

Revista Chilena de Derecho Privado
Fernando Fueyo Laneri

N° 1 - 2003

Revista Chilena de Derecho Privado
Fernando Fueyo Laneri

DIRECTOR

Carlos Pizarro Wilson
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales y de Chile

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Rafael Mery Nieto
Profesor de economía
Universidad Diego Portales

CONSEJO EDITORIAL

Javier Barrientos Grandon
Profesor de historia del derecho
Universidad Diego Portales

Carlos Peña González
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales

Oswaldo Contreras Strauch
Profesor de derecho comercial
Universidad Diego Portales

Jorge López Santa María
Profesor de derecho civil
Universidad Adolfo Ibáñez

Gonzalo Figueroa Yáñez
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile y Diego Portales

Ricardo Sandoval López
Profesor de derecho comercial
Universidad de Concepción
y Diego Portales

Christian Larroumet
Profesor de derecho civil
Université Panthéon-Assas (Paris II)

EDITOR

Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri
República 105, tercer piso. Santiago de Chile
teléfono: 6762640; Fax: 6762641
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO

N° 1 - 2003

ISSN 0718-0233

FERNANDO FUEYO LANERI

PRESENTACIÓN	7	COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
<hr/>		<hr/>	
DOCTRINA		Obligaciones y responsabilidad civil por <i>Alejandra Aguad D. y Carlos Pizarro W.</i>	245
<hr/>		Contratos especiales por <i>Iñigo de la Maza G.</i>	265
De la tradición y su definición en el <i>Código Civil</i> chileno por <i>Javier Barrientos Grandon</i>	11	Propiedad y derechos reales por <i>Javier Barrientos G.</i>	269
Contratos por adhesión y cláusulas abusivas por <i>Iñigo de la Maza Gazmuri</i>	109	Derecho de familia y sucesorio por <i>Leonor Etcheberry C.</i>	285
Efectos económicos de las uniones de hecho en la jurisprudencia española por <i>José Ramón de Verda y Beaumont</i>	149	Derecho de la competencia por <i>Rafael Mery N.</i>	291
La responsabilidad médica por el hecho ajeno por <i>Carlos Pizarro Wilson</i>	181	RESÚMENES DE JURISPRUDENCIA	301
<hr/>		<hr/>	
OPINIÓN PROFESIONAL		ACTUALIDAD LEGISLATIVA	315
<hr/>		<hr/>	
Algunas reflexiones sobre el procedimiento establecido para resolver las controversias que se originen en hechos, actos o contratos relativos al comercio marítimo por <i>Andrés Cuneo M.</i>	209	RECENSIONES	331
Informe en derecho sobre oferta pública de adquisición de acciones por <i>Carlos Peña G.</i>	223	ÍNDICE DE MATERIAS	343
<hr/>		<hr/>	
		SIGLAS Y ABREVIATURAS	349
		<hr/>	
		NORMAS EDITORIALES	355
		<hr/>	



PRESENTACIÓN

La *Revista Chilena de Derecho Privado* pretende establecer un vínculo entre los distintos actores del mundo jurídico nacional. Hemos estimado conveniente otorgar un lugar privilegiado a la Doctrina. Se recogen artículos inéditos que permitan crear un debate y proporcionar a los operadores jurídicos fundamentos para sus pretensiones. Asimismo, la doctrina permitirá enriquecer la cultura jurídica nacional. Una atenta doctrina a la jurisprudencia, la cual, a su turno, será objeto de comentarios críticos.

Para nadie es un misterio la importancia creciente de la jurisprudencia. Hoy es posible constatar interesantes construcciones que logran un impacto significativo en el ejercicio del derecho. Uno de los objetivos prioritarios de la Revista consiste, justamente, en promover el análisis de sentencias de los tribunales superiores de justicia. Esta sección proveerá a la comunidad jurídica de un material valioso para el ejercicio profesional. Habrá un espacio para que los abogados y académicos puedan plantear sus inquietudes profesionales. Se busca exponer la experiencia en el foro mediante la publicación de informes en derecho o comentarios de casos, lo cual debiera permitir un puente permanente entre la academia y la profesión.

La permanencia de la Revista en el tiempo será la prueba de que hemos logrado un aporte a la comunidad jurídica nacional. Esperamos la cooperación de académicos, abogados, jueces y profesionales del derecho que puedan aportar con sus opiniones y trabajos a nuestra publicación.

EL DIRECTOR

Doctrina

DE LA “TRADICIÓN” Y SU DEFINICIÓN EN EL *CÓDIGO CIVIL* CHILENO. A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 670

Javier Barrientos Grandon¹

1. PRESENTACIÓN

En el párrafo XXI del *Mensaje* que precede al *Código Civil* se explica paladinamente el régimen jurídico que para la adquisición del dominio y para la constitución de otros derechos reales se adoptó en el derecho codificado chileno:

“La transferencia y transmisión del dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna”.

11

Andrés Bello enfrentó así, en sede de bienes, una empresa que no hallaba precedentes en el *Code Civil*, supuesto que el codificador francés había optado por atribuir efectos reales a los contratos, de manera que desaparecía la romana distinción entre una *iusta causa traditionis* y la *traditio*, sistema al que hoy acostumbramos describir como el de la distinción entre el “título” y el “modo de adquirir el dominio”².

El codificador chileno desde muy temprano rechazó el sistema francés y optó por el modelo romano, de manera que se conservaba en él la existencia de una *traditio* con efectos dominicales, precedida de una justa causa de tradición, ahora denominada “título”. Esta orientación ya quedaba clara en el “Primer Proyecto de Código Civil”, algún tiempo atribuido a Mariano Egaña, pues

¹ Profesor de Historia del Derecho, Universidad Diego Portales.

² Sobre este régimen en el *Código Civil* chileno y algunas discusiones tocantes a él vide GESCHE MÜLLER, Bernardo, “El contrato como modo de adquirir”, en *Revista de Derecho*, N° 41-42, Concepción, julio-diciembre, 1942, pp. 149-161; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Dificultades del efecto personal del contrato”, en *Revista de Derecho*, N° 167, Concepción, enero-diciembre, 1979, pp. 49-59.

en el libro *De las cosas, y de su dominio, posesión, uso y goce*, el primero de los artículos de su título IV decía: “El dominio sea de la Nación, sea de los particulares, se adquiere por ocupación, accesión o tradición”³, que es el más antiguo antecedente conocido del actual artículo 588 del *Código Civil*.

En dicho contexto dogmático el codificador, desde el *Proyecto* de 1853 y hasta el actualmente vigente, inauguraba el tratamiento de la tradición con una definición de ella, contenida hoy en el inciso primero del artículo 670, cuya lectura e interpretación ha generado diversas discusiones entre los civilistas chilenos; quienes, por regla general, no han considerado especialmente el proceso dogmático de elaboración de dicha definición legal.

En este estudio se intentará examinar el citado proceso de formación de la actual definición de tradición, en el contexto dogmático dentro del cual fue situada en cuanto modo de adquirir. A la luz de tal análisis se ofrecerá una lectura de algunas de las disposiciones del título VI del libro II del *Código Civil*, que más discusiones han generado en la doctrina, para proporcionar nuevas perspectivas de interpretación con el auxilio de las viejas luces que el mismo Bello dejara en sus escritos.

2. DE LA VOZ ‘TRADICIÓN’

Y DE LOS “MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO”

12

En el contexto sistematizador, característico del movimiento codificador, la decisión dogmática de Bello iba acompañada de una cierta y determinada ordenación de las materias que debían componer el libro II del *Código Civil* y que se compendia en la misma rúbrica del título: “De los bienes”, tratados en el título I; “y de su dominio”, título II para los conceptos generales y para declarar por qué modos se adquiría, título III para tratar de aquéllos que pertenecían a la nación, y títulos IV, V y VI para ocuparse de tres de sus modos de adquirir; “posesión”, título VII; “uso y goce”, títulos VIII, IX, X y XI desde la perspectiva de las “limitaciones del dominio” y títulos XII, XIII y XIV en cuanto a la protección y amparo del dominio, posesión uso y goce de los bienes.

Dentro de tal esquema sistematizador se consolidó la adopción de la categoría de “modos de adquirir el dominio”, cuya enumeración realizaba el inciso 1º del artículo 727 del *Proyecto* de 1853: “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte i la posesión de largo tiempo o prescripción”, con la precisión contenida en su inciso 2º: “De la adquisición de dominio por estos dos últimos medios se tratará en el libro de

³ GUZMÁN BRITO, Alejandro; ÁVILA MARTEL, Alamiro y MELO LECAROS, Luis, *El “Proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el Señor D. Mariano Egaña” (Primer Proyecto de Código Civil de Chile)*, Santiago de Chile, 1978, p. 151.

la sucesión por causa de muerte, i al fin de este Código”⁴. Esta disposición se mantuvo inalterada en el llamado *Proyecto Inédito*, y en la versión promulgada y publicada del *Código Civil*, hoy vigente, se conservó con la sola eliminación en su inciso 1º de la frase alternativa “la posesión de largo tiempo o”.

Supuesto el modelo adoptado por el codificador chileno, la tradición era incluida expresamente como uno de los “modos de adquirir el dominio” y, al igual que la ocupación y la accesión, se le dedicaba todo un título del libro II. Surgía, entonces, una cuestión sistemática y dogmática que debía ser decidida por el codificador, cual era la de determinar qué tratamiento jurídico se iba a dar la tradición en el referido título, supuesto que teóricamente hubiese, al menos, tres opciones diversas:

- a) Tratar de la tradición simplemente como una entrega, es decir, como el mero *factus tradendi*.
- b) Ocuparse de ella en la línea de la jurisprudencia romana y del sistema del *ius commune* conforme a la cual su efecto siempre era posesorio y, dado ciertos requisitos, también podía operar como modo de adquirir el dominio.
- c) O, en fin, regularla exclusivamente como tradición dominical, es decir, en cuanto “modo de adquirir el dominio”.

Descartadas las dos primeras, Andrés Bello optó, desde que nos es conocido en el *Proyecto* de 1853, por la última de las posibilidades, esto es, por tratarla en el título VI del libro II únicamente como tradición dominical; pues esta alternativa era la que resultaba plenamente coherente con su sistematización y con la previa inclusión de la tradición como uno de los “modos de adquirir el dominio”. Esta decisión exigía que en el título “De la tradición” se realizara el esfuerzo sistemático y dogmático de presentar las reglas que la gobernaban únicamente en cuanto “modo de adquirir el dominio”, lo que representaba toda una novedad respecto de los códigos existentes en la época.

Así, la citada exigencia se tradujo en que, desde el *Proyecto* de 1853 hasta la versión promulgada y publicada del *Código Civil*, el título respectivo del libro II se iniciaba con un artículo que contenía la definición de la tradición como “modo de adquirir el dominio”, a la que continuaban una serie de otros artículos para fijar su régimen en cuanto tal. Pero unas reglas tocantes a la tradición sólo dominical, naturalmente no podía el codificador hallarlas de forma organizada en las fuentes romanas, ni en las castellanas, pero sí, de alguna manera, en las obras de ciertos juristas, particularmente los de tradición jusracionalista, entre los cuales le era familiar Heineccio, si bien, como se verá, optó aquí inicialmente por seguir a Roberto José Pothier, aunque sin olvidar los contenidos del *Digesto* y de las *Siete Partidas*, insertados en un esquema predeterminado de carácter sólo dominical.

⁴ En BELLO, Andrés, *Obras Completas*, Santiago de Chile, 1932, tomo IV, p. 179.

La historia del tratamiento concreto de la tradición, en cuanto modo de adquirir el dominio, sólo es conocida a partir del *Proyecto* del año 1853, pues en él apareció dentro del libro II un título VI “De la tradición”, que abrazaba desde el artículo 806 hasta el 829⁵. En el *Proyecto* llamado *Inédito* se conservó dicho título VI, pero introduciéndose una serie de modificaciones de contenido, además de haberse realizado una sistematización de sus disposiciones, las que fueron distribuidas en tres párrafos: el 1º “Disposiciones generales” (artículo 806 a 810 y 815 a 823); el 2º “De la tradición de las cosas corporales muebles” (artículos 824 y 825) y el 3º “De las otras especies de tradición” (artículos 826 a 829 j)⁶. Esta estructura, aunque con algunas variaciones de contenido, es la que se mantuvo en el *Código Civil* promulgado y aún vigente.

3. UN ESFUERZO ASISTEMÁTICO: EL *PROYECTO* DE 1853

En el *Proyecto* de 1853 se destinaba el título VI de su libro II a tratar “De la tradición” en los veinticuatro artículos comprendidos entre los números 806 y 829⁷. En él se advertía desde un principio el propósito del codificador de ocuparse solamente de la tradición dominical, es decir, de aquella que podía ser calificada como “modo de adquirir el dominio” en conformidad a lo que se había declarado en el artículo 727 del mismo *Proyecto*.

3.1. De las fuentes del título VI “De la tradición” en el *Proyecto* de 1853

En la edición que si hiciera del *Proyecto* de 1853 se incluyeron notas para algunos de sus veinticuatro artículos, en las que se hacía referencia a las fuentes de algunos de ellos, además de ciertos comentarios sobre su contenido.

Eran quince los artículos que contenían indicación de eventuales fuentes, y de un examen preliminar de ellas es posible extraer las siguientes conclusiones:

- a) Sólo han concurrido tres grandes fuentes a saber: el *Corpus Iuris Civilis*, las *Siete Partidas* y el *Traité de la propriété* de Roberto José Pothier.
- b) Supuesta la constatación anterior puede concluirse que Bello ha trabajado exclusivamente sobre la base de la tradición jurídica del sistema del derecho común romano.
- c) En muchas ocasiones las citadas fuentes concurrían en una misma disposición, lo cual no resulta extraño, pues todas ellas obedecían, en términos generales, a unos mismos principios que eran los de la jurisprudencia romana.

⁵ En este *Proyecto* no existen los artículos 811, 812, 813 y 814, y hay un artículo 821a.

⁶ BELLO (n. 4) tomo V, pp. 208-215.

⁷ BELLO (n. 4), tomo IV, pp. 194-199.

- d) Numéricamente la presencia de estas tres fuentes era relativamente proporcional, porque Pothier aparecía referido a propósito de ocho artículos, el *Corpus Iuris Civilis* respecto de otros seis, y las *Siete Partidas* en cinco ocasiones.
- e) En cuanto a las fuentes tomadas del *Corpus Iuris Civilis* se advertía un cierta preferencia por las extraídas del *Digesto* (en cinco artículos), ya que las remisiones al *Codex* sólo aparecían a propósito de un artículo, y a las *Instituciones* en dos casos.

La clara base de contenido romanista del título “De la tradición” en el *Proyecto* de 1853 hacía que concurrieran directamente en las disposiciones de este título cuatro orientaciones diversas: a) la de la jurisprudencia clásica romana, representada por los pasajes del *Digesto*; b) la del derecho romano de tradición justiniana, presente a través de las referencias a las *Instituciones* y al *Codex*; c) la del *ius commune* de la *glossa* manifestada en el recurso a las *Siete Partidas* y d) la tradición iusracionalista de un autor final como Roberto José Pothier.

El modo y grado de influencia de estas fuentes se examinará con cierto detenimiento en los párrafos posteriores dedicados a la sistematización del título VI del libro II del *Proyecto* y al análisis de cada una de sus disposiciones.

3.2. De la sistematización de la tradición en el Proyecto de 1853

Queda dicho que en el *Proyecto* de 1853 el título VI “De la tradición” destinaba veinticuatro artículos a tratar de ella, sin que fueran agrupados en párrafos diversos, como acabó haciéndose a partir del llamado *Proyecto Inédito*, en el que se distribuyeron los artículos pertinentes en tres secciones.

Sin perjuicio de la inexistencia de párrafos en el título VI era posible apreciar en la ordenación de su articulado una cierta sistematización, presidida por la idea rectora de ocuparse en él solamente de la tradición de efectos dominicales. Esta idea matriz quedaba en evidencia, no sólo porque el mismo título era inaugurado por una definición legal de la tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio” (art. 806) sino, también, porque en los restantes veintitrés artículos no había uno solo de ellos siquiera destinado a tratar de la tradición no dominical, concretamente, de aquélla de solos efectos posesorios, de la que el codificador se ocupaba en el título VII “De la posesión” (arts. 835, 836, 841).

En cuanto a la sistematización del título VI del libro II del *Proyecto* de 1853, en él se advertía el tratamiento de seis grandes temas, cuya coherencia externa no resultaba del todo lograda:

- a) Definición de la tradición como “modo de adquirir el dominio” (art. 806).
- b) De cuándo la tradición se entiende realizada por el dueño (arts. 807 y 808).
- c) De los “requisitos” para que la “tradición” opere la “translación del dominio” (arts. 809 a 821): 1) voluntad del que tiene facultad de enajenarla como dueño o como su representante (art. 810 a 813); 2) consentimiento de quien

recibe la cosa (art. 814); 3) “título traslativo de dominio” (art. 815); 4) ausencia de error (arts. 816 a 819); 5) solemnidades en los casos en que la ley lo prescribe (art. 820); 6) pago o seguridad del pago en la tradición precedida de compraventa (art. 821).

- d) De las formas de “tradición” (arts. 822 a 826).
- e) De los efectos de la tradición (art. 827).
- f) De la “tradición” de las cosas incorpóreas (arts. 828 y 829).

El referido intento sistematizador era relativamente novedoso, si bien era posible observar que en él había influido de manera notoria el modelo de las *Instituciones de Justiniano*, en esta parte fieles a la exposición de Gayo, el cual, por lo demás, también había dejado sentir su peso en las *Siete Partidas* alfonsinas y, en menor medida, en la obra de Pothier.

Las *Instituciones de Justiniano* se ocupaban de la *traditio* en seis pasajes (2.1.40-45), que, si son sometidos a anatomía, ofrecen la siguiente “sistematización”:

- a) De la tradición en cuanto por ella se adquieren las cosas (2.1.40 i. pr. *res nobis acquiruntur*).
- b) De los “requisitos” de la tradición: 1) tradición realizada por el dueño (2.1.40); 2) de las causas de tradición (2.1.41 i. pr.); 3) de la tradición subsecuente a la compraventa (2.1.41 *in fine*); 4) de la voluntad del dueño o de su representante (2.1.42-43).
- c) De las “formas” de tradición (2.1.44-45).

El modelo de las *Instituciones de Justiniano* era bien conocido de Andrés Bello, sobre todo a través de las *Instituciones de Heinecio*, que fueron la base de sus propias *Instituciones de Derecho Romano*, en las cuales se apreciaba una sistematización de la tradición algo más alejada de la ordenación gayano-justiniana y más cercana a la adoptada en el *Proyecto* de 1853. En efecto, allí el tratamiento de materias era el siguiente⁸:

- a) Definición de la tradición como “modo de adquirir”.
- b) De las “especies” de tradición: “verdadera” o “figurada”.
- c) “Requisitos” para que “la tradición transfiera el dominio”: 1) “que la cosa no esté poseída por otro”; 2) “debe hacerse la entrega por alguna causa o título”; 3) quien “enajena la cosa debe tener facultad para hacerlo”; 4) “la causa o título debe ser lícito o traslativo de dominio”.
- d) De la “tradición” de las cosas incorpóreas.
- e) De la tradición precedida de compraventa.

En las *Siete Partidas*, de su lado, la sistematización de esta materia era más difícil de apreciar, supuesto que se trataba de ella en dos sedes diversas (3.28.46 y 47, y 3.30), pero, en todo caso, se conservaba una cierta estructura que remitía al modelo unitario gayano-justiniano:

- a) De la noción de “apoderamiento” (tradición) (Sp. 3.28.46i. pr.).

⁸ BELLO, Andrés, *Derecho Romano*, en *Obras completas*, Caracas, 1981, tomo XVII, pp. 55-56.

- b) De los “requisitos” de la tradición dominical: 1) causa de la tradición (“de-recha razón” Sp. 3.28.46); 2) hecha por el dueño o por alguien a su mandato (Sp. 3.28.46).
- c) De la tradición precedida de compraventa (Sp. 3.28.46 *in fine*).
- d) De las formas de tradición (Sp. 3.28.47) expresamente de la “*brevi manu*” y por “todas aquellas razones, o maneras, que pasa la tenencia de las cosas de los unos omes a los otros, maguer no sean apoderados corporalmente, segun dize en el Título que fabla de la manera en que puede ome ganar, o perder la tenencia de las cosas”. Dicho título era el 30 de la mima tercera *Partida*, en la que se trataba de la tradición “*per clavium*” (3.30.7), “*littera*” (3.30.8), “*constitutum*” (3.30.9).

Finalmente, la sistematización de Pothier en su *Traité du droit de domaine de propriété* era diversa de las anteriores, aunque siempre a la sombra de su modelo romano⁹:

- a) Qué sea la tradición, definida como “traslación de la posesión de una cosa” (nr. 194).
- b) De las “diferentes especies de tradición” (nrs. 195-217).
- c) “De las condiciones requeridas para hacer pasar el dominio a aquel a quien se hace la tradición”: 1) que sea hecha por el propietario o con la voluntad de él (nrs. 219-224); 2) que quien hace la tradición sea capaz de enajenar (nr. 225-227); 3) que la tradición se haga en virtud de un título verdadero o, al menos, putativo (nrs. 228-230); 4) el consentimiento de las partes (nrs. 231-238); 5) condición particular del pago o seguridad del pago en la tradición precedida de compraventa (nrs. 239-242).
- d) Del efecto de la tradición (nrs. 243-244).

La comparación de las fuentes referidas en el *Proyecto* de 1853, desde la perspectiva de la ordenación sistemática del contenido del título VI, permite extraer una serie de conclusiones en cuanto a la forma de trabajo del codificador, a las concepciones que estaban detrás de ellas, y al grado y sectores de influencia de cada una de las mismas en la disciplina dogmática de la tradición en el derecho civil chileno:

- a) Bello no seguía un modelo ordenador preexistente, sino que elaboraba uno propio sobre la base de todas las fuentes que tenía a la vista en esta *sedes materiae*, las que, a su vez, con mayor o menor lejanía, se hallaban influidas por el tratamiento gayano-justiniano.
- b) La apertura del título con una definición de la tradición dominical, es decir, en cuanto modo de adquirir el dominio, resultaba decisivamente influida por *Siete Partidas* 2.28.46, invocada expresamente como fuente del artículo 806, pero a la vez, como esta ley alfonsina tenía como fuente directa a las

⁹ POTHIER, Roberto José, *Oeuvres*, Paris, 1821, tomo x: *Traité du droit de domaine de propriété*, nr. 194-244, pp. 110 -137.

Instituciones 2.1.40, acababa siendo el modelo gayano-justiniano el que perduraba, naturalmente también coincidente con la ordenación que seguían las *Instituciones* del mismo Bello, fundadas en las de Heinecio. Aunque Pothier también inauguraba el tratamiento de la tradición con su definición, pero como ella era de naturaleza posesoria, su influencia resultaba sólo de lugar sistemático y no de carácter dogmático.

- c) La posición del segundo núcleo, que resultaba algo incoherente, dedicado al tratamiento de cuándo había de entenderse realizada la tradición por el dueño (art. 807), esto es, cuando la realizaba él mismo o por alguien autorizado por él o por la justicia, venía también determinada por *Siete Partidas* 2.28.47, invocada expresamente como fuente del citado artículo del *Proyecto*. Mientras que la disposición del artículo 808, que trataba de la tradición realizada por un no dueño que luego llegaba a serlo o por el representante de un no dueño, resultaba de haber sido arrastrada por Bello a tal posición debido a su propósito de sólo tratar de la tradición dominical y a su vinculación con el artículo precedente.
- d) De su lado, la posición del tercer núcleo dogmático tocante a los “requisitos” de la tradición dominical, también venía determinada por el modelo gayano-justiniano (*Inst.* 2.1.40-43) y por el de las *Siete Partidas* (3.28.46), que lo seguían. No asumía aquí Bello el modelo de sus *Instituciones*, en las que primero se ocupaba de las “especies” de tradición, supuesto que tal materia no debía resultarle coherente de ser tratada antes de precisar las condiciones requeridas para que hubiera tradición dominical y, por la misma razón, tampoco asumía en esto el modelo ordenador de Pothier.
- Por su parte, en la ordenación de los referidos requisitos también su modelo era personal, aunque se advertía la matriz de la ordenación de Pothier, modificada y complementada por las *Siete Partidas* y las mismas *Instituciones* de Bello.
- e) La posición del cuarto núcleo dogmático referido a las “formas” de tradición seguía el modelo de las *Instituciones* gayano-justinianas y, consecuentemente, el de las *Siete Partidas*, apartándose de la ordenación de las *Instituciones* de Bello y del *Traité* de Pothier.
- f) La posición del quinto y sexto núcleo, relativos a los efectos de la tradición sujeta a condición y a la de las cosas incorpóreas, tomaban el lugar de reglas finales de carácter singular, que no tenían precedentes en dicho lugar en las fuentes que Bello manejaba, si bien su contenido era tratado en diversos lugares, sobre todo por Pothier.

3.3. La tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio” en el Proyecto de 1853

Una vez incluida la tradición expresamente como un “modo de adquirir el dominio” en la enumeración del artículo 727 del *Proyecto* de 1853, Bello asumía

en el título VI del libro II la tarea de tratarla exclusivamente en cuanto tal, configurándola jurídicamente, en consecuencia, como una categoría claramente definida por el efecto que el derecho le reconocía.

Con la finalidad de cumplir el propósito anterior el codificador abrió el referido título “De la tradición” con una definición de ella entendida exclusivamente como “modo de adquirir el dominio”, tarea que no era nueva, pero de la cual se seguiría necesariamente la cuestión dogmática de determinar, ¿qué sucedería en aquellos casos en los cuales no se cumpliera con las exigencias o condiciones que ella debía tener en cuanto tal?, cuestión ésta que, más tarde, originaría en la civilística chilena la preocupación por desentrañar cuál era la “naturaleza jurídica” de la tradición.

3.3.1. La definición legal de la tradición dominical

El *Proyecto* de 1853, con una redacción y un contenido diversos del actual, se iniciaba en su artículo 806 con la siguiente definición: “La *tradición* es un modo de adquirir el dominio de las cosas corporales, i consiste en la entrega que una persona hace de ellas a otra, habiendo por una parte la intención de transferir el dominio, i por otra la intención de adquirirlo”¹⁰.

En el mismo *Proyecto* se anotaba como fuente de esta disposición a las *Siete Partidas* 3.28.46, tratándose en este caso de una fuente ideológica, mas no influyente en la redacción de la disposición.

El examen de la definición del *Proyecto* de 1853 es singularmente interesante para comprender los principios que gobiernan el sistema de la tradición en el *Código Civil* chileno. Por ello aquí se dará un lugar especial al análisis del referido concepto, desde la perspectiva de sus fuentes y de las orientaciones que en él se recogen.

a) *La tradición es un modo de adquirir el dominio*: la primera observación que sugiere este paso inicial del artículo 806 del *Proyecto* de 1853 es que Andrés Bello ha optado, simplemente, por el uso exclusivo de la voz técnica de la jurisprudencia romana ‘tradición’ para denominar al “modo de adquirir el dominio”, con lo cual se apartaba del uso frecuente en los autores de su tiempo que la utilizaban indistintamente junto a la palabra ‘entrega’, y que, obviamente, no ha revivido la anticuada voz alfonsina ‘apoderamiento’, que era la utilizada en las *Siete Partidas* para designar a la *traditio* romana.

Por otra parte, al definir Bello a la tradición por el género “modo de adquirir el dominio” se apartaba terminológica y dogmáticamente de la jurisprudencia clásica romana, pues ella no acuñó la expresión “*modus acquirendi*”, si bien fue elaborada sobre la base de una expresión de Gayo reci-

¹⁰ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 194.

da en las *Instituciones* de Justiniano¹¹, generalizada por los iusracionalistas, en el marco de una concepción del dominio en cuanto derecho. También se apartaba de la tradición de la jurisprudencia clásica romana, en cuanto para ésta lo que se adquiría era la cosa y no el dominio, supuesto que este último no era concebido como un *ius*.

Los juristas clásicos romanos propiamente se ocupaban “de la adquisición de las cosas en dominio”, es decir, de los actos que implicaban que una cosa fuera de alguien, y no “de la adquisición del dominio de las cosas”, pues esta última expresión habría indicado que el “dominio” era concebido como diverso de la “cosa misma”, lo que no era así, supuesto que él no cabía en la categoría de un “*ius in re*”.

Esta precisión es importante para los efectos de la “historia” de la tradición en cuanto modo de adquirir, supuesto que en las fuentes romanas clásicas ella se refería siempre a un hecho en virtud del cual se hacía “tradición de la cosa” (*traditio rei*) y no a una eventual “*traditio domini*”. Ello es lo que explica que la significación romana de la palabra *traditio* siempre hiciera referencia a un acto de traspaso de una *cosa corporal* de unas manos a otras, es decir, al “hecho de la entrega” (*factum tradendi*). Sobre la base de tal “hecho” concurría el derecho a atribuirle ciertos efectos: a) por lo general, eran simplemente posesorios (*possessio naturalis* = “mera tenencia”), muy conforme con la mera materialidad de la entrega; b) supuestas ciertas condiciones jurídicas, a la *traditio rei* podían atribuírsele efectos posesorios civiles (*possessio civilis*), que podían habilitar para adquirir la cosa por *usucapio*; c) finalmente, dadas otras condiciones, a la *traditio rei* podía reconocérsele un efecto dominical, es decir, la adquisición de la cosa en dominio.

Sólo cuando desde la época posclásica romana comenzó a imponerse una tendencia que consideraba al dominio como un *ius*, distinto de la misma cosa, era posible hablar de una “adquisición del dominio”; línea que más tarde se consolidaría al consagrarse la categoría de *ius in re*, dentro de la cual se situó al dominio, y que fue particularmente importante en la tradición iusracionalista.

Pero también Bello aquí seguía una línea metodológica diversa a la clásica romana, pues optaba por definir a la *traditio* exclusivamente cuando a ella se le reconocía un efecto dominical que, naturalmente, abrazaba también al posesorio.

La línea de definir a la tradición por su efecto dominical era una tendencia que podía apreciarse en los autores racionalistas, desde Grocio en ade-

¹¹ GAI, 2.97: “Videamus itaque nunc quibus modis per universitatem res nobis acquirantur”, cfr. *Instituciones*, 2.96. La expresión “modos” parece haberse generalizado en los autores iusracionalistas.

lante preocupados por la “adquisición” del dominio¹², en el amplio marco de su noción de propiedad de raíces escolásticas españolas¹³. Pero también la indicación expresa de las *Siete Partidas* 3.28.46 como fuente de este artículo determinaba una concepción de la tradición ligada exclusivamente a la adquisición del dominio, supuesto que tal ley alfonsina se ocupaba de ella bajo la voz “apoderamiento” desde una perspectiva dominical:

“Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera o cambiandolas, o por alguna otra derecha razon. E porende dezimos, que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que lo faga alguno por su mandado, que *passa el señorío de la cosa, a aquel a quien apoderasse della*”.

La redacción del paso inicial del citado artículo 806 del *Proyecto* de 1853, exactamente igual al actual 670 del *Código Civil*, es coincidente con la misma expresión que había empleado Bello en sus *Instituciones de Derecho Romano*, cuando escribía: “Pasamos ahora a *la tradición que es un modo de adquirir...*”¹⁴, como ya lo advirtiera Hanisch Espíndola en su día¹⁵, de manera que esta noción remitía a la tradición iusracionalista que Bello había bebido de Heinecio y que recibía en sus citadas *Instituciones*, la cual, por lo demás, podía leerse en un pasaje de Pothier, pues el autor francés escribía que la tradición era una “manera de adquirir el dominio”, “por la cual se hacía pasar el dominio de una cosa de una persona a otra”, y que ella “era llamada por los doctores: modo de adquirir el dominio derivativo”¹⁶.

b) *De las cosas corporales*: esta limitación a las cosas corporales era coincidente con la jurisprudencia clásica romana y su concepción de *traditio rei*¹⁷. Así ya

¹² Vide FEENSTRA, Robert, “Les origines du *dominium* d’après, Grotius et notamment dans son *Mare liberum*”, en *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*, 1, Madrid, 1996, pp. 179-190.

¹³ Vide GROSSI, Paolo, “La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica”, en *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1, *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, *Incontro di studio*, Firenze 16-19, Ottobre 1972, Atti a cura di Paolo Grossi, Milano, 1973, pp. 117-222.

¹⁴ BELLO (n. 8), tomo XVII, p. 55.

¹⁵ HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Santiago de Chile, 1981, p. 102.

¹⁶ POTHIER, (n. 9), nr. 193, p. 110: “Nous traiterons, dans celle-ci, d’une troisième manière d’acquérir le domaine, qui est la tradition, par laquelle on fait passer le domaine d’une chose d’une personne à une autre, et qui est appelée par les docteurs, *modus acquirendi domini derivativus*”.

¹⁷ Para Gayo era claro que las cosas incorpóreas no admitían tradición (GAI, 2.28: “Incorpóreas traditionem non recipere manifestum est” y él mismo en D. 41.1.43.1: “Incorpóreas res traditionem et usucapionem non recipere, manifestum est”).

la había recogido Bello en sus *Instituciones*, en las que advertía que: “Solamente son susceptibles de tradición las cosas corporales”¹⁸.

En todo caso, en el artículo 828 del *Proyecto* de 1853 se aclaraba que: “Las cosas incorporales no admiten tradición verdadera; pero hace las veces de tradición el ejercicio del derecho por una parte i la ciencia i paciencia de este ejercicio por la otra”¹⁹, criterio semejante al que se apreciaba en las ya referidas *Instituciones* de Bello: “En las incorporales hace veces de tradición la tolerancia del dueño y de aprehension o posesion el uso”²⁰.

- c) *I consiste en la entrega que una persona hace de ellas a otra*: esta expresión es clave para la comprensión del sistema seguido en el *Proyecto* de 1853 y para el debido entendimiento de las modificaciones que se hicieron por la Comisión Revisora hasta acabar con la versión definitiva del *Código Civil* promulgado y publicado.

La redacción de este pasaje de la definición recordaba la ya citada expresión de Pothier en el uso de la voz ‘persona’ y de la locución “hace a otra”: *La tradition est la translation que fait une personne à une autre*, pero más aún a la misma de Bello en sus *Instituciones*, pues en ella no sólo aparecían las expresiones “persona”, “a otra” sino la referencia a la “entrega”, porque inmediatamente después de haber anotado que la tradición era un modo de adquirir agregaba: “por el cual el dominio de una cosa pasa de una persona a otra siendo entregada por la primera”²¹.

El uso de la locución “una persona”, por la probable influencia de Pothier o por la definición del mismo Bello en sus *Instituciones*, y no “el dueño” en la noción del artículo 806 del *Proyecto* daba origen a que en ella misma resultara una cierta contradicción, pues parecía oponerse a su paso inicial que caracterizaba a la tradición como un “modo de adquirir el dominio”, supuesto que esa tal “persona” podía ser dueño de la cosa entregada o no serlo, de modo que en este último caso no podía generarse la adquisición del dominio. Así, la precitada definición acababa por abrazar también a la tradición de sólo efecto posesorio, acercándose entonces a la concepción que desarrollaba Pothier a propósito de la tradición, desde una perspectiva general posesoria.

Esta dificultad no aparecía en la definición que de la tradición ofrecía Bello en sus *Instituciones*; supuesto que, aunque en ella se hablaba de “persona” y no de “dueño”, al no haberse agregado a la expresión “modo de adquirir” el calificativo “el dominio”, podía incluir en su definición la consecuencia dominical precisamente mediante el efecto de “pasar” el “domi-

¹⁸ BELLO (n. 8), tomo XVII, p. 56.

¹⁹ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 199.

²⁰ BELLO (n. 8), tomo XVII, p. 56.

²¹ *Op. cit.*, p. 55.

nio” de una persona a otra: “La tradición es un modo de adquirir, por el cual el dominio de una cosa pasa de una persona a otra siendo entregada por la primera y aprehendida por la segunda”, de suerte tal, que esa “persona” que entregaba la cosa necesariamente había ser dueña de ella para que el dominio pasara a aquélla que la aprehendía.

En el uso de la voz ‘persona’ en la definición del artículo 806 se halla la razón para la inclusión de las reglas contenidas en los artículos 807 y 808 del *Proyecto*, antes del núcleo dogmático dirigido a reglar los requisitos de la tradición dominical, pues ellos precisaban cuándo se entendía que la cosa era entregada por el dueño o cuándo se “validaba” la tradición por la posterior adquisición del dominio de la cosa entregada por quien no era dueño en el momento de haberla entregado.

- d) *Habiendo por una parte la intención de transferir el dominio, i por otra la intención de adquirirlo*: esta frase, cuya lectura ha generado en la civilística chilena una serie de dificultades, debe entenderse en la línea dogmática trazada por Bello en cuanto a su propósito de solamente definir a la tradición dominical, y de diferenciar a la *entrega (factus tradendi)* en que ella consistía, de toda otra *entrega* no dominical, particularmente de la posesoria, que habilitaba para adquirir el dominio por “prescripción”.

