Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

Año IX — Julio - Diciembre de 1941. Nos. 37 y 38

Revista de Derecho

SUMARIO

David Stitchkin B.	El mandato civil (Continuación)	Pág. 2991
Ramón Domínguez Benavente	El salario ante la Ley 4054	" 3031
Orlando Tapia Suárez	La responsabilidad extracontractual (Continuación)	" 3041
Arturo Acuña Anzorena	Imprescriptibilidad de la acción de simulación absoluta	" 3059
Jurisprudencia Extranjera	Prescripción - Simulación	" 3081
Jurisprudencia	Tercería de dominio	" 3095
	Cesión de derechos	" 3109
	Entrega de una menor	" 3125
	Juicio ejecutivo	" 3131
	Incidente sobre recusación	" 3135
	Notificación protesto cheque	" 3139
	Reclamación impuesto a la renta	" 3141

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

CORTE SUPREMA

Lorenza Vigueras de Fierro con
José Juan Irazaqui y Carlos Fierro
TERCERIA DE DOMINIO
11 de Enero de 1941.

Mujer casada — Hipoteca — Consentimiento — Potestad marital
Representación legal — Actos solemnes — Inoponibilidad
Autorización judicial

DOCTRINA.— La mujer casada es parte en la enajenación o gravámen de los bienes raíces de su propiedad que el marido está o puede estar obligado a restituir en especie, pues, cuando el marido enajena o grava un inmueble de la mujer, quien lo enajena o grava no es propiamente él, con el consentimiento de la mujer, sino ésta con autorización del marido. El artículo 1754 del Código Civil, al exigir el consentimiento o voluntad de la mujer para que el marido pueda enajenar o hipotecar los bienes raíces de ésta que esté o pueda estar obligado a restituir en especie, está dictando una norma limitativa o restrictiva de las facultades del marido, y protectora o tutelar de los intereses de la mujer y negando, en consecuencia, a aquél el derecho para representar a su mujer en la manifestación del consentimiento que exige de ésta, a menos que ella le confiera un mandato expreso. Por consiguiente, siendo la hipotecación de un bien raíz un contrato so-

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

lemne que se otorga por escritura pública inscrita, el consentimiento debe prestarse en el acto mismo de perfeccionarse el contrato y, en consecuencia, no es bastante un consentimiento prestado con anterioridad y sin la formalidad de la escritura pública inscrita. La potestad marital no incluye la facultad de disponer el marido de los bienes de la mujer que pueda estar obligado a restituir en especie sin el consentimiento de ésta en las condiciones referidas. El contrato hipotecario al cual no concurre la mujer prestando su consentimiento no le es oponible.

Santiago, 11 de enero de 1941.

Vistos: Doña Lorenza Vigueras de Fierro interpuso tercería de dominio en los autos ejecutivos por cobro de pesos, seguidos por don José Juan Irazaqui contra don Carlos Fierro. Funda su demanda en que, como lo acredita con el certificado del conservador de Bienes Raíces, es dueña de una propiedad en los Alamos que adquirió por herencia de su finado padre don Lorenzo Vigueras y que se encuentra inscrita a su nombre a fs. 41, bajo el N.º 69 del Registro de Propiedades del departamento, correspondiente al año 1926. Que con fecha 18 de octubre de 1926, su marido don Carlos Fierro celebró con don José Juan Irazaqui, en la Notaría de Lebu, el contrato de mutuo cuya primera copia rola a fs. 2 del cuaderno de ejecución, y en garantía del capital e intereses prestados, constituyó hipoteca con autorización judicial, sobre un retazo de terreno de su propiedad compuesta de ciento treinta hectáreas de superficie llamado Huallerehue y ubicado en la quinta subdelegación de este departamento, con los deslindes que en dicho contrato se indican. Que tal hipoteca es nula por las siguientes razones: 1.º Porque según lo dispone el artículo 2414 del Código Civil, no se puede hipotecar la cosa ajena; 2.º Porque según lo dispone el artículo 1754 del mismo Código, para contratar tal hipoteca, su marido debió obtener su consentimiento, y no lo hizo; 3.º Porque ella no concurrió al otorgamiento de la escritura pública en la que se celebró el contrato de hipoteca en referencia y como la hipoteca es un contrato solemne, en ella debió constar su consentimiento para la validez de la hipoteca; 4.º Porque los deslindes que se atribuyen a sus propiedades tan-

