien, la repudiación referida a una asignación a título universal, a una asignación de bienes raíces, o de bienes muebles que valgan más de un centavo, requiere por parte de "los que no tienen la libre administración de sus bienes", autorización judicial con conocimiento de causa, según el artículo 1.236 del Código Civil.

Esta autorización del juez se une a la autorización del respectivo representante legal, lo que significa que este precepto se aplica a los representantes legales, a quienes exige, además, la autorización del juez.

La mujer casada, como ya se dijo, no es incapaz ni tiene representante legal. El inciso 2º del artículo 1.236, para repudiar cualquiera asignación referida a su mujer,

exigía al marido el consentimiento de ésta, en lugar de la autorización judicial que el inciso precedente establece para los demás incapaces.

Esto significaba que la repudiación necesitaba la voluntad del marido, como representante legal de su mujer, según el artículo 137 y la voluntad de la mujer, conforme al citado inciso 2º del artículo 1.236 (acto colectivo).

Con el reemplazo del artículo 137, ya no es necesaria la voluntad del marido.

La autorización judicial es una formalidad habilitante que deben observar los representantes legales de los incapaces, para repudiar. Mas, como el marido no es representante legal de su mujer ni ésta es incapaz, tal autorización del juez carece de sustentación respecto de aquélla.

El inciso 1º no se aplica, pues, a la mujer casada. La derogación del inciso 2º, en el contexto de la ley nueva, significa que para repudiar se necesita una sola voluntad: la de la mujer.

Debe observarse que las cosas heredadas o legadas no son "bienes de propiedad de la mujer", sino en virtud de su aceptación.

Cuanto se ha dicho y razonado, se extiende también a la aceptación y repudiación de las donaciones entre vivos, atendida la remisión contenida en el artículo 1.411 inciso 3º del Código Civil.

5. PARA ADQUIRIR A TITULO ONEROSO O LUCRATIVO:

La autorización del marido que el antiguo artículo 137 exigía a la mujer para adquirir a cualquier título, desapareció con el reemplazo del tenor literal de dicho precepto.

En lo que respecta a la tradición, el pago o entrega en que este modo consiste, debe hacerse al marido, como lo disponen los artículos 1.578 Nº 1º y 1579.

El primero dice que el pago hecho al acreedor "que no tiene la administración de sus bienes", es nulo; y el segundo dispone que reciben legítimamente los maridos por sus mujeres en cuanto tengan la administración de los bienes de éstas".

Por los demás modos de adquirir entre vivos, la mujer puede adquirir toda clase de bienes por sí sola.

Mucho más clara y categórica es la facultad de la mujer para recibir entre vivos a título gratuito, porque el artículo 1.389, declara capaz de ser donatario a "toda persona que la ley no ha declarado incapaz".

En lo que dice relación con la posesión, la mujer casada puede adquirirla tanto sobre bienes muebles como inmuebles y ejercer los derechos de poseedora, sin autorización alguna.

La mujer no está comprendida en los términos del artículo 723 del Código Civil porque, con el criterio de interpretación sostenido, este precepto se aplica solamente a los incapaces. Ella puede por sí sola ejercer los derechos de poseedora, tales como deducir los interdictos o querellas correspondientes y usucapir, en su caso.

6. PARA ENAJENAR, HIPOTECAR O EMPEÑAR:

Estos actos les están vedados.

El inciso 4º del nuevo artículo 1.754 dispone: "La mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos del artículo 145 (impedimento accidental o administración extraordinaria de la sociedad conyugal).

Respecto de la enajenación y gravamen de sus bienes propios, raíces o muebles, como también del arrendamiento o cesión de la mera tenencia de ellos, la condición de la mujer casada ha ido evolucionando. En la Ley 18.802, estos actos que son los únicos que le están prohibidos, a pesar de constituir actos colectivos en cuanto requieren para su formación las voluntades concordes de la mujer y del marido (1749 inc. 2º), no admitían la intervención del juez en caso de negarse aquél a celebrarlos. El artículo 143 antiguo, en cambio, permitía que la voluntad del marido fuera suplida por el juez, con conocimiento de causa, cuando la negare sin justo motivo, y de ello se siguiera perjuicio.

Con posterioridad la Ley 19.335, ha subsanado esta desventaja agregando como artículo 138 bis el siguiente: "Si el marido se negare injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer, el juez, previa citación del marido, podrá autorizarla para actuar por sí misma".

"En tal caso, la mujer sólo obligará sus bienes propios y los activos de sus patrimonios reservados o especiales de los artículos 150, 166 y 167, mas no obligará al haber social ni a los bienes propios del marido, sino hasta concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieran reportado del acto".

"Lo mismo se aplicará para nombrar partidor, provocar la partición y para concurrir en ella en los casos en que la mujer tenga parte en la herencia".

A este último inciso me referiré en el número 11 de este párrafo.

7. PARA EJERCER LOS CARGOS DE TUTORA O CURADORA:

Está ampliamente facultada para ello. La autorización marital desapareció absolutamente con el reemplazo del artículo 137 por un texto distinto, que se refiere a otra materia, como es la responsabilidad.

8. PARA EJERCER EL ALBACEAZGO:

La derogación del artículo 1.273 que le exigía para esto autorización de su marido o de la justicia en subsidio, armoniza con la capacidad que la misma Ley 18.802 reconoció a la mujer casada. Luego, la mujer puede ser albacea.

9. PARA PARECER EN JUICIO:

Se aplica lo razonado en el número precedente, pues el artículo 136 que le exigía para esto la autorización de su marido, fue derogado por la ley citada.

10. PARA NOVAR:

De cualquier modo que se haga la novación, la mujer es plenamente capaz para acordarla.

11. PARA NOMBRAR PARTIDOR, PROVOCAR LA PARTICION Y PARA CONCURRIR EN ELLA:

Según el artículo 1.325 inc. 3º, no modificado por la Ley 18.802, "los coasignatarios que no tengan la libre disposición de sus bienes", pueden nombrar de común acuerdo un partidor, de modo que la mujer casada, encontrándose en esta situación puede hacerlo. El artículo 1.326 inc. 2º la exime de la aprobación judicial; "bastará en tal caso el consentimiento de la mujer, o el de la justicia en subsidio", dice el precepto.

Tal es el sentido en que deben interpretarse dichas normas, conforme a las modificaciones y espíritu de la Ley 18.802.¹

Para provocar la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tenga parte la mujer, se requiere, en cambio, la voluntad conforme de aquélla y del marido, según el artículo 1.322 inc. 2° del Código Civil.

Pero para intervenir en el juicio particional, la mujer casada, siendo plenamente capaz y no constituyendo la partición enajenación de sus bienes propios, no necesita autorización ni otra voluntad que no sea la suya sola. El artículo 1.325 inc. 1° permite a los coasignatarios hacer la partición por sí mismos, aunque entre ellos haya personas que no tengan la libre disposición de sus bienes.

La ley no exige aprobación judicial de la partición sino cuando en ella tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría. (arts. 1.342 y 399).

No obstante, a pesar que ni para nombrar partidor ni para intervenir en el juicio divisorio se requiere la voluntad del cónyuge, el artículo 138 bis inc. 3°, agregado por la Ley 19.335, faculta al juez para suplir la pasividad injustificada del marido, autorizando a la mujer para actuar por sí misma en tales actos. Esta autorización judicial es innecesaria pues la ley da capacidad a la mujer para obrar por sí sola. La vigencia de este precepto, sin embargo, da pie para sostener lo contrario.

