Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 200
AÑO LXIV
JULIO-DICIEMBRE 1996
Fundada en 1933

ISSN 0303 -

BIBLIOTE

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

*PLENA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL. UNA REFORMA LEGAL POR HACER**

LUIS BUSTAMANTE SALAZAR
Prof. de Derecho Civil
Universidad de Talca

PRESENTACION

Entre las transformaciones del Derecho Privado Chileno en los últimos veinte años, debe citarse la Ley N° 18.802, que suprimió la *incapacidad* de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal. Desde la vigencia de dicha ley, la mujer es plenamente capaz y carece de representante legal, pues no lo necesita.

¿Cuál es, hoy día, la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal? La pregunta podría parecer fuera de lugar, pues el artículo 2 de la Ley N° 18.802 declaró : "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 texto es una versión reconstruida del trabajo leído en las Jornadas de Derecho Privado "Reflexiones sobre las transformaciones del Derecho Privado Chileno en los últimos veinte años", realizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción los días 8 y 9 de noviembre de 1996. Cada vez que se mencione un artículo sin señalar el cuerpo legal a que pertenece, debe entenderse que la referencia es al Código Civil chileno.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, lo cierto es que, como veremos, la interrogante planteada está plenamente justificada.

En un estudio que realizó Fernando Rozas, principal artífice de la reforma y que, según Hugo Rosende, era el jurista más versado que había en el país sobre esta materia[1], queda claro que la plena capacidad de la mujer casada es incompatible con el régimen de la sociedad conyugal. En efecto, según el artículo 1754 inciso final, precepto introducido por la Ley Nº 18.802, la mujer 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 el caso del artículo 145 [2].

¿Por qué y a qué título la mujer pierde la facultad de administrar sus bienes propios? La doctrina reconoce que la respuesta es bien compleja pues se trata de una persona plenamente capaz [3].

Sin embargo, según Fernando Rozas la justificación del artículo 1754 inciso final no requiere mayores explicaciones. Para él, si la mujer pudiera enajenar o gravar, o dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes que debe administrar el marido y cuyos frutos deben ser sociales, simplemente *se terminaría con la sociedad conyugal*[4]. Para Pablo Rodríguez, la única razón que hoy justifica esta circunstancia reside en que el marido, por el hecho del matrimonio bajo el régimen de *sociedad conyugal*, adquiere un derecho legal de goce res-

[1] Prólogo del Ministro de Justicia don Hugo Rosende al trabajo del profesor Fernando Rozas: Análisis de la reforma que introdujo la Ley Nº 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de menores fuera del país.

[2] Este artículo que había sido derogado por la Ley Nº 18.802, es ocupado por la ley para reglamentar aquellos casos extraordinarios, en que la mujer casada en régimen de sociedad conyugal puede administrar sus bienes propios. Para ello, la ley subsume en él lo preceptuado por el artículo 145 modificado por la Ley Nº 18.802 y agrega un artículo 138 bis que crea una tercera hipótesis en esta materia (Ley Nº 19.335, artículo 28 Nº 5). Aún así, aquí prescindimos, ex profeso, de esta modificación, pues participamos de la opinión que en su nueva redacción el artículo 1754 inciso final, sigue siendo un precepto prohibitivo, como lo era antes. En consecuencia, hoy día la mujer casada en régimen de sociedad conyugal no puede actuar ni contratar en relación a sus bienes propios, salvo en las hipótesis excepcionales. Por consiguiente, no se trata de que la mujer cumpla con algún requisito o formalidad para actuar o contratar respecto de esos bienes, sencillamente no puede hacerlo y por ello, salvo en los casos de excepción, sus actos y contratos adolecerán, como antes de la modificación, de nulidad absoluta, artículos 10, 1466 y 1682, pues se habrá infringido un precepto prohibitivo. En seguida, continúan vigentes las limitaciones contenidas en el artículo 1749 inciso 1°, en el artículo 1752 y en el artículo 1754 inciso final. Según este último precepto, la mujer conserva el dominio, pero no tiene ninguna facultad de administración y, por regla general, no es necesario ni siquiera su consentimiento, salvo que el legislador lo establezca como un requisito del acto o contrato. En suma, la modificación legal en nada altera la substancia de nuestra argumentación.

[3] Pablo Rodríguez, *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 124.

[4] Fernando Rozas, *Análisis de la reforma que introdujo la Ley N° 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de menores fuera del país*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 57.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pecto de todos los bienes de la mujer[5]. Profundizar en las consecuencias de la plena capacidad de la mujer desvirtuaría el régimen de sociedad conyugal, que se mantiene en carácter de legal, transformándolo en uno de separación total de bienes o de participación[6].