No ha seguido aquí Bello literalmente el texto de las *Siete Partidas* (3.28.46), pues en la noción de tradición que se ofrecía en ellas no se incluía referencia alguna a la “intención de transferir el dominio” y a la “intención de adquirirlo”. Tampoco seguía la tendencia que se advertía en sus *Instituciones de Derecho Romano*, ya que en la noción de tradición que se recogía en ellas no se hacía referencia a la citada “intención”, sino que sólo se la definía por su efecto adquisitivo y por el acto que la generaba: la “entrega” y “aprehensión”²². Menos seguía el concepto de Pothier, pues el autor francés en su definición general de “tradición posesoria” no incluía el elemento de “intención”²³, que también faltaba en su noción restrictiva de “tradición dominical”²⁴.

La inclusión de esta “intención” de transferir y de adquirir el dominio en la definición del artículo 806, que no se encontraba en ninguna de las nociones de tradición presentes en las fuentes que manejaba el codificador chileno, obliga a plantearse las siguientes cuestiones: i) ¿De dónde se ha tomado este elemento?; ii) ¿Por qué se ha tomado?; iii) ¿Por qué no se ha mencionado al “título”, que sí aparecía en sus fuentes? y iv) ¿Hay alguna relación entre la citada “intención” y el “título”?

²² Vide texto referido en nota 21.

²³ POTHIER (n. 9), nr. 194, p. 110: “La tradition est la translation que fait une personne á une autre, de la possession d’une chose: *Traditio est possessionis datio*”.

²⁴ Vide texto referido en nota 16.

- i *¿De dónde se ha tomado el elemento de la intención?:* sin perjuicio de no hallarse una referencia a la “intención” o voluntad de transferir y de adquirir en la noción que daba Pothier de la tradición, es muy probable que haya sido otro pasaje de la obra del jurista francés el que haya influido sobre el codificador chileno.

En efecto, cuando Pothier trataba de la tradición dominical incluía como cuarto requisito para que ella transfiriera la propiedad “el consentimiento de las partes”²⁵, y al referirse a él escribía que:

“Es necesario el consentimiento de las partes para que la tradición de una cosa transfiera la propiedad a aquel a quien se ha hecho, es decir, es menester que el propietario de la cosa que la hace, o por orden de quien se hace la tradición a alguien, tenga la voluntad de transferir la propiedad, y que aquel que la recibe tenga la voluntad de adquirir”²⁶.

Quizá Bello ha resultado influido en la redacción de su concepto por Pothier. Tal influencia es la que introducía una dificultad dogmática en la concepción del codificador chileno, pues debe recordarse que el autor francés partía de la base de un concepto general de tradición de naturaleza posesoria, y que la línea dogmática del *Proyecto* de 1853 era sólo dominical.

- 24 ii *¿Por qué se ha incluido esta referencia a la “intención”?:* con seguridad, Bello, fiel a su propósito dogmático de definir exclusivamente a la tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio”, diferenciándola de las demás tradiciones no dominicales, ha debido incluir en su definición el elemento de calificación jurídica de la entrega (*factum tradendi - traditio rei*) que la volvía dominical. Dicho elemento de calificación jurídica era, a juicio del codificador, la “intención de transferir el dominio” y la “intención de adquirirlo”.

Así debía leerse, entonces, que se adquiría el dominio cuando la entrega de una cosa que se hacía por una persona a otra, lo era porque había (*habiendo*) en la primera “intención de transferir el dominio” y en la segunda “intención de adquirirlo”. Nada decía tal frase respecto del momento en el cual dichas intenciones debían haber concordado, sino solamente que la entrega debía hacerse porque las había.

- iii *¿Por qué no se ha mencionado al “título”, que sí aparecía en sus fuentes?:* en la noción de tradición que se contenía en *Siete Partidas* (3.26.48), fuente ex-

²⁵ POTHIER (n. 9), nr. 218, p. 121: “...4º Il faut enfin le consentement des parties”.

²⁶ *Op. cit.*, nr. 231, p. 128: “Le consentement des parties est nécessaire pour que la tradition d’une chose en transfère la propriété à celui à qui elle est faite; c’est-à-dire qu’il faut que le propriétaire de la chose qui en fait, ou par l’ordre duquel s’en fait la tradition à quelqu’un, ait la volonté de l’acquérir”.

presa de la citada definición del artículo 806, sí aparecía una referencia expresa a la necesidad de una *iusta causa traditionis* o título: “Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera o cambiandolas, o por alguna otra derecha razon”, ideas que Gregorio López en su glosa compendiaaba con la frase: “Se adquiere el dominio por la tradición de la cosa en virtud de título hábil” (*acquiritur dominium traditione rei ex titulo habil*).

Bello, probablemente, ha optado por no mencionar al “título” en su definición de tradición dominical porque debió considerar que si lo hacía su concepto acabaría también comprendiendo a la tradición de sólo efecto posesorio, pues ella también requería de un título. De modo que debió parecerle que no era el título, considerado como categoría jurídica, el elemento diferenciador entre una tradición “modo de adquirir el dominio” y una tradición “posesoria”, supuesto que, precisamente, al tratar de esta última se contenía la regla del inciso segundo del artículo 835 en relación con las exigencias de la posesión *civil*: “Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición”.

¿Si no era en el título, dónde se hallaba, pues, la diferencia entre la tradición dominical y la posesoria? Era el mismo Bello el que daba la respuesta al ocuparse de esta última en el artículo 835 del *Proyecto* de 1853: “Para que la tradición produzca la posesión civil no es necesario el dominio del tradente, con tal que posea a lo menos naturalmente”.

Era, entonces, la calidad de dueño del tradente el criterio que permitía diferenciar a una tradición de otra. Pero, curiosamente, en la definición del artículo 806 no se indicaba que fuera el “dueño”, sino una “persona”, quien debía hacer la tradición, lo cual representaba una inconsistencia dogmática. Quizá debió resultarle coherente con su línea dogmática el expresar dicha exigencia bajo la frase “habiendo por una parte la intención de transferir el dominio”, supuesto que sólo puede “transferirse” lo que se tiene, es decir, sólo puede transferir el dominio el dueño.

La utilización de la voz ‘persona’ en vez de ‘dueño’, no sólo podía deberse a la influencia de sus fuentes, como quedara dicho, sino, también, a la necesidad de diferenciar a la “tradición dominical” de la tradición de simple efecto de “mera tenencia”, pues ella bien podía ser realizada por el “dueño”. Aquí, nuevamente, cobraba importancia la exigencia de la “intención de transferir el dominio”, pues, aunque el dueño la hiciera (como en una entrega en alquiler) era claro que no había “intención de transferir el dominio”.

iv ¿Hay alguna relación entre la citada “intención” y el “título”? hasta aquí ha quedado claro que en la definición del artículo 806 se exige una “intención de transferir el dominio” y una “intención de adquirirlo”, pero nada se decía en cuánto a dónde debían constar tales intenciones. Es decir, si

tal “acuerdo de voluntades” era el del título preexistente o si era un “acuerdo específico de voluntades” en el hecho de la entrega.

En otras palabras, era claro que en la tradición dominical se adquiría el dominio ya que la entrega se hacía porque había (*habiendo*) intención de transferir y de adquirir, pero: ¿por qué había una tal intención en la entrega dominical? La guía para encontrar una posible respuesta a la pregunta anterior, fundada en las fuentes y no en mera especulación, la ofrecía el mismo Bello en su *Derecho Romano*. Veamos.

Queda dicho que Bello en sus *Instituciones de Derecho Romano* no incluía una referencia a la “intención” en su noción de tradición, pues la definía solamente por su efecto adquisitivo y por el acto que la generaba: la entrega y aprehensión²⁷, y tampoco mencionaba a la “causa” o “título” en ella. Esta última ausencia se explicaba porque, inmediatamente a continuación de la definición de tradición, se ocupaba de sus requisitos: “En segundo lugar debe hacerse la entrega por alguna causa o título”²⁸.

El citado pasaje es particularmente sugerente porque en la edición de 1843 del *Derecho Romano* de Bello se advertía una modificación que tocaba de modo directo a la conexión entre la “intención” y el “título” o “causa” de la entrega. La redacción de 1843 decía: “En segundo lugar debe hacerse la entrega *con voluntad del dueño, lo cual supone que tiene la cosa por suya, y que la entrega por alguna causa o título*”²⁹.

De esta nueva redacción se seguía que el elemento de voluntad del dueño se refería al acto material de la entrega (*factus tradendi*), y que esa voluntad en la entrega implicaba que la cosa era suya y que de hecho la entregaba (*factus tradendi*) porque existía “una causa o título”. Es decir, era la existencia de una causa o título lo que dirigía a que el dueño entregare la cosa de su voluntad y como suya.

En el pasaje de 1843 se ligaba expresamente la voluntad del dueño al hecho de la entrega de la cosa, la cual venía predeterminada por la existencia de un título. De tal manera, que si era la “intención de transferir el dominio” la que calificaba jurídicamente a la tradición como “modo de adquirir el dominio” ella se presentaba, precisamente, porque existía un “título” o una “causa” precedente de carácter “traslativo”, y tal “intención” no era diversa de la expresada en él.

3.3.2. La cuestión de la “validez” de la tradición dominical

La definición del artículo 806 del *Proyecto* de 1853, referida exclusivamente a la tradición dominical, la incluía en la categoría jurídica de “modo de adquirir el

²⁷ *Vide* texto referido en nota 21.

²⁸ BELLO (n. 8), tomo XVII, p. 56.

²⁹ *Op. cit.*, p. 56, nota 1. Se ha destacado en cursiva la innovación.

dominio”, y con ello el codificador le confería una naturaleza jurídica que la diferenciaba de la tradición entendida como simple hecho de la entrega (*factus tradendi*), supuesto que se constituía en una entrega calificada por el derecho, en función del efecto dominical que le era reconocido.

Supuesto lo anterior debía plantearse al codificador la cuestión de decidir qué ocurriría en aquellos casos en los cuales faltare alguno de los elementos definitorios de la tradición dominical. Naturalmente la única respuesta posible era que una tal “tradición” no produciría el efecto adquisitivo del dominio, pero, sin perjuicio de ello, se generaba una cuestión de coherencia lógica y dogmática respecto de la forma técnica de expresar esta no producción de efecto dominical, dependiendo de qué categorías jurídicas se prefirieran:

a) *Para que la tradición sea válida.* Si ahora la tradición era jurídicamente calificada como un “modo de adquirir el dominio” que tenía en su base a una entrega (*factus tradendi*) especificada por la “intención de transferir el dominio” y por la “intención de adquirirlo”, la ausencia de sus elementos constitutivos debía excluir el efecto dominical y, en rigor, también un eventual efecto posesorio. Pues si se reconocía que ante la ausencia de dichos elementos la tradición podía generar, en ciertos casos, la posesión en quien recibía la cosa se contradecía la restrictiva definición de la tradición solamente dominical contenida en el mismo artículo 806, y se seguía la noción de tradición posesoria característica del derecho romano y de la tradición jurídica del derecho común y castellano-indiano.

27

La citada oposición debió representársele al codificador y, frente a ella, la exigencia de una “intención” de transferir el dominio y de otra de adquirirlo en la tradición dominical debió moverle a establecer una natural cercanía y proximidad dogmática entre ella y la exigencia de un “consentimiento” en los contratos. En efecto, el “consentimiento” era tratado en el mismo *Proyecto* de 1853 como uno “de los requisitos esenciales para el valor de todo contrato”. Dicho consentimiento debía ser “válido”, tal cual lo declaraba su artículo 1.626: “Todo contrato supone el consentimiento de las partes; i para que este consentimiento sea *válido*, es necesario:...”, de manera que si no se cumplía con tales requisitos el contrato era nulo, como lo prescribía el artículo 1.863 del *Proyecto*: “Es nulo todo contrato a que falte alguno de los requisitos que la lei prescribe para el valor del mismo contrato, según su especie, calidad o estado de los contratantes”.

Sobre la base de lo anterior debió parecerle al codificador que la falta de los elementos necesarios para que se configurara la tradición exclusivamente dominical la privaba de validez, palabra esta última que en el *Proyecto* de 1853 aparecía utilizada siempre en directa relación con la nulidad (cfr. artículos 1.645, 1.646, 1.652, 1.865). Así, entonces, se explicarían las referencias a la “validez de la tradición” contenidas en varios de los artículos del referido *Proyecto*: artículo 808 (“La tradición que al principio fue inváli-

da...”), artículo 813 (“Una tradición que en su origen fue inválida...”), artículo 814 (“La tradición, para que sea válida, requiere...”), artículo 815 (“Para que valga la tradición...”), artículo 818 (“El error en el título invalida la tradición...”), artículo 819 (“Si la tradición se hace por medio de procuradores o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición”).

La lectura e interpretación anterior se ve reafirmada porque en el *Proyecto* de 1853, Bello, consciente de su propósito de sólo definir en el artículo 806 a la tradición dominical y de reglarla exclusivamente, no dio ningún espacio en los siguientes artículos del título “De la tradición” a aquella de solos efectos posesorios y que podía servir de base a la adquisición del dominio mediante prescripción, aunque no deja de resultar digno de nota que en el artículo 727 del *Proyecto*, al enumerarse a los modos de adquirir el dominio, se incluyera a “la posesión de largo tiempo o prescripción”, sin que al tratar de la prescripción se mencionara siquiera a la tradición posesoria (cfr. artículo 2.687).

b) *Para que la tradición transfiera el dominio.* Sin perjuicio de la tendencia dogmática anterior, el codificador podía optar también por señalar que si no se cumplían las condiciones sentadas en la definición de la tradición dominical contenida en el artículo 806, ella no era “inválida”, sino que simplemente “no transfería el dominio”.

28

Una decisión como ésta se situaba en la línea del derecho romano y de toda la tradición del derecho común y castellano-indiano, que partía del supuesto conforme al cual la tradición era genéricamente un modo de adquirir la posesión y, en forma eventual, de adquirir las cosas en dominio; de guisa que si la tradición no generaba el dominio sí podía producir la posesión, que era, por lo demás, la posición que seguía Pothier según se ha dejado escrito líneas arriba. Esta opción era claramente contradictoria con el propósito de Bello de sólo reglar en el título VI del libro II a la tradición dominical y, por ende, contradecía a la misma definición inaugural de él contenida en el artículo 806.

A pesar de la incoherencia que representaba la adopción del giro “para que la tradición transfiera el dominio” el codificador también acudió a él en el *Proyecto* de 1853, pues en este caso pesó más la influencia de Pothier, fuente expresa en esta materia de su articulado.

En efecto, después de haberse definido a la tradición dominical en el artículo 806, y precisado en el artículo 807 cuando se entendía entregada la cosa por el dueño y en el artículo 808 cuando se validaba la tradición no realizada por el dueño, destinaba Bello los doce artículos siguientes (809 a 821) a tratar de los “requisitos” que debía “tener” la tradición “para que por ella se efectúe la traslación del dominio”; cuestión ésta en la que tomaba como base a Pothier, generándose con ello una dificultad dogmática, tras la cual se escondía también una dificultad semántica.

Aparecía así una diferencia dogmática entre el tratamiento que Bello hacía de la tradición y el de Pothier, pues mientras aquél lo reducía a una concepción dominical, éste la entendía como de efecto posesorio. En efecto, el autor francés organizaba el tratamiento de la posesión sobre la base de su concepto rector de la tradición de carácter posesorio³⁰, tratando inmediatamente de las “distintas especies de tradición”, es decir, de las maneras por las cuales se producía la citada “traslación de la posesión de una cosa”, ocupándose de “la tradición real”, de “la tradición simbólica”, de “la tradición *longa manu*”, de “la tradición *brevi manu*”, del “*constitutum*” y de la tradición de las cosas incorporales. Sólo una vez explicadas estas especies de “tradición” se ocupaba Pothier “De las condiciones requeridas para que la tradición transfiera la propiedad”³¹, y enumeraba cuatro condiciones.

Cuando Bello, en los artículos 809 a 821 del *Proyecto* de 1853 sigue a Pothier en sus párrafos sobre “Las condiciones para que la tradición transfiera la propiedad” surge el problema semántico, porque cuando el jurista galo utilizaba la voz *tradition* lo hacía en su denotación originalmente posesoria, mientras que el codificador chileno la había definido como dominical y, decidido a sólo tratarla en cuanto tal, no se representaba que al tomar algunas expresiones de Pothier la palabra ‘tradición’ perdía su significado estrictamente dominical y asumía el más amplio de carácter posesorio.

1. En el artículo 809 del *Proyecto* se señalaba: “La tradición, para que por ella se efectúe la traslación del dominio, debe tener los requisitos que la lei prescribe”. Aquí la voz ‘tradición’ no podía entenderse en su significación legalmente definida en el artículo 806, pues la propia regla del artículo 809 suponía que podía haber una tradición en virtud de la cual no “se efectúe la traslación del dominio”, precisamente aquélla que no tuviera “los requisitos que la lei prescribe”. Se estaba, entonces, utilizando la palabra ‘tradición’ en su denotación de “traslación posesoria”, es decir, en el uso coherente con la concepción de Pothier, pero opuesto al propósito del codificador chileno, quien, para obviar esta diferencia semántica debió haber recurrido a una redacción como la siguiente: “La tradición debe cumplir los requisitos que la ley prescribe”.

Sin duda alguna, no sólo influyó en esta deficiencia semántica del codificador el modelo de Pothier sino, también, el uso habitual de la palabra ‘tradición’ en el lenguaje jurídico castellano, indiano y nacional en el momento de elaborar el *Código Civil*.

2. El artículo 810 del *Proyecto* de 1853 rezaba: “El primer requisito de la tradición, para que transfiera el dominio, es que sea ejecutada por volun-

³⁰ Vide nota 23, cfr. POTHIER (n. 9), nr. 214, p. 110: “... la tradition n’étant autre chose qu’une translation de possession”.

³¹ POTHIER (n. 9), Article II: “Des conditions requises pour que la tradition transfère la propriété”, p. 121.

tad del que tiene facultad de enajenarla, como dueño o como representante legal o judicial del dueño”.

Caben aquí las mismas observaciones hechas a propósito del artículo anterior; pues es claro que la palabra ‘tradición’ no está aquí empleada en su definición legal de efectos dominicales, sino como “traspaso de posesión”, es decir, en el sentido de Pothier; quien, precisamente escribía que había cuatro condiciones cuyo concurso era necesario para que la tradición de una cosa que se hacía alguien le transfiriera la propiedad a él o a aquél a cuyo nombre era recibida; de las cuales la primera era “que aquel que hace a alguien la tradición de una cosa sea el propietario, o la haga con el consentimiento del propietario”³².

3. El artículo 811 complementaba a la disposición anterior al ocuparse de los supuestos en los cuales la tradición era realizada por un mandatario o representante legal o judicial del dueño: “Para que se transfiera el dominio en virtud de la tradición ejecutada por el mandatario o por el representante legal o judicial del dueño es necesario que la enajenación no salga de los límites del mandato, o de la autorización legal o judicial”.

Al igual que en los casos anteriores la voz ‘tradición’ en la precitada disposición no podía leerse en su significación exclusivamente dominical, supuesto que su misma redacción denotaba que ella la presuponía empleada en un sentido amplio, porque debía precisar las condiciones que se requerían para que ella transfiriera el dominio, de lo cual se seguía que si no se cumplía con las condiciones fijadas la tradición no transfería el dominio. Ésta era la precisa forma en la que el mismo Bello entendía este artículo, pues en nota a él lo explicaba de la siguiente manera: “Así el tutor o curador que en calidad de tal vende un fundo sin previo decreto judicial, i el que subastando la cosa, en virtud de sentencia judicial omite las formalidades que requiere la lei para la venta en subasta, *no transfieren el dominio*”³³.

El referido sentido y entendimiento del artículo 811 se afirmaban, además, en que la fuente de él era el *Traité de la propriété* de Pothier, citado en sus números 222 y 225 por el codificador³⁴. Es decir, nuevamente no se

³² POTHIER (n. 9), nr. 218, p. 121: “Nous remarquons quatre conditions dont le concours est nécessaire pour que la tradition qu’on fait à quelqu’un d’une chose lui en transfère la propriété, ou à celui au nom duquel il la reçoit. Il faut, 1^o que celui qui fait la tradition d’une chose en soit le propriétaire, ou la fasse du consentement du propriétaire”.

³³ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 195, nota art. 811.

³⁴ POTHIER (n. 9), nr. 222, p. 123: “La tradition d’une chose est censée faite par le propriétaire, et transfère la propriété de la chose à celui à qui elle est faite, non seulement lorsqu’elle est faite par le propriétaire lui-même, mais lorsqu’elle est faite, en son nom, par quelqu’un qui a qualité pour cela. Par exemple, lorsque le tuteur d’un mineur, ou le curateur, des choses mobilières appartenantes au mineur ou à l’interdit, vend, en sa qualité, la tradition aux acheteurs, c’est le

había reparado en que para el autor galo la palabra ‘tradición’ tenía un sentido posesorio y no exclusivamente dominical, cuyo traslado al proyecto del *Código Civil* era incoherente con una pretensión de sólo tratar de la tradición dominical.

4. El inciso primero del artículo 812 del *Proyecto* de 1853 complementaba la regla de la disposición precedente desde la perspectiva de quien recibía la cosa: “De la misma manera, aquel a quien por la tradición se transfiere el dominio puede ser presentado en ella o por su mandatario o por su tutor, curador u otro representante legal”.

En este caso, dado los términos de la disposición: “aquel a quien por la tradición se transfiere el dominio”, la voz ‘tradición’ sí que se correspondía con la pretensión del codificador de haberla definido sólo como tradición dominical en el artículo 806 del *Proyecto*.

Así, entonces, en el *Proyecto* de 1853 se estaba en presencia de una inconsecuencia dogmática que, además, generaba una incoherencia semántica, supuesto que el propósito del codificador de tratar sólo de la tradición dominical se veía frustrado por haber seguido la sistematización de Pothier, en la cual la tradición era entendida en su amplia esfera posesoria.

3.4. La “tradición posesoria” o *A non domino* en el *Proyecto de 1853*

La coherencia de Bello en cuanto a sólo tratar de la tradición dominical en el título VI del libro II del *Proyecto* de 1853 fue sistemáticamente absoluta, porque, consciente de su propósito de sólo definir en el artículo 806 a la tradición dominical, no dio ningún espacio en los siguientes artículos del título “De la tra-

mineur ou l’interdit propriétaire des choses vendues, qui est censé en avoir fait la tradition par le ministère de son tuteur ou curateur; en conséquence, cette tradition en a transféré la propriété aux acheteurs. C’est le cas de cette maxime, *Le fait du tuteur est le fait du mineur*. Mais si le tuteur ou curateur avoit vendu en son nom de tuteur ou de curateur, sans décret du juge, un héritage du mineur ou de l’interdit, la tradition qu’il en feroit audit nom, ne seroit pas censée faite par le mineur ou l’interdit, et ne transféreroit pas la propriété de l’héritage à l’acheteur; car le fait du tuteur n’est censé celui du mineur que dans les choses qui n’excèdent pas le pouvoir du tuteur; mais l’alienation des immeubles du mineur ou de l’interdit est une chose qui excède le pouvoir d’un tuteur ou d’un curateur”. La referencia al nr. 225 debe ser un error, pues ha de tratarse de una remisión al nr. 223, p. 124: “On a fait la question de savoir si, vous ayant donné une chose pour la donner en mon nom à quelqu’un, la tradition que vous lui en avez faite, non en mon nom, mais au vôtre, lui a transféré la propriété. Jabolenus décide que, suivant la subtilité du droit, elle ne l’a pas transférée, la tradition n’ayant pas été faite par le propriétaire de la chose, puisqu’elle n’a pas été faite en mon nom, et que j’en étois le propriétaire; car j’ai bien voulu qu’on la donnât et qu’on en fit la tradition en mon nom, mais je n’ai pas consenti à la tradition que vous avez faite en votre nom. Néanmoins ce jurisconsulte ajoute que, suivant l’équité, je ne dois pas être reçu à revendiquer la chose sur celui à qui la tradition en a été faite, ayant eu la volonté de la lui donner”.

dición” a aquella de solos efectos posesorios y que podía servir de base a la adquisición del dominio mediante prescripción.

Ya se advirtió que no deja de resultar significativo que en el artículo 727 del *Proyecto* de 1853, al enumerarse a los modos de adquirir el dominio se incluyera a “la posesión de largo tiempo o prescripción”, sin que al tratar de la prescripción se mencionara siquiera a la tradición posesoria (cfr. artículo 2.687).

La regulación, entonces, de la “tradición posesoria” en el *Proyecto* de 1853 no cabía dentro de su título VI, supuesto que ella no era un “modo de adquirir el dominio”, sino un “modo de adquirir la posesión”. Luego, su sede dogmáticamente lógica era la tocante a la posesión, y así, precisamente, en el título VII “De la posesión” se la reglaba de manera expresa.

En efecto, el artículo 835 del *Proyecto* decía: “Se llama posesión *civil*, la que procede de justo título i es acompañada de buena fe. Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición”, aquí, entonces, aparecía la “tradición posesoria” que, como quedara dicho, no se diferenciaba de la dominical por la presencia o ausencia de “título”.

La precisión dogmática de la “tradición posesoria” se contenía en el artículo 841 del *Proyecto* de 1853: “Para que la tradición produzca la posesión civil, no es necesario el dominio del tradente, con tal que posea, a lo menos naturalmente, pero se requieren todas las otras condiciones expresadas en el título precedente”.

32 Quedaba, entonces, clara y armónicamente diferenciada de la tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio” por el hecho de que en esta última quien entregaba la cosa debía ser el dueño, si bien se mantenía la inconsistencia respecto del uso de la voz ‘persona’ en la definición de la tradición dominical contenida en el artículo 806.

4. UNA RESISTEMATIZACIÓN: EL *PROYECTO* “INÉDITO”

La revisión del *Proyecto* de 1853 por la Comisión significó, en sede de tradición, introducir una serie de innovaciones sistemáticas y también de contenido; cuya línea dogmática básica estuvo constituida por estrechar la noción de tradición del título VI del libro II a una concepción de acuerdo con la cual ella sólo podía operar como un modo de adquirir el dominio u otros derechos.

4.1. Una nueva definición de tradición dominical

La enunciada contradicción contenida en la definición del artículo 806 del *Proyecto* de 1853, en cuanto se refería a la tradición como “modo de adquirir el dominio”, si bien no definía propiamente a la tradición dominical, por no señalar que la entrega debía ser realizada por el dueño, debió hacerse patente en la Comisión

Revisora. Por ello en el llamado *Proyecto Inédito* se incluyó la referencia expresa al dueño, al señalarse que: “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, i consiste en la entrega que *el dueño* hace de ellas a *otra*, habiendo por una parte la intencion de transferir el dominio, i por otra la intencion de adquirirlo”³⁵.

Nuevamente el examen de esta definición en relación con la precedente del *Proyecto* de 1853 es clave para comprender la línea dogmática que adoptaba el codificador.

- a) *La tradición es un modo de adquirir el dominio*: este paso inicial de la definición permanecía inalterado, y por ello valen respecto de él las observaciones que quedan apuntadas al tratar del *Proyecto* de 1853, sólo que ahora este carácter dominical de la tradición se veía coherentemente reafirmado mediante la substitución de la voz ‘persona’ por la de ‘dueño’.
- b) *De las cosas*: en el *Proyecto Inédito*, y así en el actual *Código Civil*, se suprimió la expresión “corporales” en la definición del artículo 806 (hoy 670) y se eliminó el artículo 828 del *Proyecto*, que se ocupaba en declarar que: “Las cosas incorpóreas no admiten tradición verdadera”, si bien hacía “las veces de tradición” el ejercicio del derecho por una parte y la ciencia y paciencia de tal ejercicio por otra.

Esta alteración significaba extender el ámbito de aplicación de la tradición al dominio de las cosas incorpóreas, lo que debió parecer coherente con la regla contenida en el artículo 688 del *Proyecto Inédito* que declaraba que: “Sobre las cosas incorpóreas hai también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”³⁶, supuesto que si la tradición era un “modo de adquirir el dominio” (“que se llama también propiedad” según rezaba el artículo 686) debía parecer lógico que por la tradición también se operara la adquisición de él sobre las cosas incorpóreas.

El razonamiento anterior es el que explicaba también la inclusión de un inciso segundo en el referido artículo 806 del *Proyecto Inédito*, cuyo texto era el siguiente: “Lo que se dice del dominio, se extiende a la propiedad de las cosas incorpóreas”.

La regla parecería indicar que lo que se adquiriría por la tradición era “el dominio sobre las cosas incorpóreas” y no que se adquirieran las cosas incorpóreas por tradición. Así lo que podría transferirse por tradición sería la propiedad sobre el derecho de usufructo, sin que se siguiera que la tradición fuera un modo de constituir o “transferir” el usufructo. Pero el artículo 826 del mismo *Proyecto* reglaba la tradición del derecho de usufructo y de otros: “Se efectuará la tradición de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la

³⁵ BELLO (n. 6), tomo V, p. 208.

³⁶ *Op. cit.*, p. 188.

tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo, i del derecho de hipoteca especial”.

- c) *I consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro*: el mantenimiento de la línea dogmática de definir de manera exclusiva a la tradición dominical llevó a que en la Comisión Revisora se substituyera la expresión “que una persona hace de ellas a otra” por la referencia expresa a que dicha entrega era la “que el dueño hace de ellas a otro”, con lo cual se establecía, además, una plena armonía con la tradición mediante la cual se cumplía una obligación de “transferir la propiedad”, al tenor de lo que prescribía el inciso primero del artículo 1.756 del *Proyecto Inédito*: “El pago en que se debe transferir la propiedad, no es válido sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño”.

Se indicaba ahora como fuente a Pothier en su tratado *De la propriété* (nr. 194), pero la referencia al jurista francés no tenía relación con esta modificación, pues, como se ha advertido, definía a la tradición en cuanto “traslación de la posesión de una cosa que hace una persona a otra”, y no la vinculaba al dueño, precisamente porque la entendía como acto de efectos posesorios³⁷. Tampoco se hallaba la noción de dueño en el concepto restrictivo que daba Pothier de la “tradición dominical”, pues el autor francés escribía que la tradición era una “manera de adquirir el dominio”, “por la cual se hacía pasar el dominio de una cosa de una persona a otra”, y que ella “era llamada por los doctores: modo de adquirir el dominio derivativo”³⁸.

Con esta modificación introducida en el artículo 806 se excluía directamente que quedara cubierta por la definición legal de la tradición como “modo de adquirir el dominio” la tradición de solo efecto posesorio, es decir, la *traditio a non domino*. Lograba así el codificador su propósito de únicamente definir, para los efectos de la adquisición del dominio, a la tradición dominical.

Cobraba aquí, además, un nuevo sentido la relación entre la “intención de transferir” en el dueño y la “causa” o “título”, tal cual como aparecía expresada en el pensamiento de Bello recibido en la edición de 1843 de su *Derecho Romano*. En efecto, si la tradición dominical era sólo aquella en la que intervenía el dueño, era éste quien debía realizar la entrega de modo voluntario de la cosa como suya por alguna causa o título, que era la que determinaba su “intención de transferir el dominio”.

También, era ahora esta “intención de transferir”, predeterminada por el título, la que permitía diferenciar a la tradición dominical realizada por el

³⁷ POTHIER (n. 9), nr. 194, p. 110: “La tradition est la translation que fait une personne à un autre, de la possession d’une chose: *Traditio est possessionis datio*”.

³⁸ *Op. cit.*, nr. 193, p. 110: “Nous traiterons, dans celle-ci, d’une troisième manière d’acquérir le domaine, qui est la tradition, par laquelle on fait passer le domaine d’une chose d’une personne à une autre, et qui est appelée par les docteurs, *modus acquirendi domini derivativus*”.

dueño, de la entrega de sólo efecto de mera tenencia que el dueño hiciera de una cosa suya “sin la citada intención”, precisamente, porque no había “título”.

Como consecuencia de la citada alteración, hubo de introducirse una serie de adecuaciones dogmáticas en varios artículos del *Proyecto Inédito*, consiguiéndose una mayor armonía y coherencia en el tratamiento de una tradición exclusivamente dominical.

El artículo 807 sufrió una serie de alteraciones, entre ellas la primera fue la inclusión de un nuevo inciso primero (actual 671 inc. 1º) que, desde una perspectiva exclusivamente dominical, definía al *tradente* y al *adquirente*, categorías éstas que no aparecían en el *Proyecto* de 1853 en ninguno de sus artículos: “Se llama *tradente* la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre, i *adquirente* la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre”.

Estas definiciones legales eran plenamente coherentes con la nueva definición del artículo 806 del *Proyecto Inédito*, de manera que en este inciso la voz ‘tradición’ aparece empleada en las dos ocasiones con sentido dominical. Ahora se recurría a estas nuevas palabras técnicas en otras de sus disposiciones en plena armonía con su concepción sólo dominical.

Definidos así dominicalmente el *tradente* y el *adquirente*, los tres incisos siguientes del artículo 807 del *Proyecto Inédito* precisaban sus nociones mediante la aplicación a ellos de principios generales:

1. Se entiende que actúan por el *tradente* o *adquirente* sus mandatarios o representantes legales: es lo que se disponía en el inciso segundo del artículo 807: “Pueden entregar i recibir a nombre del dueño sus mandatarios, sus representantes legales, i a nombre de las personas jurídicas, sus síndicos o personeros”, en relación con su inciso final: “La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por o a los respectivos mandantes”.

Esta regla no era más que la *concreción* de un principio general ya consagrado en el *Proyecto Inédito*: a) artículo 1.628a: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la lei para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”; b) artículo 2.300: “El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo”; c) artículo 650: “Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, obligan personalmente al representante”.

2. El inciso tercero del artículo 807 precisaba que: “En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial, a petición de un acreedor, en pública

subasta, la persona cuyo dominio se transfiera es el tradente, i el juez su representante legal”.

- d) *Habiendo por una parte la intencion de transferir el dominio, i por otra la intencion de adquirirlo*: este paso final de la definición contenida en el inciso ahora primero del artículo 806 del *Proyecto Inédito* correspondía exactamente al del *Proyecto* de 1853, de modo que las observaciones que se hicieron a su respecto valen también para éste.

En todo caso, ahora esta exigencia adoptaba un nuevo sentido al quedar directamente vinculada con la palabra ‘dueño’, supuesto que sólo éste podía realmente tener “la intención de transferir el dominio” mediante la “entrega”, teniendo la cosa como suya y entregándola por una “causa” o “título”. Ello era imposible, entonces, en el caso de la “tradición posesoria”, no porque faltare “causa” o “título”, sino porque era imposible que tuviera “la cosa por suya”.

4.2. La cuestión de la “validez” de la tradición

Como directa consecuencia de la precisión introducida en la definición de la tradición dominical contenida en el artículo 806 del *Proyecto Inédito*, se operó un proceso de adecuación dogmática al tratamiento de las condiciones requeridas para que se estuviera en presencia de una tradición dominical; lo que significó, en líneas generales, un apartamiento de la sistematización y lenguaje de Pothier que se habían seguido tan de cerca en el *Proyecto* de 1853, si bien no fue tan profundo como para eliminar todas las incoherencias dogmáticas y semánticas derivadas de la oposición entre la concepción dominical adoptada por el codificador chileno y la posesoria del jurista francés.

El alejamiento de la doctrina de Pothier se concretó en dos grandes ámbitos a saber: a) se eliminó toda indicación expresa a “los requisitos de la tradición” y b) se suprimió toda referencia a las condiciones o requisitos exigidos para que “la tradición transfiera el dominio”.

El abandono de una sistematización fundada en los “requisitos para que la tradición transfiera el dominio” superaba la inconsecuencia que ella envolvía, en cuanto a que tal expresión era propia de una línea dogmática fundada en una noción posesoria de la tradición y que, por ende, abrazaba junto a su efecto dominical el más amplio de carácter posesorio. De este modo, la cuestión de la falta o ausencia de los elementos definatorios de la tradición dominical, consagrada en el artículo 806, ya no se expresaba bajo la fórmula de no generar “la transferencia del dominio”, sino que se adecuaba a la categoría de la “validez” de la tradición, que había coexistido con ella en el *Proyecto* de 1853.

La primera modificación inspirada en la idea anterior fue suprimir el antiguo artículo 809 que señalaba: “La tradición, para que por ella se efectúe la

traslación del dominio, debe tener los requisitos que la lei prescribe”. La alteración consiguiente fue estructurar los antiguos “requisitos para que la tradición transfiera el dominio” como condiciones “para que la tradición sea válida”, propósito que significó adecuar y reordenar el contenido de varios de los antiguos artículos del *Proyecto* de 1853.

a) *Para que la tradición sea válida, debe ser hecha voluntariamente por el tradente o su representante*: inmediatamente a continuación del nuevo artículo 807, que definía al *tradente* y al *adquirente* desde una perspectiva sólo dominical, se trataba de la primera condición de validez de la tradición, pues el inciso primero del artículo 808 declaraba: “Para que la tradición sea válida, debe ser hecha voluntariamente por el tradente o su representante”.