En síntesis, actualmente la mujer es plenamente capaz, y puede realizar sobre los bienes de su propiedad que administre el marido, todos los actos y contratos que el legislador no le haya prohibido expresamente. Estas excepciones no son otras que la enajenación, gravamen, arrendamiento, y cesión de la mera tenencia de los referidos bienes. Pero ninguno de estos actos le está vedado absolutamente ya que el legislador los somete a la administración conjunta del marido y de la mujer, requiriendo la voluntad de ambos para ejecutarlos. Por esto sostengo que se trata de actos jurídicos colectivos. En igual situación se halla ahora el otorgamiento de cauciones personales a obligaciones de terceros: ninguno de los cónyuges puede hacerlo sin el consentimiento del otro (art. 138 bis). La infracción a esta norma produce nulidad relativa y si se consuma dentro de la administración ordinaria o extraordinaria de la sociedad conyugal, sólo se obligarán los bienes propios del marido o de la mujer (1.749 inc. 5° y 1.759 inc. 6°).

En el Código Civil anterior a la Ley 18.802, la mujer sólo podía realizar los actos que le estaban expresamente permitidos, como disponer de lo suyo por acto testamentario y ejercer la guarda de su marido demente, sordomudo o ausente, o respecto de los hijos comunes.

No obstante esta capacidad actual, la mujer no administra sus bienes propios ni responde con ellos sino en ciertos casos.

Sólo excepcionalmente puede actuar por sí misma sobre sus bienes, lo que ocurre cuando, por haber sido nombrada curadora del marido, administra extraordinariamente la sociedad conyugal (1.759); cuando, por impedimento temporal del marido, ha sido autorizada judicialmente para actuar sobre sus bienes, sobre los del marido y sobre los de la sociedad -art. 138- (145); cuando, por negativa injustificada del marido a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la

¹ En contra, Eque. ROSSEL, *Manual de Derecho de Familia*. Edit. Jurídica, 1993, pág. 149; y Raúl ALVAREZ, *Manual sobre las reformas al Código Civil*. Impresos Ogar, pág. 103.

mujer, el juez, previa citación del marido, la autoriza para actuar por sí misma (138 bis); cuando ejerce una profesión u oficio separados de su marido (150); cuando ha aceptado una donación, herencia o legado, con la condición precisa que en estas cosas no tenga la administración el marido (166); y cuando en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes (167). Pero en estos tres últimos casos, la administración de la mujer es parcial: se limita a los bienes reservados y a los especiales comprendidos en la separación.

Segunda Parte. RESPONSABILIDAD

La segunda acepción que legalmente tiene el término "responsabilidad", lo identifica con la "garantía general de los acreedores", lo que equivale a determinar los bienes con que el deudor responde por sus actos, alcance que en el régimen de sociedad conyugal se designa, particularmente, con la locución "obligación a las deudas".

Cuando el deudor tiene un solo patrimonio, la responsabilidad-garantía se extiende a todos sus bienes raíces o muebles, presentes o futuros, excluidos solamente los no embargables.

La pluralidad de patrimonios es excepcional en nuestro derecho positivo que la contempla sólo en el caso del beneficio de separación (art. 1.378) y en el de la mujer casada bajo sociedad conyugal, en que existen su patrimonio reservado, el que administra como separada de bienes y el de sus bienes propios.

I. GARANTIA GENERAL RESTRINGIDA

1. Afecta sólo los bienes que la mujer administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167.

Esto constituye una notable reducción de la garantía general de sus acreedores en virtud de la regla especial contenida en los artículos 137 inc. 1º del Código Civil y 2º de la Ley 18.802 que prima sobre la norma del artículo 2.456.

La mujer casada en sociedad conyugal responderá de sus actos sólo con los bienes que obtenga en el ejercicio de una profesión u oficio separados de los de su marido (150), con las cosas donadas, heredadas o legadas a condición de que no las administre el marido (166), y con las que en las capitulaciones matrimoniales se sometieren a la administración separada de la mujer (arts. 167 y 1.725 N° 4 inc. 2º).

Las obligaciones personales de la mujer pueden perseguirse sobre todos los bienes que administra separadamente, incluidos sus bienes reservados. La supresión del inciso 7º del artículo 150 que así lo decía expresamente, fue superada por la regla amplia del artículo 137 que extiende la garantía restringida de los acreedores personales de la mujer a los bienes reservados de ella.²

² En contra, Leslie TOMASELLO, "*Situación Jurídica de la mujer casada*". EDEVAL. 1989 pág. 68.

2. *A contrario sensu* no afecta ninguno de los bienes no comprendidos en dicha mención, a saber:

a) *Los bienes del marido.*

El marido cuando la mujer contrata por su cuenta, es un tercero; no responde por deudas ajenas, a menos que acceda a ellas como fiador o como codeudor solidario, o a menos que el acto celebrado por su mujer haya cedido en utilidad personal de él o de la familia común, en la parte en que de derecho haya él debido proveer a las necesidades de ésta. Así lo establecen precisamente los artículos 138 bis inc. 2º, 150 inc. 5º, 161, 166 N° 1º y 167 cuando la mujer ejerce una profesión u oficio y cuando se encuentra separada total o parcialmente de bienes. Sólo el caso de la mujer que no se encuentra en ninguna de estas tres situaciones, carece de norma expresa que establezca la responsabilidad del marido con sus bienes hasta concurrencia del beneficio que reportare del acto de su mujer; pero este vacío se llena sin objeciones recurriendo al espíritu general de la legislación (artículos 254, 906 inc. 2º, 1.573, 1.578 N° 1, 1.688, 1848, 2.290, 2.292, 2.300, 2.301 inc. 1º), a la analogía (artículos 150, 161, 1.750, 1.751 y 1.760), e incluso, a la equidad natural que no admite el enriquecimiento sin causa. Tal ocurriría, por ejemplo, si la mujer, fuera de los tres casos señalados, celebra un contrato de novación sustituyéndose como deudora a su marido por una obligación personal de éste, liberándolo el acreedor.

Hay otros casos en que pueden perseguirse los bienes del marido por actos y contratos celebrados por la mujer, mas no se trata de una excepción, puesto que en todos ellos la ley considera tales actuaciones de la mujer como actos y contratos del marido. Así sucede cuando la mujer administra extraordinariamente la sociedad conyugal (art. 1.700), cuando actúa con autorización judicial por impedimento transitorio del marido -art. 138- (145), o cuando actúa como mandataria del marido (art. 1.751).

Cuando la mujer actúa fuera de su administración separada -que es el caso a que se refiere el artículo 137- este precepto no contempla expresamente la responsabilidad del marido con sus bienes hasta concurrencia del provecho que obtuviere del acto ejecutado por su mujer, como en cambio lo hizo cuando la mujer actúa dentro de dicha administración separada (150 inc. 5º, 166 N° 1º y 167).

El inciso segundo de dicha norma lo hace responsable en sus bienes, por el total, pero únicamente respecto de las compras al fiado de objetos muebles destinados al consumo ordinario de la familia, que haga su mujer. Antes de la reforma de la Ley 18.802, en este caso se presumía la autorización del marido y por eso, igual que ahora, respondía por el total sin considerar la utilidad que le hubiere reportado el acto de su mujer.

b) *Los bienes sociales.*

Tampoco pueden los actos y contratos de la mujer afectar los bienes sociales, salvo cuando estas actuaciones se consideran actos o contratos del marido.

El artículo 1.740 N° 3, según el cual la sociedad es obligada al pago de las deudas personales de cada uno de los cónyuges, se refiere a la contribución a las deudas, de modo que sólo tiene aplicación en las relaciones internas de aquéllos. Conforme al auténtico sentido de este precepto, la mujer cuyos bienes administra el marido tiene derecho para exigirle que pague sus deudas personales o que la expense para hacerlo ella misma con cargo a los bienes sociales y con la debida recompensa.

