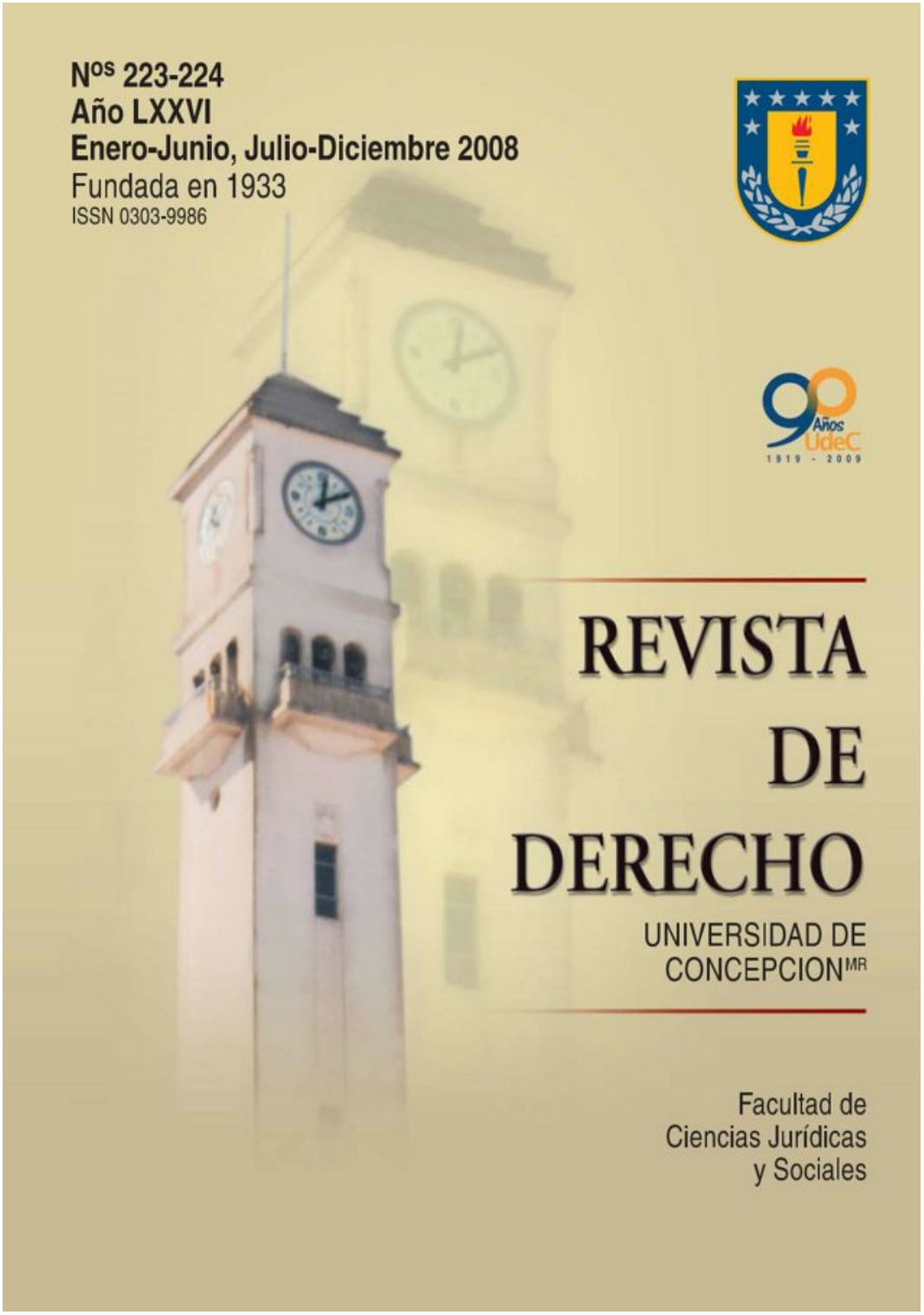
Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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



Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

REVISTA DE DERECHO 223-224 (1-2): 275-288, 2008 ISSN 0303-9986

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

RAMON DOMINGUEZ AGUILA
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

1. DIVORCIO. ERROR SOBRE LAS CUALIDADES ESENCIALES DEL OTRO CONYUGE. MENTIRA SOBRE LA VIRGINIDAD

Doctrina

"Considerando que interesa recordar que el error sobre las cualidades esenciales del cónyuge supone no solamente demostrar que el demandante ha concluido un matrimonio bajo el imperio de un error objetivo sino igualmente que tal error era determinante de su consentimiento.

Considerando que en el caso, Mme.H. ha aceptado la demanda de nulidad fundada sobre una mentira relativa a su virginidad, se deduce de ello que esta cualidad había sido entendida por ella como una esencial y determinante del consentimiento de M.C. al matrimonio proyectado; que en esas condiciones, conviene dar lugar a la demanda de nulidad de matrimonio por error en las cualidades esenciales del cónyuge".

