Artículo: Comentario a sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de 24 de mayo de 1999 sobre separación simple judicial de bienes creada en el inciso 3º del nuevo artículo 155 del Código Civil (Ley 19.335)
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Waldo Otárola Aqueveque

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

Nº 205
AÑO LXVII
ENERO-JUNIO 1999
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA
Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

REVISTA DE DERECHO

27 SET. 1999

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Comentario a sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de 24 de mayo de 1999 sobre separación simple judicial de bienes creada en el inciso 3º del nuevo artículo 155 del Código Civil (Ley 19.335)
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Waldo Otárola Aqueveque

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

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION DE 24 DE MAYO DE 1999 SOBRE SEPARACION SIMPLE JUDICIAL DE BIENES CREADA EN EL INCISO 3º DEL NUEVO ARTICULO 155 DEL CODIGO CIVIL (LEY 19.335)

WALDO OTAROLA A.
Ex profesor de Derecho Económico
Universidad de Concepción

De este fallo sólo nos interesa la discusión motivada por la sola separación de los cónyuges.

La sentencia contiene interesantes observaciones y sus razonamientos, que no compartimos plenamente, sugieren comentarios que contribuyen a una apropiada interpretación del inciso 3º del Art. 155 del Código Civil.

Dicho artículo ubicado en el párrafo 4º del título VI del libro I, referido a las excepciones relativas a la simple separación de bienes, fue modificado por la Ley 19.335 de 23 de septiembre de 1994, que creó una nueva causal de simple separación judicial de bienes, agregada a su inciso 3º. Este inciso decía originariamente: "En el caso del Nº 8 del Art. 21 de la Ley de Matrimonio Civil, la mujer podrá pedir la separación de bienes, transcurrido un año desde que se produce la ausencia del marido". La expresión legislativa de la modificación se materializó sustituyendo entero el inciso 3º vigente por otra disposición que en su primera parte repitió lo que ya existía como ley, limitándose a agregar como nueva ley la siguiente frase: "Lo mismo será si, sin mediar ausencia, exista separación de hecho de los cónyuges". Esta frase es la que motiva el fallo que comentamos. Indudablemente el expediente de sustituir una disposición legal por ella misma más un agregado que denota nuevos efectos, no es el resultado de una buena técnica legislativa, a menos que el legislador haya creído necesario para su mejor comprensión darle sentido de unidad ideológica que permita desde su primera lectura advertir la diferencia de situaciones reguladas. En todo caso la simple agregación de la frase "lo mismo será etc..." conduciría a similares resultados.

Los casos comprendidos en la modificación son dos y el elemento clave para determinar los hechos de una y otra situación es la ausencia del marido. Esta ausencia la califica la ley al decir: "Sin justa causa..." Invocada la causal de ausencia

Artículo: Comentario a sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de 24 de mayo de 1999 sobre separación simple judicial de bienes creada en el inciso 3º del nuevo artículo 155 del Código Civil (Ley 19.335)
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Waldo Otárola Aqueveque

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

por la mujer, el marido podrá excepcionarse alegando justa causa. La disposición agrega: "Si no mediara ausencia, lo mismo será si existe separación de hecho de los cónyuges". ¿Qué es "lo mismo"? Lógicamente podemos entender que la mujer podrá pedir la separación de bienes. A su vez, el juez no está obligado a darla mientras no se le acrediten los requisitos exigidos: en el caso de ausencia, la injustificación de esta ausencia y el plazo de un año necesario para que cause efecto la separación entre los cónyuges; si la causal es la separación entre los cónyuges, basta la sola separación.

En este punto, es decir, si la causa es la separación entre los cónyuges, surge legítima duda acerca del significado de la expresión "lo mismo será, si sin mediar ausencia existe separación de hecho de los cónyuges". ¿Se entenderá en ella que la separación también debe haber durado más de un año, lo mismo que la ausencia?

En este orden de consideraciones es bueno recordar que en su origen el número 8 del Art. 21 de la Ley de Matrimonio Civil era causal de divorcio temporal si la ausencia de alguno de los cónyuges era sin justa causa por más de tres años. Transformada en causal de separación de bienes, la antigua disposición estableció que ella sólo beneficia a la mujer y que el plazo de injusta ausencia del marido debe ser solamente de un año por lo menos.

En el caso de separación entre los cónyuges se exige o no el plazo según lo que se resuelva por el intérprete respecto a la amplitud de la expresión "lo mismo".

La falta de cuidado legislativo lleva a concluir dubitativamente al respecto. Puede pensarse que la separación entre los cónyuges no necesita tiempo, porque el texto de la disposición no lo exige específicamente y que "lo mismo", no sólo es una nueva causa de separación de bienes, sino que también involucra la necesidad de transcurso de un año.

Personalmente nos inclinamos por esta última solución que da más seriedad a una decisión que afecta a la trascendente institución de la sociedad conyugal.