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

to en la escritura de hipoteca como en su inscripción, no coinciden con los verdaderos deslindes de ella y en consideración a esta disconformidad el señor conservador de Bienes Raíces no pudo ni debió inscribir la hipoteca en cuestión derivándola de la inscripción de su título de dominio, no cumpliendo por consiguiente, la inscripción de la hipoteca con el tercer requisito exigido por el artículo 2432 del Código Civil y pide se declare: 1.º Que se dé lugar, en definitiva a la tercería, con costas; 2.º Que se declare nulo el contrato hipotecario celebrado por su marido don Carlos Fierro con don José Juan Irazaqui, dentro del contrato de mutuo de fecha 18 de octubre de 1926, otorgados ambos en la Notaría de Lebu cuya primera copia corre a fs. 1 del cuaderno principal de la ejecución; 3.º Que se mande alzar el embargo, que indebidamente se ha efectuado y cuya inscripción corre a fs. 21 vta., con el N.º 56 del Registro de Prohibiciones e Interdicciones del pte. año, en la parte que comprenda o pueda comprender las dos hijuelas del fundo Huallerehue de su propiedad a que se refiere el certificado que ha acompañado; 4.º Que se ordene notificar al señor conservador de Bienes Raíces de este departamento para que cancele en sus Registros las inscripciones de la hipoteca y del embargo a que se ha referido.

Tramitada la tercería fué fallada por sentencia del Juzgado de Lebu, de 31 de agosto de 1936, corriente a fs. 52, que declaró que no ha lugar en ninguna de sus partes a la demanda de tercería de dominio interpuesta a fs. 3 por doña Lorenza Vigueras de Fierro, con costas.

Apelada esta sentencia fué revocada por la Corte de Apelaciones de Concepción por sentencia de 21 de agosto de 1937, corriente a fs. 69 y declaró que se daba lugar a la demanda de tercería en todas sus partes.

Anunciados por la parte de José Juan Irazaqui los recursos de casación en la forma y en el fondo contra esta sentencia, se desistió después del recurso de forma y a fs. 78 formalizó el recurso de fondo, que, en síntesis dice así:

El fallo de V. S. I., cuya parte dispositiva he transcrito y cuyas consideraciones he extractado, infringe lo que dispone el artículo 1754 del Código Civil, infracción que influye substancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que si se le hubiera dado correcta aplica-

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

ción, la I. C. habría confirmado la sentencia de primera instancia en lugar de revocarla, como lo hizo. El artículo 1754 del Código Civil dispone: No se podrán enajenar ni hipotecar los bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer y previo decreto del juez con conocimiento de causa.

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

Las causas que justifican la enajenación o hipotecación no serán otras que éstas:

1.º Facultad concedida por ella en las capitulaciones matrimoniales;

2.º Necesidad o utilidad manifiesta de la mujer.

Es un hecho de la causa, sentado expresamente en la sentencia del Juzgado de Lebu y también en la de V. S. I., el que doña Lorenza Vigueras de Fierro firmó "en señal de asentimiento" el escrito que se presentó al Juzgado para solicitar la autorización que permitiera la hipotecación, y digo que éste es un hecho de la causa reconocido expresamente en ambas sentencias, porque así lo dice el juez en los considerandos 4, 5 y 6 de su fallo, y porque también lo dice el Tribunal sentenciador en los considerandos 6.º y 9.º de su sentencia, sólo que de tal hecho, ambas resoluciones extraen consecuencias contradictorias.