Esta disposición reformulaba la contenida en el artículo 810 del *Proyecto* de 1853, cuyo contenido era expuesto como “primer requisito de la tradición” para que por ella se “transfiera el dominio”. Ahora se adecuaba plenamente a la definición dominical del artículo 806, de manera que para la validez de ella debía no sólo ser materialmente realizada por el dueño o su representante legal, convencional o judicial sino, también, debía ser hecha “voluntariamente”.

El artículo 810 del *Proyecto* de 1853 rezaba: “El primer requisito de la tradición, para que transfiera el dominio, es que sea ejecutada por voluntad del que tiene facultad de enajenarla, como dueño o como representante legal o judicial del dueño”.

Queda dicho que el referido artículo 810 del *Proyecto* de 1853 correspondía al “primer requisito” de los que exigía Pothier para que la tradición “transfiriera el dominio”, es decir, aquí el significado de la palabra ‘tradición’ no era dominical, sino posesorio, esto es, entendida como “hecho de la entrega” (*factus tradendi*). Así, lo exigido en el sistema de Pothier era la “voluntad” en el acto material de la entrega que, por cierto, ninguna relación tenía con la “intención de transferir el dominio” referida en la definición de la tradición dominical, pues ella era la que se había prestado en el momento de constituirse el “título traslativo de dominio” (*iusta causa traditionis*) y, en cuanto tal, era parte del “contenido” del “título”, ni menos podía referirse a la tradición *a non domino*, que había quedado excluida de la definición del artículo 806.

Particularmente clarificador respecto del sentido de esta exigencia, referida al acto de la entrega (*factus tradendi*) y no a una concepción “dominical” de ella, eran los ejemplos que el mismo Pothier ofrecía al tratarla; pues todos partían de la base de un acto material de entrega (“tradición”) diferido en el tiempo en relación con el título en el cual ella se fundaba. Así escribía que debía tenerse en cuenta que era en el momento en el que se hacía la tradición en el cual debía intervenir el consentimiento del propietario para que ella pudiera transferir la propiedad de la cosa a quien se hacía

la tradición³⁹. De esta suerte, si el dueño, habiendo voluntariamente consentido en la tradición que un tercero debía hacer de una cosa que le pertenecía, antes que el tercero efectuara la entrega (“tradición”) había cambiado de voluntad, o había perdido la vida o la razón, no subsistía su consentimiento, y así la tradición que después de ello hiciera el tercero no podría transferir la propiedad a aquél a quien la hiciera⁴⁰.

De este modo, a pesar de la alteración introducida en el inciso primero del artículo 808 del *Proyecto Inédito*, el uso en él de la palabra ‘tradición’ no se adecuaba propiamente a la noción dominical de la tradición referida en su artículo 806, sino que tenía una significación que denotaba la materialidad de la entrega, es decir, la tradición en cuanto *factus tradendi*; porque, precisamente, era en los casos en los cuales el hecho de la entrega se difería en relación con el título, en los que podía plantearse la cuestión de una oposición entre la “intención de transferir el dominio”, que el tradente sí había manifestado en el título, y su “voluntad” expresada en el momento del *factus tradendi* por él mismo o por su representante.

En la misma línea anterior ha de entenderse el inciso segundo del artículo 808 del *Proyecto Inédito* y, por lo tanto, sin relación alguna con la exigencia del “título”, ni menos con la tradición *a non domino*: “Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante legal del dueño”.

Esta disposición reformulaba y situaba en lugar sistemáticamente diverso el contenido del artículo 813 del *Proyecto* de 1853, cuyo texto era el siguiente: “Una tradición que en su origen fue inválida por haberse hecho sin voluntad del dueño, se valida retroactivamente por la ratificación posterior del mismo”.

La sustitución de la expresión “sin voluntad del dueño” por la de: “sin voluntad del tradente o de su representante” era plenamente coherente con la modificación que se había introducido en la definición de la tradición dominical contenida en el artículo 806, que importaba la expresa referencia a ser hecha por “el dueño”. También lo era su sustitución por “tradente”, supuesta la definición dominical de *tradente* contenida en el nuevo inciso primero del artículo 807, al igual que la referencia al “representante” de

³⁹ POTHIER (n. 9), nr. 221, p. 122: “Observez que c’est au temps que se fait la tradition, que le consentement du propriétaire à la tradition doit intervenir, pour qu’elle puisse transférer la propriété de la chose à celui à qui elle est faite.

⁴⁰ *Ibid.*: “Si le propriétaire, ayant volontairement, et sans y être obligé, consenti à la tradition que je devois faire de sa chose, eût depuis, avant que je l’aie faite, changé de volonté, ou eût perdu la vie ou la raison; son consentement ne subsistant plus, la tradition que je ferois depuis ne pourroit transférer la propriété à celui à qui je la ferois”.

acuerdo con las precisiones establecidas en los tres incisos finales del nuevo artículo 807.

Lógicamente esta regla se situaba como complemento de la fijada en el inciso primero del artículo 808, pues si él había señalado la exigencia de la “voluntad” del *tradente* o de su *representante* en el acto material de la entrega, el inciso segundo se ocupaba en reglar qué ocurría si dicho *factus tradendi* se había realizado sin la requerida voluntad. Naturalmente, la “tradicción”, entendida como hecho de la entrega debido a la incoherencia semántica que quedaba como huella de la influencia de la línea dogmática de Pothier, era “inválida” en el momento de haber sido realizada (“al principio”), pero nada impedía que, con posterioridad, aquél cuya voluntad había faltado la ratificara, en cuyo caso la tradición “se valida retroactivamente”.

Esta regla se fijaba para los casos en los cuales la tradición, entendida como *factus tradendi*, era realizada por un incapaz relativo. Veamos las razones:

1. El inciso primero sólo exige “para que la tradición sea válida” que ella sea hecha “de manera voluntaria” por “el tradente” o “por su representante”, sin que incluya expresamente a los “mandatarios” y a los “síndicos o personeros” de las personas jurídicas, de los cuales se había ocupado tácitamente en el inciso segundo del artículo 807, cuando había precisado la noción de *tradente*.

No se trataba aquí de la tradición hecha por mandatarios, supuesto que respecto de ella había una regla expresa (artículo 810), sin perjuicio de las reglas generales tocantes a la responsabilidad del mandatario que excedía los límites del mandato (art. 2.304). En cuanto a los “síndicos o personeros” de las personas jurídicas había regla expresa (artículo 650).

2. Una tradición, en cuanto *factus tradendi*, verificada por un incapaz relativo era, de acuerdo con la regla general, “inválida”, por “haberse hecho sin voluntad del tradente”, que era el mismo incapaz relativo quien, en cuanto dueño de la cosa entregada (art. 807 inc. 1), no podía entenderse que actuara por sí mismo “de manera voluntaria”, y, asimismo, lo era por “haberse hecho sin voluntad de su representante”.
3. La tradición, en cuanto *factus tradendi*, hecha personalmente por un incapaz relativo adolecía de nulidad relativa, de acuerdo con la regla general sentada en el inciso final artículo 1.864 del *Proyecto Inédito*.
4. Esta tradición (*factus tradendi*), que adolecía de nulidad relativa, podía, al tenor del inciso segundo del artículo 808, validarse “retroactivamente por la ratificación”, de conformidad también con la regla general expresada en el artículo 1.867 del *Proyecto Inédito*: “La nulidad relativa... puede sanarse por el lapso de tiempo (sic) o por la ratificación de las partes”.
5. Tal “ratificación” podía ser prestada, según el mismo inciso segundo del artículo 808, por el “que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño”,

- caso que podía ofrecerse: a) respecto del propio incapaz relativo después que se hubiera hecho capaz o b) respecto del marido administrador de la sociedad conyugal, cuando la tradición, en cuanto *factus tradendi*, la hubiera hecho la mujer “sin voluntad” del marido, supuesto que ella era incapaz relativa (art. 1.628 inciso 3) y era el marido quien tenía la “facultad de enajenar como dueño”, según el artículo 1.909 del *Proyecto Inédito*: “El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos i sus bienes propios formasen un solo patrimonio”. Por ello el artículo 155 prohibía expresamente a la mujer “sin autorización del marido... enajenar”, de guisa que si lo hacía, tal acto adolecía de nulidad relativa y, en consecuencia, podía ser ratificado por el marido, de acuerdo con la regla expresa del artículo 160 del *Proyecto Inédito*: “El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado a su mujer”.
6. La misma “ratificación” podía prestarla quien tenía “facultad de enajenar la cosa” en cuanto “representante legal del dueño”. Éste era el caso, al tenor del inciso tercero del artículo 1.628 del *Proyecto Inédito*, de “los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad” y de “los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo”. En tales casos la ratificación había de prestarla el padre, como lo reconocía expresamente el artículo 274 del *Proyecto Inédito* (“Los actos i contratos del hijo del familia que el padre haya autorizado o ratificado...”), o el curador del disipador.

40

Un ejemplo aclarará el campo operativo de esta regla en relación con la tradición realizada por los incapaces relativos:

Cayo, curador de Julio, disipador interdicto que era dueño de una mesa de plata, la vendía a Ticio, conviniéndose que la tradición de ella se verificaría en un tiempo posterior. Antes de la llegada del término fijado para la tradición Julio, aún sujeto a curaduría por su prodigalidad, entregaba la mesa de plata a Ticio. Obviamente, aquí Julio era el *tradente*, al tenor del inciso primero del artículo 807 porque era el dueño de la mesa de plata, cuya “intención de transferir el dominio” constaba válidamente en el título de venta porque había sido celebrada legalmente por su curador; pero en el momento del hecho de la entrega (*factus tradendi* = tradición) no podía decirse que la hiciera “voluntariamente”, ni él ni menos su *representante*, por lo tanto ella no era válida de acuerdo con el inciso primero del artículo 808. Pero dicha tradición “que al principio fue inválida” por haber faltado la “voluntad” del *representante*, podía ser ratificada posteriormente por el curador de Julio, que era quien tenía la “facultad de enajenar la cosa” en calidad de “representante legal del dueño” o, incluso, por el mismo Julio una vez libertado de la curatela, en cuanto ahora sí tenía “facultad de enajenar la cosa como dueño”.

El mismo Pothier ofrecía la explicación y el ejemplo que comprueban esta inteligencia del inciso segundo del artículo 808, *Traité* (n. 9), nr. 225, p. 126:

“L’incapacité des mineurs n’étant établie qu’en leur faveur, elle n’est que relative: ils ne sont censés incapables d’aliéner les choses qui leur appartiennent, et les aliénations qu’ils en font ne sont censées nulles, qu’autant qu’elles pourroient leur être désavantageuses. C’est pourquoi si, étant devenus majeurs, ils les ont approuvées, soit par une ratification expresse, soit par une approbation tacite, en laissant écouler le temps de dix ans depuis leur majorité sans se pourvoir contre, ils sont censés avoir été capables d’aliéner les choses qu’ils ont aliénées, quoiqu’en minorité; et la tradition qu’ils en ont faite est censée en avoir transféré incontinent la propriété à ceux à qui elle a été faite. Il en est de même des interdits pour cause de prodigalité”.

La reglas, pues, del artículo 808 no se referían a la “intención de transferir el dominio” manifestada en el título, ni menos a los casos de una tradición en la cual el *tradente* no fuera el dueño (*traditio a non domino*), sino a aquéllos en los cuales podía faltar la voluntad del *tradente* o de su *representante* en el acto material de la entrega (*factus tradendi*), cuyo caso más típico era el de la tradición verificada por un incapaz relativo (menores no habilitados de edad, disipadores interdictos y mujeres casadas al tenor del inciso tercero del artículo 1628 del *Proyecto Inédito*). Se adoptaba en esta materia el principio general relativo a la posibilidad de ratificación de sus actos (nulos relativamente), que el mismo *Proyecto Inédito* sentaba en su artículo 1.867: “La nulidad relativa... puede sanearse por el lapso de tiempo (sic) o por la ratificación de las partes”, ratificación expresa o tácita que se regulaba en sus artículos 1.878 a 1.882.

- b) La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante legal: en el inciso primero del artículo 809 del *Proyecto Inédito* se contenía esta regla, que era el espejo de la sentada en el artículo anterior en relación con el adquirente: “La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante legal”.

Este inciso adecuaba y reordenaba el contenido del que era primero del artículo 814 del *Proyecto* de 1853, cuyo texto era el siguiente: “La tradición, para que sea válida, requiere también del consentimiento de la parte a quien se hace la entrega, o de su mandatario o representante”.

Nuevamente, en concordancia plena con la precisión dominical de la noción de tradición contenida en el artículo 806, se substituía la expresión “del consentimiento de la parte a quien se hace la entrega”, por la nueva: “el consentimiento del adquirente”, es decir, “de la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida” de acuerdo con la correspondiente definición del inciso primero del artículo 807. Del mismo modo, el reemplazo de la locución “o de su mandatario o representante” por “o de

su representante legal”, excluyéndose al mandatario, era coincidente con el campo operativo de esta regla tocante a la tradición verificada a un incapaz relativo.

De este modo, en la tradición, en cuanto *factus tradendi*, hecha a un incapaz relativo faltaba el consentimiento, precisamente, del *adquirente* o de “su representante legal” y, por ende, adolecía de nulidad relativa, lo cual abría la puerta a su ratificación, tal cual lo declaraba el inciso segundo del mismo artículo 809: “Pero la tradición que en su principio fue inválida por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación”.

Tal disposición correspondía al antiguo inciso segundo del artículo 814 del *Proyecto* de 1853, del cual sólo se eliminaba la palabra final ‘posterior’, que debió parecer redundante en su relación con la voz ‘ratificación’, que implícitamente contiene la idea de posterioridad.

Supuesto lo que se lleva dicho, ténganse aquí presente, *mutatis mutandis*, las observaciones hechas a propósito del artículo anterior.

- c) *La tradición en que intervienen mandatarios*: queda dicho que, como los artículos 808 y 809 únicamente se ocupaban de la tradición (*factus tradendi*) hechas por el *tradente* y al *adquirente* o por los respectivos “representantes legales” de los incapaces relativos frente a la posibilidad de ratificación de la nulidad relativa, el tratamiento de la tradición realizada por mandatarios no había sido reglada junto a los casos anteriores porque de ella no se podía originar una cuestión de “nulidad relativa”. Por ello, en el artículo siguiente a los anteriores, bajo el número 810, se fijaba una regla expresa para tales casos, con el complemento de otra situación no reglada tocante a la actuación de los representantes legales en la que tampoco se hallaba envuelta una cuestión de nulidad relativa: “Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere, además, que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal”.

Esta disposición adecuaba y resistemizaba en una sola regla, comprensiva del *tradente* y del *adquirente*, el contenido de los artículos 811 y 812 del *Proyecto* de 1853, cuyos textos eran los siguientes:

(811) “Para que se transfiera el dominio en virtud de la tradición ejecutada por el mandatario o por el representante legal del dueño, es necesario que la enajenación no salga de los límites del mandato, o de la autorización legal o judicial”.

(812) “De la misma manera, aquél a quien por la tradición se trasfiere el dominio puede ser representado en ella o por su mandatario o por su tutor, curador u otro representante legal.

Pero el mandatario o representante a quien se le hace la entrega, debe obrar en ello dentro de los límites de su mandato o de su representación legal”.

De acuerdo con la línea dogmática asumida por la Comisión Revisora desaparecía en el nuevo artículo 815 del *Proyecto Inédito* el uso de las expresión “para que se transfiera el dominio en virtud de la tradición”, ahora substituida por: “Para que sea válida la tradición”.

El artículo 811 del *Proyecto* de 1853 estaba fundado expresamente en las doctrinas de Pothier, lo cual significaba que su contexto dogmático era el de una noción de tradición posesoria y no dominical; lo cual representaba una inconsistencia en relación con la línea asumida por el codificador chileno en el artículo 806, precisamente porque la consecuencia que debía obtenerse de la actuación del mandatario o representante legal fuera de los términos que le competían era simplemente que, en tal caso, la tradición, en cuanto *factus tradendi*, “no transfería el dominio”. Ésta era la expresa forma en la que el mismo Bello entendía este artículo, pues en nota a él lo explicaba de la siguiente manera: “Así el tutor o curador que en calidad de tal vende un fundo sin previo decreto judicial, i el que subastando la cosa, en virtud de sentencia judicial omite las formalidades que requiere la lei para la venta en subasta, *no transfieren el dominio*”⁴¹.

El referido sentido y entendimiento del artículo 811 se afirman, además, en que la fuente de él era el *Traité de la propriété* de Pothier, citado expresamente en sus números 222 y 225 por el codificador⁴². Es decir, de nuevo no se había reparado en que para el autor galo la palabra ‘tradición’ tenía un sentido posesorio y no exclusivamente dominical, cuyo traslado al proyecto del *Código Civil* era incoherente con una pretensión de sólo ocuparse de la tradición dominical.

⁴¹ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 195, nota art. 811.

⁴² POTHIER (n. 9), nr. 222, p. 123: “La tradition d’une chose est censée faite par le propriétaire, et transfère la propriété de la chose à celui à qui elle est faite, non seulement lorsqu’elle est faite par le propriétaire lui-même, mais lorsqu’elle est faite, en son nom, par quelqu’un qui a qualité pour cela. Par exemple, lorsque le tuteur d’un mineur, ou le curateur, des choses mobilières appartenantes au mineur ou à l’interdit, vend, en sa qualité, la tradition aux acheteurs, c’est le mineur ou l’interdit propriétaire des choses vendues, qui est censé en avoir fait la tradition par le ministère de son tuteur ou curateur; en conséquence, cette tradition en a transféré la propriété aux acheteurs. C’est le cas de cette maxime, *Le fait du tuteur est le fait du mineur*. Mais si le tuteur ou curateur avoit vendu en son nom de tuteur ou de curateur, sans décret du juge, un héritage du mineur ou de l’interdit, la tradition qu’il en feroit audit nom, ne seroit pas censée faite par le mineur ou l’interdit, et ne transféreroit pas la propriété de l’héritage à l’acheteur; car le fait du tuteur n’est censé celui du mineur que dans les choses qui n’excèdent pas le pouvoir du tuteur; mais l’alienation des immeubles du mineur ou de l’interdit est une chose qui excède le pouvoir d’un tuteur ou d’un curateur”. La referencia al nr. 225 debe ser un error, pues ha de tratarse de una remisión al nr. 223, p. 124: “On a fait la question de savoir si, vous ayant donné une chose pour la donner en mon nom à quelqu’un, la tradition que vous lui en avez faite, non en mon nom, mais au vôtre, lui a transféré la propriété. Jabolenus décide que, suivant la subtilité du droit, elle ne l’a pas transférée, la tradition n’ayant pas été faite par le propriétaire de la chose,

La eliminación en el *Proyecto Inédito* de la referencia al requisito exigido “para que se transfiera el dominio en virtud de la tradición” y su reemplazo por “para que sea válida la tradición”, no operó el efecto integral de hacer desaparecer la dificultad semántica procedente del uso de la palabra ‘tradición’ en él, pues su lectura podía dar pie para que se entendiera que la nueva regla del artículo 810 se refiriera sólo a la tradición en cuanto hecho de la entrega (*factus tradendi*) y no en tanto el modo de adquirir el dominio definido en el artículo 806.

Sin perjuicio de lo anterior, la nota explicativa puesta por Bello al artículo 811 del *Proyecto* de 1853, que queda transcrita⁴³, dejaba en claro que el codificador chileno entendía que la regla que él sentaba era propia de la tradición dominical y, por lo tanto, no podía referirse a una tradición entendida como “hecho de la entrega”. En efecto, Bello, siguiendo los ejemplos que ofrecía Pothier, se ponía en el caso de la actuación de un representante legal (“tutor o curador”) que obraba en la constitución del “título translaticio de dominio” fuera de los términos de su representación legal; como si “en calidad de tal vende un fundo sin previo decreto judicial”, es decir, celebraba la venta (“título”), y lo mismo podía decirse respecto del que “subastando la cosa, en virtud de sentencia judicial omite las formalidades que requiere la lei para la venta en subasta”, de esta manera la actuación fuera de términos del representante se verificaba en la constitución del título y, consecuentemente, aquellas entregas fundadas y dependientes de tales títulos “no transfieren el dominio”⁴⁴.

El mismo criterio de entendimiento de tal disposición aparecía en el *Proyecto Inédito*, supuesto que en su artículo 810 Bello reiteraba la misma inteligencia que había dado al proyecto anterior, ahora con la inclusión de un ejemplo para el caso del mandatario:

“Art. 810. Así el mandatario que, por los términos del mandato, sólo tuviera facultad para vender la cosa al contado, no transferiría el dominio si la vendiera a plazo; i lo mismo se aplica al tutor o curador que, en calidad de tal, vende un fundo sin previo decreto judicial, i el que subastando la cosa, en virtud de sentencia judicial omite las formalidades que

puisqu'elle n'a pas été faite en mon nom, et que j'en étois le propriétaire; car j'ai bien voulu qu'on la donnât et qu'on en fit la tradition en mon nom, mais je n'ai pas consenti à la tradition que vous avez faite en votre nom. Néanmoins ce jurisconsulte ajoute que, suivant l'équité, je ne dois pas être reçu à revendiquer la chose sur celui à qui la tradition en a été faite, ayant eu la volonté de la lui donner”.

⁴³ Vide texto referido en nota 41.

⁴⁴ Debe advertirse que Bello no hacía referencia aquí a la “tradición”, pues por la redacción de su nota parecía entender que era la “venta” la que no “transfería el dominio”, lo cual no podía ser más que una deficiente redacción de la nota.

requiere la lei para la venta en subasta, Véase Pothier, *De la propriété*, núms. 222 i 225”⁴⁵.

En todo caso, en ninguno de tales supuestos se estaría en presencia de una cuestión de “nulidad relativa”, sino en sede de responsabilidad del representante o mandatario respecto de su representado o mandante, regida por las reglas generales.

- d) *Exigencia de un título traslativo de dominio*: el inciso primero del artículo 815 del *Proyecto Inédito*⁴⁶, se ocupaba en regular la exigencia de un título traslativo de dominio para la validez de la tradición: “Para que valga la tradición, se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etcétera”.

El citado inciso primero del artículo 815 del *Proyecto Inédito* correspondía exactamente al que llevaba igual número en el *Proyecto* de 1853, que se fundaba, en parte, en las doctrinas de Pothier; pues la nota puesta a él remitía a su *Traité de la propriété* en el número 228, aunque también queda claro que se había tenido a la vista el número 229 para la redacción del inciso primero.

En cuanto al paso inicial del inciso primero del *Proyecto* de 1853 e *Inédito*: “Para que sea válida la tradición se requiere un título traslativo de dominio”, quedaba claro que la referencia al número 228 del *Traité* del autor francés era sólo en cuanto Pothier también mencionaba a esta condición como necesaria para la tradición dominical, pero nada más, porque ni se recibía su redacción, ni menos su contenido íntegro, pues el jurista galo escribía en dicho lugar que: “La tradición, ya hecha o ya consentida por el propietario de la cosa que es capaz de enajenar, no transfiere la propiedad sino en tanto hecha en virtud de algún título verdadero o putativo”⁴⁷.

El paso final del inciso primero del artículo 815: “como el de venta, permuta, donación, etc.” se notaba claramente influido por Pothier, quien en el número 229 de su *Tratado* anotaba que: “Se llaman justos títulos aquéllos cuya naturaleza es la de transferir el dominio de propiedad de las cosas, tales como de venta, permuta, donación, legado, etcétera”⁴⁸.

Una primera observación, digna de nota, es que aquí Bello, como en tantas otras ocasiones, fue fiel a los principios del derecho romano clásico y no admitió una tradición fundada en una “causa putativa”. La razón de este apar-

⁴⁵ BELLO (n. 6), tomo V, p. 209, nota art. 810. Valga aquí también la observación respecto de la imprecisión en la frase “no transferirá el dominio si la vendiera a plazo”.

⁴⁶ En el *Proyecto Inédito* no hay artículos 811, 812, 813 y 814.

⁴⁷ POTHIER (n. 9), nr. 228, p. 127: “La tradition, quoique faite ou consentie par le propriétaire de la chose, qui est capable d’aliéner, n’en transfère la propriété qu’autant qu’elle est faite en vertu de quelque titre vrai ou putatif”.

⁴⁸ *Op. cit.*, nr. 229, p. 127: “On appelle juste titres ceux qui sont de nature à transférer le domaine de propriété des choses, tels que ceux de vente, d’échange, de donation, de legs, etc.”.

tamiento de la doctrina de Pothier, se hallaba no sólo en el romanismo de Bello sino en su línea dogmática de sólo tratar de la tradición dominical; pues en derecho clásico la “causa putativa” no podía fundar una tradición dominical, precisamente, porque no existía una tal causa, pero ello no obstaba a que quien recibía la cosa alcanzara su posesión, claro que fundado en la causa *pro suo* y *pro possessore*, si bien distinto era el que, a pesar de dicha *possessio pro suo* y *pro possessore* pudiera adquirir la cosa por *usucapio*, supuesto que, como lo afirmaba Paulo: “Distinta es la causa de la posesión y la de usucapio” (D. 41.4.2.1: “Separata est causa possessionis et usucapionis...”).

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que en la concepción de Pothier era la tradición, entendida en su concepción general de “hecho de la entrega” (*factus tradendi*), la que requería de la existencia de un “título” para que operara el efecto de “transferir la propiedad”; es decir, el uso que él hacía de la palabra ‘tradición’ era de carácter posesorio y no dominical. Bello, al adecuar esta exigencia a una concepción exclusivamente dominical de la tradición, convertía al “título traslativo de dominio” en una condición de “validez” de la tradición dominical, de modo que si él no existía la tradición no era válida, en cuanto modo de adquirir el dominio.

Este inciso, pues, daba la regla para todos los casos en los cuales no existía título traslativo de dominio alguno que justificara la entrega. Dentro de tal “ausencia” de “título” quedaba comprendido el caso del “título putativo”, precisamente, porque él en realidad no existía. Así, Bello, apartándose de Pothier, consagraba los principios del derecho romano clásico en cuanto a la inexistencia de *iusta causa traditionis* y a la causa “putativa”.

46

- e) *Validez del título respecto de aquel a quien se confiere*: el inciso segundo del artículo 815 del *Proyecto Inédito*⁴⁹, se ocupaba en regular la exigencia de la validez del título respecto de la persona a quien se confería para que valiera la tradición. “Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.

Esta disposición era idéntica al inciso segundo del artículo 815 del *Proyecto* de 1853. A diferencia del caso anterior no procede de Pothier, precisamente porque aquí se daba la regla para la “causa” o “título” que fuera “nulo”. Causa *nulla* en el derecho romano clásico era la que “no existía” (*nullus*) y, por ende, su régimen jurídico era el mismo que el de la “causa putativa”: no podía fundar una tradición dominical.

La fuente de este inciso se hallaba, con casi total seguridad, en las ideas que Bello ya había expresado en sus *Instituciones de Derecho Romano*, pues en ellas se leía que: “Finalmente la causa o título debe ser lícito, y traslativo de dominio. No sería título lícito, por ejemplo, la donación entre marido y

⁴⁹ En el *Proyecto Inédito* no hay artículos 811, 812, 813 y 814.

mujer”⁵⁰, cuya redacción en la edición de su *Derecho Romano* de 1843 era la siguiente: “Finalmente la causa o título debe ser lícito, y traslativo de dominio. No *lo sería*, por ejemplo, la donación entre marido y mujer”⁵¹.

Se trataba, entonces, de una regla complementaria a la del inciso anterior, pues si aquélla se ocupaba de la “inexistencia” del título traslativo de dominio, ésta se refería a un título existente, pero inválido, cuya sanción era también la “invalidez” de la tradición.

El ejemplo que ofrecía este inciso, tocante a las donaciones irrevocables entre cónyuges, era plenamente coherente con el artículo 167 del mismo *Proyecto*: “Son prohibidas las donaciones irrevocables de un cónyuge al otro, descubiertas o paliadas. Valdrán, con todo, como donaciones revocables”, misma regla contenida en los incisos segundo y final del artículo 1.293 del *Proyecto*: “Son nulas asimismo las (donaciones revocables) entre personas que no pueden donar una a otra”, “Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables”.

Tal era el caso romano prototípico de una causa *nulla*, pues, hallándose prohibidas las donaciones entre cónyuges, si se verificaba la tradición de la cosa fundándola en dicha causa (*pro donato*) no se adquiría el dominio por el cónyuge “donatario”, el cual sólo podría invocar una posesión *pro suo* y *pro possessore*.

Claramente Ulpiano explicaba este supuesto en D. 24.1.3.11:

47

“Ha de saberse que de tal modo está prohibida la donación entre marido y mujer, que por el mismo derecho nada valdrá de cuanto se hubiera hecho. Por consiguiente, si fuera cosa corporal lo que se dona, no tendrá valor alguno la tradición... pues, por el mismo derecho es de ningún valor lo que se hace entre marido y mujer por causa de donación”.

- f) *Supresión de la capacidad del adquirente*: el artículo 815 del *Proyecto Inédito* no incluía el último de los incisos de su homólogo en el *Proyecto* de 1853, que rezaba: “Se requiere, además, que la persona a quien se hace la entrega sea capaz de adquirir el dominio de la cosa”.

La eliminación de este inciso en el *Proyecto Inédito* es singularmente interesante en relación con la cuestión de la relación entre la “intención de adquirir” el dominio y la existencia de un “título traslativo” de él.

Tal supresión se debió al hecho de haberse definido en el inciso primero del artículo 807 al *adquirente*, como: “La persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre”, de manera que en ella se hallaba implícita la exigencia de su “capacidad” para adquirir,

⁵⁰ BELLO (n. 8), tomo XVII, p. 56.

⁵¹ *Op. cit.*, n. 2 y n. 3. Se ha destacado en cursiva la alteración.

idea coherente con la exigencia del “consentimiento del adquirente” prescrita en su artículo 809, en el cual Bello incluía la siguiente nota aclaratoria: “El adquirente debe ser persona capaz de adquirir el dominio de las cosas. Así la tradición de una finca no transferirá su dominio a una corporación o instituto que no estuviere autorizado para adquirirlo”⁵².

Es decir, la “capacidad” para adquirir era una exigencia que Bello, desde el *Proyecto* de 1853, refería al “título traslativo de dominio”, y que en el *Proyecto Inédito* quedaba implícitamente cubierta por la definición legal de *adquirente*, pues si éste era quien “por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida”, necesariamente, había de ser capaz de adquirir, y, en cuanto tal, manifestaba su “intención de adquirirlo” en el momento de la constitución del título.

Como se dirá en su lugar, repárese que en el *Proyecto* promulgado y publicado, en plena coherencia con esta lectura e interpretación, revivió el contenido del inciso suprimido en el *Proyecto Inédito* en la misma definición de tradición, ahora situada en el artículo 670 mediante la inclusión de la exigencia de la “capacidad”.

- g) *Ausencia de error en la persona a quien se hace la entrega*: esta condición aparecía expresada en el primer paso del artículo 816 del *Proyecto Inédito*: “Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error acerca de la persona a quien se hace la entrega...”.

Esta exigencia daba una nueva redacción a la que ya existía en el artículo 816 del *Proyecto* de 1853, cuyo texto era: “Se requiere también que por parte del tradente no se padezca error acerca de la persona a quien hace la entrega...”.

Bien se ve que se ha adecuado la redacción a la luz de la línea rectora del *Proyecto Inédito*, centrado en la idea de la “validez” de la tradición, de lo cual ha de inferirse que el error en la persona a quien “se hace la entrega” torna inválida a la tradición dominical, por lo cual ella podrá ser declarada nula.

En el *Proyecto* de 1853 se indicaba en nota a este artículo el *Traité* de Pothier, en sus números 233 y 234, situado en la sistematización del autor francés a propósito del IV “requisito” para que la tradición “transfiriera el dominio”, es decir, “del consentimiento de las partes, necesario para que la tradición transfiera la propiedad”. Escribía allí Pothier que: “En segundo lugar, es necesario que el consentimiento recaiga sobre la persona a quien se quiere transferir la propiedad de la cosa respecto de la cual se hace la tradición”⁵³, pues: “No puede, en verdad, la tradición que se hace de una cosa transferir la propiedad cuando aquel que la recibe es una persona diversa de aquélla a quien se ha querido transferirla”⁵⁴.

⁵² BELLO (n. 6), tomo V, p. 209, nota art. 809.

⁵³ POTHIER (n. 9), nr. 233, p. 129: “Il faut, en second lieu, que le consentement intervienne sur la personne à qui on veut transférer la propriété de la chose dont on fait la tradition”.

⁵⁴ *Op. cit.*, nr. 234, p. 130: “La tradition qui est faite d’une chose ne peut, à la vérité, transférer la propriété, lorsque celui qui la reçoit est une autre personne que celle à qui j’ai voulu la transférer”.

En el pensamiento de Pothier este error no se producía en el título, sino en el hecho de la entrega (*factus tradendi*) y en la misma línea era adoptado por Bello según claramente se advierte en la redacción. No se trataba de un error en la persona en el momento de constituirse el “título”, supuesto que tal error podría haber envuelto la “invalidez” del título en el caso de la situación reglada en el artículo anterior, o su eventual invalidez de acuerdo con la regla general del artículo 1.633 del *Proyecto Inédito*: “El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”.

Los ejemplos del mismo Pothier aclaraban el campo operativo de esta regla, pues giraban en torno a una donación respecto de la cual se producía el error en el momento de efectuar tradición de la cosa, pues se hacía a una persona diversa a la del donatario:

“Par exemple, si, voulant donner une chose à Paul, je fais la tradition de cette chose à Pierre, que je prends pour Paul, lequel Pierre la reçoit, comptant la recevoir pour lui; il est évident que cette tradition ne transfère la propriété de chose ni à Paul, à qui je la voulois donner (la tradition ne lui en ayant pas été faite), ni à Pierre, qui n’est pas celui à qui j’ai voulu la donner”⁵⁵.

49

- h) *Ausencia de error en el cuerpo mismo de la cosa entregada*: esta exigencia “para la validez de la tradición” era enumerada en la parte final del artículo 816 del *Proyecto Inédito*, y desarrollada en el artículo siguiente:

816 “Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error acerca de la persona a quien se hace la entrega, ni acerca del cuerpo mismo de la cosa entregada...”.

817 “Se padece error en el cuerpo mismo de la cosa, cuando se entrega una cosa específica en lugar de otra.

Si se yerra en el nombre solo, es válida la tradición”.

La redacción de los artículos 816 y 817 del *Proyecto Inédito* alteraban en esta materia las que existían en sus homólogos del *Proyecto* de 1853, cuyos textos eran:

816 “Se requiere también que por parte del tradente no se padezca error acerca de la persona a quien hace la entrega, *i que ni por una ni por otra parte se padezca error acerca de la cosa entregada...*”.

⁵⁵ POTHIER (n. 9), nr. 233, p. 130.

817 “Se padece error en el cuerpo mismo de la cosa, cuando se entrega una *en lugar de otra, como el fundo o caballo A en lugar del fundo o caballo B*.”

Si se yerra en el nombre solo, es válida la tradición”.

Al igual que en el caso del error acerca de la persona, el *Proyecto* de 1853 remitía en nota a Pothier, que en el lugar correspondiente escribía que: “El consentimiento debe recaer sobre la cosa que es objeto de la tradición, es decir, es necesario que la cosa de la que se hace tradición sea aquélla que se quiere transferir en propiedad y que se quiere adquirir”⁵⁶.

Nuevamente aquí el autor francés se situaba no en un error en la cosa respecto de la constitución del “título”, sino en el momento del hecho de la entrega (*factum tradendi*) y en el mismo sentido la asumía el codificador chileno, supuesto que el error recaía en el cuerpo mismo de “la cosa entregada” (art. 816) y tal se producía “cuando se entrega una cosa específica en lugar de otra” (art. 817). Si en el momento de la compraventa, por ejemplo, se vendía y compraba la vaca Flavia no había error en el “título”, pero si al verificarse la entrega (*factum tradendi*) se entregaba una vaca diversa sí lo había, y allí operaba la regla de los artículos 816 y 817, que invalidaba la tradición. Si en el momento de la compraventa el comprador y el vendedor hubieran errado sobre el “cuerpo mismo” de la cosa vendida se aplicaba la regla general del error (“esencial”) consagrada en el artículo 1.631 del *Proyecto Inédito*: “El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae... sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, i el comprador entendiese comprar otra”. Se estaría, entonces, en presencia de un título nulo.

El ejemplo de Pothier otra vez era clarificador:

“Si je vais quérir chez un libraire un Missel de Paris que j’avois acheté lui la veille, et que ce libraire, ne se souvenant pas si c’est un Missel de Paris ou un Missel romain qu’il m’a vendu, me donne un Missel romain que je reçois sans y faire attention, croyant que c’est un Missel de Paris, cette tradition n’opère pas la translation de propriété, ni du Missel de Paris que j’ai acheté, puisque la tradition ne m’en a pas été faite, ni du Missel romain que j’ai reçu par erreur, puisque ce n’est pas celui que j’ai voulu acquérir”⁵⁷.