Tribunal de Gran Instancia de Lille, 1ª cámara civil, 1 de abril 2008, Nº 07/08458.

Comentario

He aquí una sentencia breve en sus fundamentos; pero de gran repercusión mediática en su país de origen, Francia; pero que contiene útiles lecciones para nuestro derecho.

El artículo 180 inc.2 del Código Civil francés, luego de la reforma de la Ley 75-617 de 11 de julio de 1977, ordena que "si hay un error en la persona, o

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

sobre las cualidades esenciales de la persona, el otro cónyuge puede pedir la nulidad del matrimonio". En verdad, la regla venía siendo admitida desde mucho antes, aunque el antiguo art. 1890 hacía sólo referencia al error en la persona del otro cónyuge, aunque la jurisprudencia venía admitiendo desde hacía largo tiempo, junto a la doctrina, que tal error no sólo recaía sobre la identidad física del cónyuge, sino también era de esa especie aquel que recaía sobre la identidad civil de la persona, como por ejemplo sobre su filiación o su origen y ello desde la célebre sentencia de la Corte de Casación de 24 de abril de 1862, y más tarde, pero muy tímidamente, algunas sentencias admitieron el error sobre las cualides de la persona. La ley de 1977 admite expresamente este tipo de error como causal de nulidad matrimonial.

Pero cuales sean las cualidades esenciales de la persona que determinan una posible nulidad matrimonial es cuestión que ha quedado entregada a la jurisprudencia y que en numerosas ocasiones puede dar lugar a encendidos debates. El caso que se comenta es uno de ellos que levantó, a penas fue conocido, una polémica enorme en los medios de comunicación social.

Vamos primero a los hechos: El señor M.C., de nacionalidad francesa, se casó con la señora H. el 8 de julio de 2006; pero ya el 26 de julio de ese año dedujo demanda en contra de su cónyuge porque había sido engañado sobre una cualidad esencial de ésta. En efecto, aducía que se había casado con ella después que le fue presentada como soltera y virgen; pero descubrió en la noche del matrimonio que tal no era el caso y la señora H. le confesó entonces que había mantenido una relación anterior. En esas condiciones el demandante abandonó el hogar conyugal porque estimaba que una vida matrimonial que comienza con una mentira es imposible por ser contraria a la confianza recíproca entre cónyuges. Esa demanda es aceptada por la demandada que, de ese modo, admite haber engañado a su cónyuge sobre su virginidad y en tales condiciones, el Tribunal de Gran Instancia de Lille acoge la demanda.

Habrá que agregar que los cónyuges son de religión musulmana, cuestión que frente a los medios de comunicación social determinó el debate que por semanas se mantuvo en Francia, pues a la cuestión puramente jurídica se unió ahora otro tipo de consideraciones: que se estaba consagrando una verdadera forma de repudio de la mujer, que la sentencia era contraria a la igualdad de los sexos, que era machista, que hacía intervenir en la sociedad francesa de principios laicos una cuestión religiosa, habiéndose así inclinado la ley francesa frente a los mandatos musulmanes, etc.

En nuestro país, ajenos a la irrupción importante de personas de otra

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

civilización, religión y cultura, tales debates nos son algo ajenos y por ello nos limitaremos a la cuestión jurídica.

¿Es la virginidad una cualidad esencial que puede determinar la nulidad del matrimonio bajo el supuesto del art. 180 inc. 2 del Código francés, o entre nosotros, bajo la letra del art. 8 Nº 2 de la Ley de Matrimonio Civil?

La pregunta lleva a considerar los requisitos que ha de tener el error en las cualidades de la persona para determinar una nulidad matrimonial. Es verdad que nuestra ley es algo más precisa que la norma francesa ya que pone como condición para ese error que sea de tal entidad que "atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para contraer el vínculo".

Pero subsiste en todo caso la cuestión de saber bajo qué condiciones un error es de tal naturaleza y a muchos intérpretes le conformaría una norma más precisa aún. Pero es curioso que cuando se trata del error en los negocios patrimoniales, tal precisión no es nunca exigida y existe casi plena conformidad en el alcance de los arts. 1453 a 1455.

Desde luego, el error ha de ser determinante, es decir que sin ese error el matrimonio no se habría celebrado y esa condición está prevista en nuestra ley, según el texto que se acaba de transcribir. Y la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Lille también insiste en ella. Pero en los hechos, el carácter determinante parece estar unido a la naturaleza del error, porque no podrá dejarse entregada a la subjetividad de los contrayentes el estimar como determinante un error, ya que si así fuere no habría matrimonio que no pudiera anularse bajo este supuesto de error.