Entonces, de acuerdo con la estructura del régimen matrimonial que mantuvo la ley, bien pudo sólo *modificarse* el artículo 132, que definía la potestad marital, pues el marido conserva los derechos que tenía sobre los bienes de la mujer.

Con todo, es pertinente recordar que para parte importante de la doctrina, otra consecuencia o manifestación de la *incapacidad* de la mujer casada era, precisamente, la imposibilidad en que se encontraba de administrar sus bienes propios, los que eran administrados por su marido durante el matrimonio[7]. Ahora, la mujer conserva el dominio, pero no tiene ninguna facultad de administración y, por regla general, no es necesario ni siquiera su *consentimiento*, salvo que el legislador lo establezca como un requisito del acto o contrato.

Así las cosas, para Leslie Tomasello, opinión que también suscribe Ramón Domínguez, la plena capacidad de ejercicio que la ley reconoce a la mujer resulta bastante formal y teórica, puesto que el marido conserva la administración del haber propio o personal de la mujer[8].

Por otra parte, según Fernando Rozas, a contar de la vigencia de la ley, los actos de la mujer son válidos sin que se requiera autorización del marido ni de la justicia en subsidio. Por lo tanto, los terceros que contraten con ella no correrán el riesgo de que se pida la nulidad de los contratos celebrados, pero deberán cerciorarse de que la mujer tenga patrimonio reservado o bienes separados parcialmente, pues en caso contrario podrían no tener bienes en que hacer efectivos sus créditos[9].

Esto último es correcto y la verdad es que lo mismo sucede, como lo reconoce el propio Fernando Rozas, cuando se contrata con personas que *carecen de bienes*.

Por lo que toca a los efectos de los actos y contratos que ejecuta y celebra la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, esto es, los bienes que re-

[5]Ob. cit., pág. 124.

[6]Raúl Alvarez, *Manual sobre la reforma al Código Civil* (Ley 18.802), Impresores Ogar, 1990, pág. 16.

[7]Enrique Rossel, *Manual del Derecho de la Familia* (con las reformas introducidas por la Ley Nº 10.271), Editorial Jurídica de Chile, 1958, Nº 132, pág. 112.

[8]Leslie Tomasello, *Situación jurídica de la mujer casada. La reforma de la Ley 18.802 al Código Civil*, Edeval, 1992, pág. 142; Ramón Domínguez, "Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales", *Revista de Derecho* Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nº 184, julio-diciembre 1988, pág. 9.

[9]Ob. cit., pág. 25.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sultan obligados, la ley no tiene ninguna trascendencia[10]. Al efecto, el artículo 137 inciso 1º establece que "los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal, sólo la obligan en los bienes que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167". O sea, la mujer va a administrar sus bienes reservados; los bienes que haya recibido a título de donación, herencia o legado, bajo condición precisa que las cosas donadas, heredadas o legadas no las administre el marido; y aquellos bienes que en las capitulaciones matrimoniales se haya convenido que administraría la mujer. Pero, repetimos, el hecho que la mujer pueda administrar sus patrimonios reservados o especiales nada de novedoso tiene[11].

Sin embargo, no es del todo exacto que los terceros que contratan con la mujer queden, como se dice, al abrigo de acciones de nulidad, pues si la mujer enajena un bien de su propiedad que administre el marido, o lo grava o lo da en arrendamiento o cede su tenencia, la sanción de esos actos, según el mismo Fernando Rozas, es la *nulidad absoluta*, ya que el artículo 1754 inciso final es un precepto *prohibitivo*[12]. Es más, si la enajenación la hace la mujer a través de una compraventa, ésta es nula por aplicación del artículo 1810, que prohíbe la venta de las cosas cuya enajenación esté prohibida por la ley; y ése es el caso del artículo 1754 inciso final. Hay que tener en cuenta que la nulidad del título impide que la tradición pueda operar, pues todo defecto de aquél repercute en ésta.

En fin, si por capacidad de ejercicio se entiende la facultad que tiene un sujeto de derecho para obligar *sus bienes* por un acto de voluntad suyo, sin duda el concepto de capacidad debe considerarse en relación con los bienes concretos y específicos que podrán resultar obligados por esa declaración de voluntad. Por ello, según Gonzalo Figueroa una persona no es *capaz* si teniendo bienes en su patrimonio y pudiendo manifestar voluntad jurídica, que es el caso de la mujer casada en sociedad conyugal, no es apta para obligar esos bienes mediante esa manifestación de voluntad[13].