Sentado, pues, tal hecho, es indudable que se ha infringido el artículo 1754, porque se ha dado a la exigencia "voluntad de la mujer", un alcance diverso al que dicho precepto legal le da, y agrega: lo que exige el artículo 1754 es que el marido al concurrir a la celebración del contrato de venta e hipoteca, en representación de su mujer, haya cumplido previamente con los trámites de la autorización judicial y del consentimiento de la mujer, trámite este último que también puede cumplirse al tiempo de la celebración del contrato, subscribiendo la mujer la escritura pública respectiva. El recurrente sostiene, además: la resolución de V. S. I., que declara nula la hipotecación por no haber concurrido la mujer al otorgamiento mismo de la escritura, ha infringido, pues, el artículo 1754 al acoger la nulidad de la escritura de hipoteca, ya que eso supone, como antecedente necesario, que en concepto del Tribunal sentenciador es la mujer quien con-

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

trata personalmente, siendo que esa disposición no altera el sistema general, que da al marido la representación de la mujer.

La sentencia, afirma el recurso, ha infringido igualmente lo que establece el artículo 2409 del Código Civil, porque si bien esa disposición legal exige que la hipoteca se otorgue por escritura pública, no exige, en cambio, que la mujer casada concurra a su otorgamiento y subscripción, ya que en esa materia se remite a disposiciones generales de la ley, y porque la escritura fué firmada por el marido, que representa legalmente a su mujer, habiéndose insertado, además en ella, un documento auténtico, en que constaba "la voluntad de la mujer".

Por consiguiente, al considerar nulo V. S. I. el contrato de hipoteca por observar que faltaba en él la firma de doña Lorenza Vigueras y al invocar en su fallo el artículo 2409, ha infringido la disposición apuntada, que no exigía dicha firma, y esa infracción, como la anterior, ha influído substancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto V. S. I. no habría revocado la sentencia apelada si no hubiera supuesto al artículo 2409 una exigencia que esa disposición no establece.

Pero, agrega, no son solamente esos los artículos infringidos. V. S. I. ha infringido igualmente el artículo 43 del Código Civil, porque al revocar la sentencia apelada consideró que, tratándose de la hipoteca de un bien propio de la mujer casada, el marido no podía actuar válidamente como representante legal suyo, lo que está en abierta pugna con esa disposición legal; infringe, asimismo, el artículo 132 de dicho cuerpo de leyes, porque olvidó que la potestad marital versa, no sólo sobre la persona, sino también sobre los bienes de la mujer, infracciones ambas que influyen substancialmente en lo dispositivo del fallo, porque una interpretación adecuada de ellas habría llevado al Tribunal a la conclusión inversa, o sea, lo habría hecho confirmar la resolución de primera instancia.

Infringió, además, dice, los artículos 144 y 1749 del Código Civil, el primero dispone "que ni la mujer ni el marido ni ambos juntos, podrán enajenar o hipotecar los bienes raíces de la mujer, sino en los casos y con las formalidades que se dirán en el título de la sociedad

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

conyugal; el segundo establece que "el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones que por el presente título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales", y los infringió no solamente porque desconoció la representación legal de la mujer que esos preceptos otorgan al marido y sus facultades administrativas, sino porque declaró nulo un contrato de hipoteca que reunía todos los requisitos exigidos por el artículo 1754, o sea, por la disposición pertinente del título de la sociedad conyugal. Esas infracciones como en los casos anteriores, influyen tan substancialmente en lo dispositivo del fallo, que sólo mediante ellas pudo V. S. I. llegar a la conclusión a que arribó.

Infringió, igualmente, el artículo 1448 del Código Civil, que dice: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado los mismos efectos que si hubiere contratado él mismo", y lo infringió, porque olvidó que el marido era el representante legal de su mujer y que, por lo tanto, prestaba el consentimiento en representación de su mujer, en los contratos relativos a bienes de su mujer, que ese consentimiento prestado en esa forma, cumpliéndose con los demás requisitos señalados por la ley (requisitos que se cumplieron en el caso de autos) generaba un contrato total y absolutamente válido, en lugar de un contrato nulo, como dijo V. S. I. en su sentencia.