¿Es determinante, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, la virginidad de la mujer? Desde luego que no, porque los fines del matrimonio anunciados en la definición del art. 102 no requieren que la mujer sea casta al tiempo de casarse y sería absurdo, en los tiempos de ahora, que una condición tal no se exigiere para ambos cónyuges y sólo para la mujer.

¿Cómo es sin embargo que el Tribunal de Lille acoge la nulidad por esa razón? La motivación de las sentencias francesas no es semejante a la más extensa que se exige en nuestra ley procesal y por ello es difícil extraer del texto que hemos citado la exacta razón de la sentencia. Lo que parece ser más exacto es concluir que la nulidad no se acoge por el error en la condición de virginidad de la mujer, sino más bien por la mentira de que fue objeto el marido, siendo, como lo sostenía el demandante, una condición esencial para el matrimonio la veracidad que ha de existir entre ellos y más aún, al tiempo de casarse, de tal modo que la

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

mentira referida determina que la mujer no haya tenido la condición de confianza que ha de existir entre los cónyuges como requisito para una vida conyugal pacífica y normal. Como dijo un ilustre jurista francés a propósito de ese caso, que "no es dudoso que –cualesquiera sean las consecuencias del fallo de Lille– una unión viciada en su base conduce naturalmente al divorcio pues es de tal naturaleza que perturba en profundidad la mantención del lazo conyugal" (François Terré, Le Libre choix du conjoint, en ***JCP*** 2008, Ed. Gen., Actualités, pág. 439). Y resulta evidente que después de la mentira de que fue objeto el marido en el caso, la mantención del vínculo matrimonial no tenía sentido pues ella infectaría para siempre la vida futura. Loysel, bajo el antiguo derecho, escribía sobre la máxima costumbrista: "En el matrimonio engaña el que puede"; pero ella no es propia de los tiempos de hoy. Sin embargo, cuestión muy diversa es sostener la nulidad bajo la base del error en la cualidad de la persona, siendo ésta la virginidad.

En efecto, el carácter de una cualidad esencial en materia matrimonial no puede depender de la subjetividad de cada contrayente. Es verdad que en materia patrimonial, el art. 1454 inc. 2 admite que un error sobre una cualidad no objetivamente trascendental pueda anular el negocio jurídico si es determinante para una parte y es conocida de la otra. Pero una regla semejante no es admisible en materia matrimonial porque este vínculo no puede quedar entregado, en su validez, a la subjetividad individual ya que en ella van envueltos intereses sociales sobre la constitución de la familia. De allí que el error sobre las cualidades esenciales de la persona ha de ser concebido objetivamente, como resulta de nuestra ley, que determina que tal error ha de ser apreciado en función de la naturaleza y fines del matrimonio y no en función de lo que ha pretendido cada contrayente.

Ese error ha de ser pues objetivamente determinante y ello implica tener por tanto en consideración, lo que dentro de la nación toda se mira como determinante atendida la naturaleza y fines del matrimonio. Como dice otro conocido civilista francés: "El carácter esencial de las cualidades de la persona en el sentido del art. 180 inc. 2 del Código Civil, no depende ni de las voluntades de los esposos, ni del medio en el que viven, sino de la conciencia popular de la nación" (Ph. Malaurie, Mensonge sur la virginité et nullité du mariage, en ***JCP*** 2008, Actualités, Libres propos, pág. 440).

Tampoco parece que la lealtad sin más entre dentro de la misma categoría de error pues, de admitírsele, llevaría a cualquier abuso, como por ejemplo el exigir que el cónyuge se someta a ciertas exigencias religiosas que más tarde se niega a cumplir, como lo dice un comentarista de la sentencia de Lille (Gilles Raoul-Cormeil, nota en ***JCP*** 2008, II, 10122).

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

En suma, el error en las cualidades de la persona debe ser apreciado objetivamente y la virginidad de uno de los esposos no es, en los tiempos que corren, una de aquellas condiciones que, en la consideración general, impidan conseguir los fines del matrimonio o sea contraria a su naturaleza. La norma chilena habría sido, en el caso, más apta que la francesa para obtener una sentencia aceptable.

2. LUCRO CESANTE. EXPECTATIVA LABORAL DEL DEMANDANTE

Doctrina

Para determinar el monto de la indemnización del lucro cesante a pagar, se estima la expectativa laboral de la víctima hasta los cincuenta y cinco años teniendo en cuenta la naturaleza de la labor realizada por la víctima y el sueldo mensual de ésta. Corte de Apelaciones de Santiago 23, rol 5368-05.

Comentario

En verdad la sentencia cuya doctrina se ha transcrito no tiene particular interés, si no fuera porque rompe con toda una jurisprudencia constante que niega lugar a la reparación del lucro cesante, en casos de accidentes laborales, mediante el simple cálculo de lo que habría podido percibir la víctima multiplicando la remuneración actual por una expectativa laboral futura.