Entonces, estamos en condiciones de afirmar que la pregunta inicial tiene razón de ser, y que la *mantención del régimen de sociedad conyugal* en carácter de legal es obstáculo a la *plena capacidad* de la mujer casada. En contra de esta idea se muestra Fernando Rozas, para quien las aparentes limitaciones contenidas en el artículo 1749 inciso 1º, en el artículo 1752 y en el artículo 1754 inciso final, no tienen ese alcance[14].

Pero, la verdad es que, en cuanto al ámbito patrimonial en que actuará la mujer y a los efectos jurídicos de sus actos, la Ley Nº 18.802 la dejó igualmen-

[10] René Ramos, "Modificaciones introducidas por la Ley 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno", *Revista de Derecho* Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nº 184, julio-diciembre 1988, pág. 22.

[11] Leslie Tomasello, ob. cit., pág. 142.

[12] Fernando Rozas, ob. cit., pág. 58.

[13] Gonzalo Figueroa, *El patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, Nº 188, pág. 344.

[14] Ob. cit., pág. 17.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

te limitada, casi en los mismos términos en que se encontraba en la situación anterior [15].

En efecto, los actos y contratos que la mujer no podía ejecutar y celebrar como relativamente incapaz, le siguen igualmente *prohibidos* ahora que es plenamente capaz. Lo anterior se entiende perfectamente si se tiene en cuenta que la plena capacidad de la mujer desvirtuaría el régimen de sociedad conyugal, que se mantiene en carácter de legal [16].

Por lo anterior, la declaración de *plena capacidad* de la mujer casada en sociedad conyugal resultó ser *falaz*. Aunque sea un contrasentido, la *incapacidad* de la mujer tiene su fuente en la propia Ley N° 18.802, que a objeto de mantener el régimen de sociedad conyugal en carácter de legal, la privó de la libre administración de sus bienes.

En el Código Civil anterior a la Ley N° 18.802 las personas *incapaces*, y entre ellas la mujer casada en sociedad conyugal, no tienen la libre administración de sus bienes, ni pueden actuar en la vida jurídica sino autorizadas o representadas, en su caso. Esto es, en el Código Civil se identifican los conceptos de *capacidad* y *libre administración de sus bienes* [17]. Pero, en el Código Civil, las limitaciones a la facultad de administración o disposición que afectan a una persona plenamente capaz son siempre *parciales* y se refieren a *determinados bienes*.

Sin embargo, desde la vigencia de la Ley N° 18.802 una persona *plenamente capaz*, como lo es la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, *no tiene la libre administración de sus bienes*, y esta restricción es general y afecta a todo su patrimonio. La mujer es, pues, una incapaz encubierta.

Pues bien, después de lo dicho, ¿cuál es, hoy día, el estatuto jurídico de la capacidad de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal?

El marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal *administra los bienes sociales y los de su mujer*, artículo 1749; la mujer por sí sola *no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad*, artículo 1752; la mujer no puede enajenar o gravar, ni dar en arrendamiento, ni ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos del artículo 145, artículo 1754 inciso final agregado por la Ley N° 18.802; la mujer no puede recibir el pago de sus créditos, pues por ella recibe legítimamente el marido, artículo 1579 no modificado por la Ley N° 18.802.

Esto es, la mujer no puede administrar su haber propio, sino en los casos de *impedimento* del marido, ya sea de larga o indefinida duración, en que hay lugar a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, o accidental, en que hay lugar a la autorización judicial directa que prescribe el artículo

[15] Raúl Alvarez, ob. cit., pág. 16.
[16] Raúl Alvarez, ob. cit., pág. 16.
[17] Eduardo Niño, "Capacidad y responsabilidad de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal", Revista de la Universidad Católica de Valparaíso, 1995, pág. 271.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

145. Con la reforma, la mujer perdió la posibilidad de recabar autorización judicial cuando el marido se niega, injustificadamente, a realizar determinado acto respecto de los bienes propios de la mujer[18].

En fin, el hecho que el artículo 1754 inciso final aluda sólo a la enajenación, gravamen, arrendamiento y cesión de la tenencia de los bienes que administra el marido, esto es, que están en el haber propio de la mujer, no significa que la mujer pueda realizar *otros actos* respecto de idénticos bienes[19].