⁵⁶ POTHIER (n. 9), nr. 232, p. 129: “Premièrement, le consentement doit intervenir sur la chose qui fait l’objet de la traditio; c’est-à-dire qu’il faut que la chose, dont je vous fais la tradition, soit celle dont je veux vous transférer la propriété, et celle que vous voulez acquérir”.

⁵⁷ *Ibid.*

- i) *Ausencia de error acerca del título*: también era enumerada en el artículo 816 *in fine* del *Proyecto Inédito* esta exigencia "para la validez de la tradición" y reglada en el artículo 818: 816 "Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error acerca de... o del título".

818 "El error en el título invalida la tradición, sea cuando una sola de las partes supone un título traslativo de dominio, como cuando por una parte se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, i por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación, o sea cuando por las dos partes se suponen títulos traslativos de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mutuo, i por otra donación".

En esta materia los artículos 816 y 818 del *Proyecto Inédito* mantenían inalterados los equivalentes en el *Proyecto* de 1853, que esta vez remitía en nota al *Traité de Pothier* (nr. 238) y al *Digesto* (41.1.36, 12.1.18 y 44.7.55).

Ante la cuestión de determinar cuál era el campo operativo de esta regla hay dos posibles lecturas congruentes con el sistema del *Proyecto Inédito* y que, en principio, conducen a unas mismas consecuencias jurídicas. Hay todavía una tercera respuesta, que contraría la línea dogmática del codificador chileno.

1. *Su campo operativo es el del título*: es decir, aquí se trata de la aplicación de la regla general tocante al error "en la especie del acto o contrato" que constituye el "título traslativo de dominio", cuya presencia "vicia" el título, de manera que en el sistema causal de adquisición del dominio admitido por el codificador, como es del título del cual depende la adquisición dominical, su nulidad (en realidad, su inexistencia por no haberse formado el consentimiento) invalida también a la tradición fundada en él.

Supuesto lo anterior, el artículo 818 bien podría no haberse incluido, pues a sus conclusiones se habría arribado con la sola aplicación de las reglas generales tocantes al error.

2. *Su campo operativo es el propio de la entrega (factus tradendi)*: podría también leerse el artículo 818 como el que sienta el régimen específico del error en el momento de la entrega (*factus tradendi*) y no el del error en la constitución del título.

Excluida la razón histórica, si bien no menor, fundada en el hecho de seguir el codificador en esta disposición las opiniones de Pothier que referían el tratamiento de esta materia a una concepción posesoria de la tradición en la cual era el error en el "hecho de la entrega" el que aparecía en primer plano, sería posible argüir en pro de no regularse en el artículo 818 al error que se padeciera en la constitución del título, sobre la base de las siguientes razones:

- a) El error en la constitución del título es, en la línea dogmática del *Proyecto Inédito* (también del *Código Civil* promulgado), un error que "vicia"

el consentimiento y que, por lo tanto, realmente impide que exista título, de manera que si una persona manifiesta su voluntad de comprar y la otra su voluntad de arrendar, no hay ni compraventa, ni arrendamiento, lo mismo si una manifestara su voluntad de entregar en comodato y la otra de recibir en donación, e igual ocurriría si una expresara su voluntad de vender ciertas cosas fungibles y la otra de tomarlas en mutuo.

b) Era la regla del artículo 1.631 del *Proyecto Inédito*: “El error vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de contrato que se celebra, como si uno de los contratantes entendiéndose empréstito, i el otro donacion...”.

c) Producido un tal error no se configura un “título traslativo de dominio”, bien se considere que no existe, bien se estime que es nulo. En verdad, la divergencia de voluntades ha dado lugar a que se esté frente a un caso de “causa putativa”, precisamente porque aquel que “creyó comprar” entiende que “existe” un “título traslativo de dominio” el cual, realmente, no existe, y es en eso, precisamente, en lo que consiste la putatividad del título.

d) Si el “título traslativo de dominio” no existe o es nulo o se tiene por “putativo”, a la entrega que eventualmente le sucediera, fundándola en él, le faltaría una de las condiciones necesarias para que la tradición fuera válida, al tenor del inciso primero del artículo 815 del *Proyecto Inédito*.

e) De este modo, el error esencial que “vicia el consentimiento” en la constitución del título se halla reglado en materia de tradición en el artículo 815 del *Proyecto Inédito*, y no en el 818, pues es aquél el que excluye al “título putativo” como fundante de una tradición válida, según se dijera en su lugar.

f) Esta lectura es plenamente coherente con el sistema romano adoptado por Bello en cuanto a que la adquisición del dominio mediante la tradición es causada y, por lo tanto, depende del título traslativo de dominio.

Si el error que recaía en el consentimiento dirigido a formar el “título traslativo de dominio” se hallaba reglado con las condiciones de validez de la tradición dominical impuestas en el artículo 815, ¿cuál era el sentido, entonces, de la regla del 816 desarrollada en el 818?

Bien podía ser fijar la disciplina de una situación diversa, precisamente aquélla en la cual, habiendo “título traslativo de dominio”, era en el momento de la entrega (*factus tradendi*) en el cual se padecía el error, es decir, el error recaía “en el título” en virtud del cual se “entregaba” y se “recibía”. Es decir, no sólo se requería que hubiera un “título traslativo de dominio” que justificara dominicalmente a la entrega sino que entre dicho “título” y la “entrega” hubiera una relación de causalidad; esto es, que la adquisición de la cosa en dominio mediante la respectiva entrega

(*factus tradendi*) estuviera conectada de modo directo con la causa que la fundaba dominicalmente, conexión causal que podía verse obstada por un “error en el título” en virtud del cual se verificaba la dicha entrega.

Esta conexión entre la adquisición en virtud de la entrega y su título, derivaba no sólo de ser ella una consecuencia del sistema causado de adquisición que consagraba el *Proyecto Inédito* sino, también, de la misma concepción romana de una *traditio rei* de carácter posesorio. En efecto, cuando la “causa” estaba objetivamente dirigida a la adquisición del dominio (“título translaticio de dominio”), el efectivo control con que el adquirente se hacía de la cosa mediante la *traditio* debía derivar necesariamente de dicha causa.

Paulo ofrecía en sus *Commentaria ad Edictum* (D. 41.2.5) unos ejemplos muy claros de esta concepción causada de la adquisición y de la imprescindible conexión entre la “causa” y la “traditio” para que ella se produjera: “Si por una estipulación yo te debiera al esclavo Stico, y no te hiciera tradición de él (*et non tradam eum*); mas tú hubieras obtenido su posesión, eres un usurpador”, aquí la causa era el “pago o solución” (*pro soluto*) objetivamente dirigida a que aquél que recibiera la cosa pagada mediante la *traditio* la adquiriera; pero si obtenía la cosa sin que dicha adquisición apareciera conectada con la citada causa, no podía tenerse como que la hubiera adquirido, era, entonces, un usurpador. Lo mismo podía decirse: “Si yo hubiera vendido y no hubiera hecho la tradición de la cosa (*nec tradidero rem*), si hubieras obtenido su posesión no con mi voluntad, no la posees fundado en la compra (*pro emptore*), sino que eres un usurpador (*praedo*)”.

La situación podía apreciarse con mayor claridad en aquellos casos en los cuales, una vez constituido el título, la tradición quedaba diferida por un plazo.

Podría hallarse un ejemplo: Cayo vende a Ticio una mesa de plata pactándose que habrá de entregarla dentro de siete meses. Antes del vencimiento del plazo Cayo instruye a su mandatario Mevio para que entregue la mesa de plata en comodato a Ticio, y éste, sin recibir explicación alguna de Mevio, la recibe en el entendido de que lo es por causa de la compra que había realizado ¿Se dirá que es válida la tradición fundada en la causa de compra?, ¿Qué se dirá si Cayo, antes de vencidos los siete meses para la entrega por causa de la compraventa, solicita a Ticio la devolución de la cosa que él mandó entregar a título de comodato?

Una primera observación: no podría aplicarse aquí la regla del inciso final del artículo 835 del *Proyecto Inédito*: “La posesión de una cosa a ciencia i paciencia del que se obliga a entregarla, hará presumir la tradición”. Cayo estaba obligado a entregar la cosa en virtud de la venta que había hecho de ella, por lo que Ticio, que la estaba poseyendo por habérsela

entregado el mandatario de Cayo, no puede decirse que la posee “a ciencia i paciencia” de Cayo desde el momento en que éste le solicita su devolución, por habérsela entregado en comodato.

Claramente aquí ha habido un “título translaticio de dominio” (compra), pero en el momento de la entrega uno ha creído entregar por una causa y otro recibir por otra. De aplicarse el artículo 818 al “hecho de la entrega” habría que decir que en esta hipótesis ha habido un “error en el título” en virtud del cual se ha verificado la entrega y, por ende, la tradición es “inválida”, supuesto que dado el sistema causal de adquisición del *Proyecto Inédito* la entrega requiere de un título translaticio de dominio necesariamente conectado con la tradición de la cosa, que aquí no ha existido. En verdad, lo que ha ocurrido es que dicha entrega ha carecido de título, cayéndose, en consecuencia, en la regla del artículo 815, pues en este caso quien ha recibido la cosa ha creído que existe la causa de “compra”, que en realidad no existe (*causa putativa*). A la misma solución se arriba si se aplica el artículo 818 al “título”, precisamente, porque respecto de la entrega realizada no se formó título alguno translaticio de dominio: ni el de comodato que era el intentado por el que entregaba, ni el de compra, que era el que creía quien recibía. De modo que también, la tradición resulta inválida.

54

A las mismas conclusiones habría de arribarse si la instrucción del mandatario hubiera sido entregar como donada la mesa de plata al acreedor de ella por causa de la compra. Si se mira en perspectiva del “hecho de la entrega” tal error, sobre la causa de ella, ha impedido que se configure un título translaticio a su respecto, pues no se configuró la donación ofrecida, ni menos podía fundarse ella en la compra, es decir, se trataba de una entrega sin título, volviéndose al régimen del artículo 815. Observada, pues, desde el error en el momento constitutivo del título la conclusión era la misma.

3. *Error en la intención de transferir el dominio y en la de adquirirlo*: contraria a todas razones sería afirmar que en el artículo 818 se regula un eventual error en un hipotético consentimiento específico en la entrega en orden a “transferir” y “adquirir el dominio”, pues, a fuer de ser incoherente con el sistema de adquisición causal, implicaría que en el segundo caso propuesto la tradición sería válida, supuesto que quien entregó la cosa tenía “intención de transferir el dominio”, aunque fuera por causa de donación, y quien la recibió también tenía “intención de adquirirlo”, aunque por causa de compra.

j) *Ausencia de error en los mandatarios o representantes legales*: esta regla para la validez de la tradición se contenía en el artículo 819 del *Proyecto Inédito*: “Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición”.

Esta disposición se tomaba literalmente del artículo 819 del *Proyecto* de 1853, con la sola substitución de la voz ‘procuradores’ por la de ‘mandatarios’. El uso de la palabra ‘procurador’ en el *Proyecto* de 1853 era clara influencia de su origen romano, pues la fuente citada expresamente en nota a él la utilizaba (D. 41.2.34.1).

Ulpiano en D. 41.2.34.1: “Pero si no me entregaras (*tradas*) a mí la posesión, sino a mi *procurator*, debe verse, si errando yo y no errando mi *procurator*, se adquirirá para mí la posesión. Y como está establecido que se adquiere para el que lo ignora, se podrá adquirir también para el que yerra; pero si errase mi *procurator*, y yo no errara, es más cierto que adquiriré la posesión”. Téngase en cuenta que la adquisición de la posesión por el *dominus negotii* mediante su *procurator* era cuestión controvertida en la jurisprudencia clásica romana.

Esta regla adquiriría su plena significación si se tenía ahora a la vista lo dispuesto en el artículo 807 del *Proyecto Inédito*.

k) *Cumplimiento de solemnidades especialmente exigidas*: era el artículo 820 del *Proyecto Inédito* el que rezaba: “Si la lei exige solemnidades especiales para la enajenacion, no se transfiere el dominio sin ellas”.

Aquí también la Comisión Revisora transcribía el artículo 820 del *Proyecto* de 1853, aunque eliminaba su expresión inicial: “En fin,”. En nota a este artículo Bello daba la siguiente explicación: “Así cuando la lei manda subastar, o disponer que para enajenar sea necesario otorgar escritura pública, la tradicion que se hiciese sin estos requisitos no transferiría el dominio”⁵⁸.

55

4.3. *La tradición A non Domino o “posesoria” en el Proyecto Inédito*

La disciplina de la tradición *a non domino* experimentó en el *Proyecto Inédito* unas alteraciones esenciales en relación con el régimen que para ella había fijado el *Proyecto* de 1853, tanto desde una perspectiva sistemática cuanto desde la óptica de su contenido.

En cuanto a la sistematización, en el *Proyecto Inédito* se abandonó la idea de regular la “tradición posesoria” en el título “De la posesión” (vii) del libro II, de manera que se eliminó el artículo 841 del *Proyecto* de 1853 que precisaba las condiciones que se exigían “para que la tradición produzca la posesión civil” y se conservó ahora, a propósito de la posesión *regular*, el inciso primero del artículo 835: “Se llama posesión regular la que procede de justo título i ha sido adquirida de buena fe”, y su inciso segundo: “Si el título es traslaticio de dominio, es también necesaria la tradición”.

No reglada la “tradición posesoria” en el título “De la posesión”, fue arrastrada al título VI “De la tradición”, pero dentro de una nueva y novedosa con-

⁵⁸ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 197, en nota.

cepción dogmática que eliminaba la eventual incoherencia que podría haber resultado de tratar de ella en sede de “tradición dominical”. Tal concepción, en definitiva, significaba tratarla no bajo la categoría de “tradición posesoria”, sino como “tradición de derechos”, que no eran el de dominio.

Había una serie de razones, concatenadas de manera lógica, que explicaban la nueva ubicación sistemática, en el *Proyecto Inédito*, de la tradición *a non domino* dentro del título “De la tradición” concebida exclusivamente como “modo de adquirir el dominio” o de otros derechos.

- a) *Debían fijarse las consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de la condición de dueño (tradente) en quien hacía la entrega*: una vez definida en el artículo 806 la tradición como necesariamente hecha por “el dueño”, esta condición se constituía en una expresa exigencia de la tradición dominical, de manera que, era necesario establecer el régimen jurídico de su ausencia.
- b) *La ausencia de la condición de dueño no podía tratarse bajo el criterio general de validez o invalidez de la tradición*: la disciplina de la ausencia de las condiciones definitorias de la tradición dominical era fijada en el *Proyecto Inédito* dentro de las categorías de “validez” o “invalidez” de ella en los artículos comprendidos entre el 808 y el 820, sin que en ellos se tratara del supuesto de no ser dueño quien realizaba la entrega, precisamente porque, en la concepción dogmática adoptada en la Comisión Revisora, ella no podía genéricamente reglarse como condición de validez, por las siguientes razones:

1. Supuesto que se había introducido un inciso segundo en el artículo 806 que ampliaba el campo operativo de la tradición “a la propiedad de las cosas incorporales”, la tradición también podía actuar en cuanto “modo” de adquirir otros derechos que el “tradente” pudiera tener sobre la cosa.
2. Supuesto lo anterior, cuando se estaba en presencia de una tradición *a non domino* necesariamente había de distinguirse si aquel “no dueño” tenía o no algún derecho, distinto del dominio, respecto de la cosa entregada, y que pudiera haber resultado “transferido” por la tradición.
3. Una primera opción era la de un “no dueño” de la cosa que tuviera, sin embargo, sobre ella otros derechos pasibles de haberse transferido mediante la tradición, al tenor del inciso segundo del artículo 806. En este caso, pues, se estaría plenamente dentro del concepto legal de tradición fijado por el codificador y no ante una mera “tradición posesoria”, por lo tanto resultaba coherente que fuera regulado en sede de “tradición dominical”. Tal era la argumentación que condujo a que se introdujera un nuevo artículo, el 822, para fijar la disciplina de la tradición *a non domino* cuando el no dueño tenía derechos distintos al del dominio sobre la cosa entregada.
4. Una segunda opción era la de un “no dueño” de la cosa entregada que no tuviera otros derechos sobre ella, pero que en el momento de la tradición sí tuviera “el derecho de ganar por la prescripción el dominio” de

ella. En esta línea dogmática, naturalmente, se caía también bajo la regla del inciso segundo del artículo 806, en cuanto por la tradición podían transferirse otros derechos, distintos del dominio, en este caso: “el derecho de ganar por la prescripción el dominio” y, por lo tanto, era coherente dogmáticamente con el concepto legal de una tradición de derechos fijada en el artículo 806. Era esta la razón que justificaba, entonces, la inclusión de un nuevo artículo, el 823, para sentar el régimen de la tradición *a non domino* cuando el no dueño tenía “el derecho de ganar por la prescripción el dominio” de la cosa entregada.

En verdad, la citada operación dogmática realizada por el codificador significaba el abandono de la habitual concepción de una “tradición posesoria”; es decir, de concebirla desde la óptica de un modo de adquirir la posesión que habilitaba para prescribir, con la evidente exclusión de entenderla, también, como un “modo” de “transferir” la posesión y de situarla coherentemente como un “modo” de “transferir” derechos, en este caso el de “ganar por la prescripción el dominio”. Se daba, pues, una nueva visión dogmática de la tradición realizada por un no dueño poseedor.

5. Una última opción era la de un “no dueño” de la cosa entregada que careciera de todo derecho sobre ella, incluso el de “ganar por la prescripción el dominio” de ella. En este supuesto, que en realidad era el de un no dueño “mero tenedor” (*possessio naturalis*), naturalmente no podía acudir a una concepción de la tradición como modo de “transferir” derechos, ni tampoco a una concepción de la tradición como modo de “transferir” o de “adquirir” la posesión, pues cualquiera de estas opciones habría envuelto una radical contradicción con el sistema adoptado por el codificador en el *Proyecto Inédito*.

Sin embargo, la solución que sí podía resultar coherente con la línea dogmática seguida por el codificador era la de entender que en este supuesto la tradición operaba como un “modo de adquirir” un “derecho”, precisamente, “el de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía”, precisamente, porque en el inciso primero del artículo 806 la tradición aparecía definida como “un modo de *adquirir* el dominio”, extendido, aunque imperfectamente en su redacción, en el inciso segundo a la “adquisición” de otros derechos. Aquí se hallaba el fundamento para el paso final del nuevo artículo 823 del *Proyecto Inédito*: “aunque el tradente no haya tenido ese derecho” (el de ganar por la prescripción el dominio).

Supuesto todo lo anterior, el codificador coherentemente reglaba en sede de tradición “modo de adquirir derechos” la diversidad de situaciones comprendidas genéricamente bajo la denominación de tradición *a non domino*, de suerte que resultaba excluida una eventual concepción, en esta sede, de una tradición en cuanto “modo de adquirir” la posesión.

4.3.1. La tradición *a non domino*, pero de “otros derechos”

De acuerdo con las razones y concepciones que quedan explicadas en los párrafos anteriores, en el *Proyecto Inédito* se incluyó un nuevo artículo, bajo el número 822, para fijar la disciplina de la tradición *a non domino* cuando el tradente, sin ser dueño, era titular de otros derechos sobre la cosa entregada, cuyo inciso primero era el siguiente: “Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”.

Este inciso no tenía precedentes en el *Proyecto* de 1853, y en el *Inédito* carecía de toda indicación sobre sus eventuales fuentes, lo cual era explicable, porque correspondía a una elaboración dogmática del todo novedosa, que podía atribuirse directamente al mismo codificador.

Dos observaciones solas sobre este inciso en cuanto al lenguaje empleado en él por el codificador:

a) *Si el tradente... del mismo tradente*: el codificador utilizaba en estos casos apropiada y coherentemente la palabra “tradente”, al tenor de la definición que de él se hacía en el inciso primero del artículo 807 en relación con el inciso segundo del artículo 806 del *Proyecto Inédito*, supuesto que, técnicamente, “tradente” era quien “por la tradición transfiere el dominio” (807), u otro derecho (806).

b) *Cosa que se entrega por él o a su nombre*: esta locución aparecía plenamente justificada debido a la regla contenida en el inciso segundo del artículo 807, en cuanto allí se establecía que: “Pueden entregar i recibir a nombre del dueño sus mandatarios...”, tal cual como se explicara en su lugar.

El citado artículo 822 del *Proyecto Inédito* incluía un inciso segundo, que completaba su campo operativo, pues se ponía en el evento de una *traditio a non domino*, pero de otros derechos, cuando el tradente adquiría con posterioridad el dominio de la cosa que había entregado: “Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición”.

A diferencia de su inciso primero, éste sí podía hallar un precedente en el *Proyecto* de 1853, pero naturalmente en un contexto dogmático diverso. En efecto, el antiguo artículo 808 del *Proyecto* de 1853 rezaba: “La tradición que al principio fue inválida en razón de haberla hecho el que no era dueño, se valida en virtud del dominio adquirido posteriormente por el que hizo la entrega.

Lo mismo se aplica a la cosa entregada en representación del que no era dueño”.

Bien se ve que el codificador en el *Proyecto Inédito* ha, coherentemente, abandonado la idea de considerar “inválida” a una tradición realizada por un tradente no dueño de la cosa entregada y, en consecuencia, también ha renunciado a estimar que la adquisición posterior del dominio por aquel tradente implicara

una “validación” de la tradición. A este fenómeno Gabriel Ocampo, miembro de la Comisión Revisora, le llamaba “retroacción”⁵⁹.

4.3.2. La tradición *a non domino*, pero del “derecho de ganar por prescripción”

En la línea dogmática, que ya queda descrita, el *Proyecto Inédito* abandonaba la concepción de una “tradición posesoria” cuando quien hacía la entrega no era dueño, pero sí poseedor; es decir, no concebía a la tradición como un “modo de transferir la posesión”, sino que adecuándola a una visión exclusiva de “tradición de derechos” la asumía conceptualmente como una tradición que operaba el efecto de “transferir” el “derecho de ganar por la prescripción el dominio” de la cosa entregada. Aparecía así el nuevo artículo 823, cuyo texto era el siguiente: “La tradición da al adquirente, en los casos i el modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho”.

Esta regla se hallaba en plena armonía con el concepto legal de una tradición de derechos, tal cual se la había definido en el artículo 806 y, como ya se advirtiera, la citada operación dogmática manejada por el codificador significaba el abandono de la habitual concepción de una “tradición posesoria”; es decir, de concebirla desde la óptica de un modo de adquirir la posesión que habilitaba para prescribir, con la evidente exclusión de entenderla también como un “modo” de “transferir” la posesión. Era esta la razón que explicaba la supresión del antiguo artículo 841 del *Proyecto* de 1853, que reglaba a la “tradición posesoria”.

Al igual que en el caso anterior, la utilización de las voces ‘adquirente’ y ‘tradente’ en esta disposición era coherente con la definición legal que de ellas se había dado en el artículo 807 en relación con el inciso segundo del artículo 806.

En cuanto la tradición no se concebía como un “modo de transferir la posesión” sino del “derecho de ganar por la prescripción el dominio”, cobraba nueva fuerza dogmática la disposición del artículo 2.683 del *Proyecto Inédito*, que, respecto del poseedor de una cosa que hubiera sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos más personas”, sentaba como regla que: “El tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor”. Es decir, no es la “posesión” la que se puede “agregar”, sino “el tiempo” para prescribir.

4.3.3. La tradición *a non domino*, y la adquisición del “derecho de ganar por prescripción”

En el mismo artículo 823 del *Proyecto Inédito* se sentaba el régimen de la tradición *a non domino* cuando quien entregaba la cosa carecía, incluso, del derecho

⁵⁹ OCAMPO, Gabriel, *Proyecto de Código Civil*, “Pertenece a Gabriel Ocampo”, Santiago de Chile, 1855, p. 178, nota al art. 682.

de ganarla por prescripción, en cuyo caso la tradición también daba al adquirente el citado derecho: “aunque el tradente no haya tenido ese derecho”.

Era éste el caso de un no dueño “mero tenedor” (*possessio naturalis*), en cuyo supuesto no podía concebirse que la tradición “transfiriera” el derecho de ganar por prescripción, pero sí que ella operara, cumpliéndose la exigencias legales, como “modo de adquirir” este derecho, del cual, precisamente, el tradente carecía.

4.4. De la sistematización del título VI del libro II en el Proyecto Inédito

Supuestas todas las operaciones dogmáticas y sistematizadoras operadas por la Comisión Revisora del *Proyecto* de 1853, apareció en el *Proyecto Inédito* una estructura armónica y sistemáticamente más coherente para el título VI de su libro II, aunque todavía quedaban algunos aspectos no suficientemente trabajados.

La primera innovación expositiva de importancia consistió en distribuir el contenido del citado título en tres párrafos, de los cuales el primero quedó destinado al tratamiento de las “Disposiciones generales” tocantes a la tradición, desde la perspectiva de la definición legal de una tradición dominical; es decir, en cuanto modo de adquirir el dominio enumerado en el artículo 727 del *Proyecto* (hoy 588), y extendido a otros derechos al tenor del artículo 806 en su inciso segundo.

La estructura del referido párrafo comprendía, ahora, cuatro grandes espacios que daban cuenta de las nuevas orientaciones dogmáticas asumidas por la Comisión Revisora:

1. Definiciones Generales

- a) *Tradición dominical*: artículo 806 inciso 1º, (670 inciso 1º actual).
- b) *Tradición de otros derechos*: artículo 806 inciso 2º (670 inciso 2º actual).
- c) *Definiciones legales de tradente y adquirente*: artículo 807 (671 actual).

2. Condiciones para la validez de la tradición dominical

- a) *Voluntad del tradente*: artículo 808 (672 actual).
- b) *Consentimiento del adquirente*: artículo 809 (673 actual).
- c) *Tradición por mandatarios o representantes*: artículo 810 (674 actual).
- d) *Título translaticio de dominio y su validez respecto del adquirente*: artículo 815 (675 actual).
- e) *Ausencia de error en la tradición*:
 - e.1) Error en la persona: artículo 816 (676 actual).
 - e.2) Error en el cuerpo mismo de la cosa entregada: artículo 817 (676 actual).
 - e.3) Error en el título: artículo 818 (677 actual).
 - e.4) Error de los mandatarios o representantes: artículo 819 (678 actual).
- f) *Solemnidades legales cuando así se exige*: artículo 820 (679 actual).

3. Efectos de la tradición dominical:

Único: *Adquisición del dominio*.

- a.1) Puro y simple: artículos 821 y 821 a (680 actual).
- a.2) Sujeto a modalidad:
- Bajo condición: artículo 821 (680 actual).
 - A término: artículo 821 a (681 actual).
4. De la tradición *a non domino* o “de otros derechos”:
- a) *Adquisición de los derechos transmisibles del que hizo la entrega*: artículo 822 (682 actual).
- b) *Obtención del derecho a adquirir por la prescripción*: artículo 823 (683 actual).
- Sin perjuicio de toda la adecuación sistemática obrada en el llamado *Proyecto Inédito*, se conservó en él la huella de Pothier y de la concepción anterior, que también incluía en la noción de “tradición” a la entrega que sólo generaba un efecto posesorio; sobre todo porque no se eliminaron las referencias a las condiciones que debía reunir la tradición para que produjera la adquisición del dominio en el recipiente de la cosa entregada; de manera que ahora la expresión “para que sea válida la tradición” producía un cierto efecto distorsionador dentro de la posición adoptada por el codificador, y que aún perdura en el *Código* actualmente en vigencia. De tales dificultades se tratará en el apartado siguiente.

5. LA SISTEMATIZACIÓN DEFINITIVA: EL *CÓDIGO CIVIL* PROMULGADO Y PUBLICADO

61

Finalmente, en el texto del *Código Civil* promulgado, y todavía vigente, se mantuvo la estructura sistemática del *Proyecto Inédito* en sede de tradición, aunque se introdujeron algunas variaciones en determinadas disposiciones, cuya finalidad era superar algunas incoherencias que aún se advertían en él.

5.1. La definición final de tradición dominical

En el *Proyecto* aprobado en 1855 y publicado como oficial se introdujeron ciertas alteraciones en la definición legal de tradición, pues ahora el artículo 670 rezaba lo siguiente: “La *tradición* es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”.

Nuevamente el examen de esta definición en relación con la precedente del *Proyecto Inédito* se vuelve pieza clave para comprender la línea dogmática que adoptó definitivamente el codificador en cuanto a la tradición.

5.1.1. La tradición es un modo de adquirir el dominio

El paso inicial de la definición se mantenía inalterado en relación con el *Proyecto Inédito*, de manera que aquí deben tenerse en cuenta las observaciones que ya se hicieron al tratar de él, en su conexión con el inciso primero del actual

artículo 588 del *Código Civil*, que incluye a la tradición dentro de “los modos de adquirir el dominio”.

Hoy día, la categoría de los “modos de adquirir el dominio” ha sido recibida en la *Constitución Política de la República*, aunque bajo la variante de “modos de adquirir la propiedad”, cuyo establecimiento ha sido entregado exclusivamente a la ley, pues en el artículo 19 número 24 no sólo se asegura constitucionalmente a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre todo tipo de bienes corporales e incorporales sino, también, se prescribe que:

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, de modo que en este inciso segundo del número 24 del artículo 19 se está en presencia de uno de aquellos casos previstos genéricamente en el artículo 60 de la *Constitución*, cuando declara que: “Sólo son materias de ley”, 3: “Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”.

62

Repárese que el lenguaje constitucional es diverso al del *Código Civil*, en cuanto utiliza la expresión “modo de adquirir la propiedad”, que el texto de Bello no emplea, si bien tal expresión es coherente con el paso inicial del artículo 588 del *Código*: “El dominio (que se llama también propiedad)...”, aunque en el mismo artículo 19 número 23 puede leerse el giro “adquirir el dominio”, cuando se garantiza a todas las personas: “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes”⁶⁰. Pero más trascendente que ello lo es una diferencia dogmática reflejada en el lenguaje definitorio del contenido de la propiedad. En efecto, Bello, con una clara cercanía a la tradición clásica romana, si bien en el artículo 588 definía al dominio o propiedad como un “derecho real”, aclaraba que él lo era “en una cosa corporal”, y que respecto de tal cosa aquel derecho real importaba “gozar y disponer de ella”; es decir, de la “cosa”, mientras que en el texto constitucional se operaban en esta materia dos alteraciones de importancia: a) las posibilidades de aprovechamiento ahora se predicen, no de la cosa, sino de la misma “propiedad” y b) se restablece la trilogía romana de posibilidades de aprovechamiento: “usar, gozar y disponer de ella”, mientras que en Bello la expresión “gozar” era comprensiva tanto del “uso” como del “goce”, supuesto que si el goce implica aprovecharse de los frutos de una cosa, tal disfrute exige necesariamente el uso, esto es, el destinar la cosa a aquello a lo que naturalmente está dirigida sin detrimento de su sustancia (arts.

⁶⁰ Vide GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Valparaíso, 2001, pp. 256–262, 269–273.

537, 575, 643, 644 *Código Civil*), sin perjuicio de su diferenciación, presente en el mismo título del libro II: “De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”, en cuyo enunciado no se incluye a la “disposición”, supuesto que su sede propia es la del libro IV.

Reviste especial importancia el necesario complemento de la definición legal de tradición del inciso primero del artículo 670, que se contiene en su nuevo inciso segundo, pues en él se precisaba y mejoraba la redacción del anterior.

“Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”.

Este nuevo inciso reafirmaba el criterio dogmático del codificador en cuanto a que la tradición era un “modo de adquirir el dominio”, y también un “modo de adquirir otros derechos reales”, es decir, de aquéllos que, al tenor del artículo 576, son una especie de cosas incorporales: “Las cosas incorporales son derechos reales o personales”, definidos en el inciso primero del artículo 577 y enumerados en el inciso segundo de la misma disposición, complementada con lo dispuesto en el artículo 579⁶¹.

5.1.2. De las cosas

También en esta parte el *Código Civil*, promulgado y publicado, mantuvo sin variaciones la redacción del *Proyecto Inédito*, advirtiéndose que la eliminación de la antigua restricción a las cosas “corporales” que se había operado en aquel *Proyecto*, ahora adquiriría el nuevo matiz derivado de la extensión de la “tradición” a “los otros derechos reales”, es decir, a una especie de “cosas incorporales”.

Igualmente resultaba interesante notar el mantenimiento del artículo 829j del *Proyecto Inédito*, ahora bajo el número 699, que señalaba que: “La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro se verifica por *la entrega del título* hecha por el cedente al cesionario”, en plena concordancia con el artículo 1.901, en cuanto éste prescribe que: “La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de *la entrega del título*”.

La tradición, entonces, opera ampliamente sobre las cosas corporales y también sobre las incorporales, con la distinción de la materialidad de la entrega en lo tocante a los derechos reales y a los personales, pero, sin perjuicio de ello, ha de tenerse en cuenta que hay ciertas cosas cuya tradición no es posible, como aplicación de principios generales:

1. *Cosas intransferibles*: el *Código Civil* no contiene una definición expresa de “cosas transferibles” y “no transferibles”, aunque esta distinción se encuentra claramente recibida en él por la vía de señalarse que hay cosas que

⁶¹ Vide GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Santiago de Chile, 1995.

“no son susceptibles de dominio” (art. 585 inc. 1) o que hay “cosa incapaz de ser apropiada” (art. 1.105 inc. 1), o que “deja de estar en el comercio” (art. 1.670), como lo son aquéllas “que la naturaleza ha hecho *comunes a todos los hombres*”, respecto de las cuales “ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas” (art. 585 inc. 1), en contraposición a aquéllas “que están en el comercio humano” (art. 2.498), o a que hay “dominio de cosas comerciales” (art. 2.510 inc. 1).

Supuesto que las cosas inmerciables “no son susceptibles de dominio” (art. 585 inc. 1, 1.105 inc. 1), es imposible la tradición respecto de ellas, pues jamás habrá quien pueda actuar como *tradente* debido a que éste “es la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa” (art. 671 inc. 1), precisamente, porque sólo es posible hallarse en presencia de una tradición que opere como modo de adquirir el dominio de las cosas cuando se trata de una “una entrega que el *dueño* hace de ellas a otro” (670 inc. 1). De manera que si alguien hiciera tradición de una cosa inmerciable se estaría ante un caso de tradición *a non domino*, respecto del cual operarían, entonces, las reglas de los artículos 682 y 683 y, por ende, sería preciso distinguir dos situaciones diversas:

1.1. *Tradición de otros derechos*: si eventualmente el “tradente” de una cosa inmerciable tuviera legítimamente algún derecho de uso o goce transmisible sobre una cosa inmerciable, como lo prevé el inciso segundo del artículo 585 respecto de las cosas comunes a todos los hombres, cabría aplicar el inciso primero del artículo 682. De este modo, por la citada tradición no se adquirirían “otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”.

1.2. *Exclusión de la tradición del derecho de ganar por prescripción el dominio*: si el “tradente” careciera de todo derecho de uso y goce transmisible sobre la cosa entregada tendría lugar la aplicación de la regla del artículo 683 en cuanto excluye la adquisición del “derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía”, supuesto que tal derecho sólo se “da al adquirente” por la tradición “en los casos y del modo que las leyes señalan”, y el artículo 2.498 del *Código Civil* sólo admite “la prescripción con que se adquieren las cosas” respecto de las comerciables: “Se gana por prescripción el dominio de los bienes raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales”.

Cabe en esta cuestión tener presente también la regla, concordante con los principios generales ya explicados sobre la inmerciableidad, contenida en el número primero del artículo 1.464 del *Código Civil* en cuanto declara que: “Hay un objeto ilícito en la enajenación:... De las cosas que no están en el comercio”, de manera que, siendo la tradición un modo de adquirir el dominio que importa la enajenación por parte del tradente (art. 671 inc. 1), no es posible hacer tradición de tales cosas.

Se trata aquí de una simple concreción de la intransferibilidad de tales cosas mediante una regla prohibitiva, de manera que una eventual tradición de ellas constituiría un acto nulo y de ningún valor (arts. 1, 10, 1.682 inc. 1).

La aplicación del artículo 682, en cuanto a una eventual tradición de “otros derechos”, aparecería como legítima excepción al principio general declarado en el número uno del artículo 1.464 en relación con el 1.682, en plena armonía con el tenor de la excepción contenida en la parte final del artículo 10 del mismo *Código Civil*; ya que tal artículo 682 representaría un expreso caso de aquéllos en los que el acto prohibido por la ley no es nulo, precisamente porque en él se ha designado “otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”⁶².

Sobre la base de la lectura que se ha hecho de las reglas relativas a la tradición y de los principios generales de la intransferibilidad, la regla del número uno del artículo 1.464 aparece como una aplicación de tales principios.