Es cuestión sabida que el lucro cesante es un daño futuro, pero cierto, de forma que ha de consistir en utilidades realmente probadas y no en unas posibles (Corte de Concepción, 2 septiembre 2008, rol civil 1123-05; Corte Antofagasta 29 septiembre 2008, rol civil 100-08) y que aunque la ley no lo define, es la legítima utilidad que se ha dejado de percibir como corolario del incumplimiento de la obligación (Corte Antofagasta, 5 de noviembre 2008, rol civil 266-08; Corte Rancagua 27 de junio 2008, rol civil 6-08).

Tratándose de un accidente del trabajo, es normal que la víctima, sea ésta directa, o por rebote o repercusión, pretenda la reparación bajo el calificativo de lucro cesante, de lo que dejaría de percibir hasta el término de una razonable expectativa de vida laboral y, como ésta se extiende comúnmente hasta el tiempo de la jubilación, las demandas contienen un cálculo en base a la remuneración actual proyectada hasta la edad de 65 años.

Pues bien, es esa pretensión la que sistemáticamente ha venido siendo negada por la jurisprudencia y en particular de la Excma. Corte Suprema. Así, en sentencia de 27 de mayo de 2008 (rol civil 2049-08) ese tribunal había resuelto

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

que "en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1556 del Código Civil, la indemnización de perjuicio comprende el daño emergente y el lucro cesante y este último ha sido conceptualizado como la pérdida cierta de la ganancia probable, de modo que deben acreditarse, por quien pretende su reparación, los presupuestos necesarios para hacerlo procedente, es decir, la merma efectiva del beneficio o provecho que se había obtenido en determinadas condiciones.

"En el caso se ha partido del supuesto constituido por la labor realizada por el trabajador, sin calificación y su edad. Sin embargo ninguna de estas circunstancias puede considerarse como antecedente suficiente para tener por concurrente el lucro cesante, desde que ambas son conjeturas, por cuanto suponen presumir, sin fundamento conocido alguno, que la víctima sobrevivirá el tiempo necesario y con un ingreso permanente y determinado, el cual habrá dejado de percibir en razón de la incapacidad que lo afectó".

"Que, por consiguiente, al haberse otorgado por la sentencia atacada, indemnización por lucro cesante sobre la base de suposiciones, se ha incurrido en error de derecho por equivocada aplicación del artículo 1556 del Código Civil".

Siguiendo igual doctrina, la Corte de Antofagasta, en sentencia de 8 de agosto de 2008, negó lugar a una demanda por lucro cesante bajo idénticos supuestos (rol civil 76-06), aunque en el caso la incapacidad laboral no era del 100%. La misma Corte de Santiago había resuelto que "la citada pretensión (lucro cesante bajo las premisas ya referidas) no concuerda con la reiterada jurisprudencia que ha resuelto que el lucro cesante es susceptible de indemnización cuando el perjuicio ha consistido en la privación de una ganancia cierta, y no de la eventualidad de obtener ciertas sumas de dinero en el largo tiempo ya que es evidente que los contratos de trabajo y sus particulares condiciones se encuentran sujetos a múltiples contingencias, como en el caso de autos y no pueden deducirse sobre la base de un simple cálculo de una hipotética sobrevida laboral del trabajador" (sentencia de 6 de septiembre 2002, rol civil 1134-01), y la Excma. Corte desestimó la casación deducida en contra de esa sentencia (fallo de 8 de abril 2003, Fallos del Mes 509, pág. 560). Y podrían citarse otras cuantas sentencias semejantes de diversas cortes y aun de la Corte Suprema.

He aquí que la Corte de Santiago en la sentencia que se comenta no sigue aquella jurisprudencia que ella misma había calificado de "reiterada" en la sentencia citada en el párrafo precedente y acoge una demanda por lucro cesante de un trabajor cuprífero que sufrió un accidente laboral que falleció en él y ordena pagar a sus causahabientes a título lucro cesante la suma de $240.000.000 que resultan de multiplicar la remuneración mensual del fallecido por el número de

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

años de vida laboral probable que la Corte estima de hasta los 55 años de edad, teniendo en cuenta el tipo de labor desempeñada por el fallecido. Es lo mismo que se había hecho en la sentencia de 16 de mayo de 2008 (rol civil 3597-07).