Lo dicho, hace que hoy día la contratación con la mujer casada en sociedad conyugal presente grandes dificultades, que naturalmente la entraban. Estas dificultades son: ¿cómo actúa y contrata la mujer respecto de sus bienes propios?, y ¿qué actos y contratos puede realmente ejecutar y celebrar la mujer?

Desde luego, ninguna de ellas debería suscitarse, porque siendo la mujer casada en sociedad conyugal plenamente capaz, conceptualmente, podría ejecutar y celebrar por sí sola, esto es, personalmente, toda clase de actos y contratos.

FORMAS DE ACTUACION DE LA MUJER CASADA

La dificultad se presenta porque, paradojalmente, la mujer, que es plenamente capaz no tiene, sin embargo, la facultad de administración o disposición de sus bienes propios. Entonces, los actos y contratos que la mujer ejecute o celebre respecto de los bienes de su propiedad que administre el marido, fuera de las situaciones excepcionales del artículo 145, adolecen de *nulidad absoluta* pues el artículo 1754 inciso final es un precepto *prohibitivo* (artículos 10, 1466 y 1682). O sea, esos actos y contratos adolecen de nulidad absoluta, tal como sucede con los actos y contratos de los absolutamente incapaces.

Además, la Ley Nº 18.802 al derogar el artículo 143 del Código, no contempló la posibilidad de que la mujer recabe y obtenga una autorización judicial cuando el marido se niegue injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de su haber propio o personal que ella sí desea ejecutar o celebrar.

La mujer, ahora plenamente capaz de ejercicio, ha quedado colocada en una situación aún inferior a aquella en que se encontraba cuando, teóricamente, no se había reconocido su plena capacidad de ejercicio, es decir, cuando era relativamente incapaz. En efecto, como todo incapaz relativo, podía actuar en la vida jurídica no sólo representada por su marido, sino también autorizada por él, de manera general o especial.

Hoy día la mujer no puede actuar por sí sola, esto es, personalmente. Por ella debe actuar y contratar el marido, no en carácter de representante legal, porque no lo es, sino como *jefe de la sociedad conyugal y administrador legal*

[18]Leslie Tomasello, ob. cit., pág. 95.
[19]Leslie Tomasello, ob. cit., pág. 96.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de los bienes de la mujer. La mujer en cuanto sólo puede actuar a través de su marido, que no es su representante legal, queda asimilada a los *absolutamente incapaces*. En efecto, los incapaces absolutos son los únicos que no pueden actuar autorizados, sino que deben hacerlo representados.

ESTATUTO JURIDICO DE LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN SOCIEDAD CONYUGAL

1. Para ejecutar actos y celebrar contratos

Hay autores, como Raúl Alvarez, que sostienen que la mujer puede ejecutar toda clase de actos, sólo que no obliga sus bienes propios ni los sociales, sino únicamente los que señala el artículo 137[20].

No participamos de esta opinión. En efecto, el hecho que el artículo 1754 inciso final aluda sólo a la enajenación, gravamen, arrendamiento y cesión de la tenencia de bienes que administra el marido, esto es, que están en el haber propio de la mujer, no significa, como dice Leslie Tomasello, que la mujer pueda realizar *otros actos* respecto de idénticos bienes [21].

Por su parte, Pablo Rodríguez reconoce que la mujer, atendido el hecho de estar casada bajo el *régimen de sociedad conyugal*, sufre algunas prohibiciones (no incapacidades) y restricciones en relación a ciertos bienes que están comprometidos en el régimen patrimonial del matrimonio [22].

Existe consenso entre los autores que los actos y contratos ejecutados y celebrados por la mujer casada en régimen de sociedad conyugal sobre sus bienes propios, sin la intervención de su marido, adolecen de nulidad absoluta, tal como los actos de los absolutamente incapaces, pues se trataría de negocios *prohibidos* por la ley, cuya contravención acarrea dicha sanción por objeto ilícito[23]. Sin embargo, Raúl Alvarez, aun destacando el carácter *prohibitivo* del precepto contenido en el artículo 1754 inciso final, concluye que la sanción es la nulidad relativa [24]. Por su parte,René Ramos también se inclinaba por esta solución[25] y más recientemente lo hacen así Eduardo Niño y Pablo Rodríguez, este último argumentando que se trata de un precepto *imperativo de requisitos* [26].