Que infringió, agrega, lo dispuesto en los artículos 437, 1438 y 1445 del Código Civil, al declarar V. S. I. que la hipoteca pactada en el contrato de fecha 18 de octubre de 1926, es nula, de nulidad absoluta, por faltar el consentimiento de doña Lorenza Vigueras de Fierro, siendo que ese consentimiento se produjo al subscribir, su marido, don Carlos Fierro, la escritura respectiva, en representación de su mujer. El consentimiento personal de la mujer no es el consentimiento de la parte contratante, sino un requisito especial, de acuerdo con el artículo 1754, para que el marido como representante de la mujer, preste el consentimiento de la parte contratante en las compraventas e hipotecas de bienes de la mujer.

Todas las infracciones apuntadas, dice, están íntimamente

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

ligadas entre sí; las disposiciones invocadas en este escrito constituyen un sistema, y por consiguiente, la sentencia ha infringido todo el sistema que establece el Código respecto de la administración y representación del marido en los actos dispositivos de bienes raíces de la mujer casada.

Se ordenó traer los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

1.º) Que la sentencia, dice el recurso, infringe el artículo 1754 del Código Civil con influencia substancial en lo dispositivo del fallo, ya que si le hubiera dado correcta aplicación habría confirmado la de primera instancia, en lugar de revocarla como lo hizo; que el artículo 1754 citado dispone: "No se podrán enajenar ni hipotecar los bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer y previo decreto de juez con conocimiento de causa"; que es un hecho de la causa, sentado expresamente en la sentencia del Juzgado de Lebu y también en la recurrida, que doña Lorenza Vigueras de Fierro firmó "en señal de asentimiento" el escrito que se presentó al Juzgado para solicitar la autorización judicial que permitiera la hipotecación; que de tal hecho, ambas resoluciones extraen consecuencias contradictorias; que se ha infringido el artículo 1754, porque se ha dado a la exigencia "voluntad de la mujer" un alcance diverso al que dicho precepto legal le da; que lo que exige el artículo 1754 es que el marido, al concurrir a la celebración del contrato de venta o hipoteca, en representación de su mujer, haya cumplido previamente con los trámites de la autorización judicial y del consentimiento de su mujer, trámite este último que también puede cumplirse al tiempo de la celebración del contrato, subscribiendo la mujer la escritura pública respectiva;

2.º) Que procede rechazar esta causal, pues, la sentencia de alzada ha interpretado y aplicado correctamente el artículo 1754, al acoger la demanda de tercería de fs. 3 de estos autos por las razones que se expresan;

3.º) Que es un hecho de la causa que doña Lorenza Vigueras de Fierro no concurrió al otorgamiento de la escritura de mutuo e hipoteca de fecha 18 de octubre de 1926, corriente a fs. 2, por la cual su marido, don Carlos Fierro, constituyó

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

hipoteca sobre las propiedades de Huallerehue del dominio de la tercerista para responder al contrato de mutuo pactado en la citada escritura;

4.º) Que el artículo 1754 del Código Civil nada dice acerca de cómo debe constar la voluntad o consentimiento de la mujer casada, para que se puedan enajenar o hipotecar sus bienes raíces que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, porque su objeto no es señalar los requisitos propios al acto de enajenación o hipotecación que se va a realizar, sino solamente indicar los específicos que deben observarse en la enajenación o hipotecación de tales bienes: la voluntad de la mujer y la autorización judicial que debe ser previa a aquello; y porque las demás solemnidades pertinentes al acto de enajenación o hipotecación que va a consumarse están minuciosamente reglas en los títulos respectivos en que el Código se ocupa de ellas, v. gr. al hablar de la venta o permuta de una propiedad raíz, de su hipotecación, etc., etc., disposiciones todas éstas que no pueden entenderse derogadas por lo preceptuado en el artículo 1754, así como tampoco es dable considerar abrogadas las demás que rigen los actos de una mujer casada, y muy particularmente, lo que encierra el artículo 137, según el cual la mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, "ni enajenar, hipotecar o empeñar";

5.º) Que a igual conclusión se llega si se tiene en cuenta que una cosa son los requisitos de forma y fondo que deben cumplirse para la válida y legal celebración de un contrato, generalmente señalados en las disposiciones de los Códigos substantivos, y otra, muy distinta, los que deben llenarse en la realización del acto judicial no contencioso que en ciertos casos la ley prescribe como indispensable y previo para la ejecución de aquél, requisitos éstos ordinariamente indicados en el Código de Procedimiento Civil:

6.º) Que tanto es esto así, que el artículo 1068 de este último cuerpo de leyes dictó únicamente las ordenaciones relativas a la autorización judicial para enajenar, gravar con hipoteca, censo o servidumbre o dar en arrendamiento por largo tiempo bienes de incapaces, o para obligar a éstos como fiadores, pero no las pertinentes al acto de enajenación,

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

hipotecación, arrendamiento, censo o servidumbre para el cual se requiere el previo decreto del juez;

7.º) Que no puede, entonces, causar extrañeza que el artículo recién aludido, el 1068, no haga mención siquiera del consentimiento de la mujer, que es un requisito distinto e independiente al acto judicial no contencioso que esté reglando y que dice relación con el acto extrajudicial de enajenación, gravamen o arrendamiento que las partes se proponen celebrar con sujeción a las respectivas solemnidades prescritas por las leyes;

8.º) Que manifiestamente el artículo 1754 del Código Civil al exigir el consentimiento o voluntad de la mujer para que el marido pueda enajenar o hipotecar los bienes raíces de ésta que esté o pueda estar obligado a restituir en especie, está dictando una norma limitativa o restrictiva de las facultades del marido, y protectora o tutelar de los intereses de la mujer y negando, en consecuencia, a aquél el derecho para representar a su mujer en la manifestación del consentimiento que exige de ésta, a menos, naturalmente, que ella le confiera al efecto un mandato expreso;

9.º) Que, por lo tanto, la manifestación del consentimiento de la mujer para que puedan enajenarse o hipotecarse sus bienes, debe regirse por las reglas generales que al efecto dictó el legislador, como quiera que a éste respecto nada expresa el artículo 1754; y como la hipotecación de un bien raíz es un contrato solemne que se otorga por escritura pública inscrita, el consentimiento debe prestarse en el acto mismo de perfeccionarse el contrato, y por consiguiente, no es bastante un consentimiento prestado con anterioridad y sin la formalidad de la escritura pública inscrita;

10.º) Que de entender las cosas de otra manera, no sólo resultaría fácil eludir las previsiones tutelares de la ley con menoscabo de los intereses de la mujer, sino que se llegaría hasta colocar al legislador en una situación ilógica e inconsecuente, como quiera que no tendría explicación alguna el que siguiendo la protección que dispensa a la mujer, disponga a renglón seguido en el inciso 2.º del artículo 1757: "sin embargo, el arrendamiento podrá durar más tiempo, si así lo hubieren estipulado el marido y la mujer de consuno..."; y que tal estipulación conjunta necesaria en el arrendamiento, no

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

lo sea, en el contrato de enajenación o hipotecación a que se refiere el artículo 1754 y para los cuales este precepto también exige expresamente la "voluntad de la mujer", y todavía algo más, como es el previo decreto de juez con conocimiento de causa, exigencia ésta que, por si sólo, es demostrativa de la mayor gravedad que en concepto del legislador entraña para la mujer el acto de enajenación o hipotecación;

11.º) Que si bien es cierto que la tercerista prestó su consentimiento para hipotecar el fundo en las diligencias para obtener la autorización judicial, debe prestarlo, además, en el contrato mismo y en la forma solémne antes referida, pues, la ley en su misión de proteger los intereses de los incapaces requiere el consentimiento dado con conocimiento integral del acto a fin de que éste no contenga estipulaciones de las cuales pueda resultar perjuicio para la persona incapaz, consentimiento que no puede prestarse, sino en presencia del contrato mismo y en el momento de su celebración y perfeccionamiento;

12.º) Que, en consecuencia, el contrato hipotecario referido en estos autos y al cual no concurrió la tercerista, no le empece, no le afecta, no le es oponible y por consiguiente, el fallo impugnado, al acoger la tercería, ha aplicado correctamente ese artículo 1754 que se dice infringido y que fundamenta la causal, como se ha dicho;