La disparidad de decisiones en una misma materia y más aún entre la Corte Suprema y una Corte de Apelaciones no es explicable, ni es admisible en un normal estado de derecho. En anteriores comentarios de jurisprudencia hemos insistido en esta disparidad (véase esta Revista, Nº 214, pág. 173) frecuente en nuestro país y que es índice de una anomalía judicial, porque no existe razón alguna que frente a una misma situación se obtengan decisiones opuestas, porque ello ofende el principio constitucional de igualdad ante la ley y demuestra también que los jueces no siempre entienden el rol de la jurisprudencia que no es sólo, como alguna vez dijo una sentencia, resolver "caso a caso", sino resolver el caso; pero pensando en que la norma individualizadora dictada debe seguir un principio general aplicable a otras situaciones, porque se constituye en norma general. Los cambios jurisprudenciales han de obedecer a necesidades objetivas y sociales y no al mero parecer doctrinario del sentenciador. Este no es llamado a hacer "doctrina", sino a construir "jurisprudencia".

En el caso preciso, ocurre que el daño producido por la pérdida laboral futura no es, como se dice por la Corte Suprema, un daño cierto porque la estabilidad laboral es de suyo incierta, como lo es la continuación de la vida. Un adecuado análisis de la pérdida de la chance u oportunidad como daño reparable calzaría mejor con la situación. En la sentencia de 12 de enero de 2000 (rol laboral 167-99) la Corte de Concepción había resuelto, con mejor criterio, que "sólo es reparable bajo el concepto de lucro cesante un daño cierto y situaciones teñidas de incertidumbre o meramente posibles deben ser evaluadas prudencialmente por el Tribunal, de modo que no es posible condenar al demandado a pagar estrictamente la diferencia entre la pensión que se recibe y aquella que se recibiría si se jubilase a los 65 años, y el Tribunal debe apreciar prudencialmente la suma a pagarse". En nuestro comentario a esa sentencia (esta Revista, Nº 206, pág. 165) habíamos señalado que ese criterio era más exacto pues se está en una "zona gris" en que no hay certeza total del daño; pero hay evidentemente una pérdida. También la Corte de Punta Arenas en otra situación parecida había aplicado el mismo sistema usado para el subsidio de cesantía que contiene una tabla decreciente por tramos de días, procedimiento más objetivo y que puede aplicarse al caso, aunque como referencia indicativa (sentencia de 7 de abril de 1993 y nuestro comentario en esta Revista Nº 192).

Falta en nuestros tribunales, porque ha faltado también en la doctrina,

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

una distinción entre el lucro cesante y la pérdida de una probabilidad o chance, porque, como dice un autor, "el perjuicio que resulta de una pérdida de una chance está situado a medio camino entre el perjuicio puramente eventual y el perjuicio perfectamente cierto. Es esta naturaleza ambigua que hace de él uno de los daños más delicados a indemnizar" (Xavier Pradel, ***Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité***, Nº 189, Paris LGDJ, 2004). Es un perjuicio que puede presentar un evidente carácter cierto; pero que no puede analizarse del mismo modo que la pérdida de una ganancia efectiva y comprender esta diferencia evitaría las vacilaciones jurisprudenciales nacionales que son aceptables.

3. MATRIMONIO CELEBRADO POR CHILENOS EN EL EXTRANJERO. REGIMEN LEGAL APLICABLE. SEPARACION CONVENCIONAL DE BIENES VALIDA

Sentencia

Si dos chilenos se casan en el extranjero, quedan regidos por lo prevenido en el art. 15 Nº 2 del Código Civil y no por lo dispuesto en el art. 135 de la misma codificación porque aquél dispone que a las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles permanecen sujetos los chilenos, no obstante su domicilio o residencia en el extranjero, en lo que dice relación a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, respecto de su cónyuge chileno. Por tanto quedan sujetos al régimen legal de sociedad conyugal. El hecho de haber pactado separación total de bienes demuestra la convicción de los litigantes de haber contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal. El pacto en cuestión es así plenamente válido y deben liquidarse los bienes que tengan el carácter de sociales. Corte de Concepción, 5 de mayo de 2008, autos rol civil 3987-04.

Comentario

Dos chilenos contraen matrimonio en Inglaterra y años después pasan a domiciliarse en Chile, luego de haber inscrito su matrimonio en la primera sección del Registro Civil de Santiago, como lo permite la ley pertinente. Habiéndose suscitado cuestiones entre ellos deciden celebrar un pacto de separación total de bienes de acuerdo a lo que se previene en el art. 1723 del Código Civil; pero el marido pretende, años más tarde, que ese pacto es nulo porque carece de objeto y de causa ya que, según lo dispuesto en el art. 135 del Código Civil, el matrimonio debe entenderse celebrado originalmente bajo el régimen de separación total de

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

bienes, al no existir en Inglaterra, lugar de la celebración, sociedad conyugal. Así entonces, el pacto de separación total de bienes no tenía objeto alguno pues ya había separación de bienes y por lo mismo carece también de causa o motivo jurídico.

La cuestión que debía resolver entonces el tribunal era determinar cuál es el régimen legal de bienes de un matrimonio de dos chilenos que hayan contraído el vínculo en el extranjero.