Para Eduardo Niño, que ha sistematizado especialmente el sistema legal

[20] Ob. cit., N° 4, pág. 22.
[21] Ob. cit., pág. 96.
[22] Ob. cit., pág. 140.
[23] Fernando Rozas, ob. cit., pág. 58; Hernán Troncoso, *Derecho de Familia*, Editorial de la Universidad de Concepción, 1992, Nº 128, pág. 118; Ramón Domínguez, "Comentario a sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción", *Revista de Derecho* Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 195, enero-junio 1994, pág. 156.
[24] Ob. cit., N° 82, pág. 98.
[25] *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, N° 266, pág. 208.
[26] Eduardo Niño, ob. cit., pág. 278; Pablo Rodríguez, ob. cit., pág. 139.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la capacidad de la mujer, los únicos contratos que ésta puede celebrar son el de sociedad cuando aporta su trabajo personal, el de mandato cuando confía la gestión de los bienes comprendidos en la separación parcial, artículos 166 y 167, el de arrendamiento en que ella es la arrendataria y la compra al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo de la familia o a su beneficio personal[27].

Le están *prohibidos* todos los negocios de disposición sobre sus bienes propios. En seguida, el arrendamiento le está expresamente prohibido, lo mismo que los contratos de comodato y depósito, porque en ellos la mujer cede la tenencia de los bienes de su propiedad que administra el marido[28]. Tampoco la mujer puede celebrar los contratos de prenda y de hipoteca porque constituyen un principio de enajenación y le están expresamente prohibidos, artículo 1754 inciso final. No puede transigir, pues el artículo 2447 exige capacidad de disposición de los objetos comprendidos en la transacción, y lo propio hay que decir de la renuncia a la prescripción, toda vez que no puede enajenar, artículo 2495.

La mujer, en principio, puede celebrar negocios jurídicos como la compraventa, la permuta, el mutuo, la *datio in solutum* y la propia sociedad cuando el aporte no consista en su trabajo personal, pero como el artículo 1754 inciso final priva a la mujer de la facultad de enajenar los bienes de su propiedad que administra el marido, el pago en que se debe transferir la propiedad, es decir, en las obligaciones de dar *strictu sensu*, constituye la *tradición de lo que se debe*, no obstante efectuarse por una persona plenamente capaz, adolecería de nulidad, artículo 1575 inciso 2° [29].

Sin embargo, la duda persiste respecto de la compraventa, no porque ésta constituya negocio de disposición que es lo que *prohíbe* el artículo 1754 inciso final, sino porque de acuerdo con el artículo 1810 pueden venderse todas las cosas, corporales o incorporales, cuya *enajenación* no esté prohibida por la ley.

2. *Para resciliar un contrato anterior válidamente celebrado*

La ley no ha establecido ningún requisito específico para la resciliación como medio de extinguir las obligaciones. Se exige sí capacidad de disponer del crédito, puesto que se le pone término a éste; así lo señala el artículo 1567: toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Según Eduardo Niño, la mujer puede resciliar los contratos que haya celebrado válidamente, esto es: el de sociedad cuando aporta su trabajo personal,

[27] Ob. cit., pág. 273.
[28] Raúl Alvarez, ob. cit., N° 82, pág. 98.
[29] El pago no adolece de nulidad; nada más no produce el efecto de extinguir la obligación.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el de mandato cuando confía la gestión de los bienes comprendidos en la separación parcial, artículos 166 y 167, el de arrendamiento cuando ella es la arrendataria y el de compra al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo de la familia o a su beneficio personal, artículo 137 inciso 2º.

Ahora bien, como la administración de los bienes de propiedad de la mujer corresponde al marido, la mujer no estaría en condiciones de resciliar los contratos celebrados válidamente por ella, que sean títulos traslaticios de dominio. En efecto, según se vio, la resciliación es un modo extintivo de obligaciones que exige capacidad de disposición, precisamente porque importa la obligación de transferir o restituir los bienes incorporados al patrimonio en cumplimiento del contrato, y la mujer no tiene capacidad de disposición de sus bienes propios.

3. *Para remitir una deuda*

La mujer no puede remitir o condonar deudas pues el artículo 1652 exige capacidad de disposición del acreedor y la mujer no la tiene. Según el artículo 1653, la remisión que procede de mera liberalidad está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos, y en armonía con esta disposición el artículo 1397 declara que "hace donación el que remite una deuda", y según el artículo 1388 son inhábiles para donar los que no tienen la libre administración de sus bienes, cuyo es el caso de la mujer casada, precisamente.