A partir de la vigencia de la Ley 18.802, este derecho de la mujer debe entenderse restringido a sus deudas personales contraídas con anterioridad al matrimonio; el actual artículo 136 del Código reemplazado por dicha ley, reconoció expresamente este derecho de la mujer pero sólo en el caso de expensas para la litis que la mujer siga contra su marido, si no tuviere bienes bajo su administración conforme a los arts. 150, 166 y 167, o si ellos fueren insuficientes. Con esto los demás casos de deudas personales de la mujer "casada en sociedad conyugal" quedan legalmente excluidos de este derecho (multas y reparaciones pecuniarias a que fuera condenada por algún delito o cuasidelito -art. 1.748- y obligaciones que ceden en su propio beneficio -arts. 1.760, 1.740 N° 2 inc. 1°).

Los acreedores personales de la mujer no pueden perseguir los bienes sociales ni los del marido por las deudas personales de aquélla. La ley es muy clara bajo este respecto; los únicos que pueden perseguir los bienes sociales son los acreedores del marido, y no por ser sociales, ya que esta calidad o condición sólo opera entre los cónyuges, sino en cuanto ellos se confunden e identifican con los bienes del marido; o en otras palabras, porque respecto de los acreedores del marido los bienes sociales son bienes del marido, forman ambos un solo patrimonio (art. 1.750)

Esta interpretación se ajusta al contexto de la ley, en el que la mujer, durante la sociedad, por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales (1.752); cuando por excepción los obliga, es porque el acto ejecutado por la mujer se reputa acto del marido (1.760, 145, 1.751) o porque éste o la sociedad han reportado beneficio de las obligaciones contraídas por la mujer (138 bis inc. 2°, 161, 150 inc. 5°, 166)

No obstante, el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal, sustituido por la Ley 18.857 dispone que "el mandamiento de embargo decretado contra los bienes de la mujer casada, no divorciada ni separada de bienes, se trabará en sus bienes propios, en los de la sociedad conyugal o en los de ambos".

El legislador no advirtió aquí que la Ley 18.802 suprimió el inciso 4° del artículo 2.320 del Código Civil que hacía responsable al marido por la conducta de su mujer, ante lo cual podían perseguirse los bienes del marido y los de la sociedad conyugal (art. 1.750).

c) *Los bienes propios de la mujer*

En la situación común y corriente, la mujer casada, a pesar de ser plenamente capaz, no administra sus bienes propios, ni responde con ellos de sus actos.

Los acreedores personales de la mujer, por obligaciones contraídas por ella durante la vigencia de la sociedad, sólo pueden perseguir su ejecución sobre el patrimonio restringido por el legislador a los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil.

Las excepciones a esta norma, según las cuales la mujer también obliga sus bienes propios, se mencionan en el párrafo que sigue.

II. GARANTIA GENERAL PLENA

Comprende todos los bienes de la mujer, sin exclusiones. Los acreedores de la mujer pueden perseguir no sólo los bienes que esta administra en conformidad a los artículos 150, 166 y 167 del Código, sino también, sus bienes propios.

Pero, durante el matrimonio, esta extensión a los bienes propios de la mujer es excepcional; ocurre en los siguientes casos:

1. *De obligaciones contraídas por la mujer con anterioridad al matrimonio*

Para pensar así existen varias razones.

En primer lugar, los actos y contratos ejecutados o celebrados por la mujer antes de contraer matrimonio no pueden comprenderse en el artículo 137 porque este precepto se refiere a los "actos y contratos de *la mujer casada en sociedad conyugal*", es decir, a los celebrados durante el matrimonio; antes, la mujer es soltera y la sociedad conyugal no ha podido nacer según los artículos 135 inc. 1º y 1.721 inc. 3º.

En segundo lugar, las obligaciones contraídas por una mujer soltera no han podido ceder sino en su beneficio, situación que aún bajo la vigencia de la sociedad conyugal, permite a los acreedores perseguir sus bienes propios. (Véanse por ejemplo los arts. 1.740 N° 2 frase final, 1.750 inc. 2º, 1.751 inc. 3º, 145 inc. inc. 3º, 161 inc. 4º, 137 inc. 2º y 166 N° 2).

El artículo 1.750 inc. 2º autoriza expresamente a los acreedores para perseguir sus derechos sobre los bienes de la mujer cuando se trata de deudas anteriores al matrimonio.

En tercer lugar, el artículo 2.465 no puede sufrir alteración por el hecho de contraerse sociedad conyugal, régimen que, por lo demás, no vuelve inembargables los bienes propios de la mujer.

2. *Por obligaciones contraídas por la mujer durante la sociedad conyugal*

a) *Derivadas de un delito o cuasidelito:*

La restricción que a la garantía general de los acreedores de la mujer impone el artículo 137 inc. 2º, se refiere a la responsabilidad contractual de la mujer, por "actos y contratos" que ejecute o celebre mientras está casada bajo régimen de sociedad conyugal; no se aplica a la responsabilidad extracontractual por los hechos ilícitos de aquélla.

En este último caso se trata de deudas personales de la mujer, como lo manifiesta el artículo 1.748.

Si se trata de un delito o de un cuasidelito penal, "el embargo decretado contra los bienes de la mujer casada, no divorciada ni separada de bienes, se trará en sus bienes propios, en los de la sociedad conyugal o en los de ambos" (Código de Procedimiento Penal art. 384).

b) *Derivados de actos y contratos que ceden en su beneficio personal*

- *Cuando actúa ella misma:*

b.1) Compras al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, "hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare

del acto, comprendiendo en este beneficio el de la familia común en la parte en que de derecho haya ella debido proveer a las necesidades de ésta" (art. 137 inc. 2°).

b.2) Autorizada por el juez en caso de negativa injustificada del marido a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer. (art. 138 bis).

b.3) Con autorización del juez, en caso de impedimento de corta o determinada duración del marido, si de la demora se siguiere perjuicio, "hasta concurrencia del beneficio particular que reportare del acto" (art. 145 inc. 3°).

b.4) Cuando contrata de consuno con su marido o se obliga solidaria o subsidiariamente con él, en cuanto se probare la utilidad de la mujer, "y sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 137". (art. 1.751 inc. 3°).

¿Qué ha querido decir el legislador con esta frase?

Según una interpretación útil, ella debe entenderse que, además de sus bienes propios, la mujer obliga sus patrimonios reservados y especiales de los artículos 150, 166 y 167. De otro modo, dando aplicación preferente al artículo 137, los bienes propios quedarían excluidos y la interpretación en este sentido implicaría una contradicción dentro de este mismo artículo 1.751 inc. 3°.

b.5) Como administradora extraordinaria de la sociedad conyugal, "si se constituye avalista, codeudora solidaria, fiadora u otorga cualquiera otra caución (personal) respecto de terceros, sin autorización de la justicia" (art. 1.759 inc. 6°).

b.6) Como administradora extraordinaria de la sociedad conyugal, si ejecuta o celebra actos o contratos que no le estuvieren vedados, "en cuanto apareciere o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la mujer" (art. 1.760).

Según este precepto, tales actos y contratos se mirarán como actos y contratos del marido y cuando éstos ceden en provecho de la mujer, obligan también los bienes propios de ésta (1.751). Por esto, el artículo 1.760 dice que "obligarán en consecuencia a la sociedad y al marido; *salvo en cuanto* apareciere o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la mujer". La locución "salvo en cuanto" significa que también se obliga el patrimonio que no es de la sociedad ni del marido, es decir, de la mujer, en la medida que le aproveche.

En este mismo caso, si la mujer administradora contraviene las restricciones que le impone la ley (art. 1.759) en el ejercicio de este cargo, también responde con sus bienes propios, porque si ello es así cuando actúa conforme a derecho, con mayor razón ha de serlo cuando infringe la ley. La supresión del inciso 3° del antiguo artículo 1.759, que así lo establecía expresamente, no puede interpretarse como cambio de criterio del legislador; el espíritu general de la legislación impide una conclusión en este sentido.