Naturalmente es cuestión diversa de la aquí tratada la tocante a la eventual prohibición de ejecutar o celebrar ciertos actos o contratos, que pueden constituir “título translaticio de dominio”, respecto de las cosas que están fuera del comercio humano, supuesto que tales actos o contratos no importan “enajenación”, como lo es la compraventa, a propósito de la cual ha de tenerse en cuenta la regla del artículo 1.810: “Pueden venderse todas las cosas corporales o incorpóreas, cuya enajenación no esté prohibida por ley”; la regla general consagrada en la parte final del artículo 1.466: “Hay asimismo objeto ilícito... y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes”; y la del artículo 10: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

2. *Derechos y privilegios intransferibles*: hay en el *Código Civil* una serie de casos en los cuales se está en presencia de derechos que no pueden transferirse por acto entre vivos, tales como los de uso y habitación, respecto de los cuales el inciso primero del artículo 819 declara que: “no pueden cederse a ningún título”⁶³, o el derecho de adjudicación preferente del cónyuge supérstite en el caso del artículo 1.337 número 10, pues se declara que “no puede transferirse ni transmitirse”.

En estos casos tampoco es posible que opere aquella tradición de “otros derechos reales”, de la que trata el inciso segundo del artículo 670, ni me-

⁶² Vide sobre este punto en relación con la tradición el comentario jurisprudencial de DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Nulidad de contrato de hipoteca. Tradición de hipoteca. Nulidad y otras sanciones”, en *Revista de Derecho*, N° 200, Concepción, julio-diciembre, 1996, pp. 184-185.

⁶³ Cfr. arts. 1.618 número 9, 1.916 inciso 1, 2.466 inciso final.

nos de la tocante a la “de los derechos personales que un individuo cede a otro”, de la que se ocupa el artículo 699; porque, al tenor de la definición legal de tradición contenida en el inciso primero del artículo 670 y de la definición de *tradente* ofrecida en el artículo siguiente, no es posible cumplir con la exigencia de “transferir” un derecho de una persona a otra.

En tal sentido, este mismo principio es recogido en el número segundo del artículo 1.464, cuando declara que: “Hay un objeto ilícito en la enajenación: ...De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona”.

Distintos de los casos anteriores, en los cuales se está frente a situaciones de prohibiciones legales de enajenar, son aquellos en los que se presenta una “cláusula” o “pacto de no enajenar” en los eventos en que aquélla o éste son permitidos⁶⁴, cuyos efectos vienen señalados en la misma ley.

Tales supuestos en el *Código Civil* son los siguientes: a) el caso excepcional de la propiedad fiduciaria “cuando el constituyente haya prohibido la enajenación”, porque el inciso segundo del artículo 751 declara que, en tal caso, la propiedad fiduciaria “no será, sin embargo, enajenable entre vivos”; b) el legado “de una cosa con calidad de no enajenarla”, pues, al tenor del artículo 1.126, si: “la enajenación no comprometiere ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita”, de guisa que la tradición será válida; c) la donación, cuando en la escritura pública (“inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas donadas lo hubiere exigido”) se “ha prohibido al donatario enajenarlas”, en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 1.432, la resolución, rescisión y revocación de la donación dará acción contra terceros poseedores y si el donante no ejerciere tal acción “podrá exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas, según el valor que hayan tenido a la fecha de la enajenación”, regla que importa reconocer una suerte de ratificación de la tradición por el no ejercicio de la acción; d) la situación del “pacto de no enajenar la cosa arrendada, aunque tenga la cláusula de nulidad de la enajenación”, porque aquí, al tenor del artículo 1.964, la tradición es válida, ya que tal cláusula “no dará derecho al arrendatario sino para permanecer en el arriendo, hasta su terminación natural”; e) el “pacto de no enajenar la finca censuada”, de acuerdo con el inciso primero del artículo 2.031, “no vale” y: “Toda estipulación en contrario, se tendrá por no escrita”, de modo que su tradición sería válida; f) el pacto de no enajenar los bienes gravados con hipoteca no obsta a la validez

⁶⁴ Sobre esta cuestión, discutida en la doctrina chilena, puede consultarse, además de su tratamiento general en los *Manuales* en uso, la antigua memoria de VICUÑA SUÁREZ, Luis, *De la facultad de enajenar y de su prohibición impuesta en el contrato*, Valparaíso, 1923; y el más reciente estudio de PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del Conservador”, en *Revista de Derecho*, N° 168, Concepción, enero-diciembre, 1980, pp. 87-93.

de la tradición, pues, al tenor del artículo 2.415: “El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario”.

5.1.3. Y consiste en la entrega

Téngase nuevamente en cuenta aquí que el núcleo de la tradición dominical o de otros derechos toma su consistencia (“consiste”) del “hecho de la entrega” (*factus tradendi*), es decir, en la base de la tradición, concebida exclusivamente como “modo de adquirir”, continúa hallándose un “hecho” (*factus tradendi*), que implica el traspaso de una cosa de manos de una persona a otra; pues, ella “consiste en la entrega”, tal cual, naturalmente, lo afirma toda la doctrina chilena⁶⁵, y que expresa, desde su primera formulación por Alessandri Rodríguez, mediante la frase: “Siempre que hay tradición, hay entrega”⁶⁶.

⁶⁵ CHACÓN, Jacinto, *Exposición razonada y estudio comparado del Código Civil chileno*, II, Valparaíso, 1878, p. 160: “Lo que caracteriza la tradición es la entrega efectiva de la cosa”; VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile comentado y explicado por...*, III, Santiago de Chile, 1894, p. 101: “Según nuestra legislación, lo que caracteriza a la tradición es la entrega efectiva de la cosa”; URRUTIA, Leopoldo, *Explicaciones de Código Civil. (Clase de don Leopoldo Urrutia) por Oscar Dávila I. i Rafael Cañas O. R. De las obligaciones en jeneral i de los contratos*, Santiago de Chile, 1907, p. 259: “La tradición no es sino una clase de entrega”; RAMÍREZ, Tomás, *Explicaciones de Derecho Civil dadas por Don Tomás A. Ramírez. Primer Año. Apuntes tomados por Alfredo Avalos y Francisco de la Carrera*, Santiago de Chile, 1907, p. 322: “De esta definición, como del significado etimológico de la palabra, se deduce que la tradición es fundamentalmente una entrega”; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Compra-Venta i de la Promesa de Venta*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1917, tomo I, nr. 824, p. 843: “Toda tradición supone entrega, sea real o ficta”; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, VII, *De los bienes*, II, Santiago de Chile, 1932, nr. 729, p. 278: “Consistiendo la tradición en el hecho de la entrega...”; PESCIO VARGAS, Victorio, *Manual de Derecho Civil. De la copropiedad-De la propiedad horizontal y de la posesión*, IV, Santiago de Chile, 1951, nr. 883, p. 287: “Por una parte, mediante la entrega –que constituye su elemento materialístico– pone al adquirente en contacto físico con la cosa...”; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes (La propiedad y otros derechos reales)*, Santiago de Chile, 1979, nr. 96, p. 115: “El código, en la definición del art. 670, prescribe que la tradición consiste en la entrega... Efectivamente, el elemento central, que da consistencia a la tradición, es la entrega del objeto tradido”, y en nr. 106, p. 122: “Más que un requisito, la entrega es en realidad el elemento substantivo de la tradición, alrededor del cual han de cumplirse las demás exigencias anotadas”; ROZAS VIAL, Fernando, *Los bienes*, Santiago de Chile, 1998, nr. 171, p. 159: “Siempre que hay tradición, hay entrega real o simbólica”; VIAL DEL RÍO, Víctor, *La tradición y la prescripción adquisitiva como modo de adquirir el dominio*, 2ª ed., Santiago de Chile, 2003, pp. 3-4: “La tradición que permite la adquisición del dominio, y que es la definida por la ley, supone siempre la entrega de una cosa de manos del tradente a las del adquirente”.

⁶⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Derecho Civil. Primer Año (Tomo Segundo). De los Bienes. Versiones taquigráficas tomadas en la clase de Derecho Civil del Señor Arturo Alessandri Rodríguez*, Santiago de Chile, 1933, p. 91

Supuesto lo anterior, en toda la parte siguiente de la definición legal el codificador precisa los elementos que califican jurídicamente a dicho *factus tradendi* como “modo de adquirir” y que, por ende, lo separan y distinguen de cualquier otro “hecho de la entrega”, cuyo efecto no sea dominical o de adquisición de otros derechos reales.

A regular cómo deba realizarse este *factus tradendi*, en el cual “consiste” la tradición, destina el *Código Civil* los artículos comprendidos entre el 684 y el 699.

5.1.4. Que el dueño hace de ellas a otro

Éste es el primer elemento que califica jurídicamente al hecho de la entrega (*factus tradendi*) como un “modo de adquirir” el dominio u otros derechos reales, separándola, en consecuencia, de todas aquéllas otras entregas no realizadas por el dueño o titular de otro derecho real.

La Comisión Revisora mantenía sin variaciones este paso de la definición legal, que ratificaba el criterio de una “tradición dominical”, desde el momento en que debía ser acto del dueño, en plena armonía con la definición de “tradente” que se conservaba, sin alteraciones, en el inciso primero del artículo 671; sin olvidar, que las expresiones “dueño” y “tradente” ahora habían de entenderse complementadas por el inciso segundo del artículo 670, para comprender en ellas al titular de “otros derechos reales” sobre la cosa entregada, en concordancia con el artículo 682, y con la de aquel que “transfiere” el “derecho de ganar por prescripción”, de acuerdo con el artículo 683.

Es la condición de dueño de la cosa entregada, la primera circunstancia calificatoria de la tradición en “cuanto modo de adquirir”. En tal sentido dicha persona “se llama tradente”, al tenor del paso inicial del inciso primero del artículo 671, supuesto que “es la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre”, debiendo entenderse esta última precisión en cuanto la entrega puede ser realizada por un mandatario o representante legal del dueño, de acuerdo con los incisos segundo, tercero y cuarto del referido artículo 671.

Así, entonces, este primer elemento calificador de la entrega puede expresarse como regla que, en cierto modo, refleja el principio romano *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*⁶⁷:

⁶⁷ Este principio, originariamente referido a la *mancipatio*, pero aplicable también a la *traditio* se recogía en un pasaje de Ulpiano, D. 41.1.20pr: “Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert” (“La tradición no debe ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega. Si, pues, uno tuvo el dominio sobre un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe”. El mismo principio, originalmente referido a la

REGLA PRIMERA: “Si la entrega de la cosa no es realizada por el dueño, su mandatario o representante legal, no se está en presencia de una tradición entendida como modo de adquirir el dominio”.

Veamos el campo operativo de esta regla y algunos casos en los que ella se concreta, como corolarios suyos:

1. *La calidad de dueño o de titular de otro derecho real se exige respecto de la entrega y no en cuanto al título translaticio de dominio*: este campo operativo ceñido al *factus tradendi* halla su razón de ser en el sistema causado de adquisición dominical adoptado por el codificador, una de cuyas consecuencias más claras es la de haber rechazado el criterio del *Code Civil*, de raigambre romano-vulgar, que atribuía efectos reales a los contratos.

La operatividad de la regla en el espacio propio de la entrega y no del título translaticio de dominio, se concreta en una serie de disposiciones del *Código Civil*, que no constituyen más que corolarios de ella.

COROLARIO PRIMERO: La venta de cosa ajena vale, pero en tal caso la entrega de la cosa vendida no constituye un “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 1.815: “La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo (sic)”. Al tenor del inciso primero del artículo 675 es “la venta” un título translaticio de dominio, en plena armonía con el inciso tercero del artículo 703 y con el artículo 684 número 5. La venta, entonces, puede ser celebrada por quien no es dueño de la cosa, y el régimen jurídico de este contrato sobre “cosa ajena” tiene fijada su disciplina en el referido artículo 1.815, y en los demás tocantes a la obligación de saneamiento. Si, vendida una cosa ajena, tal vendedor “la entrega” a su comprador, dicho *factus tradendi* no puede ser calificado de una tradición en cuanto “modo de adquirir”, supuesto que no ha sido realizado por el dueño y, por ende, no se ha presentado el primer elemento que califica jurídicamente a la entrega como tradición dominical.

COROLARIO SEGUNDO: La constitución de un título translaticio de dominio por un coasignatario respecto de una cosa que no le es adjudicada en la partición vale, pero la entrega fundada en él no constituye un “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 1.344 inc. 2º: “Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena”. Hay en este artículo una simple aplicación de la distinción entre el título traslaticio de dominio;

transferencia de una herencia, se recibía como regla en *Digesto* 50.17.54: “Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet” (“Nadie puede transferir a otro más derecho que el tenido por él”).

porque parte del supuesto de existir un “título de enajenación” (art. 684 N° 5), que es el que convino el coasignatario a quien finalmente no se adjudicó el bien que fue objeto de él, y la adquisición por el tercero en virtud de la entrega. Su disciplina, pues, es la misma que se sentó para la venta de cosa ajena en el artículo 1.815.

COROLARIO TERCERO: La permutación de cosas ajenas vale, pero la entrega de ellas no constituye un modo de adquirir el dominio.

Artículo 1.899 inc. 1°: “No pueden cambiarse las cosas que no pueden venderse”. La permutación es también un “título translaticio de dominio” (arts. 675 inc. 1, 703 inc. 3, 1.912) que, al referirse a cosas ajenas, tiene el mismo régimen que el sentado para la venta de cosas ajenas, en virtud de la regla contenida en el artículo 1.900: “Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato” y, por ende, adviene aplicable la regla del artículo 1.815.

COROLARIO CUARTO: La donación con causa onerosa de una cosa que se sabe ajena vale, pero la entrega que la sucede no constituye “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 1.423 inc. 1°: “Las donaciones con causa onerosa no dan acción de saneamiento por evicción, sino cuando el donante ha dado una cosa ajena a sabiendas”. La donación entre vivos constituye también un “título translaticio de dominio” (arts. 675 inc. 1, 677, 684 N° 5, 703 inc. 3), que cuando es con causa onerosa respecto de cosas ajenas halla su disciplina en este artículo 1.423.

COROLARIO QUINTO: El acuerdo de dar y recibir en pago una cosa ajena vale, pero la entrega subsecuente no constituye un “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 1.575 inc. 1°: “El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño”. Esta regla debe entenderse, naturalmente, sólo respecto de aquellas obligaciones de dar constituidas en un título translaticio de dominio específico⁶⁸, pues en tal caso dicho pago se verifica mediante un *factus tradendi*, que constituye una tradición que hace adquirir el dominio a aquél que recibe la cosa pagada, sólo en cuanto quien le pagó era dueño, pues de lo contrario el pago “no es válido”, es decir, no liberó al deudor de su obligación y puede, en consecuencia, exigírsele. Así, esa entrega no fue una “tradición dominical” y al haberse hecho por quien no era

⁶⁸ Era explicable esta regla en el derecho romano clásico en cuanto existía la *stipulatio* como causa de obligaciones, entre ellas la de *dari*, más en el derecho actual, es dificultoso hallar una causa o fuente autónoma de obligación de dar en sí misma. Así, no procede, pues, su aplicación en cuanto a la compraventa, y en una interpretación amplia sí cabría en relación con la donación.

dueño, se trata de una entrega de cosa ajena, que será inoponible al verdadero dueño, sin perjuicio de que quien recibió la cosa pagada haya adquirido “el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía” (art. 683).

Artículo 1.575 inc. 3º: “Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar”. En este caso, supuesta la naturaleza propia de las cosas “fungibles” (art. 575), la entrega de ellas no hace adquirir el dominio a quien las recibe en pago y, por lo tanto, su dueño conserva el dominio de las especies entregadas, pero sólo le es posible reivindicarlas mientras conserven su identidad o no hayan sido consumidas. Una regla semejante se recibe en el artículo 2.202, que se explica más abajo.

COROLARIO SEXTO: El título translaticio de dominio constituido por los herederos del comodatario respecto de la cosa comodada vale, pero la entrega realizada en virtud de él no constituye un “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 2.187 inc. 1º: “Si los herederos del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieren enajenado la cosa prestada, podrá el comodante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo ésta ineficaz) exigir de los herederos que le paguen el justo precio de la cosa prestada o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación le competan, según viere convenirle”. Es también esta disposición una aplicación de la regla que diferencia entre el “título translaticio de dominio”, pues se pone en el caso de la existencia de cualquier “título de enajenación” (art. 684 N° 5), y la tradición, supuesto que los referidos herederos no son dueños de la cosa comodada a su causante y, en consecuencia, han podido constituir un título translaticio de dominio, pero ello no obsta a que, en todo caso, hallan entregado una cosa ajena, de modo que dicho *factus tradendi* no opera como “modo de adquirir el dominio”, y es tal la razón, por la cual el comodante, dueño de ella, cuenta con la acción reivindicatoria para reclamarla.

COROLARIO SÉPTIMO: El mutuo celebrado respecto de cosas ajenas vale, y la entrega no constituye una tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 2.202 inc. 1º: “Si hubiere prestado el que no tenía derecho de enajenar, se podrán reivindicar las especies, mientras conste su identidad”. El mutuo es un contrato real cuya finalidad es “cierta cantidad de cosas fungibles” (arts. 1.443, 2.196), que no se perfecciona “sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio” (art. 2.197), de manera que si quien celebra un contrato de mutuo (“título translaticio de dominio”, v.gr. art. 677)⁶⁹ es dueño

⁶⁹ Es la *iusta causa romana pro creditore*.

de las especies que entrega, tal *factus tradendi* opera como “modo de adquirir el dominio”, pero si no es dueño la entrega no constituye una tradición dominical. Por esto, quien recibe las especies no se hace dueño de ellas y está sujeto a la acción reivindicatoria por parte del dueño. Nótese que lo reivindicable son “las especies, mientras conste su identidad”, debido al carácter de fungibles de las cosas objeto de este contrato (art. 575), y por ello esta regla está en plena armonía con la del inciso tercero del artículo 1.575, pues la adquisición del dominio se produce aquí por una suerte de “confusión”.

COROLARIO OCTAVO: La transacción con quien es poseedor aparente de un derecho es inoponible a su titular, y la eventual entrega no constituye “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 2.452: “No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen”. La transacción, en ciertos casos, constituye un “título translaticio de dominio” (art. 703 inc. 3). Hay aquí una regla excepcional que, en todo caso ha de entenderse en relación con la del inciso final del artículo 2.456: “Si se transige con el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho”.

2. Si la entrega la realiza un mero tenedor de la cosa, ese “*factus tradendi*” no constituye un “modo de adquirir el dominio”: diversas son las posibilidades de un mero tenedor que realiza la entrega de una cosa de la cual no es dueño, pero en todas ellas, jamás dicho *factus tradendi* constituye un “modo de adquirir el dominio”. En todo caso, los eventuales efectos no dominicales que el derecho reconozca a dicha entrega no dependerán de la ausencia de dominio en el mero tenedor de la cosa entregada, sino de la concurrencia de otros elementos de calificación jurídica de la entrega, particularmente de la naturaleza del título en el cual se funda dicha entrega.

Un mero tenedor (art. 714) puede, en virtud de un “título de mera tenencia”, entregar una cosa ajena, en cuyo caso quien la recibe solamente se constituye en mero tenedor. Tal sería el caso del arrendatario que subarrienda la cosa que tenía arrendada, siempre y cuando se hallare expresamente facultado para subarrendar de acuerdo con el artículo 1.946, o el de aquél que entrega en comodato una cosa perdida, hurtada o robada, al tenor del artículo 2.183 en sus tres incisos finales.

Caso diverso es el del mero tenedor (art. 714) que teniendo “la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella” (art. 730) y enajena “a su propio nombre la cosa”; pues aquél que la recibe “adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior” (art. 730); en cuyo evento se está frente al caso de una tradición que da “el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía” (art. 683), precisamente en la circunstancia delimitada por la parte final del artículo 683, pues quien realizó la entrega carecía de tal derecho.

3. *Si la entrega la realiza el poseedor de la cosa, la tradición no constituye un “modo de adquirir el dominio”*: al igual que en el caso anterior, una entrega realizada por un poseedor no constituye “modo de adquirir el dominio”, y los otros efectos que el derecho le reconoce dependen de un elemento de calificación jurídica diverso, normalmente de la naturaleza del título en virtud del cual se realiza la entrega.

Si el poseedor realiza la entrega de la cosa que posee en virtud de un “título no translaticio de dominio”, tal entrega solamente vuelve mero tenedor al que la recibe, pues por ella el poseedor no pierde su posesión. Es la regla del artículo 725: “El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquier otro título no translaticio de dominio”.

A diferencia del supuesto anterior, cuando el poseedor entrega la cosa fundado en un “título translaticio de dominio” se está en presencia de una tradición que da a quien ha recibido la cosa “el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía” (art. 683).

4. *Si la entrega la realiza quien no es mandatario del dueño, ese “factus tradendi” no constituye un modo de adquirir el dominio*: esto es así porque se faltaría a lo dispuesto en los incisos segundo y final del artículo 671, debiendo, en consecuencia, aplicarse las reglas generales tocantes al mandato y, eventualmente a la agencia oficiosa, para fijar la disciplina de cada supuesto concreto que se ofreciese.

Si quien entrega la cosa no es mandatario del dueño y la realiza a nombre de éste se cae en la disciplina de la agencia oficiosa (arts. 2.286 a 2.294) y tal entrega no habrá operado como “modo de adquirir el dominio”, sin perjuicio de la posibilidad posterior de ratificación, por parte del dueño, de lo obrado por el agente oficioso.

Si se trata efectivamente de un mandatario del dueño es necesario que obre “dentro de los límites de su mandato” (art. 674), de manera que si se excede de sus términos, dicha tradición no opera como “modo de adquirir el dominio”; y quien recibe la cosa sólo estaría en el evento de haber adquirido “el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía” (art. 683); pues la tradición sería “inválida”, entendiéndose con ello que es inoponible al mandante, pues le habría entregado una “cosa ajena”. Este caso puede admitir la peculiaridad de haberse tratado de una actuación del mandatario “que por una imperiosa necesidad sale de los límites de su mandato”; en cuya situación “se convierte en un agente oficioso” (art. 2.122) y, por ende, puede dicha entrega llegar a operar el efecto de “adquisición del dominio” de acuerdo con las reglas fijadas en los artículos 2.286 a 2.294 del *Código Civil*.

5. *Si la entrega la realiza quien no es representante legal del dueño, ese “factus tradendi” no constituye un modo de adquirir el dominio*: porque también se faltaría a lo

dispuesto en los incisos segundo y final del artículo 671, debiendo, en consecuencia, aplicarse las reglas generales tocantes a la actuación de los representantes legales.

En el caso de los tutores y curadores, por ejemplo, pueden distinguirse diversas situaciones: a) que la entrega sea realizada antes del discernimiento de la tutela, en cuyo caso, lo que realiza el pretendido tutor es nulo (art. 377), sin perjuicio de la excepción que consagra el mismo artículo 377: “pero el discernimiento, una vez otorgado, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo”, de modo que tal *factus tradendi* no constituye una tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio”, aunque pueda eventualmente llegar a serlo; b) que la entrega sea realizada por un tutor o curador que no lo es “verdaderamente, pero creyendo serlo”, en cuyo caso: “sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja” (art. 426 inc. 1º); c) que la entrega hubiera sido realizada por alguien que actuó “de mala fe, fingiéndose tutor o curador” (art. 426 inc. 3º), en cuyo caso tampoco se está frente a una tradición que opere como “modo de adquirir el dominio” y el que recibió la cosa podrá, eventualmente, haber adquirido “el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía” (art. 683).

74

5.1.5. Habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio

La Comisión Revisora agregó en este pasaje de la definición la expresión “facultad e”, de tal manera que ahora se comprendía dentro de la noción legal de tradición una doble exigencia en el tradente, a saber: i) que tuviera “la facultad de transferir el dominio” y ii) que tuviera “la intención de transferir el dominio”.

Esta doble exigencia continuaba necesariamente vinculada con la concepción de una tradición exclusivamente dominical o de derechos. La inclusión de la necesidad de haber “facultad” de transferir el dominio quedaba ahora ligada de forma dogmática con los artículos 671, 672 y 674, en los cuales la Comisión Revisora había tratado especialmente de dicha “facultad” como “condición de validez” de la tradición y que en el *Proyecto Inédito* no aparecía recogida en la definición legal.

De esta manera, el codificador incluía un segundo elemento de calificación jurídica de una entrega en cuanto “modo de adquirir el dominio”. Este elemento era doble, pues, exigía la “facultad” y la “intención” de transferir el dominio.

1. La “*facultad de transferir el dominio*”: el entendimiento de esta condición contenida en la definición de tradición del artículo 670 exige previamente determinar cuál es su campo operativo, y una vez establecido se impone su lectura e interpretación.

Este elemento, que califica jurídicamente a una entrega en cuanto “modo de adquirir el dominio”, puede expresarse también como regla:

REGLA SEGUNDA: "Si la entrega de la cosa es realizada por el dueño, su mandatario o representante legal, que carecen de la facultad de enajenar no se está en presencia de una tradición entendida como modo de adquirir el dominio".

Veamos, también, el campo operativo de esta regla y algunos casos en los que ella se concreta, como corolarios suyos:

a) *La facultad de transferir el dominio se exige específicamente respecto de la entrega y no en cuanto al título translaticio de dominio*: no sólo de la redacción de la definición contenida en el inciso primero del artículo 670 sino, también, de sus antecedentes histórico-dogmáticos, aparece que esta exigencia está referida al "hecho de la entrega", en cuanto la tradición "consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro", y es respecto de ella que se predica la necesidad de haber la "facultad de transferir el dominio".

Si se leyera esta disposición en cuanto a que estuviera referida a la constitución del "título translaticio de dominio", surgiría la necesidad de distinguir, al menos, dos situaciones diversas, a saber: a) la de quien, por no ser dueño de la cosa, pudiera entenderse que carecería de la "facultad de transferir el dominio", en cuyo caso este entendimiento pugnaría con el sistema general del *Código Civil* que admite la constitución de títulos translaticios de dominio sobre cosas ajenas, cuyo ejemplo más típico es el de la compraventa; b) la de quien, siendo dueño, carece de la capacidad para convenir el "título translaticio de dominio", situación ésta que se solucionaría de acuerdo con las reglas generales tocantes a los actos y declaraciones de voluntad, que importarían la nulidad de dicho "título" y, por ende, la exigencia del artículo 670 simplemente reiteraría un principio general.

Además, convendría reparar aquí, aunque son reglas en sede posesoria, en el artículo 704 número 3º que declara no ser justo el título: "Que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por un decreto judicial, no lo ha sido".

Sin perjuicio de lo anterior, referir al "título" la exigencia de la citada "facultad" dejaría sin solución legal aquellos casos en los cuales, habiéndose constituido un título translaticio de dominio plenamente válido, la entrega fuera realizada posteriormente por quien careciera de dicha facultad, como un incapaz relativo que, sin la intervención de su representante legal, entregara la cosa debida.

En resumen, ha de afirmarse que el codificador no tenía necesidad de fijar reglas singulares en cuanto a la capacidad o facultad para convenir el "título translaticio de dominio", supuesto que su régimen se hallaba fijado en aquéllas generales que el mismo *Código* había establecido al tratar de los "actos y declaraciones de voluntad" y en las particulares sentadas para cada uno de los actos que constituyen "títulos" concretos. Pero sí resultaba

necesario fijar las condiciones que gobernaban el *factus tradendi*, sobre todo cuando la entrega se difería en el tiempo y podía ser realizada por un incapaz.

- b) *La facultad de transferir el dominio está referida al dueño, su mandatario o su representante legal*: supuesto que es condición de la tradición, en cuanto modo de adquirir el dominio, que ella sea realizada por el dueño, es respecto de éste de quien predica la definición del artículo 670 el que haya la “facultad de transferir el dominio”, pero también respecto de sus mandatarios o representantes legales, en cuanto lo dispuesto por los incisos segundo y final del artículo 671.

La inclusión en la definición legal de tradición de esta exigencia de la “facultad” se explica porque ella viene a recoger la condición de “validez” de la tradición expresada en el actual artículo 672, y que corresponde al antiguo 808 del *Proyecto Inédito* y al 810 del *Proyecto* de 1853.

En efecto, queda explicado en su lugar que el actual inciso primero del artículo 672 exige para la validez de la tradición que sea “hecha voluntariamente por el tradente o por su representante”, y que tal regla opera en el campo de las actuaciones de los incapaces relativos; pues son éstos los que, no obstante ser dueños, carecen de la “facultad de transferir el dominio”, de manera que si de hecho realizan la entrega, ella adolece de un vicio cuya sanción es la nulidad relativa, y puede, en consecuencia, “validarse” retroactivamente “por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa”, ya sea “como dueño o como representante del dueño”, al tenor del inciso segundo de la misma disposición.

- c) *Respecto del dueño la facultad de transferir el dominio equivale a la facultad de enajenar y, en cuanto tal, corresponde a su capacidad de ejercicio*: como ya quedara establecido sólo el dueño puede realizar una entrega que constituya el “modo de adquirir el dominio” denominado tradición, de manera que no es lógico ni coherente identificar esta exigencia de “facultad de transferir el dominio” con la condición de dueño de la cosa entregada, pues sería una lectura inútil de esta disposición, ya que no produciría efecto propio alguno⁷⁰ y, además, podría llevar a sostener que esta exigencia no es predicable de los mandatarios y representantes legales.

Hay autores que defienden la opinión que se ha desechado en el párrafo anterior. Entre ellos Rozas Vial quien, al tratar de los “requisitos del tradente para que pueda transferir el dominio”, afirmaba que: “Debe tener la facultad de transferir el dominio. Esto significa que debe ser dueño de la cosa o

⁷⁰ El principio de “utilidad” de la interpretación está recibido en el *Código Civil* a propósito de la interpretación de las cláusulas contractuales en el artículo 1.562 y, en cierto modo, en la interpretación legal de acuerdo con el inciso primero del artículo 22.

del derecho que transfiere. Si el tradente no es dueño de la cosa, la tradición no es nula sino que no transfiere el dominio”⁷¹ y Vial del Río:

“Facultad en el tradente de transferir el dominio. Este requisito, expresamente contemplado en la definición de tradición del artículo 670, significa que para que la tradición transfiera el dominio el tradente debe ser dueño de la cosa o del derecho real de que se trata. Sólo el dueño tiene la facultad o aptitud jurídica de transferir el dominio... Como consecuencia de ser la tradición un modo de adquirir el dominio derivativo, sólo transfiere el dominio si el tradente es dueño”⁷²,

idea que reitera en otro lugar: “En nuestro concepto, cuando la ley dice que en el tradente debe haber facultad de transferir el dominio, se refiere a que éste debe ser dueño”⁷³.

El silogismo anterior es, en realidad, un paralogismo, que no toca a la cuestión discutida, supuesto que envuelve la identificación de dos nociones diversas, a saber: la “titularidad” del derecho de dominio, y la “facultad” de transferirlo o de “enajenar” la cosa, distinción ésta que, por lo demás, reconoce el mismo *Código Civil*, por ejemplo, en el sutilísimo inciso primero de su artículo 1.084: “La asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día”.

Naturalmente sólo quien es titular del derecho de dominio puede hacer dueño a otro, pero su titularidad no implica, necesariamente, que cuente siempre con la “facultad” de realizar la transferencia o enajenación. Así, sólo el dueño incapaz absoluto puede transferir el dominio, aunque no esté facultado para realizarlo en forma personal, sino a través de su respectivo representante, y lo mismo en cuanto al incapaz relativo; pues, en tales casos quien está “facultado” por ley para actuar por el incapaz es su representante quien, también debe tener la citada “facultad” concreta de transferir al tenor del artículo 674, de manera semejante a los mandatarios.

Así, la condición de dueño para que opere la tradición dominical es exigencia diversa de la “facultad de transferir el dominio”, que también ha de concurrir en el citado dueño y que, en consecuencia, equivale a su capaci-

⁷¹ ROZAS VIAL (n. 65), nr. 176, p. 163. A pesar de esta identificación, también agrega, en el mismo lugar, que el tradente: “Debe tener capacidad de ejercicio. Si no tiene capacidad de ejercicio, la tradición, que es un acto jurídico, es nula”.

⁷² VIAL DEL RÍO (n. 65), p. 34.

⁷³ *Op. cit.*, p. 36.

dad de ejercicio, tal cual lo ha entendido nuestra más sana doctrina⁷⁴. Del mismo modo, ha de conectarse lógicamente esta exigencia de “facultad” en el dueño con lo prescrito en el artículo 672 del *Código Civil*, pues en dicha palabra utilizada en la definición legal se compendia su contenido. De manera que si la tradición la realiza un incapaz relativo ella, de acuerdo con las reglas generales, puede ser ratificada por el mismo incapaz cuando haya dejado de serlo o por su representante legal debidamente facultado.

Esta exigencia se concreta en el caso del “pago en que se debe transferir la propiedad” (art. 1.575 inc. 1), pues no sólo se requiere que quien paga sea “dueño de la cosa pagada” sino, también, supone que “el que paga tiene facultad de enajenar” (art. 1.575 inc. 2º), de manera que si ha sido un incapaz relativo quien ha pagado, tal pago adolece de nulidad relativa y, por ende, puede ser ratificado, al tenor del artículo 672, pues aquella tradición “que al principio fue inválida... se valida retroactivamente por la ratificación”, precisamente de aquel “que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño”, con la lógica excepción consagrada en el inciso final del artículo 1.575 debido a la especial naturaleza de los bienes fungibles.

- d) *Respecto del mandatario o del representante legal del dueño, la facultad de transferir el dominio equivale a obrar dentro de los límites del mandato o de su representación legal, es decir, deben actuar debidamente autorizados.* aquí la palabra “facultad” utilizada en la definición legal se refiere directamente a la regla del artículo 674 del mismo *Código Civil*, en cuanto en ella se prescribe que: “Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal”, precisamente porque, al tenor del inciso final del artículo 671: “La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por el o a el respectivo mandante”.
- e) *Si el dueño carece de facultad para transferir el dominio la tradición no es válida, pero puede ser ratificada:* es la regla general consagrada en el artículo 672 del *Código Civil*, precisamente porque aquí a la tradición, en cuanto *factus tradendi*, hecha en forma personal por un incapaz relativo no puede el derecho reconocerle efectos jurídicos y, asimilándola al régimen general de sus actos y declaraciones de voluntad, habría de decirse que ella adolece de “nulidad relativa”, de acuerdo con la regla general sentada en el inciso final artículo 1.682. Así, esta tradición que adolece de nulidad relativa, puede, al tenor del inciso segundo del artículo 672, validarse “retroactivamente por la ratificación”, en plena coherencia con la regla general expresada en el artículo

⁷⁴ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil. Primer Año. Tomadas en clase de don Luis Claro Solar. Por Eduardo Varas S. i Alvaro Vergara V.*, Santiago de Chile, 1906, nr. 529, p. 241; CLARO SOLAR (n. 65), nr. 714, pp. 260-261; PESCIO VARGAS (n. 65), nr. 895, pp. 328-329; PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 65), nr. 97, p. 117.

1.684: “La nulidad relativa... puede sanarse por el lapso de tiempo (sic) o por la ratificación de las partes”.

Esta lectura es, por lo demás, coherente con las reglas tocantes a la “injusticia” del título en sede posesoria derivada de un vicio de nulidad, susceptible de ser ratificado. En efecto, el artículo 704 en su número 4º prescribe que no es justo título “El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por un decreto judicial, no lo ha sido”, si bien aquí la palabra “enajenación” debiera hacerla equivalente de “tradicción”, más bien pareciera referida al “título”. En todo caso, la regla del artículo 705 explica su campo operativo en relación con el título: “La validación de un título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título”.

En cuanto a la referida “ratificación”, según el mismo inciso segundo del artículo 672, es preciso distinguir dos supuestos diversos, a saber: i) los casos en que puede ser prestada por el “que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño” y ii) las situaciones en las que puede prestarla quien tiene “facultad de enajenar la cosa” en cuanto “representante legal del dueño”.

i) *Ratificación por el “que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño”*: esta posibilidad puede ofrecerse hoy día respecto del propio incapaz relativo después que se hubiera hecho capaz.

En el sistema originario del *Código Civil* también operaba respecto del marido administrador de la sociedad conyugal, cuando la tradición, en cuanto *factus tradendi*, la hubiera hecho la mujer “sin voluntad” del marido, supuesto que ella era incapaz relativa y era el marido quien tenía la “facultad de enajenar como dueño”, ya que se prescribía que: “El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio”. Por ello se prohibía expresamente a la mujer “sin autorización del marido... enajenar”, de guisa que si lo hacía, tal acto adolecía de nulidad relativa y, en consecuencia, podía ser ratificado por el marido, de acuerdo con una regla expresa que rezaba: “El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado a su mujer”.

ii) *Ratificación por el que tiene “facultad de enajenar la cosa” en cuanto “representante legal del dueño”*: éste es el caso, al tenor del inciso tercero del artículo 1.447 de: “los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo”. En el primer caso la ratificación ha de prestarla el padre o la madre, como se reconoce en el artículo 261, y en el segundo la ratificación ha de prestarla el curador del disipador.

f) *Si el mandatario o representante legal carecen de facultad para transferir el dominio la tradición no es válida, pero puede ser ratificada*: esta regla no es más que aplicación de principios generales, como el contenido en el artículo 2.160 a propósito del mandato.