13.º) Que, sostiene el recurrente que se ha infringido, igualmente, el artículo 2409 del Código Civil, porque, dice "si bien esa disposición legal exige que la hipoteca se otorgue por escritura pública, no exige, en cambio, que la mujer casada concurra a su otorgamiento y subscripción, ya que en esa materia se remite a las disposiciones generales de la ley, porque la escritura fué firmada por el marido, que representa legalmente a su mujer habiéndose insertado, además, en ella un documento auténtico en que constaba "la voluntad de la mujer", por consiguiente, al considerar nulo, V. S. I., el contrato de hipoteca, por observar que faltaba en ella la firma de doña Lorenza Vigueras de Fierro y al invocar en su fallo el artículo 2409, ha infringido la disposición apuntada, que no exige dicha firma y esa infracción, como la anterior, ha influido en lo dispositivo del fallo por cuanto, V. S. I., no habría revocado la sentencia apelada si no

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

hubiera supuesto al artículo 2409 una exigencia que esa disposición no establece, ni ha podido establecer"; debe ser desestimada esta causal, pues, el fallo de alzada no dice, como afirma el recurso, que el artículo 2409 que ordena que la hipoteca debe otorgarse por escritura pública, exige que la mujer casada concurra a su otorgamiento, sino que la sentencia estima necesario que la mujer manifieste su voluntad en el acto mismo de la hipotecación, en conformidad a la ley, pues, cuando el marido enajena o grava un inmueble de la mujer, quien lo enajena o grava no es propiamente él, con el consentimiento de la mujer, sino ésta con autorización del marido; de manera que la mujer es parte en la enajenación o en la constitución del gravamen, es su autor; que si el marido también interviene es porque dentro del régimen ordinario de la sociedad conyugal es el administrador de esos bienes y porque, sin su autorización, la mujer no puede enajenar ni hipotecar; por consiguiente, al acoger, el fallo atacado, la tercería, no ha infringido esa disposición legal;

14.º) Que el motivo de casación fundado en las supuestas infracciones de los artículos 43 y 132 del Código Civil, no puede ser acogido por no haberlos quebrantado la sentencia, al admitir la tercería entablada por la señora Vigueras en razón de no haber ésta concurrido a la celebración del contrato hipotecario; la sentencia impugnada "no desconoce la representación" del marido, como pretende el recurrente, ni prescinde de la autorización que debe dar a la mujer para contratar, solamente declara que, siendo la hipotecación de los bienes raíces de la mujer un acto de disposición, ésta debe prestar su consentimiento en forma solemne concurriendo a él, pues es la mujer la parte interesada en el contrato y en la especie no actuó en ese carácter, es decir, en el acto mismo;

15.º) Que, en consecuencia, no se ha infringido el artículo 132, que define la potestad del marido entre cuyas facultades no se incluye la de disponer el marido de los bienes de la mujer que pueda estar obligado a restituir en especie sin el consentimiento de ésta prestado en las condiciones ya referidas y demás requisitos legales, ni la de poderla representar por ministerio de la ley en un acto para el cual la ley requiere expresamente el consen-

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

timiento de la mujer como exigencia limitativa de la autoridad del marido. No se han producido, además, las infracciones de los artículos 144 y 1749 del Código Civil, invocados en el recurso, pues, lejos de quebrantarlos el fallo, los aplica debidamente al exigir, para la validez de la hipotecación de los bienes raíces de la mujer, la voluntad de ésta manifestada en forma solemne en el contrato mismo de acuerdo con esas disposiciones y con el artículo 1754 del Código Civil. En efecto, el artículo 1749 dice que el marido es jefe de la sociedad conyugal y que como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer; sujeto empero a las obligaciones que por el presente título se le imponen, como ser en el caso de autos, los que establece el artículo 1754, el cual interpretado en armonía con las demás disposiciones legales, supone la concurrencia personal de la mujer al acto contractual que envuelva enajenación de sus bienes raíces. Por lo dicho anteriormente, tam bién es inaceptable la causal fundada en la supuesta infracción del artículo 1448, ya que la representación del marido no se extiende hasta suprimir la comparecencia de la mujer al acto o contrato de disposición para manifestar su conformidad al mismo, sino para autorizar el acto de enajenación como se ha expuesto;