- *Cuando actúa el marido:*

La regla general es que los acreedores del marido no tienen acción sobre los bienes reservados de la mujer (art. 150 inc. 6°), ni sobre los bienes que la mujer administre separadamente (arts. 161 inc. 4° y 166 N° 2°), ni sobre los bienes propios de la mujer (arts. 1.750 inc. 2° y 1.751), salvo "en cuanto se probare haber cedido el contrato en utilidad personal de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores al matrimonio".

- Según el artículo 1.750 inc. 2º, cuando el contrato celebrado por el marido ha cedido, probadamente, en utilidad personal de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores al matrimonio, los acreedores podrán perseguir sus derechos sobre los bienes de la mujer. La expresión "bienes de la mujer" que emplea este artículo comprende, a mi juicio, todos los bienes de ella, incluso los propios, según resulta de concordar este precepto con el artículo 1.751 en cuanto remitiéndose a este caso, habla de "bienes propios de la mujer".

- Conforme al artículo 1.751 incisos 1º y 2º, cuando la mujer contrata con mandato general o especial del marido a nombre del mandante, el acto es del marido y no habrá acción contra los bienes de la mujer, sino "en cuanto se probare haber cedido el contrato en utilidad personal de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores al matrimonio".

Si la mujer mandataria contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al marido mandante (arts. 1.751 inc. 2º y 2.151). En este caso, la responsabilidad de la mujer se rige por la regla general del artículo 137 y no obliga, en principio, sus bienes propios a menos que el contrato ceda en su beneficio personal.

Tercera Parte. BIENES FAMILIARES

El mensaje con que el Ejecutivo envió al Congreso el proyecto de ley sobre régimen de participación en los gananciales, expresa que éste ha sido motivado por el "deber ineludible de proponer modificaciones legales que permitan la efectiva vigencia, dentro del ordenamiento jurídico chileno, del principio constitucional de *igualdad ante la ley referido a la mujer*, con la finalidad de establecer el completo respeto a su dignidad ciudadana y proteger, de este modo, la estabilidad de la familia". En seguida agrega: "Como consecuencia de un proceso histórico inconcluso, la legislación civil, entre otras, contiene aún disposiciones contradictorias con la Constitución Política y con las normas de *Tratados Internacionales vigentes en Chile, que garantizan a la mujer el derecho a participar en igualdad de condiciones en la vida nacional*".

"Atendidas estas necesidades, dice el Mensaje en otro de sus acápite, el *Servicio Nacional de la Mujer*, designó una comisión de profesores de derecho civil y abogados especialistas, que preparó el proyecto que someto a vuestra consideración".

Estas citas ponen de manifiesto el sentido reivindicacionista de la mujer, que inspira el proyecto, el que habrá de tomarse en cuenta, en alguna medida, para interpretar sus normas y para juzgar, en un tiempo prudente, si esta finalidad fue lograda con el texto definitivo que aprobó el Poder Legislativo, publicado en el diario oficial el 23 de septiembre de 1994 con el número 19.335.

Esta ley introduce en el Título VI del Libro I sobre "Obligaciones y Derechos entre los Cónyuges", un párrafo nuevo N° 2 con el epígrafe "De los bienes familiares", arts. 141 a 149.

No obstante el actual artículo 140, sustitutivo del antiguo art. 149 con que finaliza el párrafo I de este título VI "Reglas generales", dice: Las reglas de los artículos precedentes sufren excepciones o modificaciones por las causas siguientes: 1) La existencia de bienes familiares.

Estas excepciones o modificaciones, en el código primitivo, se referían a la capacidad y a la responsabilidad de la mujer casada bajo el régimen supletorio de sociedad conyugal; por eso el art. 149 las restringía al ejercicio por la mujer de una profesión u oficio, a la separación de bienes y al divorcio perpetuo, situaciones que inciden en la capacidad y en la responsabilidad de la mujer.

Los bienes familiares no tienen relevancia en estos aspectos; la administración conjunta no es un elemento de capacidad ni menos, de responsabilidad o garantía general de los acreedores.

En el proyecto del Ejecutivo, esta materia estaba en el párrafo 1 -Reglas Generales- del Título XXII del Libro IV "De las Convenciones Matrimoniales y de la Sociedad Conyugal, como arts. 1.719 a 1.729 del párrafo 1 Reglas Generales.

La finalidad o *ratio legis* de esta institución es, en todo caso, "paliar las desventajas de los regímenes de separación total y de participación en los gananciales", en los cuales cada cónyuge administra, goza y dispone libremente de lo suyo, sin injerencia alguna del otro.

Los bienes familiares, empero, tienen aplicación "cualquiera fuere el régimen de bienes del matrimonio", de modo que no es característica ni elemento exclusivo de la participación en los gananciales, como tampoco lo es de la sociedad conyugal ni de la separación total de bienes.

Pero su trascendencia en el de sociedad conyugal no es la misma, que en los otros dos regímenes.

Los "bienes sociales, del mismo modo que los "bienes familiares" están sometidos a un régimen de administración conjunta.

Los "bienes sociales" a que se extiende la administración conjunta son todos los inmuebles que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio a título oneroso, sin consideración a su destino o uso ordinario.

Los "bienes familiares" se limitan a un solo inmueble siempre que sirva de residencia principal de la familia.

Pero mientras los bienes sociales y los del marido se confunden y forman un solo patrimonio frente a terceros, los bienes familiares no siguen esta condición y el cónyuge no propietario puede, en su caso, oponer el beneficio de excusión.

I. REGIMEN LEGAL

Objeto:

La declaración de bienes familiares sólo puede recaer:

- a) Sobre un inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos: (141 inc. 1°).
- b) Sobre los muebles que guarnecen el hogar -141- inc., 1°. Esta afectación es consecuencial; no se exige inventario; se les aplica la disposición del art. 574 inc. 2° sobre "muebles o ajuar de una casa"; jurídicamente se trata de inmuebles por destinación: (570) siendo muebles por su naturaleza se reputan inmuebles por su destino (567 inc. 2°).
- c) Sobre derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia (146 inc. 1°).

- d) Sobre cuotas de un cónyuge en una comunidad propietaria de un inmueble que sirva de residencia principal de la familia. No lo dice expresamente la ley pero resulta del art. 141, que no distingue entre propiedad total o propiedad de cuota. En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se expresa lo siguiente: "Se evaluó también el caso de las comunidades, considerándose que, si es declarado bien familiar un inmueble que pertenece a varios comuneros, esta situación queda entregada a las reglas generales, en que cualquier comunero puede pedir la partición, excepto el cónyuge comunero, quien necesitaría la voluntad de su consorte". (Diario de Sesiones del Senado, pág. 287)

Requisitos para declarar la afectación:

- a) Que sea de propiedad de alguno de los cónyuges y
- b) que sirva de residencia *principal* de la familia. 141 - 146-. La ley no define qué se entiende por "familia".

El legislador ha sido conceptualmente esquivo en esta materia.

Sólo en el art. 815 inc. 3º (Uso y Habitación) se refiere a ella extendiéndola "al cónyuge y los hijos legítimos y naturales; al número de sirvientes necesarios para la familia y a las personas que a la fecha de constitución del uso o de la habitación vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos, como también a las personas a quienes éstos deben alimentos.

El contexto de la Ley 19.335 conduce a una concepción de la familia restringida sólo a los cónyuges, únicas personas a quienes concede los derechos que emanan del patrimonio familiar. Sólo para constituir derechos reales se refiere a los hijos, no para concederles derecho alguno sobre los bienes sino ordenando al juez considerar el interés de ellos, para decidir. -147 inc. 3º -1.725-.