La lectura que aquí se ofrece acerca de la palabra ‘facultad’, contenida en la definición legal de la tradición, directamente conectada con el artículo 672 y la posibilidad de la “ratificación” cuando en ella han intervenido incapaces relativos, no es compartida por la generalidad de la doctrina chilena que, frente a tal disposición, manifiesta las siguientes opiniones:

i) *Artículo 672 como regla general de la voluntad en los actos jurídicos*: el inciso primero del artículo 672 exige “para que la tradición sea válida” que sea “hecha voluntariamente por el tradente o su representante”, y en su inciso segundo dispone que: “Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño”.

Nuestra doctrina más tradicional, probablemente influida por Pothier, interpreta este artículo 672 como aquél en el cual se exige como “elemento” o “condición” de validez de la tradición “el consentimiento de las partes”, tal cual lo había explicado el autor francés⁷⁵; a pesar de que Bello no siguió en esta materia a Pothier, según se ha explicado, pues nunca consideró esta condición para la validez de la tradición⁷⁶. Sobre la base de tal lectura resultó muy explicable que se encasillara a la tradición dentro de la concepción general del “acto jurídico”. Así era explicada como un acto jurídico en el que debía concurrir un consentimiento libre y exento de vicios, de suerte que si tal consentimiento libre faltaba la tradición no era válida (art. 672 inc. 1), pero, posteriormente, podía ser ratificada por el dueño o su representante (art. 672 inc. 2).

Luis Claro Solar, en 1906, al explicar la tradición sostenía que: “La tradición es el modo de adquirir más frecuente en la vida. Sus elementos son cuatro: tradente, adquirente, consentimiento y título”⁷⁷, y al tratar del consentimiento afirmaba que él: “En la tradición es el acuerdo entre las dos voluntades, la una en desprenderse del dominio i la otra de adquirirlo. Es un acto jurídico bilateral, una convención”⁷⁸, cuyas consecuencias extraía al comentar el inciso primero del artículo 672:

“Aquí ‘voluntariamente’ quiere decir sin vicio en el consentimiento, libre i espontáneamente. Puede suceder que la tradición no sea válida al principio por no haber habido consentimiento del tradente, por ignorar el hecho o por cualquiera otra causa análoga. Después, conocido el hecho,

⁷⁵ POTHIER (n. 9), nr. 231, p. 128, § IV “Du consentement des parties, nécessaire pour que la tradition transfère la propriété”.

⁷⁶ *Vide ut supra* 3.3.1 letra d)

⁷⁷ CLARO SOLAR (n. 74), nr. 526, p. 240.

⁷⁸ *Op. cit.*, nr. 533, p. 242.

puede ratificarlo. La tradición queda entonces válida retroactivamente, porque la ratificación produce ese efecto, retrotrae las cosas al momento en que se verificó el hecho”⁷⁹.

Claro Solar, en 1932, variaba en algo esta primitiva concepción, porque, aunque mantenía su opinión en cuanto a que la tradición era una “convención” y, en cuanto tal, un: “acto voluntario bilateral”⁸⁰, no señalaba al “consentimiento” como uno de sus elementos, si bien seguía afirmando que: “Dice la ley que la tradición debe ser hecha voluntariamente por el *tradente*, es decir, con voluntad libre y que no adolezca de vicio en su intención de transferir el dominio al adquirente”⁸¹.

La misma originaria concepción de Claro Solar podía leerse en 1907 en Ramírez Frías:

“El primer requisito indispensable para la validez de la tradición es que sea hecha voluntariamente por el tradente o su representante, y con el consentimiento del adquirente o de su representante (arts. 672, 673). De aquí resulta que la tradición, a diferencia de otros modos de adquirir, es un acto jurídico, bilateral y consensual; y por consiguiente, todo lo que hemos visto sobre el consentimiento en los actos jurídicos es aplicable también a la tradición”⁸².

81

Una dirección más cercana a la originaria de Claro Solar se recibía en 1912 por su hijo Claro Salas⁸³, similar a la que mantenía Barros Errázuriz: “Los siguientes son los requisitos o condiciones jurídicas necesarias para que exista la tradición: 1º concurrencia de dos partes que intervienen en la entrega, una que efectúa la entrega y que se llama tradente, y otra que recibe y se llama adquirente; 2º consentimiento de una y otra; y 3º existencia previa de un título translaticio de dominio”⁸⁴. Así al detenerse en el consentimiento explicaba que:

⁷⁹ CLARO SOLAR (n. 74), nr. 533, pp. 242-243.

⁸⁰ CLARO SOLAR (n. 65), nr. 709, pp. 254-255.

⁸¹ *Op. cit.*, nr. 716, pp. 261-262.

⁸² RAMÍREZ FRÍAS (n. 65), p. 324.

⁸³ CLARO SALAS, Héctor, *Elementos de Derecho Civil en conformidad al programa universitario. Resumen en Cuadros sinópticos*, I, Santiago de Chile, 1912, p. 166. Repárese que en el prólogo se advierte que: “Esta obra ha sido revisada por el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile don Luis Claro Solar”.

⁸⁴ BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil. Primer Año. Según el programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado. Explicaciones de la clase de Don...*, 3ª ed., Santiago de Chile, 1921, p. 236.

“La tradición es un acto jurídico y como tal, es un acto voluntario de las partes que en él intervienen; ellas deben prestar su consentimiento, ya compareciendo personalmente al acto, ya por medio de sus representantes, que desempeñan el papel de intermediarios. Si la tradición se efectuó sin la voluntad de las partes puede validarse posterior y retroactivamente por la ratificación de ellas o de sus representantes debidamente autorizados (672 y 673)”⁸⁵.

En la doctrina chilena de mediados del siglo pasado Pescio Vargas asumía parcialmente esta concepción al afirmar que: “Nadie puede poner en duda que la tradición es un hecho, puesto que es obra del hombre y es siempre en virtud de un hecho que entran en aplicación las normas jurídicas. La tradición es, por otra parte, un acto que el sujeto o los sujetos que intervienen en ella, realizan o ejecutan de modo consciente y en concreto”⁸⁶, concluyendo que: “Habría que hacer notar que si la tradición no constituye un acto jurídico bilateral unitario, las normas de los artículos 676 y 677 no tendrían razón de ser”⁸⁷. Contemporáneamente esta misma visión es recibida en 1979 por Peñailillo Arévalo: “De la definición de este modo, se desprende su carácter convencional: acuerdo de voluntades que produce consecuencias jurídicas; no se crean con ella obligaciones –con lo que sería contrato– sino precisamente con ella se extinguen obligaciones contraídas en el título que le antecede”⁸⁸, y así concibe como segundo requisito de la tradición el “Consentimiento de ambas partes”, respecto del cual explica que: “Nada nuevo se agrega aquí, desde que se ha señalado que la tradición es un acto jurídico bilateral. Debe sí precisarse que ese consentimiento debe implicar la intención determinada de ambas partes de transferir y adquirir, respectivamente el dominio (arts. 670, 672 y 673)”⁸⁹. En esta misma línea de examinar la tradición a la luz de la doctrina de los actos jurídicos se situaba en 1992 Gaete Rojas, aunque lo hacía desde la perspectiva de considerarla como un pago o solución:

“La tradición es un acto jurídico bilateral. En cuanto acto jurídico, la tradición está encaminada a extinguir la obligación de entregar, que por una causa anterior tiene el tradens y el correlativo derecho personal que tiene el accipiens, motivo por el cual tiene la naturaleza jurídica de

⁸⁵ BARROS ERRÁZURIZ (n. 84), p. 237.

⁸⁶ PESCIO VARGAS (n. 65), nr. 866, p. 295.

⁸⁷ *Op. cit.*, nr. 866, p. 299.

⁸⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 65), nr. 94, p. 114.

⁸⁹ *Op. cit.*, nr. 99, p. 118.

solución o pago, sin perjuicio del efecto adquisitivo de dominio para el accipiens que la ley le atribuye”⁹⁰.

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos ha admitido, por regla general, la explicación de la tradición bajo el esquema de los actos jurídicos, concibiéndola como uno de carácter bilateral, aplicándole, en consecuencia, las reglas tocantes a los actos y declaraciones de la voluntad, dentro de las cuales se encuentra la exigencia del consentimiento en el acto o declaración y que tal consentimiento no adolezca de vicio (art. 1.445).

La Corte Suprema, por ejemplo, en sentencia de casación del 13 de julio de 1999 declaraba que la tradición es: “Un acto jurídico que, como todos, según los artículos 1431 (sic), 1439 y 1445 del Código Civil, para su existencia requiere, al ser bilateral, del consentimiento de ambas partes involucradas”⁹¹; opinión reiterada por el mismo tribunal en sentencia del 25 de enero de 2001: “La tradición efectivamente es un acto jurídico que debe cumplir con los requisitos de tales negocios, entre otros, el consentimiento de las partes”⁹².

Esta lectura del artículo 672 para el tradente y de su correspondiente en el 673 para el adquirente, los desvincula de la “facultad” referida en la definición legal de tradición y los conecta con los artículos 676, 677 y 678 en los que se trata de los eventuales “vicios” que pueden obstar a la validez de la tradición, que son leídos, precisamente, como “vicios del consentimiento” en la tradición. Así, en Luis Claro Solar en 1906⁹³, en Tomás Ramírez Frías en 1907⁹⁴, en Alfredo Barros Errázuriz en 1921⁹⁵

83

⁹⁰ GAETE ROJAS, Sergio, “La tradición en el Derecho Romano y en el Derecho Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, N° 1, Santiago de Chile, 1992, p. 67.

⁹¹ GJ. 229, Santiago de Chile, julio 1999, Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 6°, p. 58.

⁹² Corte Suprema, Cas. Civ., rol 3.939-99, Santiago de Chile, 25 de enero de 2001, cons. 4°.

⁹³ CLARO SOLAR (n. 74), nr. 535, pp. 243-244: “El consentimiento en la tradición puede adolecer, como en toda declaración de voluntad, de error, fuerza i dolo. Ya sabemos en qué consisten estos vicios del consentimiento. Hai error en el consentimiento cuando versa sobre la identidad de la especie que debe entregarse o sobre la persona. En el caso de error sobre la identidad de la cosa, existe más que vicio del consentimiento, hai ausencia del consentimiento. El error sobre la persona hace nula la tradición, siempre que la persona sea determinante del acto”.

⁹⁴ RAMÍREZ FRÍAS (n. 65), p. 325: “(Art. 676) Encontramos resumidos en este artículo los vicios del consentimiento por error. Los arts. 677 y 678 hablan sobre los casos en que el error en el título o en las personas invalida la tradición”.

⁹⁵ BARROS ERRÁZURIZ (n. 84), pp. 236-237: “El consentimiento de las partes o de sus mandatarios o representantes legales, debe versar sobre la cosa, objeto de la tradición, sobre la persona a quien se hace la entrega y sobre el título o causa de la entrega. Si hay error sobre cualquiera de estas cosas es inválida la tradición”.

y, en cierto modo, en Claro Solar en 1932⁹⁶ y en Daniel Peñailillo Arévalo en 1979⁹⁷.

- ii) *Artículo 672 como regla de la ausencia de voluntad en la tradición en cuanto acto jurídico*: una suerte de variación de la doctrina anterior, precisándola dogmáticamente, es la defendida por Guzmán Brito en 1991, para quien la disposición del artículo 672 está relacionada: “Con la voluntad de cualquier tradición, indispensable como acto jurídico que es”⁹⁸, de manera que en ella estaría prevista la situación de invalidez de la tradición cuando hubiera faltado la voluntad del tradente, como en las realizadas por absolutamente incapaces, y quizá en aquéllas en las que hubo error, fuerza o dolo.

Al explicar su lectura del artículo 672 Guzmán Brito sostiene que aquí:

“Se trata de una tradición que no vale por haber faltado la voluntad del tradente, como dice la disposición, y en este caso se encuentran las hechas por absolutamente incapaces, o quizás en que intervino error, fuerza o dolo, aunque no aquellas en que incidió error esencial por excluir expresamente la hipótesis el artículo 676 con toda razón. En general habría que incluir todos los casos en que de una u otra manera faltó la voluntad”⁹⁹.

84

La dificultad de esta lectura estriba en que, de acuerdo con las reglas generales, los actos de los absolutamente incapaces adolecen de nulidad absoluta y éstos, al tenor del artículo 1.683 “no puede sanearse por la ratificación de las partes”; de guisa que el inciso segundo del artículo 672 debería entenderse como una excepción a dicha regla general, y así lo sostiene y defiende agudamente Guzmán Brito¹⁰⁰, fundado en la dependencia causal de la tradición.

⁹⁶ CLARO SOLAR (n. 65), nr. 717, p. 262: “En la tradición, como en todo acto o declaración de voluntad, el consentimiento puede estar viciado por error, fuerza o dolo. Al tratar *De la tradición* el legislador sólo se ha referido especialmente al error. En cuanto a la fuerza y el dolo, son aplicables las reglas generales referentes a estos vicios del consentimiento de que trataremos en su oportunidad”. Explica en detalle estas materias en los nr. 718-723, pp. 262-270.

⁹⁷ PEÑAILILLO AREVALO (n. 65), nr. 100, p. 118: “Como en todo acto jurídico, el consentimiento de que aquí se trata debe estar exento de vicios; los vicios de que el consentimiento puede adolecer y las normas a que se somete su análisis, son los comunes; pero el código ha señalado para la tradición algunas reglas relativas al vicio del error. Este puede recaer en la cosa tradida (art. 676, relacionado con el art. 1452), en la persona (art. 676), o el título (art. 677)”.

⁹⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos. La voluntad específica en los actos jurídicos de derecho patrimonial privado”, en BARROS BOURIE, Enrique (coord.), *Contratos*, Santiago de Chile, 1991, p. 256.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Esta misma opinión, tocante a que aquí la ley habría temperado el rigor de las reglas generales en materia de ratificación, en ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA,

En efecto, advierte Guzmán Brito que:

“La derogación parcial del derecho común de ratificación se justifica por la naturaleza de acto dependiente y causado que tiene la tradición: no hay inconveniente en que la tradición hecha por un absolutamente incapaz, por ejemplo, sea ratificable, porque en definitiva es el título el que decide la validez del conjunto: si aquel también había sido celebrado por el incapaz, aunque se ratifique la tradición, subsistirá la nulidad del título que es insanable”¹⁰¹.

Pero si ello fuera así, ¿qué significado jurídico podría tener ratificar la tradición si su causa (título) seguirá siendo insanablemente nula? Hallaría sentido esta lectura sólo si la causa la convino alguien plenamente capaz, pero en el momento de la tradición era incapaz absoluto.

Queda ampliamente explicado en su lugar que la regla del artículo 672 fue concebida para aquellos casos en los cuales la tradición, normalmente diferida en el tiempo en relación con su causa, era efectuada por un incapaz relativo, en cuyo evento el inciso segundo del citado artículo sólo confirma el derecho común en sede de tradición. Lectura que, por lo demás, se aviene con las reglas del inciso segundo del artículo 19 en cuanto, para interpretar esta “expresión obscura de la ley”, ha recurrido “a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”, y con la precisa del inciso primero del artículo 22; pues es “el contexto de la ley” el que ha servido “para ilustrar el sentido de cada una de sus partes”, lográndose que entre las tocantes a la ratificación en general y las de la ratificación en la tradición haya “la debida correspondencia y armonía”.

¿Pero, si la lectura que aquí se defiende del artículo 672 lo refiere a la entrega verificada por los incapaces relativos, bajo qué regla quedarían cubiertas las entregas realizadas por incapaces absolutos? Es ardua cuestión ésta, cuya anatomía exigiría considerar, tentativamente, diversas posibilidades, a la luz de la exigencia de la “intención de transferir el dominio” y de “adquirirlo” contenida en el artículo 670 vinculada con el artículo 675, como se explicará en el apartado siguiente al tratarse de la referida “intención”.

iii) *Artículo 672 como regla de la tradición “a non domino”*: a diferencia de las opiniones anteriores, para otros autores se trataría aquí de un caso de

Manuel, *Curso de Derecho Civil. II. De los Bienes* (versión de VODANOVIC, Antonio), Santiago de Chile, 1957, p. 315.

¹⁰¹ *Ibid.*

tradicción realizada por quien no es dueño de la cosa, pues hacen coincidir la ausencia de “voluntad del tradente o de su representante” con la condición de dueño, ya que sólo éste podría tener tal voluntad, de suerte que con posterioridad el verdadero dueño o su representante podrían ratificar esta tradición “que al principio fue inválida”, por haber sido realizada *a non domino* y que, por tal razón, le era “inoponible” al dueño.

Era ésta la opinión de Alessandri y Somarriva, quienes al comentar los artículos 672 y 673 sostenían que sus prescripciones no eran: “Sino una consecuencia necesaria de lo expresado anteriormente, según lo cual la tradición es válida aunque se haga por otra persona que el dueño de la cosa”¹⁰², y también la de Rozas Vial: “Nos parece que la ratificación a que se refiere el art. 672 es la que hace el dueño de la cosa entregada cuando el tradente no lo era”¹⁰³. Últimamente sigue y desarrolla esta línea dogmática Vial del Río:

86

“En nuestro concepto, cuando el artículo 672 menciona al tradente se refiere inequívocamente al dueño de la cosa, de modo que el inciso primero, sustituyendo la palabra tradente por dueño, diría: ‘para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el dueño o su representante’, interpretación que corrobora el inciso segundo al decir: ‘Una tradición que...’. Así, falta la voluntad del tradente o, más precisamente del dueño, en la hipótesis de que (sic) una persona que no es dueña de una cosa y que tampoco es representante del dueño, la entrega a otra persona, lo que perfectamente podría ocurrir en caso de que el vendedor de una cosa ajena la entregue al comprador. Dicha entrega no va a transferir el dominio pues falta la voluntad del dueño o del tradente, lo que significa que es inoponible a éste. Sin embargo, si el dueño o el representante del dueño ratifican la entrega, acto por el cual se acepta que la tradición sea oponible al dueño que inicialmente no tuvo la calidad de parte en ella, se entiende que ésta transfirió el dominio desde que se entregó la cosa, por el efecto retroactivo que la ley atribuye a la ratificación”¹⁰⁴.

Hay también alguna jurisprudencia que admite la doctrina anterior y considera que la regla del artículo 672 se refiere a la tradición *a non domino*, cuya consecuencia sería la “inoponibilidad” de tal acto al verdadero dueño y, por ende, susceptible de ser “ratificado” por éste.

¹⁰² RODRÍGUEZ Y SOMARRIVA (n. 100), p. 316.

¹⁰³ ROZAS VIAL (n. 65), nr. 179, p. 166.

¹⁰⁴ VIAL DEL RÍO (n. 65), p. 53.

Tratándose de una hipoteca constituida sobre cosa ajena se ha estimado que la sanción para ella no es su nulidad, sino la “inoponibilidad” al verdadero dueño de la cosa, quien, al tenor del artículo 672 del *Código Civil*, podría ratificarla. Así lo ha declarado la Corte Suprema en sentencia del 8 de mayo de 1990:

“La constitución de una hipoteca por quien no es dueño del bien raíz respectivo no constituye una causal de nulidad sino que más propiamente es una causal de inoponibilidad respecto de quien es verdaderamente el dueño. Así aparece claramente expresado, a propósito del contrato de compraventa, por la que dispone el artículo 1815 del Código Civil al disponer que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo, precepto claramente demostrativo que la causal de ineficacia en estos casos es la inoponibilidad y no la nulidad pretendida. Si fuere, como lo sostiene la demandante, la nulidad absoluta del contrato resultaría que dicho acto no podría ratificarse por quien es el verdadero dueño de la cosa dada en hipoteca, atendida la circunstancia de que la nulidad absoluta no admite ratificación, lo que no puede sostenerse válidamente ya que el inciso segundo del artículo 672 del Código Civil contempla claramente la posibilidad de la ratificación de los actos inoponibles al disponer textualmente que ‘una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene la facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño’”¹⁰⁵.

87

Esta doctrina claramente se aparta del sistema consagrado en el *Código Civil*. En efecto: a) la tradición *a non domino* tiene su régimen propio en los artículos 682 y 683 del *Código Civil*; b) la voz *tradente* utilizada en el inciso primero del *Código Civil* debe entenderse en su significación legal, es decir, no sólo la de quien “transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre” (art. 671 inc. 1) sino, también, la de quien puede transferir otros derechos reales (art. 670 inc. 2, 682), y el de aquél cuya entrega “da al adquirente... el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho”; c) no es posible sustituir la voz *tradente* por la de *dueño* en el inciso primero del artículo 671, porque ello dejaría fuera de la regla aquellos casos en los que una tradición *a non domino* transfiere otros derechos

¹⁰⁵ GJ. 119, Santiago de Chile, 1990, Corte Suprema, Rec. Queja, Santiago, 8 de mayo de 1990, cons. 6°.

reales diversos del dominio, contrariando así el texto expreso de los artículos 670 inciso 2 y 682; d) tampoco es aceptable la referida substitución cuando la tradición “da al adquirente” el “derecho de ganar por prescripción el dominio” (art. 683), porque repárese que lo que “da” la tradición es un *derecho* (el de ganar por prescripción) y no opera la tradición dogmáticamente como modo de adquirir la posesión, supuesto que para los efectos del título VI del libro II la tradición es únicamente un “modo de adquirir derechos”¹⁰⁶.

2. *La intención de transferir el dominio*: por lo tocante a la exigencia de la “intención de transferir el dominio”, en nada innovaba el texto definitivamente aprobado y promulgado del *Código Civil* en relación con el llamado *Proyecto Inédito*, de manera que aquí deben tenerse por reproducidas las observaciones que quedan hechas al tratar de él.

Así, pues, este segundo elemento de calificación jurídica de la entrega aparece necesariamente conectado con el actual artículo 675, de manera que también puede ser expresado como regla:

REGLA TERCERA: “La entrega de la cosa debe hacerse con intención de transferir su dominio, y tal intención existe cuando la precede un título translaticio de dominio lógicamente conectado con ella”.

88

Veamos, al igual que en los casos anteriores, cuál es el campo operativo de esta regla y aquellos casos en los que se concreta.

a) *La intención de transferir el dominio se exige respecto de la entrega que, en cuanto “factus tradendi” causado, depende de su título translaticio de dominio*: al expli-

¹⁰⁶ Téngase en cuenta también, a propósito de esta cuestión tocante al artículo 672, la opinión de GUZMÁN BRITO (n. 98), p. 255: “Se ha pensado en que este inciso guarda relación con la tradición hecha por quien no era dueño de la cosa y posteriormente ratificada por el dueño o su representante. Pero esto no puede ser así: la tradición *a non domino* no sólo es válida sino que es eficaz para hacer adquirir la posesión conducente a la prescripción adquisitiva: en consecuencia carecería de sentido que el inciso 2º del artículo 672 hable de ‘tradición inválida’. Enseguida, en el caso de que la tradición no la haga el verdadero dueño, sino un poseedor o tenedor, no es posible decir que aquella fue hecha ‘sin voluntad del tradente’, porque el tenedor o poseedor era de hecho el tradente y el verdadero dueño fue ajeno al acto, de modo que este se realizó con la voluntad del tradente. Lo cual es distinto a decir que en la tradición *a non domino* ella es efectuada sin voluntad del dueño; y así para referir esta norma a la tradición *a non domino*, sería necesario reemplazar ‘tradente’ por ‘dueño’. Tal corrección tendría la ventaja de complementar el artículo 682: ‘Si el tradente no es el verdadero dueño...’, porque esta norma no se pone en el caso de que, hecha una tradición *a non domino*, el verdadero dueño posteriormente la ratifique, aun cuando es preciso reconocer que, de acuerdo con las reglas generales, nada se opone a que ello sea posible incluso sin norma expresa”. Aunque es un matiz, adviértase que el autor no ha reparado en las definiciones del inciso primero del artículo 671.

carse la exigencia de la “intención de transferir el dominio” aparecida en el *Proyecto* de 1853 se detalló la lectura que, en su contexto dogmático, resultaba coherente con el sistema trazado por el codificador, cuyo propósito era explícitamente definir a la tradición dominical, y diferenciar a la *entrega* (*factus tradendi*) en que ella consistía, de toda otra *entrega* no dominical, particularmente de la “posesoria” que habilitaba para adquirir el dominio por “prescripción”¹⁰⁷.

El citado propósito se profundizó en el *Proyecto* llamado *Inédito*, y en el promulgado y publicado tal intención aparece, de la sola lectura, predicada del hecho de la entrega, pero tal “intención de transferir” no es específica. En efecto, la pregunta que aquí cabe hacer es, ¿por qué en el acto de la entrega hay en el tradente una intención de transferir el dominio? La respuesta: porque esa entrega está lógica y jurídicamente conectada con su causa, es decir, con el título translaticio de dominio en el cual ella se funda y, en tal sentido la palabra ‘intención’, utilizada en la definición legal, compendia la exigencia del artículo 675, esto es, la exigencia de un título.

En otras palabras, si en la concepción dogmática de Bello es la “intención de transferir el dominio” un elemento que califica jurídicamente a la tradición como “modo de adquirir el dominio” diferenciándola de otras entregas no dominicales; tal “intención” se presenta en el *factus tradendi*, precisamente, porque existe un “título” o una “causa” precedente de carácter “translaticio” que funda y justifica la entrega con la “intención de transferir”. Así, tal “intención” no es específica y propia de la entrega, pues afirmar tal sería desconocer todo el sistema causado de adquisición acogido por el *Código Civil* y convertir a la tradición en un “acuerdo adquisitivo” independiente de su título. Naturalmente, un acuerdo tal no tiene reconocimiento alguno en el *Código* como título translaticio de dominio.

En el sentido que queda referido, es decir, en el de estimar a la intención de transferir en la entrega como dependiente de la expresada en su causa, se manifestaba Alessandri Rodríguez y, últimamente, Peñailillo Arévalo y Vial del Río.

La doctrina anterior aparecía, aunque no formulada explícitamente, en Alessandri Rodríguez en el año de 1933: “En la donación, en la compra-venta, en el mutuo hay tradición y no entrega, porque el objeto de todos esos contratos es transferir el dominio. Por eso se dice que la compraventa, la permuta, el mutuo, la donación, son títulos translaticios de domi-

¹⁰⁷ *Vide ut supra* 3.3.1, letra d).

¹⁰⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Derecho Civil. Primer Año (Tomo Segundo). De los Bienes. Versiones taquigráficas tomadas en la clase de Derecho Civil del Señor Arturo Alessandri Rodríguez*, Santiago de Chile, 1933, p. 92.

nio”¹⁰⁸, pero ya de manera expresa en la versión de Vodanovic: “Esa intención se manifiesta en la tradición por la existencia de un título traslativo de dominio. De tal modo que si ha habido una compraventa anteriormente, se deduce que hay tradición”¹⁰⁹. Por su parte, en 1979 escribía Peñailillo Arévalo que: “Cuando la entrega se efectúa con intención de transferir el dominio (u otro derecho real), queda configurada la tradición. Esa intención que concurre en la tradición, se manifiesta también en el título del que la tradición es consecuencia”¹¹⁰, y en 1999 Vial del Río sostenía:

“Para que la tradición opere la transferencia del dominio, no basta con la manifestación de voluntad de las partes, en el sentido de que una entrega y la otra recibe. Es necesario, además, que las partes celebren el acto con una intención precisa: en el tradente, transferir el dominio; y en el adquirente, adquirirlo. Para que pueda configurarse esta intención, será indispensable, en primer lugar, que la tradición tenga como antecedente un título traslativo de dominio, pues sólo en éstos surge la obligación de hacer una tradición que transfiera el dominio. Así, por ejemplo, la tradición que hace el vendedor al comprador de la cosa objeto del contrato de compraventa, permite presumir que la intención del primero es transferir el dominio; y que la intención del segundo es adquirirlo. En cambio, jamás podría presumirse esta intención si la entrega se fundamenta en un título de mera tenencia, como sería, por ejemplo, el arrendamiento de una cosa”¹¹¹.

Discutible, en todo caso, resulta la siguiente vinculación dogmática que realiza Vial del Río:

“Tratándose de las cosas corporales muebles, el artículo 684 exige que la intención del tradente de transferir el dominio, no obstante que es posible presumirla del título traslativo, se exteriorice en forma expresa, por alguno de los medios que la disposición establece, de modo tal que no pueda surgir duda en cuanto a que el tradente quería transferir el dominio de la cosa que ha recibido el adquirente”¹¹².

Esta cuestión no es materia propia de este estudio, pero al pasar, surge la dificultad de conciliar dicha lectura con lo prescrito por el inciso final del artículo 702: “La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que

¹⁰⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 100), nr. 451, p. 311.

¹¹⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 65), nr. 96, p. 115.

¹¹¹ VIAL DEL RÍO (n. 65), p. 17.

¹¹² *Ibid.*

se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción”.

Sin perjuicio de las opiniones reseñadas, que resultan coherentes con el sistema causado de adquisición consagrado por el codificador chileno, la doctrina y jurisprudencia chilenas han sostenido posiciones distintas de la que aquí se ha explicado, fundada en la concepción de una entrega causada, advirtiéndose, al menos, las siguientes líneas dogmáticas.

- i) *Intención de transferir i de adquirir referidas exclusivamente al título*: algunos autores directamente vinculan la exigencia de la “intención”, contenida en la definición legal de tradición, con la necesidad de ella en la sola constitución del título, de guisa que no les resulta necesaria en el hecho de la entrega.

En esta línea se sitúa Gaete Rojas: “En consonancia con la inclusión del elemento intencional de la tradición en la definición del artículo 670 del Código Civil, el artículo 675 exige para la validez de la tradición ‘un título traslativo de dominio como el de venta, permuta, donación, etcétera’”¹¹³.

- ii) *Intención de transferir y de adquirir como equivalentes a la voluntad general en el acto de la entrega*: en este sentido se manifiesta Guzmán Brito, quien comparte la opinión que entiende el campo operativo de la “intención de transferir el dominio” como radicado en la esfera de la entrega, pero no la concibe como tal “intención”, dependiente del título, sino que la hace coincidir con la “voluntad” normal que debe concurrir en un acto como lo es la entrega¹¹⁴. En todo caso reconoce que esta lectura significa atribuir al codificador una imprecisión en el lenguaje, pues, en vez de la expresión “intención de transferir y adquirir el dominio” debería haber preferido la de: “intención de entregar y recibir la cosa”¹¹⁵.

Supuesta la lectura que se ha hecho de la voz ‘intención’, en cuanto elemento jurídico calificador de la tradición dominical en Bello, no parece justificable leer tal palabra como sinónimo de “intención de entregar y de recibir”, al menos, por dos razones: a) desaparecería el elemento básico que distingue a una entrega dominical de una no dominical y b) en la definición legal del inciso primero del artículo 670 no tendría cabi-

¹¹³ GAETE ROJAS (n. 90), p. 74.

¹¹⁴ GUZMÁN BRITO (n. 98), p. 256: “La intención de transferir y de adquirir el dominio, a menos de introducir un serio desajuste en el sistema causal adoptado por el Código para la tradición, no debemos considerarla como un requisito especial de aquélla, sino como la normal voluntad del acto de la entrega, su voluntad concreta o típica”.

¹¹⁵ *Op. cit.*, pp. 256-257: “Pues es evidente que también la entrega como todo acto debe ser voluntario, aunque es preciso reconocer que el lenguaje ha traicionado al Código, que debió hablar no de “intención de transferir y adquirir el dominio”, sino de “intención de entregar y recibir la cosa”.

da la exigencia del título translaticio de dominio, por lo cual habría que tachar de deficiente la definición de Bello, por contraria a las reglas básicas en materia de definiciones.

- iii) *Intención de transferir y de adquirir independientes en el título y en la entrega:* hay alguna jurisprudencia, relativamente reciente, que importa desvincular la “intención de transferir el dominio” y de “adquirirlo” presente en la entrega de aquélla manifestada en el título que la causa, exigiendo que ella se manifieste de manera específica e independiente en el hecho de la entrega, con lo cual se está admitiendo que en la tradición dominical hay un acuerdo de voluntades dirigido a transferir el dominio y a adquirirlo que opera como requisito independiente del consentimiento expresado en el título y que, en consecuencia, se rige, no por las reglas propias de la tradición, sino por las generales relativas a la validez de los actos y declaraciones de voluntad, acercándose así a la concepción que el derecho civil alemán ofrece de la tradición.

La Corte Suprema, en la ya citada sentencia de casación de julio de 1999, considera que uno es el consentimiento dirigido a transferir y a adquirir manifestado en el título y otro, en igual sentido, expresado en la tradición concebida como acto jurídico; de manera que si una vez que se ha constituido válidamente un título, muere el tradente antes de verificarse la tradición, no es posible que, una vez muerto, un mandatario, con poder suficiente constituido en el mismo título, realice la entrega; pues, si lo hace, tal tradición adolece de nulidad absoluta porque ha faltado el consentimiento en la tradición:

92

“Según se desprende de los artículos 670, 675, 686 y 1824 del Código Civil, es necesario tener presente que un contrato de compraventa no tiene por sí solo la virtud de convertir en dueño de la cosa vendida a su comprador, sino que tal contrato es únicamente el título que puede conducir a ello, pues es necesario que luego opere el modo de adquirir llamado tradición... acto jurídico que, como todos, según los artículos 1431 (sic), 1439 y 1445 del Código Civil, para su existencia requiere, al ser bilateral, del consentimiento de ambas partes involucradas, en circunstancias que, dado su fallecimiento, la vendedora ya no podía prestarlo”¹¹⁶,

de guisa que como:

“Al momento que la demandada requirió la inscripción del bien raíz, éste era de propiedad de la sucesión formada por la descendencia de la

¹¹⁶ GJ. 229, Santiago de Chile, julio 1999, Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 6º, p. 58.

vendedora, la cual, entonces, no pudo prestar el consentimiento requerido para ello, de lo que se sigue que, dada la ausencia de dicho requisito de existencia de tal acto jurídico, éste no fue válido, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1681 y 1682 del ya citado Código, que dispone que, al no concurrir un requisito de existencia de un acto jurídico, éste es nulo absolutamente"¹¹⁷.

El mismo criterio, y para un caso análogo al anterior, ha sido reiterado por la Corte Suprema en sentencia pronunciada el 25 de enero de 2001:

"La tradición efectivamente es un acto jurídico que debe cumplir con los requisitos de tales negocios, entre otros, el consentimiento de las partes, declaración de voluntad común que requiere manifestarse actualmente, esto es, coetáneamente a la entrega real o simbólica del bien, a lo que en la especie se opone la circunstancia de haber fallecido tales partes con mucha antelación a la entrega simbólica, representada por la inscripción; en consecuencia, debe concluirse que la inscripción a nombre del comprador no ha existido jurídicamente, en la medida que se procedió a ella prescindiendo absolutamente de la voluntad de los interesados, lo que en definitiva importa que sea ineficaz como modo de adquirir el dominio, que la referida parte sólo conservara el derecho que le confería su calidad de contratante, y que la actual vigencia de una inscripción a nombre de los demandados sólo constituya posesión del derecho de dominio que, por no haber sido de su causante, no se les transmitió por causa de muerte"¹¹⁸.

93

La referida opinión jurisprudencial ha sido comentada por Rodríguez Pinto:

"Toca esta materia el núcleo de los sistemas de transferencia de propiedad que la Corte Suprema se preocupa en aclarar, pues es en este contexto que el fallo de casación reitera la consabida doctrina de que el nuestro es un sistema de título y modo de adquirir, de raíz romana; y que, por lo tanto, la compraventa en este caso era sólo el título traslativo, ineficaz por sí mismo para transferir la propiedad (Cons. 6º)"¹¹⁹.

¹¹⁷ Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 7º, pp. 58-59.

¹¹⁸ Corte Suprema, Cas. Civ., rol 3.939-99, Santiago de Chile, 25 de enero de 2001, cons. 4º.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, "La cláusula 'se faculta al portador' y la transferencia de propiedad por tradición", en *Revista Chilena de Derecho*, 27, N° 1, Santiago de Chile, 2000, p. 174.

Pero inmediatamente advierte que:

“Lo curioso es que así las cosas, las partes deban reeditar su voluntad en el modo de adquirir (tradicón-inscripción), un negocio jurídico en sí, para que sea plenamente eficaz la voluntad negocial ya expresada en el título, otro negocio jurídico en sí. No deja por esto de tener lógica el paso del codificador francés que, a comienzos del siglo XIX, simplemente eliminó la obligación de repetir la voluntad de enajenación en el modo de adquirir, dando plena eficacia real al título o convención traslativa de propiedad”¹²⁰.

Esta doctrina es antigua, la defendía expresamente Pothier y en un supuesto semejante al caso que motivó la sentencia de la Corte Suprema de 1999, pero que en la línea del autor francés resultaba explicable supuesta su concepción general de una “tradicón de efectos posesorios” y no de una “tradicón de derechos”, cual es el sistema adoptado por nuestro codificador. Así, las condiciones que exigía Pothier para que la tradición (*factus tradendi*) “transfiriera la propiedad” se referían al hecho de la entrega y no al título de ella; línea dogmática que, como queda explicado, desechó el codificador chileno y que, por ende, al ser asumida por la Corte Suprema importa una grave incoherencia frente a los principios que gobiernan una tradición concebida como exclusivamente dominical o de adquisición de otros derechos.