16.º) Que, por último, las infracciones de los artículos 1437, 1438 y 1447 del Código Civil que definen las obligaciones en general y los contratos y que estarían infringidos al declarar el fallo recurrido que la hipoteca pactada en el contrato es nula de nulidad absoluta, por faltar el consentimiento de doña Lorenza Vigueras de Fierro, siendo que ese consentimiento se produjo, al subscribir su marido don Carlos Fierro la escritura respectiva, en representación de su mujer, no pueden acogerse, pues es un hecho de la causa que, la mujer no concurrió al contrato de hipoteca, es decir, no consintió en él y que, la celebración por el marido de dicho contrato no es suficiente para que la obligue, le sea oponible. De manera que el fallo no ha vulnerado los artículos mencionados al acoger la tercería deducida por doña Lorenza Vigueras de Fierro.

Con lo expuesto y en conformidad a los artículos 938 (937), 961 (960) del Código de Procedimiento Civil, se de-

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

clara que no ha lugar, con costas en que se condena solidariamente a la parte recurrente y al abogado patrocinante, al recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de la Iltma. Corte de Concepción de 21 de agosto de 1937, escrita a fs. 69.

Aplícase a beneficio fiscal la suma de $ 300 consignada según boleta N.° 6023, corriente a fs. 73 de fecha 14 de septiembre de 1937.

Comuníquese a la Contraloría General de la República, a la Tesorería Provincial de Concepción y al respectivo Colegio de Abogados.

Acordada contra la opinión de los ministros señores Novoa y Hermosilla, quienes estuvieron por acoger el recurso, teniendo para ello presente:

Que es un hecho de la causa que doña Lorenza Vigueras de Fierro firmó en señal de asentimiento el escrito en que su marido pidió al juez autorización judicial para hipotecar el inmueble de aquélla;

Que el marido celebró el contrato de hipoteca con el consentimiento de su mujer previamente manifestado por ella en el referido escrito;

Que, según los artículos 43 y 132 del Código Civil, el marido representa a la mujer, y de acuerdo con el artículo 1448 del mismo Código, lo que el primero ejecuta a nombre de la segunda produce respecto de la representada iguales efectos que si hubiere contratado ella misma como si ambos fueran una misma persona;

Que en esta virtud, consentida por la mujer la hipoteca de sus bienes raíces, no hay necesidad que concurra personalmente a su otorgamiento, tanto más cuanto que es el marido quien contrata y no la mujer;

Que confirman lo anteriormente expuesto los artículos 671 y 672 del Código Civil, en conformidad a los cuales puede el marido como representante legal de la mujer entregar válidamente los bienes raíces de ésta y la tradición se entiende hecha por ella;

Que contribuye a robustecer la doctrina sostenida por los Ministros exponentes el artículo 1749 del mismo Código que declara que el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer; y

Que, en consecuencia, la sentencia recurrida ha infringido los artículos 144, 1749 y

Artículo: 1. Tercería de dominio
Revista: Nº37-38, año IX (Jul-Dic, 1941)
Autor: Jurisprudencia

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

1754 del Código Civil, que se mencionan en el recurso.

Devuélvanse. Publíquese.

Redacción del abogado integrante señor Alberto Cumming. — Carlos Alberto Novoa. — Humberto Trucco.— J. M. Hermosilla.— C. Valdovinos. —Alberto Cumming.

Pronunciada por los señores Presidente don C. Alberto Novoa y Ministros don Humberto Trucco, don Alfredo Rondanelli, don José Miguel Hermosilla, don Carlos Valdovinos, todos titulares de la Excma. Corte y por los señores abogados integrantes don Ruperto Alamos y don Alberto Cumming, pero no firman los señores Rondanelli y Alamos no obstante haber concurrido ambos a la vista de la causa y acuerdo del fallo, el primero por estar con licencia y ausente y el segundo, ausente.—Claudio Droguet, secretario.