"El requisito de que el inmueble y los muebles que lo guarnecen sean de propiedad de alguno de los cónyuges demuestra que la justificación de la institución está en el hecho que las cargas del matrimonio son oponibles patrimonialmente a quienes lo contrajeron. Pero no basta que el inmueble sea residencia principal de la familia, sino que es necesaria la declaración de ser bien familiar, la cual debe ser fidedigna. Lo que torna familiar al bien no es la voluntad unilateral del cónyuge declarante sino el hecho de encontrarse en la situación fáctica prevista por la ley, puesto que es ésta la que le atribuye dicha consecuencia". (Asesor del Servicio Nacional de la Mujer, Profesor Carlos Peña, Diario de Sesiones del Senado, pág. 282).

Modos de producir la afectación:

1) Declaración judicial: "procedimiento breve y sumario", "con conocimiento de causa y citación del cónyuge" -141 inc. 2º. Hay una contradicción en estos términos según los arts. 680 N° 1º y 818 y 823 del C.P.C.: "breve y sumariamente" indica un procedimiento contencioso; "con conocimiento de causa y citación", denota un procedimiento voluntario.

La sola presentación de la demanda produce una afectación provisoria; el juez en su primera resolución dispondrá la anotación marginal conservatoria de dicha circunstancia; el conservador practicará la subinscripción con el mérito del decreto que, de oficio, le notificará el Tribunal, -141 inc. 3º-; las partes gozan de privilegio

de pobreza -141 inc. 4º-; el cónyuge que hiciera fraudulentamente la "declaración" a que se refiere este art. debe indemnizar los perjuicios causados (141 inc. 5º).

En el proyecto del Ejecutivo la afectación se producía *ipso jure* y la declaración de cualquiera de los cónyuges se requería sólo para determinar cuál era la residencia familiar -1.719 y 1.720- A esta declaración se refería el inciso 3º al imponer la indemnización de perjuicios si tal declaración se hacía fraudulentamente. La Cámara sustituyó la afectación *ipso jure* por la declaración de cualquiera de los cónyuges, con lo cual la mantención del inc. 3º guardaba armonía. Pero el Senado suprimió toda declaración de los cónyuges y la reemplazó por la del juez, eliminando dicho inciso. El proyecto de la Comisión Mixta acogió la posición del Senado pero repuso, inexplicablemente, el mencionado inciso.

2) Si se trata de derechos o acciones en una sociedad propietaria del inmueble que sirva de residencia principal de la familia, la afectación se produce por declaración de cualquiera de los cónyuges en escritura pública; en caso de sociedad de personas deberá anotarse al margen de la inscripción social respectiva "si la hubiere"; tratándose de sociedades anónimas, se inscribirá en el registro de accionistas -146 inc. 3º.

Historia Fidedigna:

"El inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que guarnecen el hogar *son* bienes familiares..." -1.719-

El presupuesto o requisito de esta afectación legal era, según el art. 1.720 del Mensaje, "la declaración de residencia familiar por cualquiera de los cónyuges hecha mediante escritura pública anotada al margen de la inscripción de dominio respectiva. El cónyuge propietario del inmueble puede impugnar esta declaración, fundado en que el bien no es habitado por el otro ni por la familia común".

En el proyecto del Senado (2º Trámite Constitucional) la afectación se producía por declaración del juez. Así se mantuvo en el proyecto de la Comisión Mixta y pasó a ser Ley de la República.

Las razones para sustituir la afectación *ipso jure* y la afectación por declaración unilateral de uno de los cónyuges, fueron de orden constitucional, según lo planteara el senador Fernández. Sus razones quedaron consignadas en las actas de la Comisión en estos términos:

"Agregó el señor Fernández que, con respecto al problema de inconstitucionalidad, el proyecto permite que el cónyuge que no es dueño de un bien lo afecte como tal por un acto unilateral de voluntad. Tal afectación impide a su dueño disponer de sus bienes propios afectados. En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución que permite al cónyuge no dueño entrabar la libre disposición de los bienes propios del otro cónyuge, de la lectura del artículo 142 le pareció evidente que no se trata de un derecho real sino de un derecho personal que otorga al cónyuge no propietario la facultad de impedir que el otro cónyuge disponga de sus bienes propios afectados. Esta norma del artículo 142 es imperativa, e impone el requisito al cónyuge para gravar o enajenar sus bienes. De esta manera, expresó, este derecho personal emanaría directamente de la ley, lo cual en su concepto sería inconstitucional".

"Precisó que, de acuerdo al artículo 19 Nº 24 de la Constitución, "Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella

y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental". "Así, las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, no pueden tener otro fundamento que los que establece la propia Carta en esa disposición".

"Por otra parte, la Constitución establece en su artículo 19, N° 26, que las garantías constitucionales no pueden ser afectadas en su esencia y, obviamente, la esencia del derecho de propiedad está constituida por las facultades de usar, gozar y disponer del bien sobre el cual se tiene dominio y, muy particularmente, por la facultad de disponer, que es la que distingue a este derecho real de todos los demás".

Cabe observar que estas mismas objeciones de carácter constitucional podrían invocarse respecto de las restricciones que el artículo 1.754 impone a la mujer respecto de sus bienes propios, como también que el establecimiento de derechos personales por "la sola disposición de la ley" no es inconstitucional (Véase art. 578 C. Civ.).

Efectos:

"Los bienes que conforman el patrimonio familiar se sustraen al estatuto jurídico de derecho común y a las peculiaridades del régimen matrimonial, para quedar, en cambio, sujetos a un estatuto único e imperativo: la *administración conjunta de los cónyuges*". (Sesión 42ª martes 19.01.93, Ministro Soledad Alvear).

a) *Primer Efecto:* para disponer de los bienes familiares se exige ahora un *acto colectivo* en que la voluntad de una de las partes se forma por el concurso de la voluntad de ambos cónyuges. Se trata evidentemente de una limitación para el cónyuge dueño del bien que se justifica en mayor medida en el régimen de participación de gananciales, durante el cual ningún cónyuge tiene derechos sobre los bienes del otro.

En el fondo, es una institución que más que proteger a la "familia", tiende a dar eficacia al derecho de vivir en el hogar común que el art. 133 reconoce a ambos cónyuges.

Se requiere la voluntad conforme de ambos cónyuges para:

- enajenar o gravar voluntariamente los bienes familiares;
- prometer enajenar o gravarlos;
- celebrar contratos que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar (arrendamiento -1.915; comodato - 2.174; depósito irregular -2.221-) -142 inc. 1º- 1.721-.
- Ejecutar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva que tenga relación con el bien familiar -146 inc. 2º-. Para disponer de los derechos y acciones mismos es necesaria la voluntad del cónyuge no dueño, según la regla general del art. 142, puesto que tales derechos y acciones son bienes familiares.

Formas de manifestar la voluntad:

El cónyuge no propietario debe manifestar su voluntad por alguno de los modos siguientes:

- interviniendo directa y expresamente en el acto;
- escritura privada o pública si el acto exigiere esta solemnidad.
- mandato especial que conste por escrito o "por escritura pública, según sea el caso". -142 inc. 2º.

- declaración judicial en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en interés de la familia" (con conocimiento de causa y citación del cónyuge en caso de negativa) -144 - 1.724-

Esta ley exige que el mandato especial se otorgue por escrito o por escritura pública, según sea el caso. Este caso en que exige la escritura pública es, indudablemente el del mandato para ejecutar actos solemnes.

La misma frase "mandato especial que conste por escrito o por escritura pública según el caso", emplea el artículo 1.749 inc. 7º del Código Civil, refiriéndose a la autorización de la mujer para los actos en que la ley exige su voluntad.

Esto conduce a concluir que para nuestro legislador el mandato para ejecutar actos solemnes es solemne y requiere escritura pública si el acto confiado al mandatario requiere esta solemnidad.