La sentencia de primera instancia de 20 de enero de 1998, dictada por el juez subrogante del 2º Juzgado Civil de Concepción, rechazó la demanda de separación de bienes, sin hacer consideraciones relativas a la causal que comentamos. La Corte de Apelaciones de esta ciudad en el fallo indicado la revocó e hizo lugar a la demanda por estimar, según se dice en su considerando 9º, que es un hecho de la causa que existe separación entre los cónyuges por más de un año (exige un año, sin aludir a la duda planteada al respecto), reiterando en el considerando 14 que el escueto tenor literal, como quedó legislada esta nueva causal de separación de bienes, "sin ninguna otra condición o requisito" que el plazo de un año de vida separada deja claro en los términos del Art. 19 del Código Civil el sentido de la disposición.

La lectura del fallo causa la impresión que la Corte no queda satisfecha con su decisión y que sólo los términos de la ley la obligan a hacerlo contra su deseo de resolver lo contrario, lo que no le fue posible. Se nota esta intención desde que en su considerando 14 expresa que "estima pertinente señalar que el escueto tenor literal como quedó legislada esta nueva causal de separación judicial ...sin ninguna

Artículo: Comentario a sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de 24 de mayo de 1999 sobre separación simple judicial de bienes creada en el inciso 3º del nuevo artículo 155 del Código Civil (Ley 19.335)
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Waldo Otárola Aqueveque

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

otra condición o requisito que el plazo de un año de vida separada, puede llegar a alterar de un modo substancial todo el sistema de separación judicial imperante en el Código Civil en que sólo era admisible la acción de la mujer como consecuencia de actos del marido que la perjudicaran". Indudablemente no puede estar más claro para la Corte que la situación legal establecida no corresponde al sentido de la organización de los otros casos de separación judicial. Sin perjuicio que recordemos que según el Art. 19 del Código Civil la búsqueda del espíritu de la ley es un "pretexto" no válido cuando el sentido de la ley es claro, derivado de su tenor literal.

No obstante, el tribunal salva su responsabilidad al acceder a la demanda, porque *dura lex sed lex.*

Agrega el tribunal otras prevenciones. En el considerando 9 dice que "cabe advertir que el tribunal carece de facultades para entrar a pronunciarse sobre la inconveniencia que pudiera tener para la mujer y la familia que se acoja la demanda planteada". Esta observación es el resultado de la redacción de la modificación estudiada, que la Corte la hace presente para reafirmar su disconformidad con el texto legal que aplica.

Respecto de la afirmación de la Corte en cuanto advierte que el tribunal carece de facultades para pronunciarse sobre la inconveniencia que la separación causaría a la mujer, es bueno recordar que esto no es exclusivo de la separación fundamentada en el inciso 3º del Art. 155. La separación se solicita al juez según el artículo indicado desde antes de su modificación, como franca causal en caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido. Lo que la solicitante debe acreditar es precisamente que el marido es insolvente o administrador fraudulento. Como efecto de estas situaciones resultará perjuicio económico para la mujer, pero no será este perjuicio el que se alegará y se probará ante el juez. De la misma manera si se alega incumplimiento culpable del marido de las obligaciones que le imponen los artículos 131 y 134 del Código Civil, es decir, habrá que alegar incumplimiento del cual, además, es culpable el marido. En otros términos, ocurridos los hechos que causan la separación de bienes, el juez deberá declararla, aparte de las inconveniencias que éstas puedan causarle a la mujer. Reafirma esta conclusión el propio Art. 155 del Código Civil al señalar que es causa de separación de bienes el que el marido incurra en alguna causal de divorcio. Todas ellas, por resolución taxativa, no permiten otras consideraciones de alegato y prueba que la que se indica en el Art. 21 de la Ley de Matrimonio Civil. No es imaginable que el tribunal que conozca una separación de bienes por adulterio, por ejemplo, se pronuncie sobre la inconveniencia para la mujer de este adulterio; o de los malos tratamientos graves y repetidos, etc.

Insistimos en que la Corte lamenta no tener facultades para apreciar la conveniencia para la mujer y de la familia si se acoge la demanda "por este motivo" (separación de hecho de los cónyuges), no obstante que ella misma concluye válidamente: "Sólo le compete verificar si se ha producido o no la situación descrita en la norma invocada, es decir si existe o no la separación de hecho por el lapso indicado en la ley". Según lo que hemos expuesto el tribunal no ha tenido ni tiene

Artículo: Comentario a sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de 24 de mayo de 1999 sobre separación simple judicial de bienes creada en el inciso 3º del nuevo artículo 155 del Código Civil (Ley 19.335)
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Waldo Otárola Aqueveque

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

facultades para calificar "conveniencias". Cabe agregar que la Corte no ha precisado el contenido de la voz "conveniencia". Próximo al *Diccionario de la Real Academia* sería lo que sólo atiende a su interés sin otras miras o preocupaciones, lo que implica una amplia gama de posibilidades económicas, morales, estéticas, etc... y que en su considerando 13 el sentenciador estime que conducta inconveniente, lo es para los intereses económicos de la mujer. Si es así, como ya dijimos, ese tipo de inconveniencia no forma parte de los requisitos de las causales de separación de bienes sino que es el resultado de que la causal se produzca; y confirma lo anterior en cuanto a que el juez no tiene oportunidad de apreciar esta circunstancia.