4. *Para aceptar o repudiar asignaciones y donaciones*

¿Puede la mujer casada en sociedad conyugal aceptar o repudiar una asignación o una donación por sí sola sin la autorización de su marido? Admitimos que podría objetarse la pregunta desde que la mujer es hoy plenamente capaz, en cualquier régimen matrimonial, no tiene como representante legal al marido y no necesita autorización de éste o de la justicia en subsidio para actuar en la vida jurídica[30]. Sin embargo, éste es un punto que, no debiéndolo, ha sido objeto de una interesante polémica.

César Frigerio estima que la mujer, por no tener la libre administración de sus bienes, no podría aceptar o repudiar asignaciones y donaciones, sino por medio o con el consentimiento de su *representante legal*, artículos 1225 y 1411[31].

Hay que recordar que el antiguo artículo 137, entre los actos que la mujer no podía ejecutar sin autorización del marido, señalaba la aceptación y repudiación de una donación, herencia o legado, y que por su parte, el artículo 1225 inciso 4º, preceptuaba que "la mujer casada, sin embargo, podrá aceptar o repudiar con autorización judicial, en defecto de la del marido; conformándose a lo

[30] César Frigerio, *Regímenes matrimoniales*, Editorial Jurídica ConoSur, 1995, pág. 65.
[31] Ob. cit., pág. 66.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

prevenido en el inciso final del artículo 146". Ahora, si el juez autorizaba a la mujer para aceptar una herencia, debía ella aceptarla con beneficio de inventario y sin este requisito obligaba solamente sus propios bienes a las resultas de la aceptación.

Ocurre, como dice Eduardo Niño, que todos los preceptos citados fueron derogados. Sin embargo, como quedó vigente el resto del artículo 1225, más precisamente su inciso 2º, se ha suscitado cuestión acerca del alcance de la derogación del inciso 4º, en razón de que dicho inciso 2º exceptúa de la libertad de 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[52].

La dificultad que se presenta es la siguiente: la mujer, que no tiene la libre administración de sus bienes, ¿está sujeta al artículo 1225 inciso 2º, a pesar de la derogación de la disposición contenida en el inciso 4º.

Para Pablo Rodríguez, que sostiene que la mujer tiene la libre administración de sus bienes, con algunas excepciones establecidas no en función de su incapacidad, sino de la situación matrimonial y del régimen de bienes por el cual optó al momento de contraer matrimonio[53], las modificaciones de los artículos 1225 y 1236, que aludían precisamente a la situación de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, son claramente demostrativas de que el legislador de 1989 entendió que por el hecho de que el marido administrara los bienes sociales y propios de la mujer, ella no perdía su plena capacidad civil para aceptar, por sí sola, toda asignación por causa de muerte o donación que se le hiciere, o repudiarla libremente y sin restricción alguna. Igual opinión sustentaba Fernando Rozas, quien sostenía que las derogaciones de los incisos finales de los artículos 1225 y 1236 sólo tuvieron por objeto el aclarar que la mujer, sea cual sea el régimen en que esté casada, acepta o repudia libremente y por sí misma las asignaciones que se le dejen[54].

Aun sin participar de la idea que la mujer tiene la libre administración de sus bienes, creemos que la respuesta a la interrogante planteada debe ser negativa, esto es, que la mujer, aun cuando esté casada en sociedad conyugal, puede aceptar o repudiar libremente.

El artículo 1225, en sus incisos 2º y 3º, se refiere a los *incapaces*, quienes sólo pueden aceptar o repudiar por medio o con el consentimiento de sus *representantes legales*. El inciso 4º, derogado por la Ley Nº 18.802, modificaba esta excepción respecto de la mujer casada en sociedad conyugal, quien podía aceptar o repudiar con autorización judicial, en defecto de la del marido; conformándose a lo prevenido en el inciso final del artículo 146.

[52] Ob. cit., pág. 275.
[53] Ob. cit., pág. 141.
[54] Ob. cit., pág. 24.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pues bien, la reforma derogó los preceptos que establecían la autorización marital y la autorización judicial supletoria de la del marido.

Según Fernando Rozas, la derogación de los incisos finales de los artículos 1225 y 1236 se fundamenta, precisamente, en la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal[35]. Sería absurdo pensar, entonces, que no obstante la derogación de todas las disposiciones antes citadas, la mujer casada en sociedad conyugal quede comprendida en la *excepción* que el artículo 1225 inciso 2° 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 opinión de Pablo Rodríguez, la recta interpretación del artículo 1225 obliga a considerar que se refiere a aquellas personas que por no tener la libre administración de sus bienes se les ha dado un representante legal, situación que es ajena a la mujer que no tiene representante legal, que no está incapacitada para administrar sus bienes[36].