Se ha consagrado así una tesis equivocada a nuestro juicio porque la solemnidad en esta clase de actos es la única manera de manifestar la voluntad y como la voluntad que perfecciona el acto solemne confiado al mandatario es la voluntad de éste, la escritura pública sólo es exigible en el acto mismo que requiere esta solemnidad. El mandato es consensual, por regla general y no deja de serlo por el hecho de que el acto encomendado sea solemne. Tal es la teoría del profesor Stichkin que ha concitado aceptación general.

Sanción:

"El cónyuge no propietario, cuya voluntad no se haya expresado en conformidad con lo previsto en esta ley, podrá pedir la rescisión del acto".

"Los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine". -143-

El art. 1.722 del Mensaje, decía:

"El cónyuge cuyo consentimiento no haya sido otorgado de conformidad con el artículo anterior podrá pedir la revocación del acto respecto de terceros de mala fe. Si el título de dominio o mera tenencia ha sido gratuito, también procederá la revocación respecto de terceros de buena fe".

"Podrá pedirse la revocación sólo dentro de los cuatro años siguientes a la celebración del acto respectivo".

Art. 1.723. Los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar estarán de mala fe si dicha afectación constaba al margen de la inscripción respectiva".

El proyecto confundía "revocación" con "rescisión", lo que en definitiva fue corregido.

A nuestro juicio, el inc. 1º del art. 143 de la ley está de más. La sanción por faltar la voluntad del cónyuge no propietario es la nulidad relativa según el tratamiento que a casos semejantes da el Código Civil v. gr. art. 1.757, considerando esa voluntad como un requisito exigido en consideración al estado civil de las personas. Así lo dijo expresamente la Comisión del Senado.

Los "adquirentes" a que se refiere este art. 143, son los terceros poseedores contra los cuales la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria. Se introduce así una nueva excepción al artículo 1.689 del Código Civil que concede dicha acción sin distinguir entre la buena o mala fe del demandado.

El texto de la ley nueva contiene una segunda excepción a la regla general, en cuanto considera de mala fe a los adquirentes desde que celebran el acto y no desde la contestación de la demanda.

Si bien en el Proyecto del Ejecutivo la presunción de mala fe era también inicial quedaba subordinada a la circunstancia de la inscripción conservatoria, siguiendo en parte el principio del art. 1.491 relativamente a los efectos de la resolución contra terceros.

b) *Segundo efecto*: "durante el matrimonio o *disuelto éste*, el juez podrá constituir, *prudencialmente*, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares", considerando el interés de los hijos y las fuerzas del patrimonio de cada cónyuge -147 inc. 1°.

El sentido de la frase "disuelto el matrimonio", es, según el Informe de la Comisión del Senado, que "será titular de esta acción tanto el cónyuge como quien haya dejado de serlo, por ejemplo, a causa de la declaración de nulidad del matrimonio". (Diario de Sesiones del Senado, pág. 288). En este último caso, el legislador no distingue si el matrimonio se declaró simplemente nulo o nulo putativo, como, a mi juicio, debió hacerlo.

Este segundo efecto de la declaración de bien familiar, no es de la esencia de la institución en análisis; es facultativo para el juez conceder o no alguno de estos derechos reales, incluso cuando la familia ya no existe por haberse disuelto el matrimonio. La tímida referencia a los hijos es sólo uno de los dos elementos de juicio que el juez debe ponderar para decidir al respecto y por lo demás, el propio texto se pone en el caso que no haya hijos, puesto que agrega al precepto la frase "cuando los haya". La sentencia judicial en este caso no es declarativa como en el efecto anterior en que acreditado que un bien constituye la residencia principal de la familia, debe declararlo bien familiar. Aquí es constitutiva del derecho y por esto el inc. 2° dispone que "la declaración judicial servirá como título para todos los efectos legales".

El mismo inciso 1° de este artículo 147 faculta también al juez, "en estos casos", para "fijar otras obligaciones o modalidades si así le pareciere equitativo".

La inteligencia de esta norma, prescindiendo de su historia fidedigna, autorizaría para pensar que el Tribunal bien podría declarar la indivisibilidad del bien familiar, puesto que la visibilidad es una "modalidad" y armoniza con la intención de dar eficacia al derecho de vivir en el hogar común.

Pero esta interpretación se desvanece ante la intención o espíritu manifestada en el Informe de la Comisión de Constitución y Justicia del Senado, en cuanto al respecto expresa: "La Comisión prefirió que el juez, en vez de contar específicamente con la atribución de fijar una renta (al usuario o habitador, como lo proponía el proyecto del Ejecutivo), pueda determinar las obligaciones o modalidades que fuesen equitativas". (Diario de Sesiones del Senado, pág. 288).

Hay, por último en este artículo una inadvertencia al disponer que la constitución de estos derechos "no aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento".

Los derechos de uso y habitación son personalísimos e inembargables según el art. 445 N° 15 del Código de Procedimiento Civil y están, por lo mismo, sustraídos de la garantía general de los acreedores según el art. 2.465 del Código Civil. (arts. 819 - 1.464 N° 2). Aun sin esta frase, los acreedores no podrían embargarlos.

Este artículo 147 fue suprimido por el Senado en el Segundo Trámite Constitucional y restablecido por la Comisión Mixta en el 3er. Trámite.

Para suprimirlo, los senadores, consideraron que esta materia ya estaba contemplada en el art. 11 de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, cuyo tenor literal es el que sigue:

"El juez podrá fijar también como pensión alimenticia un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz dicha prohibición deberá inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces.

En estos casos, el usufructuario, el usuario y el que goce de derecho de habitación, estarán exentos de las obligaciones que para ellos establecen los artículos 775 y 813 del Código Civil respectivamente (caución de conservación y restitución e inventario), estando sólo obligados a confeccionar un inventario simple.

La infracción a lo expuesto en este artículo, aun antes de haberse efectuado la inscripción establecida en el inciso 1°, hará incurrir al alimentante en los apremios establecidos en esta Ley". Hasta aquí el texto legal.

En el caso de pensiones alimenticias el derecho real puede recaer sobre cualesquier bienes del alimentante; en cambio en el de los bienes familiares, sólo sobre *un* inmueble y el cónyuge favorecido debe otorgar caución si se trata de un usufructo y confeccionar inventario solemne en todo caso (775 y 813 C. Civil). Así se dejó constancia en las actas de la Comisión respectiva.

Constituidos estos derechos, serán valorados prudencialmente por el juez para determinar los créditos de participación de los gananciales.

No se agregan al patrimonio final sino que su valor influirá en la determinación matemática del crédito, la que puede alterarse por esta imputación prudencial.

c) *Tercer efecto*: beneficio de excusión que corresponde a los cónyuges *reconvenidos* para exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor. Se aplican en este caso los artículos 2.357 a 2.359 del Código Civil, en virtud de los cuales y en lo que interesa, el cónyuge debe señalar los otros bienes del deudor principal y oponer el beneficio luego que sea requerido, o reconvenido, como lo dice el art. 148 de la ley. Pero el cónyuge que no es deudor ni fiador no puede ser requerido ni reconvenido, de modo que deberá entenderse por suficiente requerimiento, la notificación del mandamiento que ordene el embargo de un bien familiar al cónyuge no propietario, como lo dispone el inc. 2° de este precepto.

Comentario especial merece la frase final de este inciso: "Esta notificación no afectará los derechos y acciones del cónyuge no propietario sobre dichos bienes". La historia fidedigna permite nuevamente aclarar el sentido de esta disposición.