Al respecto existen dos normas que pueden ser aplicables a la controversia. El art. 135 inc.2 del Código Civil manda que "los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción". Cabe recordar que es el texto vigente de la disposición luego de la reforma que le introdujera la Ley 18.802 y luego la Ley 19.335, pues con anterioridad el texto era: "Los que se hayan casado en país extranjero y pasaren a domiciliarse en Chile, se mirarán como separados de bienes, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes". La reforma era necesaria pues el texto primitivo daba lugar a una clásica discusión sobre lo que debía entenderse por "sociedad de bienes", ya que mientras algunos entendían que debía tratarse de un régimen idéntico a la sociedad conyugal chilena, otros creían que bastaba que se tratase de un régimen de comunidad.

En el caso de autos el texto primitivo era el aplicable atendida la fecha del matrimonio; pero esa cuestión no interesa a efectos de este comentario.

La otra regla posible de aplicar es el art. 15, que ordena que los chilenos sigan regidos por las leyes nacionales, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero: "2º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos".

Si la regla aplicable es el art. 135, los cónyuges casados en Inglaterra, donde no existía régimen legal de sociedad conyugal, debían entenderse en Chile casados bajo el régimen de separación total de bienes y entonces el pacto de separación total celebrado más tarde en Chile habría sido inútil y carente de objeto. Que ello condujera a su nulidad es cuestión discutible pues bien podía sostenerse que más bien el pacto era inútil, inoficioso, siguiendo el principio ***utile per inutile non vitiatur*** y que a veces ha aplicado la jurisprudencia nacional (por ej. Corte de Concepción, ***Rev. de Der. y Jurisp.*** t. 60, sec. 2ª. Pág. 49).

Pero si la regla que debe regir el caso es el art. 15 Nº 2, entonces los dos

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

chilenos, aunque hubiesen contraído matrimonio en Inglaterra, no habiendo pactado otro régimen, debían entenderse regidos por la ley chilena que prescribe que "a falta de pacto en contrario se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título".

La sentencia decide que, cuando se trata de chilenos, ha de prevalecer lo ordenado por el art. 15 Nº 2 del Código Civil. Al decidirlo así no hace sino recoger lo que ya había resuelto la Corte Suprema en sentencia de 31 de marzo de 2008 (autos rol civil 16-2008), de acuerdo a la cual:

"Que de acuerdo a las normas citadas los chilenos aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero, quedan sujetos al estatuto personal que establecen las leyes patrias en cuanto a las obligaciones y derechos que nacen de sus relaciones de familia, situación que en este caso afecta a ambos cónyuges, por haber nacido en territorio nacional como se acredita con el mérito del certificado de matrimonio debidamente traducido que rola a fjs. xx". "Que un efecto del matrimonio según la legislación patria, salvo acuerdo en contrario, es la formación de una sociedad de bienes o sociedad conyugal, como lo disponen los arts. 135 inc. 1 y 1718 del Código Civil" Y agrega que no obstante lo prevenido en el art. 135 inc. 2 "no lo es menos que la legislación nacional impone a los contrayentes como régimen legal, el de la sociedad conyugal, de lo que se infiere que el señalado inciso segundo no tiene aplicación entre cónyuges chilenos, quienes por aplicación del art. 15 del Código del ramo, no pueden quedar en una situación diversa a la que hubieren tenido de casarse en Chile, pues la interpretación contraria llevaría al absurdo de aceptar que los nacionales pueden incurrir en fraude a la ley por el solo hecho de contraer nupcias en el extranjero…"

La aplicación de la sociedad conyugal deriva entonces del hecho de ser ésta un efecto impuesto por la ley a falta de pacto en contrario, es decir, forma parte del estatuto legal del matrimonio. Como decía el decano Alessandri: "Está más de acuerdo con la realidad de las cosas considerar el régimen legal como un efecto del matrimonio que como una convención tácita presunta" (***Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer casada,*** Nº 24).

Considerar la sociedad conyugal como un efecto legal del matrimonio y no como una simple interpretación de la voluntad de los cónyuges es pues esencial en el caso. Si se considera que los arts. 135 inc. 1 y 1718 sólo contienen una consecuencia de una interpretación presunta de la voluntad de los cónyuges,