También la Corte expresa en su considerando 13 que sólo en estrados se ha hecho cuestión por la parte demandada en el sentido que no tuvo responsabilidad en la separación, porque quien habría abandonado la casa familiar fue la mujer, alegación a la que reconoce fundamentos en esta clase de juicios. Piensa así porque tiene presente que en el sistema del Código Civil la separación judicial viene a ser una sanción al marido que por diversas razones tiene una conducta inconveniente o perjudicial para los intereses económicos de la mujer, lamentando no poderla considerar porque no fue planteada como excepción al contestar la demanda y por consiguiente, tampoco haber sido objeto de prueba. Discrepamos de todo este planteamiento. Primero: la propia Corte afirma que sólo le compete verificar si se ha producido o no la situación descrita en la norma invocada, es decir, si existe o no la separación de hecho que condiciona por un lapso superior a un año; segundo: el único caso de la disposición del nuevo inciso 3º del Art. 155 del Código en que puede alegarse que el marido no ha tenido responsabilidad en la causal de separación, es el de la ausencia sin justa causa, como ya lo hemos hecho notar.

En consecuencia, fundada la petición en la separación de los cónyuges, no es procedente discutir cuál de los dos tuvo la culpa.

También la Corte observa en su considerando 15, que siendo la mujer la única titular de la acción, puede suceder que ésta se cree su propia causal por el simple expediente de abandonar el hogar común, esperar el transcurso del plazo legal y enseguida demandar al marido para que el tribunal la declare separada de bienes, sin que sea necesario acreditar ningún otro antecedente sobre las causas o motivos que la originaron, circunstancia que no corresponde al espíritu del legislador; y agrega que "además está en pugna con sanos principios jurídicos que rechazan toda utilización abusiva de las normas legales". El abuso del derecho comprende la mala fe y aunque no tengamos una definición de la buena fe y una aplicación general de ella, es indudable que es un anhelo del legislador estimar que la ley regula actuaciones de personas honestas, leales y decentes. Pensar en la incorrección de la mujer en esta materia es predisponer al juez a tratar de probar la honestidad, lealtad y decencia de ésta, lo que es improcedente en el caso en estudio. La presunción de buena fe es en cuanto se refiere a la legislación civil lo que la presunción de inocencia es para la legislación penal.

En cuanto al ejercicio abusivo del derecho que se produce cuando su titular lo ejerce dolosa o culpablemente, es decir, con intención de dañar o falta de

Artículo: Comentario a sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de 24 de mayo de 1999 sobre separación simple judicial de bienes creada en el inciso 3º del nuevo artículo 155 del Código Civil (Ley 19.335)
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Waldo Otárola Aqueveque

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

diligencia o cuidado, es una teoría que la jurisprudencia ha sido tímida en acoger*. En todo caso recordamos lo que dijimos en cuanto a los motivos de la causal alegada que sólo hace excepción respecto a la justicia de la ausencia del marido.

La sentencia es valedera en muchos aspectos. Saliéndose de los términos habituales de los fallos que se esmeran en exponer las razones de por qué los resuelven en un sentido determinado, en el asunto que comentamos, se dan con fuerza y delicadeza los motivos que le impidieron al tribunal hacerlo en forma distinta. Cualquiera sea la idea que al final se forme como jurisprudencia, es un recado serio a los legisladores y a quienes participan en la formulación de la ley para que se cuiden con la atención y profundidad que la materia necesita.

Por último formulamos una observación no relacionada en forma alguna con las anteriores. Se trata de estudiar los efectos que sobre el actual artículo 155 del Código Civil pueden causar las modificaciones constitucionales contenidas en la Ley 19.611 de 16 de junio de 1999 que dispuso -por razones de cortesía masculina- que las personas (salvo las jurídicas) nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que hombres y mujeres son iguales ante la ley. La igualdad reconoce a todos los habitantes del país capacidad para los mismos derechos y es contraria a la discriminación o separación arbitraria o no, conceptos que la Constitución ha manejado siempre con soltura y que no permiten confusión en la consideración de hombres y mujeres, lo que se da en la disposición que comentamos.

Sra. Sara Herrera M.
Srta. Isaura Quintana G.
Ministros
Abogado integrante Carlos Alvarez N.
Autos Bancalari con Zatteras

* Pablo Rodríguez Grez; *Obligación como deber de conducta típica*, pág 184.