Este inciso tuvo su origen en una indicación del senador Cantuarias, pero sin la frase final en estudio. La mayoría de la comisión la rechazó en esa oportunidad, razonando "que se le provocaría un daño al cónyuge no propietario si, notificándosele el mandamiento, no se le reconocen al mismo tiempo derechos procesales, ya que posteriormente no podría alegar el beneficio de excusión sino que le empecerían los resultados, y es muy poco lo que podría hacer como tercero en el proceso. Renovada esta indicación, el senador Díez concordando con la necesidad de notificar al cónyuge no propietario, estimó que éste no debe perder sus posibles derechos procesales, para lo cual propuso agregar: "esta notificación no afectará los derechos y ac-

ciones del cónyuge no propietario en relación con dichos bienes". (Thayer propuso cambiar la coma por un punto seguido). Así se acordó.

Desafectación:

La desafectación de los bienes familiares no se produce por disposición de la ley a partir de un presupuesto de hecho; para que ella se produzca es necesario que la acuerden los cónyuges o que la declare el juez a petición del cónyuge propietario, fundado en que el bien familiar no está destinado actualmente a residencia principal de la familia. En el primer caso, el acuerdo debe constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva, siempre que se refiera a un inmueble -145-.

También pueden pedir la desafectación el contrayente del matrimonio declarado nulo y los causahabientes del fallecido, en los respectivos casos -145 inc. 3º, siempre que aquél o el causante haya sido el propietario del inmueble. Nosotros pensamos que la desafectación de los muebles se produce por vía consecencial. Si se trata de derechos en una sociedad propietaria del inmueble, la ley no exige formalidad alguna, de modo que puede hacerse incluso por escritura privada, que habrá que reducir a escritura pública para cancelar la anotación marginal conservatoria, en su caso.

En más de una oportunidad, en las actas de las comisiones legislativas, aparece la opinión, fundada en los artículos 145 inc. 3º y 147 inc. 1º, en el sentido que la institución de los bienes familiares subsiste después de disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por la declaración de nulidad.

Según el precepto citado en primer lugar, en tal situación, los causahabientes del fallecido también pueden pedir al juez la desafectación, probando que el bien familiar no está actualmente destinado a residencia principal de la familia.

De acuerdo con el segundo, el juez puede prudencialmente constituir derechos de usufructo, uso o habitación a favor del cónyuge no propietario, aun una vez disuelto el matrimonio.

La verdadera situación que deriva de estos preceptos parece ser la siguiente:

Disuelto el matrimonio, el efecto esencial de la institución desaparece; en caso de fallecimiento porque sólo sobreviviría un cónyuge y en caso de nulidad, porque ya los titulares del derecho no serían cónyuges ni tendrían tampoco y por lo mismo, derecho a vivir en el hogar común.

El concurso de voluntades conyugales para enajenar o gravar, prometer enajenar o gravar o conceder derechos de uso y goce sobre los bienes familiares, es imposible.

Los otros dos efectos, constitución de derechos de usufructo, uso, o habitación, y beneficio de excusión, subsisten en cambio en dicha situación mientras los bienes familiares no sean desafectados. El juez puede constituirlos a favor de una persona que ya no es cónyuge y que, por lo mismo, no tiene el derecho ni el deber de vivir en el hogar común.

Nulidad:

El artículo 149 dispone: "Es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo". -1.729 del Mensaje-

Se trata de disposiciones de orden público, como lo señaló el senador Diez en la Comisión (Diario de Sesiones del Senado, pág. 288).

La nulidad es relativa por cuanto se trataría de actos celebrados con omisión de un requisito exigido en atención a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. (Comisión del Senado, pág. 3.376).

Cualquiera de los cónyuges puede pedir la rescisión de estos pactos, a menos que haya incurrido en dolo para inducir al acto. (1.685).

II. COMENTARIO FINAL

La institución de los bienes familiares no debe confundirse con la "propiedad familiar" a cuyo establecimiento debía propender el legislador, como un fin del Estado, según el Constituyente de 1925.

En doctrina, la propiedad familiar es una forma de gestión colectiva de bienes que corresponden indivisiblemente a todos los miembros de la familia y no solamente a los cónyuges. (Messineo, Derecho Civil y Comercial, pág. 109.)

No pertenece a la familia, en cuanto se la considere sujeto colectivo de derechos -calidad que la familia no tiene- pero se llama propiedad familiar porque beneficia a la familia.

La propiedad familiar es una forma especial de usar, gozar y disponer de ciertos bienes, establecida en beneficio de la familia, pero que no por ello dejan de pertenecer a su titular.

Sus características son la inalienabilidad relativa de los bienes, su inembargabilidad y su indivisibilidad mientras exista uno de los cónyuges o algún hijo menor de edad: la partición no puede pedirse en tales circunstancias. Este régimen de la propiedad familiar termina con la disolución del matrimonio.

Nada de esto ocurre en nuestra institución de los bienes familiares, salvo la exigencia de la voluntad de ambos cónyuges para enajenarlos. El bien raíz que el deudor ocupa con su familia sólo es inembargable, siempre que no tenga un avalúo superior a 10 sueldos vitales mensuales, según lo dispone el art. 445 N° 8° del Código de Procedimiento Civil.

La Constitución Política de 1925, en un precepto que la de 1980 no reprodujo (art. 10 N° 14 inc. 2°) estableció que "el Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar".

Algunos atisbos en orden a conseguir este fin del Estado que reconoció el Constituyente de 1925, se encuentran en algunas leyes dictadas con posterioridad.

La Ley 4.496 estableció la indivisión de las parcelas agrícolas prohibiendo su subdivisión. "Si falleciere el colono, su viuda y sus hijos continuarán en comunidad, en calidad de colonos, con el lote adquirido por su causante, siempre que estuvieren de acuerdo. Si no hubiere acuerdo, el lote deberá ser subastado con admisión de postores extraños que reúnan los requisitos para ser colonos. En igualdad de condiciones tendrán preferencia en la adjudicación, la viuda y los hijos menores"... "Si falleciere la mujer del colono, éste continuará en comunidad con los herederos de aquélla, en el goce de la parcela..." (art. 33).

La Ley 5.950 en su título VIII sobre protección del hogar obrero, consideraba como tal "al inmueble hereditario, en que haya tenido su última habitación el causante" y cuyo valor no excediese de una determinada suma (art. 70).

"Si entre los descendientes del causante hubiere uno o más menores, cualquiera de los interesados o el Defensor de Menores podrá pedir al Juez de Letras que decrete la indivisión del inmueble hereditario".

"La indivisión durará hasta que todos los herederos hayan llegado a los dieciocho años, y entretanto, todos tendrán derecho a habitar el inmueble común".

"El decreto de indivisión se inscribirá en el Registro del Conservador" (art. 71).

"El inmueble común no será embargable durante la indivisión..." "La inembargabilidad cesa una vez que llegue a la mayor edad el menor de los herederos o cuando dejen de habitar el inmueble los herederos o el adjudicatario" (art. 73).

La Ley N° 15.020, sobre Reforma Agraria, estableció en su artículo 34, que "el predio rústico constituido por una unidad económica... podrá ser declarado por el Presidente de la República, a solicitud del propietario, propiedad familiar agrícola". Esta propiedad familiar agrícola era indivisible, aun en caso de sucesión por causa de muerte, gozaba de franquicias tributarias y de preferencia en la asistencia técnica y crediticia y en la obtención de créditos por el Banco del Estado, la Corporación de Fomento de la Producción, la Corporación de la Vivienda y las demás instituciones en las cuales el Estado tenga aportes de capital o representación. El legislador encomendó al reglamento señalar los casos en que, fallecido uno de los cónyuges, el dominio de la propiedad familiar agrícola debe mantenerse en común, como asimismo, establecer en favor del cónyuge sobreviviente el derecho preferente a administrar la unidad.

Termino estas explicaciones con la cita del art. 1.320 del Código Civil español, que en un solo precepto condensó toda la institución que ha sido introducida en nuestro Derecho por los arts. 141 a 149 de la Ley 19.335:

"Para disponer de los derechos sobre la *vivienda habitual* y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

EPITOME

En cuanto a la capacidad de la mujer:

La mujer casada en régimen de sociedad conyugal, teóricamente, es plenamente capaz, pero no tiene la administración de sus bienes, la que el legislador entrega al marido.