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

entonces debería prevalecer en el caso el art. 135 inc. 2 por sobre el art. 15, ya que la dicha sociedad conyugal no formaría parte del estatuto legal del matrimonio. Era la opinión de don Manuel Somarriva (***Derecho de Familia*** Nº 404, edic. de 1983) y la de don Enrique Rossel (***Manual del Derecho de la Familia,*** Nº 31), quienes invocaban además en ese sentido el hecho que luego de la Ley 5.521 ya no se prohibía pactar separación de bienes; pero luego de ella sí puede pactarse, con lo cual la sociedad conyugal es supletoria de la voluntad de los contrayentes. Pero no la de don Luis Claro Solar, para quien debía prevalecer el art. 15 Nº 2 (Derecho Civil, t. 2, Nº 1063), invocando la opinión de Andrés Bello en cuanto prevalecen para los chilenos las leyes relativas al estado civil y capacidad personal de los ciudadanos, señalando entre ellas las que rigen "las obligaciones a que por la unión conyugal, se sujetan ambos consortes" (Derecho Internacional, Obras de Bello. T.10, pág. 88). En este mismo sentido se pronunciaba don Nicolás Luco Herrera (Comentario del inciso 2 del art. 135 del Código Civil chileno en relación con algunos principios del Derecho Internacional Privado, pág. 45, Santiago 1940) y el profesor Fernando Albónico (El Derecho Internacional Privado ante la Jurisprudencia, pág. 119, Santiago 1943). Precisamente la doctrina de estos autores es la que expresamente recoge la sentencia que comentamos y que nos parece la acertada, no pudiendo concebirse la sociedad conyugal como un simple efecto de una voluntad tácita, sino un real efecto legal del matrimonio, que los cónyuges pueden evitar pactando separación total de bienes o participación en los gananciales, pero sin que esta circunstancia le prive de su carácter referido. Y si así es, resulta evidente que el art. 15 Nº 2 le comprende entre las leyes patrias que regulan las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia.

4. ACEPTACION DE LA HERENCIA. TRAMITE DE PETICION DE POSESION EFECTIVA. OBLIGACIONES INDIVISIBLES

Doctrina

No resulta demostrada la aceptación de una herencia por el hecho de haberse otorgado posesión efectiva a una hija del causante si ella no ha participado por sí o por medio de representante en ese trámite atribuyéndose la calidad de heredera.

La notificacion del título ejecutivo efectuada conforme al art. 1377 del Código Civil carece de significado respecto de quien no ha aceptado ni tácita ni expresamente la herencia.

Las obligaciones de dinero no tienen el carácter de indivisibles y por su naturaleza son divisibles puesto que tienen por objeto una cosa susceptible de

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

división, sin que por ello pueda serles aplicable por acuerdo de las partes lo previsto en el art. 1528 del Código Civil, porque esa regla está referida a las obligaciones propiamente indivisibles, sin perjuicio que las partes puedan pactar indivisibilidad de pago conforme al art. 1526 Nº 4 del mismo Código y en tal caso el acreedor debe proceder conforme lo autoriza esa norma que por constituir una excepción debe interpretarse en forma restrictiva. Por lo mismo o se demanda a un heredero para que se entienda con los demás en el pago total o se requiere toda la deuda a él sin perjuicio de su obligación de saneamiento; pero no puede dirigirse en contra de todos por el todo.

Corte de Apelaciones de Concepción 3 de noviembre 2008, autos rol civil 3380-05.

Comentario

Un comerciante pide un préstamo a un banco y suscribe un pagaré que contiene el contrato de mutuo; pero fallece antes de haber reintegrado la totalidad de la deuda. Como los títulos ejecutivos que lo eran contra el causante no permiten proseguir una accion ejecutiva contra los herederos sino previa gestión preparatoria de notificación del título a esos continuadores, de acuerdo a lo prevenido en el art. 1377 del Código Civil, el banco acreedor obtiene que se ordene la notificación a todas las personas que figuraban como herederos en la resolución que les concedió la posesión efectiva de la herencia del deudor. Pero la posesión efectiva había sido iniciada y solicitada sólo por la cónyuge del deudor, sin que en la tramitación intervinieran los otros herederos, hijos del de ***cujus***. Ninguno de ellos requiere tampoco su inscripción y no hay prueba que hayan hecho acto de herederos.

El banco deduce así demanda ejecutiva en contra de los herederos que figuran en la resolución de dación de la posesión efectiva; pero los herederos que no la pidieron se excepcionan bajo la base que ellos no son herederos y que la gestión del art. 1377 del Código Civil no les afecta.

El Tribunal de primera instancia acoge la excepción y la Corte de Concepción confirma la sentencia.

La sentencia está perfectamente fundada.

En efecto, las reglas sobre aceptación de una herencia son claras. El art. 1241 regula la aceptación expresa que es solemne puesto que requiere que el llamado tome el título de heredero y ello ha de hacerlo, conforme al art. 1242 si lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial. Mas como toda manifestación de voluntad debe

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

emanar de quien la hace y no de un tercero, a menos que éste lo haga en su representacion y provisto de un poder que se le atribuya. De allí que si la gestión de posesión efectiva puede ser un acto de tramitación judicial, en el que claramente el solicitante toma el título de heredero desde que, precisamente, requiere del tribunal (cuando se hace ante un tribunal), el reconocimiento de la calidad de heredero (así Corte de Iquique, 14 de enero de 1919, Gaceta 1919, 1er. Sem. Nº 1144, pág. 456), no puede importar aceptación de la herencia sino respecto de quien hizo tal manifestación de voluntad. Poco importa que lo haya hecho también a favor de los demás herederos llamados. Estos no han manifestado voluntad alguna y si el requirente no tiene o no invoca representación alguna de los demás, sólo éste es aceptante y no los otros (sobre ello, Ramon Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Aguila, ***Derecho Sucesorio,*** t. 1, Nº 178.1, 2ª, edic. Santiago 1998).