La *excepción* del artículo 1225 inciso 2°, que por ser tal no puede interpretarse extensivamente, se refiere a los *incapaces*, sujetos a representación legal, situación que, como dice Pablo Rodríguez, es ajena a la mujer. Hoy día, la mujer casada no es incapaz ni está sujeta a representación legal, razón por la cual la *excepción* del artículo 1225 inciso 2° no se le aplica. Es a la mujer, en consecuencia, a quien le corresponde aceptar o repudiar por sí sola.

En seguida, según el 1236 los que no tienen la libre administración de sus bienes no pueden repudiar una asignación a título universal ni una asignación de bienes raíces, o de bienes muebles que valgan más de un centavo, sin autorización judicial con conocimiento de causa. Sobre esta disposición, Eduardo Niño escribe que la autorización del juez se une a la del respectivo representante legal, razón por la cual en su parecer el artículo 1236 es aplicable a los representantes legales, a quienes se exige, además, la autorización del juez [37].

La mujer casada no es incapaz ni tiene representante legal. Según el artículo 1236, modificado por la Ley N° 18.802, el marido no podía repudiar una asignación deferida a su mujer, sino con el consentimiento de ésta, si fuere capaz de prestarlo, o con autorización de la justicia en subsidio. O sea, la repudiación requería la voluntad del marido, en su carácter de representante legal de la mujer, y la voluntad de la mujer, de acuerdo con el artículo 1236 inciso 2°.

Pues bien, con la sustitución del artículo 137, actualmente es innecesaria la voluntad del marido, y también lo es la autorización judicial, que es una formalidad habilitante que deben observar los representantes legales de los inca-

[35] Ob. cit., pág. 24.
[36] Ob. cit., pág. 141.
[37] Ob. cit., pág. 275.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

paces, para repudiar. Ahora, como el marido no es representante legal de la mujer ni ésta es incapaz, tal autorización del juez carece de toda justificación respecto de aquélla.

En consecuencia, el artículo 1236 inciso 1° no se aplica a la mujer casada. Para repudiar se requiere solamente la voluntad de la mujer.

Lo anterior se aplica igualmente *mutatis mutandi* a la aceptación y repudiación de las donaciones entre vivos, atendida la remisión del artículo 1411 inciso 3°.

En conclusión, la mujer puede libremente aceptar herencias, legados, donaciones, o repudiarlas sin la autorización ni ministerio de otra persona, en razón de su plena capacidad civil[38].

5. *Para adquirir a título oneroso o lucrativo*

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

En cuanto a los modos de adquirir el dominio, la tradición de acuerdo a los artículos 1578 y 1579 debe hacerse al marido. Según el primero, el pago hecho al acreedor que no tiene la libre administración de sus bienes, es nulo; y de acuerdo al segundo 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 [39].

La facultad de la mujer para adquirir entre vivos a título gratuito es indiscutible, pues de acuerdo con el artículo 1389, precepto que no hace sino aplicar el principio general del artículo 1447, es capaz de ser donatario toda persona que la ley no ha declarado incapaz.

En materia de posesión, según Eduardo Niño la mujer casada en sociedad conyugal puede adquirirla tanto sobre bienes muebles como inmuebles y ejercer los derechos de poseedora, sin autorización alguna [40].

En efecto, conceptuada la posesión como un simple hecho generador de efectos jurídicos, bastaría la idoneidad del sujeto para ejecutar los actos constitutivos de la posesión: el apoderamiento de la cosa y la voluntad o el ánimo de adueñarse de ella.

Como se sabe, el régimen que regula la capacidad adquisitiva posesoria se funda en la naturaleza mueble o inmueble de la cosa de cuya posesión se trata. El precepto pertinente es el artículo 723. Tratándose de la adquisición de cosas *muebles*, de acuerdo al régimen establecido en el citado artículo, todos los

[38] Pablo Rodríguez, ob. cit., pág. 142.
[39] Eduardo Niño, ob. cit., pág. 276.
[40] Ob. cit., pág. 276.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

incapaces, con la sola excepción de los menores de siete años y de los dementes, pueden adquirir *por sí mismos* la posesión. Para la adquisición de la posesión de los *bienes raíces*, a falta de un precepto de excepción, rige la regla general: los *incapaces* no pueden adquirir la posesión de esta clase de bienes sino mediante la autorización o ministerio de su respectivo representante.

La mujer no está comprendida en los términos del artículo 723, esta disposición se aplica solamente a los *incapaces*. La mujer puede por sí sola ejercer los derechos de poseedora, tales como deducir los interdictos o querellas correspondientes y prescribir adquisitivamente en su caso.