Tampoco tiene por sí sola derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad (1.752).

Sin embargo, en el régimen de comunidad restringida en que vive, participa con su marido en una administración conjunta en virtud de la cual, para ejecutar o celebrar los siguientes actos o contratos se requiere un acto colectivo formado por la voluntad acorde del marido y de la mujer:

- enajenación o gravamen voluntario y promesa de enajenar o gravar los bienes raíces sociales y los derechos hereditarios de la mujer;

- disposición entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo que fueren de poca monta;
- arrendamiento o cesión de la mera tenencia de los predios sociales rústicos por más de 8 años o de los urbanos por más de 5 (1.749);
- enajenación o gravamen de los bienes raíces de la mujer;
- enajenación de los bienes muebles de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie (los excluidos del haber social en las capitulaciones matrimoniales (1.755));
- arrendamiento o cesión de la mera tenencia de los predios rústicos de la mujer por más de 8 años o urbanos por más de 5 (1.756);
- otorgamiento de cauciones personales por obligaciones de terceros (art. 3º Ley 19.335);
- enajenación o gravamen, promesa de enajenación o gravamen, o concesión de derechos personales de uso o goce sobre algún *bien familiar* (art. 142 agregado por la Ley 19.335).

En cuanto a la responsabilidad de la mujer:

La mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal, responde de sus actos con aquella secciones de su patrimonio que administra separadamente conforme a lo dispuesto en los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil.

Durante la sociedad conyugal responde además de los señalados, con sus bienes propios, pero excepcionalmente, en los siguientes casos:

- a) Cuando se trata de deudas contraídas por la mujer con anterioridad al matrimonio;
- b) Cuando el acto celebrado por ella, o por su marido, ha cedido en utilidad de la mujer, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto (art. 137 inc. 2º, 145 inc. 3º, 1.751 inc. 3º, 1.759 inc. 6º, 1.760; 150 inc. 6º, 161 inc. 4º y 166 Nº 2º, 1.750 inc. 2º);
- c) Cuando se trata de obligaciones derivadas de un delito o de un cuasidelito cometido por la mujer (art. 1.748);
- d) Cuando la mujer que tenga la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, otorga cauciones personales por obligaciones de terceros, sin autorización judicial (art. 159 inc. 6º);
- e) Cuando actúa por sí misma con autorización judicial ante la negativa injustificada del marido a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer (art. 138 bis).

La mujer no obliga los bienes sociales ni los del marido sino cuando los actos que legítimamente han podido celebrarse por ella, ceden en beneficio personal de la sociedad o del marido (art. 137 inc. 2º, 145 inc. 2º, 150 inc.5º, 161 inc. 3º,1.760).

Disuelta la sociedad conyugal, las deudas personales de la mujer pueden perseguirse en todos sus bienes raíces o muebles, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables. La garantía general de los acreedores consagrada en el artículo 2.465 del Código Civil cobra plena vigencia.

Las restricciones contempladas en el artículo 137 en cuanto excluyen los bienes propios de la mujer, son propias del régimen de sociedad conyugal en que la administración de tales bienes corresponde al marido, de modo que, terminado dicho

régimen, ella pierden su fundamentación legal. La administración separada de la mujer respecto de ciertas secciones especiales de su patrimonio, desaparece junto con la sociedad conyugal de que aquélla depende.

La mujer recupera la administración, uso, goce y disposición de todos sus bienes sin distinciones, con lo cual las secciones de su patrimonio sujetas a administración separada se reunifican bajo su administración única.

Los bienes reservados, los que la mujer ha recibido a título de donación, herencia o legado con la condición que no los administre el marido y los que en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que la mujer administre separadamente, por lo demás, no han constituido nunca verdaderos patrimonios de afectación en que las deudas contraídas en la administración de uno de éstos no puedan perseguirse en los bienes comprendidos en los otros. En nuestra legislación, por el contrario, las deudas personales contraídas por la mujer fuera de sus secciones patrimoniales de administración separada, pueden perseguirse en todos los bienes que componen dichas secciones especiales (art. 137 inc. 2º); a su vez las que contraiga en la administración de sus bienes reservados pueden perseguirse no sólo en estos bienes sino incluso en los comprendidos en las secciones patrimoniales reguladas por los artículos 166 y 167, y, por otra parte, las obligaciones que la mujer contraiga en estas dos últimas situaciones pueden perseguirse también en sus bienes reservados (166 N° 1º).

Ante el pleno imperio de estos principios generales, poco importa que el legislador de 1989 no haya mantenido en el artículo 150, quizá por inadvertencia, el inciso según el cual "disuelta la sociedad conyugal, las obligaciones contraídas por la mujer en conformidad a este artículo, podían perseguirse sobre todos sus bienes". Igual observación merece la mantención de idéntica regla en el N° 1º del artículo 166.

Las obligaciones sociales también pueden perseguirse sobre todos los bienes de la mujer, una vez disuelta la sociedad conyugal, pero ella goza del beneficio de emolumentos para limitar esta responsabilidad "hasta concurrencia de su mitad de gananciales" (art. 1.777).

Este beneficio puede oponerlo la mujer tanto a su marido como a los acreedores sociales, con la sola excepción del crédito que tenga el marido por las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común hechas por él sin contradicción o reclamación de la mujer; en este caso, la mujer debe reembolsarle "por mitad, la parte de dichas expensas que no cupiere en los gananciales"...

La mujer, a mi juicio, no responde con sus bienes por las deudas personales del marido. Estas son sociales únicamente en cuanto a la *contribución a las deudas*, pero no en cuanto a la *obligación a las deudas*, que es el único aspecto del pasivo de la sociedad que le empece.

Durante la sociedad, los acreedores del marido no pueden perseguir los bienes de la mujer sino en cuanto las obligaciones contraídas por aquél han cedido en beneficio de la mujer; y a la inversa, los acreedores de ésta tampoco pueden perseguir los bienes sociales ni los del marido sino en cuanto las obligaciones contraídas por la mujer han cedido en provecho del marido o de la sociedad.

No existe razón alguna para alterar este principio por el sólo hecho de disolverse la sociedad conyugal y para no restablecer, por lo mismo, la natural independencia activa y pasiva de los patrimonios de cada cónyuge.³

En cuanto a los "bienes familiares":

Esta categoría procede en todos los regímenes matrimoniales permitidos por nuestra legislación.

Pueden afectarse con esta calidad el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos y los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que, en uno u otro caso, sirva de residencia principal de la familia.

La afectación la hace el juez tratándose del inmueble, o cualquiera de los cónyuges si se trata de derechos o acciones.

El efecto esencial asignado por la ley a esta categoría de bienes, es la prohibición de enajenar o gravar voluntariamente y de prometer enajenar o gravar los bienes familiares, sin que concurra la voluntad de ambos cónyuges, esto es, la exigencia de un acto jurídico colectivo; lo mismo regirá para la celebración de contratos que concedan derechos personales de uso o goce sobre alguno de estos bienes y para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva que se refiera al bien familiar.

Como segundo efecto esencial, se concede al cónyuge no propietario el beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor.

Un tercer efecto -natural y no esencial, pues, depende de la prudencia del juez-, es la constitución a favor del cónyuge no propietario, de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares, incluso una vez disuelto el matrimonio.

En el contexto de la ley, los integrantes de la familia, titulares de los derechos que reconoce sobre los bienes familiares son únicamente los cónyuges, con preterición inexplicable de los hijos que compartan el hogar común.

³ En contra, A. ALESSANDRI, *Capitulaciones Matrimoniales* p. 585 N° 960.