Es pues acertadamente que la Corte resuelve en el caso que se comenta que el otorgamiento de la posesión efectiva a los herederos que no la pidieron no puede importar aceptación de la herencia. Y ello tiene importancia, porque en nuestro sistema sucesoral no se es heredero por el simple llamamiento, sea legal o testamentario, sino que sólo se tiene esa calidad una vez aceptada la herencia. Por la delación, luego de la apertura, el llamado sólo adquiere el derecho de opción sucesoral, no la calidad de heredero. Nuestro sistema no determina la adquisición de la herencia por la sola delación y se separa claramente en ello del sistema germánico. No se produce entre nosotros la situación que el derecho francés describe tradicionalmente con el brocardo ***le mort saisit le vif*** (el muerto toma al vivo) (sobre ello, Ramon Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Aguila, obra citada, t.1, Nº 138 y sgts.). Sin aceptación no hay heredero y por ello la calidad de asignatario depende de la opción que se toma. Si se acepta se adquiere la herencia y se es heredero; si se repudia nunca se ha sido heredero (art. 1239).

De este modo, si los otros demandados no habían aceptado la herencia jamás pudieron ser emplazados como herederos; pero aún más: ni siquiera tenía fuerza ejecutiva en su contra el pagaré suscrito por el causante, porque la gestión preparatoria del art. 1377 que permite aducir el título ejecutivo que lo era contra el causante en contra de sus herederos, requiere que se notifique a quienes ya tienen la calidad de herederos. La Corte Suprema ha resuelto: "El art. 1377 del Código Civil tiene aplicación únicamente en el caso de herederos que hayan aceptado la herencia. No basta que se haya producido la delación de la asignación, esto es el llamamiento que la ley les hace para aceptarla o repudiarla, porque el requisito de la aceptación es el que hace posible el trámite de notificarles

Artículo: Comentarios de jurisprudencia
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

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

judicialmente el título ejecutivo a los herederos para hacer posible después el cumplimiento de la obligación en sus patrimonios, según lo preceptúan los arts. 481 y 1240 del mismo Código. La sentencia que no lo determina en esta forma infringe los preceptos antes indicados y corresponde casar de oficio aquella" (Corte Suprema, 3 de abril de 2000, ***Revista de Derecho y Jurisp.*** t. 97, sec. 1ª. Pág. 73).

La sentencia cuya doctrina se ha transcrito aplica pues acertadamente esos principios.

Pero además, la cuestión producida tiene otro aspecto interesante. El banco dedujo demanda ejecutiva en contra de todos los herederos pidiendo se les condenara por el todo. Pero el art. 1354 del Cód. Civil manda que las obligaciones del causante se dividan entre los herederos de acuerdo a sus cuotas. Es posible pactar indivisibilidad que afecte a los herederos, porque así lo permite expresamente el art. 1526 Nº 4 inc. 2. Pero en ese evento, el pacto en cuestión permite una opción al acreedor: frente a los herederos "cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento". Y la sentencia decide acertadamente que ésa es la única manera de proceder contra los herederos. No es posible dirigirse contra todos por el total, porque tal facultad es propia de las obligaciones solidarias (art. 1514); pero precisamente, si la obligación no es solidaria ni indivisible por su naturaleza, sólo puede procederse en la forma que manda el art. 1526, que por ello se acostumbra a calificar como "excepciones a la divisibilidad". Y por algo el art. 1515 manda que "el ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible", para mostrar con claridad que no es lo mismo la solidaridad que la indivisibilidad y menos que sea lo mismo la solidaridad que una indivisibilidad convencional.

Ello es así, porque como se sabe y lo olvidó el banco demandante, y lo explicaba claramente Pothier a quien siguió Bello, "en esto se diferencian tales herederos (los de una obligación indivisible) de los deudores solidarios que se llaman ***correi debendi,*** los cuales deben cada uno de por sí ***totam rem et totaliter;*** por consiguiente no pueden exigir un término suficiente para emplazar a sus coherederos" (***Traité des Obligations***, Nº 331).

La sentencia comentada aplica entonces rectamente soluciones clásicas que, sin embargo, no por serlo impiden ser olvidadas por los litigantes.