6. *Para enajenar, hipotecar o empeñar*

Estos actos son negocios de disposición y le están prohibidos. En efecto, según el artículo 1754 inciso 4º, en su actual redacción dice: 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 de los artículos 138 y 138 bis [41].

Respecto de la enajenación y gravamen de sus bienes propios, raíces o muebles, así como del arrendamiento y cesión de la mera tenencia de los mismos, la situación de la mujer casada sufrió una evolución. En efecto, bajo la vigencia de la Ley Nº 18.802, estos actos no admitían la intervención del juez en caso de negarse el marido 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 motivo, y de ello se siguiera perjuicio a la mujer.

La Ley Nº 19.335 subsanó esta gravísima omisión y agregó, 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, más 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".

7. *Para ejercer los cargos de tutora y curadora*

Está facultada para ello. La autorización marital desapareció absolutamente con la sustitución del artículo 137 por un texto distinto, que trata de otra materia, como son los efectos de los actos y contratos que ejecuta y celebra la mujer, esto es, los bienes que obliga.

[41] No se trata de que la mujer cumpla con algún requisito o formalidad para actuar o contratar respecto a sus bienes propios, sencillamente no puede hacerlo y por ello, salvo los casos de excepción, sus actos y contratos adolecerán de nulidad absoluta, artículos 10, 1466 y 1682.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

8. *Para ejercer el albaceazgo*

La derogación del artículo 1273 que exigía autorización del marido o de la justicia en subsidio, guarda armonía con la capacidad que la Ley N° 18.802 reconoció a la mujer casada. Por lo tanto, la mujer puede se albacea.

9. *Para parecer en juicio*

El artículo 136, que establecía una incapacidad amplísima, fue derogado por la Ley N° 18.802, de manera que es aplicable lo dicho precedentemente.

10. *Para novar*

La capacidad habitualmente se destaca en la novación para señalar que el acreedor de la obligación primitiva, como va a extinguirla, requiere la capacidad necesaria para disponer del crédito. En relación con los bienes de su propiedad la mujer no puede novar, pues el acreedor de la obligación primitiva, como va a extinguirla, requiere de capacidad necesaria para ***disponer*** del crédito, y el deudor por su parte deberá tener la indispensable para contraer la nueva obligación.

11. *Para nombrar partidor, provocar la partición y concurrir en ella*

Según el artículo 1325 inciso 3°, no modificado por la Ley N° 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 1326 inciso 2° la exime de la aprobación judicial, pues "bastará en tal caso el consentimiento de la mujer, o el de la justicia en subsidio".

Según Eduardo Niño, éste es el sentido en que deben interpretarse esos preceptos, de acuerdo a las modificaciones y espíritu de la Ley N° 18.802[42].

Para provocar la partición de los bienes en que tenga parte la mujer, se requiere, en cambio, la voluntad conforme de aquélla y del marido, artículo 1322 inciso 2°.

Pero, para intervenir en el juicio particional, la mujer casada, siendo plenamente capaz y no constituyendo la partición enajenación de los bienes de su propiedad, no requiere autorización ni otra voluntad que no sea la suya propia. En efecto, el artículo 1325 inciso 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.

[42] Eduardo Niño, ob. cit., pág. 278.

Artículo: Plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal. Una reforma legal por hacer
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Luis Bustamante Salazar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La ley no exige aprobación de la partición sino cuando en ella tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría, artículos 1342 y 399.

Sin embargo, a pesar de que ni para nombrar partidor ni para intervenir en el juicio particional se requiere la voluntad del cónyuge, el artículo 138 bis, que fue agregado por la Ley Nº 19.335, faculta al juez para suplir la negativa injustificada del marido, autorizando a la mujer para actuar por sí misma. Pues bien, se trata de una autorización totalmente innecesaria porque la ley reconoce a plena capacidad a la mujer para actuar por sí sola. Pero, la vigencia del artículo 138 bis permite sostener lo contrario [43].

A modo de Conclusión

Sostenemos, en resumen, que *la plena capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal es una reforma legal por hacer*, porque las limitaciones contenidas en el artículo 1749 inciso 1º, en el artículo 1752 y en el artículo 1754 inciso final, son reales, propias del régimen de sociedad conyugal que la ley mantuvo en carácter de legal y, sin duda, constituyen un obstáculo a la plena capacidad de la mujer casada.

[43]Eduardo Niño, ob. cit., pág. 278.