Pothier escribía que debía advertirse que era

“al tiempo de hacerse la tradición en el que el consentimiento del propietario debe intervenir en la tradición para que ella pueda transferir la propiedad de la cosa a aquel a quien ella se hace. Si el propietario, habiendo voluntariamente, y sin estar obligado, consentido en la tradición que un tercero (‘yo’ = ‘mandatario’) debía hacer de su cosa, hubo después, antes que el tercero la hubiera hecho, cambiado de voluntad, o perdido la vida o la razón, no subsistiendo su consentimiento: la tradición que hiciera el tercero no podría transferir la propiedad a aquel a quien se hiciera”¹²¹.

¹²⁰ RODRÍGUEZ PINTO (n. 119), pp. 174-175.

¹²¹ POTHIER (n. 9), nr. 221, p. 122: “Observez que c’est au temps que se fait la tradition, que le consentement du propriétaire à la tradition doit intervenir, pour qu’elle puisse transférer la propriété de la chose à celui à qui elle est faite. Si le propriétaire, ayant volontairement, et sans y être obligé, consenti à la tradition que je devois faire de sa chose, eût depuis, avant que je l’aie faite, changé de volonté, ou eût perdu la vie ou la raison; son consentement ne subsistant plus, la tradition que je ferois depuis ne pourroit transférer la propriété à celui à qui je la ferois”.

Más difícil de admitir aún se vuelve la opinión sentada por la Corte Suprema si se observa que ella descabala por completo el sistema causado de adquisición asumido por el codificador; y que pasa por encima de todos los principios que rigen a la tradición dominical, contrariando, de paso, la regla de interpretación legal consagrada en el inciso primero del artículo 22 del mismo *Código Civil*, supuesto que una tal interpretación impide que entre todas las partes de la ley haya “la debida correspondencia y armonía”, sin perjuicio de no ceñirse a la regla del inciso segundo del artículo 19, debidamente complementada por los pasajes del *Mensaje* del *Código* referidos al sistema de adquisición del dominio. En efecto, hacen bien las citadas sentencias en distinguir el título translaticio de dominio de la tradición, pero no hay fundamento alguno para sostener que esa correcta distinción dogmática implique una radical separación entre ambos actos; pues ello conduce a destruir por su base la concepción de una “entrega causada”, que es en lo que consiste la tradición al tenor del artículo 670 en relación con el 675.

Naturalmente, en los casos que dieron origen a las sentencias anteriores se hallaba también envuelta la cuestión tocante a la discutida cláusula: “Se faculta al portador”, que ambas sentencias consideran simplemente como un mandato que expira con la muerte del mandante y, en consecuencia, el mandatario que realiza la inscripción después de la muerte del mandante no ha podido expresar en la tradición (“inscripción”) la voluntad de su mandante, ya muerto¹²². Sumada esta interpretación a la concepción de la tradición como un acto jurídico bilateral, que requeriría de un específico consentimiento dirigido a transferir y a adquirir el dominio, se cierra el círculo de una doctrina jurisprudencial que, en la práctica, viene a independizar al título translaticio de dominio de la entrega dominical, descabalandone peligrosamente el sistema causado de adquisición de derechos consagrado en el *Código Civil*.

Hay, no obstante lo anterior, también alguna jurisprudencia reciente que, por la vía de estimar que la cláusula “se faculta al portador” envuelve un mandato que no expira con la muerte del mandante y que importa un caso lícito de autocontratación, considera válida la tradición efectuada mediante la inscripción del título translaticio de dominio con posterioridad al fallecimiento del vendedor.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 23 de septiembre de 1999 declaraba, fundándose en las opiniones de Alessandri Ro-

¹²² Sobre esta cláusula vide ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 100), II, p. 391; STITCHKIN BRANOVER, David, *El mandato civil*, 3ª ed., Santiago de Chile, 1975; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Se faculta al portador de copia autorizada...”, en RDJ, LXXXI, Santiago de Chile, 1984; WINTER IGUALT, Rodrigo, “El portador facultado”, en *Revista del Abogado*, N° 13, Santiago de Chile, julio, 1998; RODRÍGUEZ PINTO (n. 119).

dríguez y Somarriva Undurraga y Stitchkin Branover, que la referida cláusula: “Importa un mandato para celebrar un acto jurídico, la tradición del derecho mediante la inscripción de la escritura en el competente registro. A este mandato va unida, naturalmente, la facultad de representar a las partes. Como el portador de la copia de la escritura representa tanto al adquirente como al tradente, ejecuta un autocontrato o acto jurídico consigo mismo”¹²³, y, en consecuencia: “El mandato otorgado en este caso, que indeterminadamente facultaba para requerir y firmar la inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces; no se extingue por la muerte de uno de los mandantes, toda vez que accedía al contrato de compraventa que se ha querido o previsto cumplir mediante su gestión”¹²⁴, de manera que podía declararse que resultaba necesario: “Desestimar la demanda interpuesta en autos en sus puntos primero y segundo de las respectivas peticiones en orden a declarar la nulidad de la tradición y cancelar la inscripción respectiva”¹²⁵.

- b) *La putatividad del título es incapaz de fundar una intención de transferir el dominio en el hecho de la entrega*: esto es así, precisamente, porque el inciso primero del artículo 675 del *Código Civil* exige “para que valga la tradición” que haya “un título translaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.”, sin que se hubiera dado cabida a una tradición dominical fundada en un título putativo, como sí la admitía Pothier, según quedara ya explicado, precisamente porque el “título putativo” es aquél que no existe¹²⁶.

Entonces, justamente, porque la “intención de transferir el dominio” es dependiente de su causa o título translaticio, no es posible que una entrega fundada en un título que se cree existente, pero que en realidad no existe, pueda operar como tradición dominical. De guisa, que si no hubo compraventa, y luego entre el supuesto vendedor y el pretendido comprador, creyendo que la hubo, se verifica la entrega con una específica y propia “intención de transferir el dominio y de adquirirlo”; tal entrega no constituye una tradición dominical, porque esa “intención en la entrega” no depende de una causa translaticia de dominio, que es aquélla en la cual se debió haber expresado la única “intención de transferir y de adquirir” que es jurídicamente relevante para que la tradición opere con efectos adquisitivos.

En el caso previsto el supuesto vendedor que entregó la cosa, que era suya, al pretendido comprador que la recibió, no ha podido transferirle el dominio, porque no hubo tradición y, en consecuencia, sigue siendo dueño

¹²³ GJ. 231, Santiago de Chile, 1999, Corte de Apelaciones de Santiago, Ap. Civ., rol 6.404-96, Santiago, 23 de septiembre de 1999, cons. 1º.

¹²⁴ *Op. cit.*, cons. 3º.

¹²⁵ *Op. cit.*, cons. 4º.

¹²⁶ *Vide ut supra* 4.2, letra d).

de la cosa y podrá reivindicarla como suya. Naturalmente, respecto del vendedor, la entrega de la cosa supuestamente vendida y comprada no constituye un caso de pago de lo no debido, pues las reglas de éste operan, precisamente, cuando la especie pagada no puede reivindicarse, sin que se olvide que no es posible vincular este caso con el artículo 1.575 del *Código Civil*, en cuanto la obligación del vendedor es de entregar la cosa y asegurar la vacua y pacífica posesión del comprador, y no la de "transferir la propiedad". En cambio, para el supuesto comprador que pagó el precio sí se está en presencia de un evento de pago de lo no debido, pues el error consistente en la creencia de existir una obligación, fundada en la compraventa, impidió que ese pago generara su efecto normal de liberarle de una obligación y, en consecuencia, tal error volvió indebido el pago y, supuesta la naturaleza fungible de las especies monetarias, el dinero no será reivindicable, por lo que contará con la acción personal por el pago de lo no debido.

El inciso primero del artículo 675, pues, da la regla para todos los casos en los cuales no existe título translativo de dominio alguno que justifique una entrega en la cual concurre la "intención de transferir el dominio y de adquirirlo". Así, dentro de tal "ausencia" de "título" queda comprendido el caso del "título putativo", precisamente, porque él realmente no existe. Bello, entonces, apartándose de Pothier, ha consagrado los principios del derecho romano clásico en cuanto a la inexistencia de *iusta causa traditionis* y a la causa "putativa".

Aunque, a propósito de posesión, no estará demás recordar aquí lo dispuesto en el artículo 704 número 4º, que reza: "No es justo título... El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etcétera".

- c) *Un título declarado nulo no puede fundar la intención de transferir y de adquirir el dominio en una entrega*: esto es así, justamente, porque una vez declarada la nulidad del título translativo de dominio tienen las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían "si no hubiese existido el acto o contrato nulo" (art. 1.687), es decir, adviene asimilable a la situación del "título putativo", en concordancia con la jurisprudencia clásica romana, de guisa que, en verdad, puede considerarse como que no hubo título translativo de dominio y, por ende, no se cumple con la condición de validez exigida en el inciso primero del artículo 675. Entonces, no pudo haber "intención de transferir y de adquirir el dominio" en el título y, siendo así, menos pudo haberla en la entrega, pues una tal intención en ella depende causadamente de la de su título.

Cuestión diversa es que quien recibió la cosa, fundándose en un título nulo, pueda adquirir el derecho de ganar por prescripción el dominio de la cosa, cumpliéndose las exigencias legales.

Jurisprudencia antigua y reciente confirma la opinión precedente, en cuanto estima que un título translaticio de dominio declarado judicialmente nulo no puede ser causa fundante de una tradición dominical¹²⁷.

Así lo ha declarado la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia del 14 de enero de 1942, a propósito de la nulidad judicialmente declarada de un aporte en sociedad: “Que siendo nulo, absoluta y relativamente el contrato social que ha sido objeto de la demanda, la tradición de los bienes hecha por virtud de ese contrato, resulta, también, ineficaz y sin valor alguno”¹²⁸. También la Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia del 14 de octubre de 1999, confirmada por la Corte Suprema, conociendo por la vía de casación en el fondo, en fallo del 26 de septiembre de 2000:

“El título del señor (...) por el cual cedió sus acciones y derechos al señor (...), es el mismo que tenían en común al adjudicarse dicha propiedad en un remate declarado nulo por sentencia judicial, de modo que, no era un justo título, y por ende, adolecía también de un vicio de nulidad, y en estas circunstancias, el dominio de ese 50% reclamado por la demandada no pudo ser adquirido por tradición, dado que su antecesor –el señor (...)– no lo tenía, por cuanto su cedente no se encontraba en condiciones jurídicas de cederle dicha proporción del bien raíz rematado, ni tenía otros derechos transmisibles respecto a una compraventa declarada nula”¹²⁹.

98

Bajo esta regla del inciso primero del artículo 675 quedarían cubiertos los casos de ciertos “títulos nullos”, dentro de los cuales se hallarían las situaciones en las que intervienen incapaces absolutos en la tradición, y no bajo la del artículo 672 como agudamente defiende Guzmán Brito. Aunque ésta es, como se anticipara, una ardua cuestión, puede sugerirse la siguiente lectura, que distinguiría dos supuestos diversos, a saber:

i) *Título constituido por un incapaz absoluto*: si en la constitución del título ha intervenido como futuro tradente un incapaz absoluto, se aplican las re-

¹²⁷ Entre los autores, así en ROZAS VIAL (n. 65), nr. 182, p. 169: “Si el título adolece de algún vicio de nulidad, la tradición que se haga en virtud de él no transfiere el dominio”; VIAL DEL RÍO (n. 65), p. 38: “Cuando el título translaticio es un contrato, para que la tradición transfiera el dominio el contrato debe ser válido; porque si éste es declarado nulo, la tradición que se hubiera efectuado teniendo a tal contrato como antecedente, carecería de título para transferir el dominio... Aunque el contrato adolezca de tales vicios, como produce todos los efectos que le son propios mientras la nulidad no sea declarada, sirve como título suficiente para la tradición y el adquirente adquiere el dominio si la nulidad no se declara judicialmente”.

¹²⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Ap. Civ. Concepción, 14 de enero de 1942, cons. 24, en *Revista de Derecho*, N° 39-40, Concepción, enero-junio, 1942, pp. 290-291.

¹²⁹ Corte de Apelaciones de Rancagua, Ap. Civ., rol 19.337-97, Rancagua, 14 de octubre de 1999, cons. 11°, conf. Corte Suprema, rol 15.031, Santiago, 26 de septiembre de 2000.

glas generales tocantes a los actos y declaraciones de voluntad, de modo que aquel título adolecería de nulidad absoluta (art. 1.682 inc. 2). Cabrían entonces tres situaciones diferentes, aunque con una misma solución, a saber:

i.i) *La entrega la realiza el mismo incapaz absoluto*: supuesto que en el título nulo no hay jurídicamente una “intención de transferir el dominio”, la entrega posterior que él realizara, como dependiente de su título, jamás podría entenderse causada en él y, por ende, dicha entrega no operaría como modo de adquirir el dominio.

i.ii) *La entrega la realiza el representante legal del incapaz absoluto*: supuesto que la intención de transferir el dominio en el acto de la entrega depende de su causa o título, dicha entrega no produciría efecto adquisitivo alguno, sin que pudiera entenderse que el representante legal está ratificando el título, supuesta la regla del artículo 1.683 *in fine*.

i.iii) *La entrega la realiza el incapaz absoluto, pero una vez que eventualmente hubiera obtenido la capacidad*: por el mismo principio de la causalidad de la entrega y por esta regla del artículo 675 ella tampoco constituiría una tradición dominical.

En estos casos, no cabría más que constituir un título válido capaz de causar la entrega, para cumplir con lo prescrito por el artículo 675.

ii) *Título constituido válidamente*: si el título ha sido constituido válidamente por el representante legal del incapaz absoluto, pero el acto de la entrega lo realiza éste y no aquél, se sale de la regla del artículo 675 y se cae en las del artículo 671, pues aquí la entrega debía ser realizada, “a nombre” (art. 671 inc. 1) del incapaz absoluto, por su “representante legal” (art. 671 inc. 2) y, supuesto que: “Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, ni admiten caución” (art. 1.457 inc. 2), se entra en el campo de la regla general del inciso segundo del artículo 1.682: “Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces”, y en la correspondiente de la parte final del 1683 que veda su saneamiento por la ratificación.

d) *Un título simulado no puede fundar una entrega dominical o de otros derechos*: la simulación del título translaticio de dominio, judicialmente declarada, no puede fundar una tradición dominical o de otros derechos, precisamente porque la entrega depende de su título en el cual ha de constar la “intención de transferir el dominio” y la correlativa de “adquirirlo”¹³⁰.

¹³⁰ Sobre la simulación en el derecho chileno, además de los *Manuales* en uso, *vide* las antiguas *Memorias* de FUENTES VENEGAS, Rolando, *De la simulación*, Santiago de Chile, 1936 y de DIEZ DUARTE, Raúl, *La simulación ante la jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1944; del mismo *La simulación de contrato en el Código Civil chileno: teoría jurídica y práctica forense*, Santiago de Chile, 1957; PAILLÁS PEÑA, Enrique, *La simulación: doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., Santiago de Chile,

Esta situación es singularmente interesante para examinar la adquisición causada en la tradición, y el papel jurídico que desempeña el título, en cuanto continente en el que se expresa la “intención de transferir el dominio” y la correspondiente de “adquirirlo”. Por ejemplo, cuando se simula una compraventa para ocultar una donación, es claro que tanto en el contrato simulado cuanto en el acto oculto hay “intención de transferir el dominio”; pero la tradición debe necesariamente fundarse en el título en el cual consta realmente la “intención de transferir y de adquirir” y no en el simulado, porque la adquisición mediante la entrega debe estar lógica y jurídicamente conectada con su causa. Así, tratándose de una compraventa simulada de bienes raíces para ocultar una donación, la tradición, que se verifica mediante la inscripción de la escritura de compraventa, no aparece conectada con la real “intención de adquirir y de transferir”, que es la que consta en la donación y, por ende, no cumple con la exigencia del inciso primero del artículo 675.

Éste es el entendimiento que rectamente ha dado la jurisprudencia cuando se ha comprobado que el “título translaticio de dominio” es simulado, de manera que declarándose judicialmente su nulidad cae necesariamente la tradición fundada en él.

En sentencia dictada por el Juez de Letras de Los Lagos el 28 de junio de 1999, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia el 26 de julio de 2000, se llegaba a:

“La convicción de que el contrato de compraventa celebrado por las partes no es sincero, real ni verdadero, existiendo falta de sinceridad en su celebración, de manera tal que las partes muestran al exterior un contrato que realmente no quieren y a cuyas consecuencias no pretenden someterse y que constituyen en su esencia lo que se conoce como simulación, por lo que esta situación vicia de nulidad la convención celebrada y que se materializó en el contrato de compraventa del Resto del Fundo Los Hualles, ubicado en la comuna y departamento de Linares”¹³¹,

1984; FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2ª ed., Santiago de Chile, 1991, parte IV, cap. 7 “La simulación (o falta de sinceridad contractual”); del mismo *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago de Chile, 1990, cap. 12 “La simulación de los negocios jurídicos o la falta de sinceridad contractual”; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Cuestiones teórico-prácticas de la simulación”, en *Revista de Derecho*, N° 191, Concepción, enero-junio 1992, pp. 7-28; PARRA LABARCA, Ricardo, *La simulación: doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1994; LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, “La acción de simulación”, en *Revista de Derecho*, N° 6, Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 1998, pp. 91-107; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “La simulación y los terceros: consideraciones civiles y penales”, en *Revista Chilena de Derecho*, 27 N° 2, Santiago de Chile, abril-junio, 2000, pp. 265-290.

¹³¹ Juez de Letras de Los Lagos, Civ. Los Lagos, 28 de junio de 1999, cons. 8, conf. Corte de Apelaciones de Valdivia, Ap. Civ., rol. 10.070-00, Valdivia, 26 de julio de 2000.

y por esta razón se declaraba nula la compraventa y se ordenaba cancelar la inscripción de ella:

“Se declara nulo el contrato de compraventa celebrado por los demandados (...), por escritura pública de 4 de junio de 1998, inscrito a fojas 1.085 N° 1.413 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Linares, correspondiente al año 1998, debiendo en consecuencia cancelarse la mencionada inscripción dejándose constancia de la presente resolución a su margen y restableciendo el dominio a nombre de la Sociedad Agrícola, Ganadera y Forestal Ltda.”¹³².

- e) *La invalidez del título respecto de aquel a quien se confiere no puede fundar una intención de transferir el dominio en el hecho de la entrega:* esta es la regla del inciso segundo del artículo 675: “Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.

Este inciso, que procedía directamente y sin alteraciones del 815 del *Proyecto* de 1853 y del *Proyecto Inédito*, queda explicado que daba la regla para la “causa” o “título” que fuera “nulo”, en la línea del derecho clásico romano; pues causa *nulla* era, precisamente, la que “no existía” (*nullus*) y, por ende, su régimen jurídico era el mismo que el de la “causa putativa”: no podía fundar una tradición dominical. Se trata, entonces, de una regla que complementa a la del inciso anterior, pues si aquella se ocupaba de la “inexistencia” del título traslativo de dominio, ésta se refiere a un título existente, pero inválido, y, en cuanto tal, incapaz de justificar la “intención de transferir y de adquirir” en el acto de la entrega, pues no puede causarla.

Queda dicho que el ejemplo recibido en este inciso procede del derecho romano, mantenido pues en el derecho civil codificado¹³³, al cual pueden asimilarse las situaciones previstas en el artículo 1796: “Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad”, porque en estos casos la compraventa no puede considerarse como título que “sea válido respecto de la persona a quien se confiere”.

- f) *El error en el título obsta a que en la entrega exista la intención causada de transferir y de adquirir el dominio:* es la regla sentada en la parte final del artículo 676 y detallada en el artículo 677, que se ha explicado detenidamente al tratar del *Proyecto Inédito*¹³⁴.

¹³² Juez de Letras de Los Lagos, Civ. Los Lagos, 28 de junio de 1999, cons. 8, conf. Corte de Apelaciones de Valdivia, Ap. Civ., rol. 10.070-00, Valdivia, 26 de julio de 2000, parte resolutive.

¹³³ Vide CORRAL TALCIANI, Hernán, “Donaciones entre cónyuges: una prohibición de veinte siglos”, en *Revista Chilena de Derecho*, 26, N° 2, Santiago de Chile, 1999, pp. 349-367.

¹³⁴ Vide *ut supra* 4.2, letra i).

Naturalmente, si hay error en el título mal podría haber en él la intención de transferir el dominio y de adquirirlo y, en consecuencia, la entrega jamás podrá causadamente depender en una intención no presente en su causa.

Una aplicación jurisprudencial equivocada de las reglas tocantes al error, en relación con el título de la tradición, puede apreciarse en una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 16 de octubre de 2000. Los hechos de la causa eran los siguientes:

1. Al disolverse cierta Cooperativa de Reforma Agraria se adjudicaron a “A” la parcela N° 61 y 1/38 parte de los derechos de la Reserva Cooperativa N° 3, inscribiéndose ambas adjudicaciones.
2. Posteriormente “A” vendió a “B” la citada parcela N° 61 y los referidos derechos en la Reserva Cooperativa N° 3, inscribiéndose la referida escritura pública de compraventa.
3. Más tarde, “B” constituyó en favor de “C” primera hipoteca sobre el inmueble consistente en la parcela N° 61.
4. No satisfecha la obligación principal, “C” dedujo juicio especial hipotecario, cuyo resultado fue el remate de la referida parcela N° 61, expresamente individualizada en las bases del remate, en cabeza de “D” extendiéndose la escritura de adjudicación respectiva por el juez de la causa, y procediéndose a su posterior inscripción.
5. En esta última escritura de adjudicación, debidamente inscrita, fue incluida no sólo la Parcela N° 61 sino, también, los derechos en la Reserva Cooperativa N° 3, que no habían sido hipotecados.
6. Supuesto lo anterior “B” demanda en juicio ordinario que se declare la nulidad de la tradición en cuanto a incluido en ella bienes no hipotecados ni adjudicados, ordenándose la correspondiente cancelación de la inscripción de la adjudicación en lo tocante a los citados derechos en la Reserva Cooperativa N° 3.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, revocando la sentencia de primera instancia, acogió la demanda y declaró: “Que es nula la tradición de la noventa avas parte de las reservas cooperativas números dos y cinco; de la treinta y ocho avas parte de la Reserva Cooperativa número tres a que se refiere la inscripción de dominio de f. 365v. N° 549 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Limache del año 1992 en favor de don (...), debiendo cancelarse dicha inscripción respecto a los referidos derechos, con costas”.

Si bien, la solución adoptada por la Corte resulta apropiada, sus fundamentos son del todo ajenos a la disciplina de la tradición y de las reglas que gobiernan el error en ella. Veamos cuáles fueron los fundamentos del Tribunal: PRIMERO: “Que la tradición de los bienes raíces se hace mediante la inscripción del título, en este caso la escritura de adjudicación en el remate judicial, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces res-

pectivo”. Nada parece objetable, pues se limita a recibir este considerando lo dispuesto en el artículo 686 del *Código Civil*.

SEGUNDO: “Que tratándose de una venta forzada en pública subasta, el deudor, en este caso don Jaime Avelino Seguel Escobar, fue representado legalmente por el Juez de Letras del Segundo Juzgado Civil de Valparaíso”. También está exento de reparos este considerando, coherente con lo dispuesto por el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

TERCERO: “Que de acuerdo con los títulos analizados, el inmueble denominado Parcela 61 y los derechos sobre las Reservas y Bien Común especial, si bien se encuentran incluidos en una sola inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces, constituyen dos propiedades diferentes, no existiendo ningún antecedente que permita considerarlos como un solo todo, o considerarlos dentro de los bienes señalados en los arts. 2420, 2421, y o 2422 del Código Civil, para comprenderlos dentro del inmueble hipotecado”. Considerando este que sólo se limita a reconocer que, efectivamente, los derechos en la Reserva Cooperativa N° 3 no habían sido hipotecados.

CUARTO: “Que de todo lo anterior, es preciso concluir que el Juez de Letras que actuó en representación del deudor en la escritura de adjudicación cometió un error al incluir los citados derechos, lo que constituye un vicio del consentimiento, debiéndose tener presente que el art. 677 del *Código Civil* dispone que el error en el título invalida la tradición”. Este considerando, que es el séptimo y último de la sentencia, es el que merece una serie de objeciones, veamos cuales sean ellas:

i) El error ha sido cometido por el juez, y se ha incurrido en él en la constitución del título translaticio de dominio, es decir, en la adjudicación y, por lo tanto, advienen aplicables las reglas generales tocantes al error en los actos y declaraciones de voluntad, y no las reglas propias de la tradición.

No se está frente al caso de un error en la tradición, dado que ella versó, exactamente, sobre las cosas contenidas en el título y, por ende, no es posible aplicar la reglas del artículo 676, precisamente, porque no se ha padecido “error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse”, ya que ciertamente se ha entregado la especie designada y determinada en el título.

ii) El juez, en la referida escritura de adjudicación ha actuado “como representante legal del vendedor”, al tenor del artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*¹³⁵, y no como “representante legal” del tradente (art. 671 inc. 3).

Aunque coincidente, no es propio aplicar aquí la regla del artículo 671 inciso tercero, pues ella se refiere a la actuación del juez como represen-

¹³⁵ CPC. Art. 497: “Para los efectos de la inscripción, no admitirá el Conservador sino la escritura definitiva de compraventa. Dicha escritura será suscrita por el rematante y por el juez, como representante legal del vendedor, y se entenderá autorizado el primero para requerir y firmar por sí solo la inscripción en el Conservador, aun sin mención expresa de esta facultad”.

tante legal en la tradición, ya que sólo en ella “la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal”, de guisa que tampoco adviene aplicable el artículo 678 en cuanto señala que: “Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición”. Son inaplicables los artículos 671 y 678 porque ellos no operan en la constitución del título, debido a que en dicho título nada se transfiere, y por ello éste es el supuesto expresamente previsto en el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

- iii) Tal error ha recaído “sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra” (art. 1.453 *in fine*). No puede pasarse en silencio que aquí se está en presencia de una “venta forzada”, por lo que el ejemplo del artículo 1.453 es muy preciso.

En caso alguno puede sostenerse que el referido error es el previsto en el artículo 677 del *Código Civil*, como lo afirma expresamente la referida sentencia, supuesto que el campo operativo de tal regla es el del error que se genera cuando una de las partes supone un título translaticio de dominio y la otra uno de mera tenencia, o “cuando por las dos partes se suponen títulos translaticios de dominio, pero diferentes”. En el caso sujeto a sentencia, la aplicación del artículo 677 es extravagante, porque dicho error en el título no existió, sino que él recayó sobre la cosa vendida.

- iv) Un error tal, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, bien ha podido: a) obstar o impedir la formación del consentimiento (“error obstructivo” u “obstativo”¹³⁶ o, bien, b) simplemente “viciar el consentimiento” (“error esencial”)¹³⁷.

¹³⁶ BARROS ERRÁZURIZ (N. 84), p. 206: “En los casos indicados, no puede decirse propiamente que está viciado el consentimiento; lo que ocurre es que falta en absoluto el consentimiento, porque no ha habido acuerdo alguno de voluntades, ya que las partes han querido cosas diferentes”; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, XI, Santiago de Chile, 1933, nr. 770: “En estos casos (los del art. 1.453) no sólo hay vicio del consentimiento, sino que no hay en absoluto consentimiento: la voluntad de una de las partes no se ha encontrado con la voluntad de la otra parte; no han concurrido en la cosa o hecho que debe formar el objeto de las obligaciones por contraer. No ha existido el *idem placitum consensus* que puede constituir la convención”. En el mismo sentido MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo de la, *Derecho Civil. Contratos*, Santiago de Chile, 1954, p. 79; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Curso de Derecho Civil* (versión de VODANOVIC, Antonio), I, Santiago de Chile, 1961, nr. 423 y nr. 465; PESCIO VARGAS, Victorio, *Manual de Derecho Civil*, Santiago de Chile, 1978, II, nr. 160, pp. 58-59; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago de Chile, 1977, nr. 39; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Lecciones de Derecho Civil*, Santiago de Chile, 1994, pp. 274-275. Algunas sentencias en este sentido: Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago, 4 de abril de 1945, cons. 5º, con cita expresa de la opinión de Claro Solar (R.DJ. XLII, IIª parte, sec. Iª, pp. 558-559); Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago, 30 de mayo de 2001, cons. 4º (G. 251).

¹³⁷ DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho civil*, Santiago de Chile, 1988, nr. 267, p. 242: “Aunque muy graves (los casos del art. 1.453), no significan falta de consentimiento, sino vicio del

- v) Producido este error, para ciertos autores el acto afectado por él es inexistente¹³⁸; para otros, y para la jurisprudencia mayoritaria, el acto es nulo de nulidad absoluta¹³⁹ y para una minoría de autores el acto sería nulo de nulidad relativa¹⁴⁰.
- vi) Supuesto, entonces, que el título constitutivo de dominio es “inexistente” o nulo, no es posible considerar que se cumpla con la exigencia prescrita por el artículo 675 del *Código Civil* y, en consecuencia, no puede operar como causa de la tradición.
- vii) Más aún, como dicho error esencial ha excluido por completo el consentimiento, como también lo ha admitido una constante jurisprudencia¹⁴¹, no sólo se está en presencia de un título nulo, inhábil para causar una tradición dominical (art. 675) sino, también, ha, consiguientemente, faltado la “intención de transferir el dominio” en el título y, por ende, no es posible que de una tal adjudicación declarada nula pueda hacerse depender la “intención de transferir el dominio” en el hecho de la entrega (art. 670), como acto que ha de estar, precisamente, causado en ella.

En resumen, la doble exigencia de “facultad e intención de transferir el dominio” quedaba directamente vinculada con la palabra ‘entrega’. La primera referida a la capacidad de ejercicio del tradente o al obrar debidamente facultados los mandatarios o representantes legales, y la segunda a la dependencia de su título translaticio de dominio.

5.1.7. Y por otra la capacidad e intención de adquirirlo

El texto finalmente aprobado y publicado del *Código Civil* agregaba la expresión “capacidad e”, de manera que también en relación con el adquirente se

consentimiento”. Comparte esta opinión LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago de Chile, 1977, nr. 134.

¹³⁸ PESCIO VARGAS (n. 136), II, nr. 160, p. 59: “En doctrina los dos casos de error a que nos acabamos de referir constituyen errores llamados ESENCIALES, que obstan a la formación de la voluntad y, por tanto, constituirían ejemplo típico de inexistencia jurídica”. En el mismo sentido LARRAÍN RÍOS (n. 136), p. 275.

¹³⁹ CLARO SOLAR (n. 136), XI, nr. 770; aunque con reservas, MAZA RIVADENEIRA (n. 135), pp. 79-80. Para jurisprudencia en esta línea *vide* Corte de Apelaciones de Santiago, Ap. Civ. (GT, 1908, nr. 7.713, p. 1.062); Corte de Apelaciones de Santiago, Santiago, Ap. Civ., 9 de septiembre de 1941 (RDJ, XLII, N° 9, IIª parte, sección Iª, p. 556), conf. Corte Suprema, Cas. Civ., 4 de abril de 1945, cons. 13° (RDJ, XLII, nr. 9, IIª parte, sección Iª, p. 559); Corte Suprema, Cas. Civ., 30 de mayo de 2001, cons 4° (GJ, 251).

¹⁴⁰ BARROS ERRÁZURIZ (n. 136), p. 206; LEÓN HURTADO (n. 136), nr. 134; DUCCI CLARO (n. 136), nr. 267, p. 242.

¹⁴¹ Corte Suprema, Cas. Civ. 4 de abril de 1945, cons. 3°, 5° (RDJ, XLII, nr. 9, IIª parte, sección Iª, p. 558); Corte de Apelaciones de Valparaíso, Valparaíso, Ap. Civ., 23 de junio de 1992, cons. 7°, conf. Corte Suprema, Cas. Civ., 7 de agosto de 1995; Corte Suprema, Cas. Civ., 30 de mayo de 2001, cons 4° (GJ, 251).

consagraba una doble exigencia para estar en presencia de una tradición dominical o de otros derechos, a saber: i) la capacidad de adquirir el dominio y ii) la intención de adquirir el dominio.

1. *La capacidad de adquirir el dominio*: la inclusión de la “capacidad” de adquirir el dominio en el adquirente significaba también completar la definición de tradición y, a su vez, implicaba retomar expresamente una de las condiciones de validez que ya había aparecido en el *Proyecto* de 1853.

Esta exigencia también puede ser expresada como regla:

REGLA CUARTA: “Para que la tradición opere como modo de adquirir el dominio es preciso que el adquirente tenga capacidad de goce”.

Veamos, brevemente, el campo operativo de esta regla, y los corolarios que se siguen de ella:

- a) *La capacidad exigida en el adquirente corresponde a la capacidad de goce*: el codificador no utiliza la voz ‘facultad’ que había empleado respecto del tradente, precisamente porque aquella palabra la entendía en cuanto “poder de disposición” o de “enajenar”, de manera que aquí referida al adquirente habría resultado impropia, pero sí era menester compendiar en la definición legal del artículo 670 la exigencia relativa al “adquirente” que se contiene en el artículo 671, de tal manera que esta “capacidad” queda referida a la posibilidad de incorporación patrimonial de derechos o, en otras palabras, a la llamada “capacidad de goce”.

Se ha dicho que en el *Proyecto* de 1853, sobre la base de un texto de Pothier, se incluía separadamente esta exigencia de la capacidad en el adquirente: “Se requiere, además, que la persona a quien se hace la entrega sea capaz de adquirir el dominio de la cosa” (art. 815 inc. final), y que su eliminación en el *Proyecto Inédito* se debió a que en éste se incluyó la definición legal de “adquirente” (hoy 671 inc. 1), en la cual se halla implícita la exigencia de su “capacidad” para adquirir, idea coherente con la exigencia del “consentimiento del adquirente” prescrita en el artículo 673, respecto del cual, y queda dicho, Bello explicaba expresamente que: “El adquirente debe ser persona capaz de adquirir el dominio de las cosas. Así la tradición de una finca no transferirá su dominio a una corporación o instituto que no estuviere autorizado para adquirirlo”¹⁴².

De esta manera, la “capacidad” para adquirir es una exigencia que queda implícitamente cubierta por la definición legal de *adquirente* contenida en el inciso primero del artículo 671 del *Código Civil*, pues si éste es quien “por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida”, necesariamente, ha de ser capaz de adquirir, de guisa que su “capacidad” apa-

¹⁴² BELLO (n. 6), tomo v, p. 209, nota art. 809.

rece como condición de validez para la tradición dominical o de otros derechos, y así se justifica su inclusión en la definición legal del artículo 670.

b) *Esta regla no es más que la concreción de la exigencia general de capacidad de goce*: supuesta la lectura anterior ella debe entenderse al tenor de las disposiciones comunes relativas a la capacidad de goce de las personas naturales y jurídicas (arts. 963, 1.387, 1.391, 1.446, 556). Quedan, en consecuencia, excluidas de esta capacidad las entidades que no gozan de personalidad jurídica.

Téngase en cuenta aquí el inciso primero del artículo 963, aunque referido a la incapacidad para adquirir herencias y legados: “Son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas”, pero aplicable expresamente a las donaciones entre vivos (art. 1.391).

2. *La intención de adquirir el dominio*: en plena concordancia con la exigencia respecto del tradente, también se requiere en la definición legal de tradición dominical que el adquirente tenga la “intención” de adquirir el dominio, y ella solamente puede existir cuando a la entrega la precede un título translaticio de dominio, en el cual se ha manifestado dicha intención, que causa a la entrega.

Así, pues, éste es otro elemento de calificación jurídica de la entrega que aparece necesariamente conectado con la exigencia de la “intención de transferir” en el tradente, y con lo dispuesto en el artículo 675, de manera que también puede ser expresado como regla:

107

REGLA QUINTA: “La recepción de la cosa debe hacerse con intención de adquirir su dominio, y tal intención existe cuando la precede un título translaticio de dominio lógicamente conectado con ella”.

Valen aquí, *mutatis mutandis*, todas las observaciones que quedan hechas en relación con la “intención de transferir el dominio”.

5.2. *De la validez de la tradición y de la Tradición A non Domino en el Código Civil*

Tanto la cuestión de la “validez de la tradición” cuanto la de la tradición *a non domino* se mantuvieron sin alteraciones en el *Código Civil* publicado y promulgado en relación con el *Proyecto Inédito*, de manera que se remite al lector a su tratamiento en dicha parte y, por lo demás, tales temas constituyen materias de estudio propio y singularizado, que exceden el propósito de este trabajo.

En todo caso, en relación con la tradición *a non domino* debe insistirse en que ella se mantiene reglada en el título VI del libro II del *Código Civil*; no desde

la perspectiva de una “tradición posesoria”, sino en coherencia con el propósito de Bello de solamente referirse en esta sede a una tradición entendida como “modo de adquirir el dominio” o como “modo de adquirir otros derechos”.

Supuesto lo anterior, en el caso de una *traditio a non domino*, quien recibe la cosa puede adquirir: a) los “otros derechos transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”, según el artículo 682 en concordancia con el inciso segundo del artículo 670 y b) “el *derecho* de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho”, pues en este caso la tradición no opera como modo que “transfiere derechos”, sino como “modo de adquirir un derecho” originariamente, y por ello el artículo 683, con toda precisión, señala que en este caso: “La tradición *da* al adquirente...”.

6. CONCLUSIONES

Después del pesado examen que se ha hecho de la definición legal de tradición contenida en el inciso primero del artículo 670 del *Código Civil* es posible reseñar, brevemente, algunas conclusiones generales, las particulares quedan detalladas a propósito de las respectivas materias.

1. El codificador en el título VI del libro II del *Código Civil* asumió la tarea de tratar exclusivamente de la tradición en cuanto modo de adquirir el dominio, otros derechos reales o el derecho de ganar por prescripción.
2. El intento dogmático anterior no hallaba precedentes en sus fuentes y por ello no siguió fielmente a la jurisprudencia clásica romana, para la cual la tradición operaba como modo de adquirir la posesión y como modo de adquirir el dominio.
3. Por la misma razón anterior tampoco siguió la concepción dogmática de Pothier, cuyo presupuesto era una concepción general de la tradición posesoria.
4. A pesar del esfuerzo dogmático de definir exclusivamente una tradición en cuanto modo de adquirir derechos, la utilización de Pothier para la elaboración de ciertas disposiciones introdujo el problema semántico de emplear la voz ‘tradición’ en alguna ocasión con sentido posesorio.
5. El campo operativo de la definición legal de la “tradición” contenido en el artículo 670 es sólo para los específicos efectos de la adquisición de los derechos referidos por ella, al tenor de lo prescrito por el artículo 20 del *Código Civil*, pues está allí definida “para ciertas materias”, y no para otras.

Supuesto lo anterior, en principio, la voz ‘tradición’ definida en el artículo 670 del *Código Civil* se refiere únicamente a la tradición dominical o de otros derechos, de manera que debe precisarse en qué otras disposiciones del *Código* es utilizada en tal significación legal, y en cuáles no. Tal cuestión será materia de un próximo estudio.

CONTRATOS POR ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

¿POR QUÉ EL ESTADO Y NO SOLAMENTE EL MERCADO?

Iñigo de la Maza Gazmuri¹

Qui dit contractuel, dit juste

Volenti non fit injuria.

*Entre el pobre y el rico, el débil y el fuerte,
la libertad es la que oprime y la ley es la que libera.*

Como ha dejado ver Larroumet, el contrato puede ser entendido desde una doble perspectiva. De una parte, el contrato es un procedimiento técnico para asegurar intercambios económicos. De otra, corresponde a un acuerdo de las voluntades de quienes intervienen en él². Ambas facetas del contrato pueden coincidir –como solía suceder al momento de la dictación de los códigos decimonónicos– o pueden dislocarse –como parece suceder con frecuencia en el tiempo que habitamos–. Cuando los mecanismos a través de los cuales realizamos intercambios económicos y el ejercicio de la voluntad de los contratantes se alejan, entonces parecen existir buenas razones para cuestionar a la concepción clásica del contrato.

Quizá uno de los fenómenos en que se refleje con mayor nitidez este alejamiento sean los contratos por adhesión. La idea de que una de las partes –por regla general la más poderosa económicamente– presente a la otra el contenido prescriptivo del acuerdo, en términos que la otra únicamente pueda aceptarlos o rechazarlos, parece violentar de modo decisivo la idea de que el contrato es obra exclusiva de *los* contratantes.

Sin perjuicio de lo anterior, los contratos por adhesión constituyen hoy en día un fenómeno ubicuo. Esta ubicuidad representa un desafío para la teoría clásica del contrato.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Agradezco los comentarios de los miembros del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales a una versión preliminar de este trabajo, en particular los de Carlos Pizarro y Carlos Peña.

² LARROUMET, Christian, *Droit Civil*, 4ª ed., Paris, Ed. Economica, 1998, tome 3: *Les Obligations Le Contrat*, p. 92.

Éstos son de antigua data³ y ya ha transcurrido más de un siglo desde que Saleilles alertara a la doctrina sobre este tipo de negocios, señalando que “hay unos pretendidos contratos que no tienen de contratos más que el nombre”. Aun cuando desde entonces se hayan utilizado ingentes cantidades de tinta intentando amoldar los contornos del fenómeno a la teoría clásica del contrato⁴ y otro tanto –en particular en los países del *common law*– examinando el fenómeno empíricamente; y, a partir de la segunda mitad del siglo xx, desde una perspectiva económica, pareciere que se trata de una discusión que aún goza de buena salud y que, con frecuencia, engendra nuevas publicaciones.

Como fuere, en las líneas que siguen me interesa examinar algunas de las aristas de este fenómeno, en particular algunas de aquéllas que no han sido demasiado tratadas por el alicaído esfuerzo doctrinario que hasta el momento se ha realizado en Chile al respecto⁵.

Así las cosas, el trabajo que sigue se organiza de la siguiente manera:

- I. Atendida la pluralidad de definiciones sobre el contrato de adhesión y las condiciones generales, comienzo dando noticia de qué voy a entender por un contrato por adhesión
- II. A continuación me detengo sobre las razones que parecieren justificar el uso de este tipo de negocios y sobre esto examino el problema de los costos de transacción y la relación entre los contratos por adhesión y la naturaleza de la empresa
- III. Lo tercero que me ocupa es examinar los riesgos involucrados en este tipo de negocios. Para esto comienzo refiriéndome a las cláusulas abusivas y luego a las fallas del mercado que determinan su existencia. Sobre esto descarto el monopolio del oferente y me centro en las asimetrías informativas y la forma en que repercuten sobre los consumidores y los proveedores.
- IV. Finalmente, examino dos de las objeciones más habituales a la intervención estatal: la autonomía de la voluntad y la eficiencia.

A través de este itinerario me interesa, en definitiva, mostrar que en ciertas condiciones, será la misma dinámica de los mercados competitivos la que promoverá la incorporación de cláusulas abusivas en contratos por adhesión. Si esto es correcto, entonces existen razones para favorecer algún tipo de intervención estatal con el objetivo de proteger a los consumidores.

³ PRAUSNITZ, Otto, por ejemplo, identifica el desarrollo de los términos estandarizados en el trabajo de formularios (*formulary work*) de los abogados en la Europa medieval, principal, pero no exclusivamente, relacionado con los títulos de propiedad (citado en BURKE, Dan, manuscrito inédito sin título, p. 3).

⁴ Así, por ejemplo, la infaltable discusión acerca de la naturaleza jurídica de las condiciones generales.

⁵ Con esto no quiero decir que los escasos trabajos que han tratado el tema carezcan de calidad, al menos dos de ellos constituyen buenas aproximaciones, sino que la cantidad de trabajos es extraordinariamente escasa.

I. UN MODELO DE CONTRATO POR ADHESIÓN EN SIETE CARACTERÍSTICAS

No resulta sencillo definir el contrato por adhesión. La dificultad estriba en la existencia de una pluralidad de definiciones que difieren con mayor o menor intensidad entre ellas⁶. Una forma de conjurar esta dificultad es optando explícitamente por una de ellas⁷. En este caso, la acuñada por Todd Rackoff que, según me parece, captura con mayor agudeza los contornos del fenómeno que me ocupa.

Para este autor nos encontramos frente a un contrato por adhesión cuando se satisfacen las siguientes condiciones:

- 1) El documento cuya validez legal está en entredicho es una forma impresa que contiene una pluralidad de términos y aspira a ser un contrato.

⁶ Como bien se sabe, la expresión contratos de adhesión proviene de la doctrina francesa, utilizada por primera vez por Raymond SALEILLES quien en su *De la déclaration de la volonté*, de 1901, lo caracterizó como aquéllos: “en los cuales hay predominio de una sola que actúa como voluntad unilateral, en los cuales hay predominio exclusivo de una sola voluntad que actúa como voluntad unilateral, que dicta su ley no ya a un individuo, sino que a una colectividad indeterminada, obligándose por anticipado, unilateralmente, a la espera de la adhesión de los que querrán aceptar la ley del contrato, apoderándose de este compromiso ya creado sobre él mismo (citado en LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo I: Parte general, p. 142, n. 176)

De allí en adelante es posible encontrar un amplio conjunto de definiciones que, en general, coinciden en caracterizar este tipo de negocios a partir del *poder de negociación* de una de las partes. Esto es, la posibilidad de imponer a la otra el contenido prescriptivo del negocio o, bien, “fijar los términos del contrato”. (Vide SLAWSON, D., *Binding Promises The Late 20th-Century Reformation of Contract Law.* Ebook, p. 23 y, en el caso chileno, LÓPEZ SANTA MARÍA, *op. cit.*, pp. 143-144). Así, por ejemplo, en el caso chileno, la ley 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, define el contrato de adhesión en el número seis de su primer artículo como: “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.

Aunque no me interesa taxonomizar las diferentes definiciones de contratos por adhesión, resulta importante advertir algunas cosas sobre la forma en que utilizaré esta expresión: 1. De aquí en adelante, cada vez que utilice la expresión lo haré refiriéndome a aquéllos celebrados a condiciones generales. 2. Me referiré únicamente a aquellos contratos por adhesión no regulados por estatutos especiales o sujetos a controles preventivos. 3. Finalmente, sólo me interesan aquellos contratos en que las condiciones generales son fijadas por partes privadas y no por la administración. Sobre estas dos cosas *vide* DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Editorial Civitas S.A., Cuadernos Civitas, 1985, p. 15. A continuación –en el texto principal– indico con mayor precisión los requisitos que deben satisfacerse en un contrato para constituir un contrato por adhesión dentro de los márgenes de este trabajo.

⁷ Esta opción implica un alejamiento de las clasificaciones y categorías contractuales, pues, en verdad, refiere a contratos por adhesión que estandarizan la regulación de relaciones jurídicas masivas –en este sentido se trataría de contratos tipo- sobre la base de condiciones generales de contratación.

- 2) Dicha forma ha sido redactada por o a nombre de una de las partes de la transacción.
- 3) Aquella parte que ha redactado los términos participa en numerosas transacciones de aquellas representadas por la forma y realiza rutinariamente este tipo de transacciones.
- 4) La forma impresa es presentada al adherente con la prevención que, salvo algunos pocos términos –y las más de las veces ni siquiera esto– podrán ser modificados, manteniéndose el grueso de la estructura del contrato como la diseñó la parte redactora.
- 5) Después de que las partes –en caso de que los hayan– lleguen a un acuerdo sobre aquellos términos abiertos a la negociación, la parte adherente debe rubricar la forma.
- 6) Comparada con la parte adherente, la parte redactora lleva a cabo un número reducido de estas transacciones.
- 7) La principal obligación de la parte adherente en la transacción considerada como un todo es el pago de una suma de dinero⁸.

II. ¿POR QUÉ CELEBRAMOS CONTRATOS POR ADHESIÓN?

112 La incorporación y masificación de los contratos por adhesión constituye un fenómeno derivado de las transformaciones que comienzan a experimentar la producción y distribución de bienes y servicios y las relaciones sociales anejas a éstas a partir de las revoluciones industriales de fines de los siglos XVIII y XIX. Suele afirmarse que la producción en masa tiene como consecuencia lógica la contratación en masa⁹. Éste es un lugar común y no tiene sentido detenerse sobre su fidelidad histórica; lo que resulta, en cambio, interesante es intentar advertir –aunque sumariamente– cuáles son las razones que justifican la ubicuidad de este fenómeno en las sociedades modernas. Sobre esto intentaré sugerir que la explicación se encuentra relacionada con los costos de celebrar contratos en forma masiva y con la estructura interna, jerarquizada y verticalizada, de las empresas. Confío en que el examen de ambas razones contribuirá a arrojar luz sobre las ventajas y riesgos de este tipo de negocios. Los peligros envueltos en este tipo de acuerdos, sin embargo, serán tratados en la sección siguiente.

⁸ RAKOFF, T., “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction”, en 96 *Harv. L. Rev.* 1173, 1177.

⁹ *Vide*, por ejemplo, KESSLER, F., “Contracts of Adhesion –Some Thoughts About Freedom of Contract”, 43 *Colum. L.Rev.* 629, 630, 631. (1943); BALLESTEROS, J.A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, p. 25.

1. El problema de los costos

Celebrar un contrato cuesta. Estos costos determinan que, a veces, contratos que resultarían beneficiosos para quienes concudiesen a ellos no se celebren¹⁰. Si se asume que el contrato constituye un mecanismo que permite a los sujetos coordinar relaciones sujetas a altos grados de contingencia y, en general, mejorar sus respectivas tasas de bienestar¹¹, entonces tiene sentido intentar disminuir dichos costos. En esquemas de regulación vertical, la disminución de los costos de negociación se logra a través de lo que denominamos contratos típicos o nominados¹². Desde una perspectiva económica, las reglas de los contratos nominados disminuyen los costos de negociar la distribución de los riesgos involucrados en dichos acuerdos¹³.

¹⁰ Como se sabe, esta idea fue popularizada por Ronald Coase a través de dos artículos “La naturaleza de la empresa” y “El problema del costo social” –ambos en COASE, R., *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Editorial, 1994–. Los costos que identificó Coase se conocen como *costos de transacción* y pueden agruparse en costos de identificación (consistentes básicamente en localizar al sujeto con quien se debe negociar la titularidad del producto); costos de negociación (es decir, determinar la estructura del vínculo a través del cual se realiza la transferencia) y, finalmente, costos de ejecución (aquellos relacionados con la puesta en marcha y realización del acuerdo). A su turno, los costos de negociación pueden dividirse entre los relacionados con el establecimiento de los valores de amenaza; la determinación del excedente cooperativo y los términos en que se distribuirá el excedente de la cooperación. (Vide COOTER, R. y ULEN, T. *Derecho y economía*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 106-107).

¹¹ La idea aquí es que la celebración de un contrato genera un *excedente cooperativo* - el valor creado al trasladar el recurso hacia un uso más valioso- para quienes participan en él (ver COOTER, R. y ULEN, T. (n. 10), p. 106. Esta idea puede ser explicada a través de un ejemplo. Juan y Pedro celebran un contrato de compraventa a través del cual Juan se obliga a transferir el dominio de su automóvil. Pedro, a su turno, se obliga a pagar \$ 4.000.000. Si todo funciona correctamente es posible asumir que Juan valoriza su auto en menos dinero de aquél por el cual está dispuesto a venderlo –de otra manera lo conservaría para sí–, digamos \$3.800.000. Éste será su *precio de reserva*, por cualquier suma superior a esta, Juan venderá su auto. Por su parte, para Pedro el automóvil resulta más valioso que \$4.000.000 (nuevamente, si no fuera así, si Pedro estuviera igual de bien con los \$4.000.000 que con el automóvil, la transacción carecería para él de todo sentido económico). Digamos esta vez \$4.200.000. Por cualquier suma inferior a esta Pedro creará estar aumentando su tasa de bienestar. Si el contrato se celebra por \$4.000.000, el excedente cooperativo alcanza a \$400.000, la suma de las diferencias entre los precios de reserva de los respectivos contratantes y lo que obtuvieron a través de la celebración del contrato.

¹² La utilización de contratos nominados no es, por cierto, la única forma de disminuir costos de negociación, la creación de “capital social” (vide FUKUYAMA, F., *Confianza*, Buenos Aires, Editorial Atlántida, 2000, p. 42 y ss.) probablemente resulte más determinante. Para efectos de este trabajo, sin embargo, basta detenerse únicamente en la primera.

¹³ Vide, por ejemplo, POSNER, R., *El análisis económico del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 93 (anotando el costo de prever contingencias lejanas y el papel de los tribunales al distribuir estos riesgos) y AYRES, I. & GERTNER, R., “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, en CRASWELL, R. & SCHWARTZ A. *Foundations of Contract Law*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 23.

En esquemas de regulación horizontal, los contratos por adhesión cumplen exactamente la misma función. Permiten la coordinación de intereses a bajo costo. La disminución de los costos de la coordinación es posible porque las partes no se encuentran en la necesidad de negociar los términos del acuerdo, que han sido determinados por una sola de ellas. Ésta, como ya se ha advertido, es una de las características más nítidas de un contrato por adhesión.

Aun, cuando se asuma que los contratos por adhesión lesionan la libertad de configuración que el derecho aspira a proteger a través de la regulación de los contratos¹⁴, parece necesario advertir que dicha lesión permite reducir significativamente los costos de negociación de este tipo de acuerdos. De la misma forma, el costo de no reconocer valor a contratos por adhesión sería aumentar significativamente los costos involucrados en este tipo de acuerdos. Incluso, cuando los costos no se distribuyan simétricamente entre quien ofrece el bien o servicio y quien lo demanda¹⁵, este aumento debería determinar una disminución del excedente cooperativo que se lograría si una de las partes fijase unilateralmente las condiciones del contrato. Si se acepta, entonces debe reconocerse que una parte relevante de los intercambios que se realizan cotidianamente a través de contratos por adhesión dejarían de tener sentido económico para las partes¹⁶.

La objeción más evidente a lo anterior es que las partes no siempre requieren distribuir los riesgos a través de acuerdos privados, en el caso de los contratos nominados el legislador lo ha hecho por ellos.

114

Esta objeción posee, sin embargo, dos problemas: el primero –que debería resultar evidente– es que sólo se aplica a aquellos contratos que el legislador ha regulado; el segundo –el que me interesa desarrollar con más cuidado– es que, a simple vista, la distribución de los riesgos realizada por quien ofrece el contrato parece resultar preferible a aquella realizada por el legislador.

En pocas palabras, el argumento es el siguiente: los contratos funcionan como mecanismos de distribución de riesgos entre los contratantes; al menos desde una perspectiva económica parece deseable que los riesgos se asignen a quien esté en mejores condiciones de prevenirlos o soportarlos¹⁷. A simple vista, al menos, pareciere que aquella parte que realiza frecuentemente un mis-

¹⁴ Vide DE CASTRO Y BRAVO (n. 6), p. 42 y ss.

¹⁵ La razón de lo anterior es que quien ofrece el bien puede aprovechar las economías de escala derivadas de la repetición de contratos similares.

¹⁶ Como ha señalado SLAWSON: “los ahorros logrados a través de los contratos estandarizados resultan tan substanciales que si por cualquier razón las empresas no pudieran llevar a cabo este tipo de contratos, es muy probable que simplemente no utilizaran contratos” (n. 6), p. 30.

¹⁷ Siguiendo a SCHÄFFER y OTT, desde una perspectiva económica, los riesgos deben asignarse a quien los pueda dominar con el menor gasto (*cheaper cost avoider*). Si ninguna de las partes que participa en el contrato se encuentra en condiciones superiores respecto de la evitación del riesgo, entonces éste debe asignarse a quien esté en mejores condiciones de asegurarlo, esto es, quien habría podido concertarlo con la prima más baja, vide SCHÄFFER H-B. y OTT C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 266-267.

mo tipo de acuerdos es capaz de incorporar a éstos cierta “sabiduría social” acerca de la forma más eficiente de distribuir los riesgos. Quien redacta los términos de un contrato por adhesión posee un nivel superior de información al del legislador en lo referente a las características de la ejecución del contrato¹⁸. Frente a la pregunta, ¿por qué el redactor debería incorporar esa sabiduría social a los términos del contrato y no desplazar todos los riesgos al cliente?, la respuesta más obvia parece ser que, al menos si se trata de un mercado con una pluralidad de oferentes aquel de ellos que persista en desplazar en forma abusiva los riesgos a sus clientes, en definitiva, los perderá, pues estos buscarán otros acuerdos ofrecidos en condiciones menos abusivas¹⁹.

Los contratos por adhesión podrían sumar, aun, otro beneficio para los consumidores. Sus condiciones generales evitan la discriminación de los consumidores según sus necesidades, habilidades para negociar, etc. Como ha advertido García Amigo, este tipo de negocios sitúan a cada uno de los contratantes en una posición de igualdad respecto de la empresa predisponente. Así “(N)o [habría] posibilidad de que un contratante menos avisado [pudiera] obtener unas condiciones contractuales más desfavorables que otro más sagaz”²⁰.

2. Los contratos por adhesión y la naturaleza de la empresa²¹

Ronald Coase desarrolló la idea que las empresas²² –esas islas de poder consciente²³–, y la integración vertical y la supresión del sistema de precios que ca-

¹⁸ En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO señala que una de las razones más frecuentes para justificar estos acuerdos es: “(Q)ue los códigos han quedado anticuados y que el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse en regulaciones tan detalladas como requieren las necesidades de cada rama de comercio” (n. 6), pp. 17-18.

¹⁹ Como reviso más adelante esta defensa es defectuosa por dos razones. En primer lugar, no son los oferentes sino sus abogados quienes redactan los contratos por adhesión, y los abogados del oferente no necesariamente poseen la sabiduría social de éste –si es que la tuviere. En segundo lugar, el problema de los contratos por adhesión no se encuentra en el monopolio, sino en las asimetrías informativas. Si esto es correcto, el proveedor no tiene ningún incentivo para mejorar las condiciones en que ofrece sus productos, si lo hiciese debería cargar el costo de los riesgos que asume al de los bienes o servicios que ofrece. A diferencia de otros términos del contrato por adhesión, el precio es una información altamente visible, si subo el precio, aun cuando esto disminuya el precio total del producto (ver nota 26), lo más probable es que la demanda por él disminuya. Si es así hay buenas posibilidades que el mercado de los contratos por adhesión funcione como el “mercado de los limones” (*vide infra* III).

²⁰ GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. pp. 26-27.

²¹ Aquí sigo de cerca el enfoque de RAKOFF (n. 8), p. 1.220 y ss.

²² En este trabajo utilizo la expresión empresa en el sentido jurídico-mercantil. Siguiendo a Uria entenderé por empresa “el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar el mercado de bienes o servicios”, *vid.* URÍA, R., *Derecho mercantil*, 27ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 32.

²³ *Vid.* “La naturaleza...” (n. 10), p. 35.

racterizan su funcionamiento interno, se explicaban en las economías capitalistas por los costos de utilizar el sistema de precios. En este sentido, el autor afirma:

“(U)n factor de producción (o su propietario) no necesita formalizar una serie de contratos con los factores con los que está cooperando dentro de la empresa, como sería el caso si dicha cooperación fuera el resultado directo del funcionamiento del mecanismo de precios, pues esta serie de contratos se sustituye por uno solo... El contrato es un documento por medio del cual el factor, por una determinada remuneración (que puede ser fija o fluctuante), acepta obedecer las directivas de un empresario dentro de ciertos límites. La esencia del mismo es que *solamente debe establecer los límites a los poderes del empresario. Dentro de ellos, éste puede, por lo tanto, dirigir los otros factores de producción*”²⁴.

Como no resulta difícil advertir, la estructura vertical y jerarquizada de una empresa evita –o, al menos, disminuye significativamente– los costos de las transacciones. Dentro de esos costos deben sumarse las contingencias a que se encuentran sometidas las transacciones en que el cumplimiento de una de las partes se encuentra diferido en el tiempo²⁵. En el caso que una de las partes sea el proveedor y la otra un consumidor, parece evidente que los consumidores no se encuentran integrados a la estructura de la empresa, por lo mismo, en la relación de ésta con ellos debe recurrirse al sistema de precios²⁶.

116

La distribución de los riesgos a través de los contratos por adhesión permite a las empresas administrar con mayor eficiencia los costos de estas contingencias²⁷. Como ha sugerido Rakoff:

las empresas pueden redactar los términos de los acuerdos de manera de estabilizar los incidentes asociados al desarrollo de este tipo de negocios. Las cláusulas de fuerza mayor enciclopédicas, por ejemplo, ayudan a evitar los riesgos de eventos aberrantes. Los límites sobre la responsabilidad derivada de daños consecuenciales (*consequential damages*) permiten a la empresa reducir las pérdidas potenciales de cualquier transacción y calcular mejor los riesgos restantes. El establecimiento de plazos breves para realizar los reclamos y demandar facilita el cierre de los períodos contables y reduce la necesidad de fondos de contingencia²⁸.

²⁴ Vid. “La naturaleza...” (n. 10), pp. 37- 38 (el destacado es mío). Citas internas omitidas.

²⁵ Vid. POSNER (n. 13), p. 90 y ss.

²⁶ Vid. RAKOFF (n. 8), p. 1.220 y ss.

²⁷ Vid. SLAWSON (n. 6), p. 30 y ss.

²⁸ RAKOFF (n. 8), p. 1.221. En el mismo sentido URÍA ha señalado que: “el contrato uniforme permite a las empresas operar sobre la base de unos contratos que al ofrecer el mismo

La distribución de los riesgos a través de cláusulas preimpuestas no sólo beneficia a las empresas. El consumidor puede verse beneficiado de dos maneras: la primera, es a través de los bienes complementarios que determinan las “externalidades de red”²⁹ (*network externalities*) derivadas de este tipo de acuerdos; y la segunda, a través de la disminución del precio de los bienes y servicios que se negocian a través de estos contratos.

Como resulta bien sabido, las externalidades de red se producen cuando el valor de un producto para uno de sus usuarios aumenta en la medida que se agregan nuevos usuarios. El ejemplo típico de esto es el teléfono o el fax; mientras más usuarios lo utilicen mayor es el valor del recurso para cada uno de los usuarios. En el caso de los contratos por adhesión, el uso sostenido de ciertas cláusulas permite una mayor cantidad de decisiones judiciales sobre éstas, generando, en definitiva, precedentes judiciales³⁰. En adición a lo anterior, el uso extendido de cláusulas facilita el diseño de este tipo de contratos para los abogados, su negociación, interpretación y litigación. De esta manera, los contratos por adhesión poseen la capacidad de generar, al menos dos bienes complementarios: precedentes judiciales y servicios legales más económicos³¹.

Respecto a la disminución del precio de los bienes y servicios como ha sugerido De Castro, las limitaciones de las responsabilidades y obligaciones del empresario son beneficiosas para el cliente con relación al precio final del producto, toda vez que éstas: “se compensan con la disminución del precio de la mercancía y con la posibilidad que le queda al cliente de cubrirse de los riesgos mediante el seguro”³².

La administración de los mercados finales de las empresas no es, sin embargo, la única razón que justifica el uso de los contratos por adhesión. Toda-

contenido previamente analizado en sus últimas consecuencias jurídicas hacen posible un cálculo exacto de riesgos y responsabilidades que eliminan buen número de litigios e incertidumbres (citado en DE CASTRO Y BRAVO (n. 20) p. 24, nota 18).

²⁹ Vid. SHAPIRO, Carl & VARIAN, Hal, *El dominio de la información*, Barcelona, Antoni Bosch editor, 1999, pp. 12-13.

³⁰ Aun si –como en el caso chileno– no existen tasas de litigación suficientes para generar este beneficio, en la medida que se encuentren redactados con claridad, los contratos por adhesión poseen la capacidad de disminuir la incertidumbre y dudas respecto de los derechos y obligaciones de cada parte. Este mayor grado de certidumbre debería contribuir a desalentar la litigación (Vid. DE CASTRO Y BRAVO (n. 6), p. 42).

³¹ Vid. KAHAN, M. & KLAUSNER, M., “Standardization and Innovation in Corporate Contracting Law” (or “The Economics of Boilerplate”). *83 Va. L. Rev.* 713 (1997) (haciendo presente los beneficios de los términos contractuales sostenidos en el tiempo en diversos contratos y las leyes de Delaware como la fuente de términos contractuales comúnmente usados en contratos corporativos) p. 774 y ss., y RADIN, M., “Humans, Computers, and Binding Commitment”. *75 Ind. L. J.* p. 1.148.

³² Vid. DE CASTRO Y BRAVO (n. 6), p.18; además, RAKOFF (n. 8), p. 1.230. Sobre la posibilidad de cubrir los riesgos con el seguro cfr. SCHÄFFER y OTT (n. 32) pp. 266-267.

vía, desde la naturaleza de la empresa, los contratos por adhesión se justifican como mecanismos de promoción de eficiencia *al interior* de la empresa. Según ha sugerido Rakoff, existen cuatro razones que respaldan el uso de este tipo de contratos para aligerar los costos de administración y promover la eficiencia en el uso de factores de producción al interior de estructuras organizacionales complejas, en palabras de este autor:

“(P)rimero, la estandarización de los términos y de las formas que los contienen facilita la coordinación entre departamentos. El costo del entendimiento de comunicaciones especiales sube rápidamente cuando un departamento hace las ventas, otro envía los productos, un tercer departamento administra los cobros, y un cuarto los reclamos. Los términos estándares hacen posible procesar las transacciones como un asunto rutinario. Los contratos por adhesión, con espacios blancos estándares hacen posible llevar a cabo rápidamente cualquier transacción que se haya visto obstaculizada por la necesidad de incorporar algunos términos particulares. Segundo, la estandarización hace posible el uso de costosos talentos administrativos y legales. Los contratos por adhesión facilitan la difusión de las decisiones administrativas subyacentes respecto a los riesgos que la empresa está preparada para soportar, o hacer completamente innecesaria la necesidad de explicar estos asuntos a los subordinados. Tercero, el uso de contratos por adhesión sirve como un mecanismo de control automático de las consecuencias de los actos del personal excesivamente voluntarioso (*wayward*). La presión por producir puede tentar a los vendedores a realizar negocios en condiciones que la empresa no desea suscribir; el uso de contratos por adhesión que fijan los términos del negocio torna superflua mucha de la necesidad de realizar este control interno y evita los costos de las medidas disciplinarias derivadas de él.

No menos importante, los contratos por adhesión ayudan a solidificar la estructura de poder interno de la empresa. En las organizaciones privadas, como en las burocracias públicas, la discreción es poder –y esto es cierto tanto en la base como en la cima de la estructura jerárquica. En la medida que se les confiere mayor discrecionalidad a los subordinados su disciplina se torna más dificultosa toda vez que los estándares de conducta (*performance*) se vuelven menos claros. Desde el punto de vista de una organización que desea mantener la jerarquía interna, el modelo más deseable de vendedor es uno que sea casi perfectamente intercambiable: que venda productos estándares a un precio estándar bajo condiciones estándares. Cuando el precio es negociable, en cierta forma el estatus del empleado mejora. Si todos los términos fueran negociables, se requeriría un grado de entrenamiento y habilidad mucho mayor –y, consecuentemente el estatus y las remuneracio-

nes aumentarían. En cambio, la rutinización de las transacciones realizadas a través de contratos por adhesión reserva la discrecionalidad para aquellas posiciones que se encuentran en los sectores más elevados de la escala jerárquica de la empresa”³³.

La extensa cita de Rakoff parece dar noticia suficiente de las ventajas de los contratos por adhesión para el manejo interno de organizaciones complejas, como suelen ser las empresas que utilizan contratos por adhesión para llevar adelante sus relaciones comerciales con consumidores finales.

Ahora es posible sintetizar las ventajas de los contratos por adhesión. Por una parte, reducen los costos de negociación envueltos en este tipo de negociaciones. A primera vista, y en un mercado con pluralidad de oferentes, la redacción de los términos del contrato por una de las partes –el oferente– permite que los riesgos sean distribuidos con mayor eficiencia que la que lograría aquella distribución realizada por el legislador. Por otra parte, desde la perspectiva del funcionamiento de la empresa, estos contratos poseen dos ventajas: primero, permiten a la empresa disminuir el grado de contingencia a que se ven expuestas sus relaciones con los consumidores finales y segundo, promueven la administración eficiente de los factores de producción que suele vincular una organización compleja como una empresa.

Toda esta sección ha intentado exponer las ventajas de los contratos por adhesión. Estas ventajas deberían explicar la aceptación de estos *hijos ilegítimos* en legislaciones modeladas por el principio de la autonomía de la voluntad que plasmaron los códigos decimonónicos. La sección siguiente busca dar noticia de los peligros que se encuentran involucrados en este tipo de negocios.

119

III. LOS PELIGROS INVOLUCRADOS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN: CLÁUSULAS ABUSIVAS, MONOPOLIO Y ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

1. Cláusulas abusivas

Lo que hace peligroso al contrato por adhesión es la existencia de cláusulas abusivas. Que sea una cláusula abusiva es algo que se discute³⁴. En líneas gruesas, este tipo de cláusula puede ser definida como aquella que es “notablemente desfavorable para el adherente”³⁵. Por regla general resultarán notablen-

³³ Todas ellas en RAKOFF (n. 8), pp. 1.222-1.224.

³⁴ A diferencia de otras legislaciones, en el caso chileno, la ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, no contiene una definición de este tipo de cláusulas, sino únicamente un catálogo cerrado de normas que incluidas en un contrato por adhesión no producen efecto alguno (*vid.* artículo 16).

³⁵ *Vide* REZZÓNICO, J., *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p. 57.

te desfavorables aquellas cláusulas que, sin haberse negociado, “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (art. 3.1. Directiva 93/13 CEE). De esta manera, el *quid* del problema de las cláusulas abusivas pareciera encontrarse en el desequilibrio entre las prestaciones del consumidor y el proveedor. En este sentido, Larroumet, por ejemplo, ha señalado que aquello que caracterizaría a las cláusulas abusivas es “la falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación desventajosa frente a la otra”³⁶.

Una técnica frecuente de regulación de este tipo de cláusulas consiste en vincularlas a la fractura del deber de buena fe que suele exigirse a los contratantes³⁷.

³⁶ LARROUMET, C. *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 72.

³⁷ La idea que subyace al control de ciertas cláusulas es que estas serían el resultado de la alteración del equilibrio del poder negocial entre las partes y la fractura del deber de negociar de buena fe (vid. TAPIA, M. y VALDIVIA, J., *Contratos por adhesión. Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p 80. Esta idea también se encuentra presente en el derecho estadounidense en la doctrina de las expectativas razonables derivada de los aportes de Lewellyn. En el caso alemán, por ejemplo, Larenz ha justificado la protección de las expectativas del consumidor de la siguiente forma: “cuando una alteración de las normas legales dispositivas sea *manifestamente injusta* o inequitativa se habrá de suponer que el perjudicado la ha consentido cediendo a alguna presión. Si esta presunción no puede ser refutada (quizá mediante la prueba de un beneficio que compense el perjuicio, o por otra causa razonable), los tribunales no deberán tampoco estimar la vigencia del pacto por ser *contrario al espíritu del ordenamiento jurídico*; aun, sin formular tacha de ‘inmoralidad’, ya que una *infracción manifiesta* de las exigencias fundamentales de la justicia no puede recibir sanción del ordenamiento jurídico [itálicas y comillas en el original], LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo, p. 125.

Una buena explicación sobre la doctrina de las expectativas razonables puede encontrarse en BALLESTEROS, (n. 9).

La inclusión de la buena fe en el dominio de las cláusulas abusivas suele utilizarse como un sistema de control de “cláusula abierta” de las cláusulas abusivas que permite el control judicial según las circunstancias del caso. Es difícil exagerar la importancia de estas “cláusulas abiertas” que permiten a la judicatura examinar el contenido de los contratos por adhesión, la razón de es que, aun, cuando la respectiva ley contenga un catálogo amplio de hipótesis de cláusulas abusivas, todo ensayo de enumeración de los objetos sobre los cuales versan las condiciones generales de un contrato resultaría omisivo, utilizando la expresión de Nordmann, resultaría *nécessairement lacunaire* (citado en REZZONICO (n. 35), p. 451). Respecto a la utilización de estas cláusulas abiertas en el caso de la jurisprudencia del BGH o Tribunal Supremo Alemán, por ejemplo, se aplican tres *tests* para determinar si la cláusula infringe o no el deber de negociar de buena fe, a saber: 1. el equilibrio contractual, 2. la consideración de los intereses de las partes contratantes y 3. la definición de la esencia de los derechos y deberes contractuales (vid RODRÍGUEZ, A, *Cláusulas abusivas en la contratación*, Navarra, Editorial Aranzadi, 1996, p. 38-39).

La ley chilena de protección al consumidor no contiene este tipo de cláusulas. En el proyecto de modificación a dicha normativa enviado por el Ejecutivo, sin embargo, se ha incorporado una cláusula abierta en los siguientes términos: “No producirán efecto alguno en los contratos por

Así, por ejemplo, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española prescribe en su artículo 10 bis 1 que:

“(S)e considerarán cláusulas abusivas todas aquéllas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

En el mismo sentido, el artículo o párrafo 9 de la *AGB-Gesetz* alemana contiene una cláusula general de prohibición e ineficacia de cláusulas abusivas al tenor de la cual se consideran abusivas aquellas cláusulas que: “producen un perjuicio de manera desproporcionada al consumidor en contra de la buena fe y equidad”.

Junto a este tipo de cláusulas –que vinculan las cláusulas abusivas a la fractura del deber de negociar de buena fe, los cuerpos normativos que las regulan suelen contener un conjunto de reglas que regulan las formalidades de este tipo de cláusulas³⁸ y catálogos que identifican ciertos términos contractuales a los que adjudican este carácter³⁹.

adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En general aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”.

³⁸ El control formal, utilizado por primera vez en el *Codice Civile* de 1942, se encuentra orientado a garantizar el adecuado conocimiento de las condiciones generales en los contratos por adhesión. En el caso de la ley chilena los requisitos a que apunta este control formal se encuentran en el artículo 17 en los siguientes términos: “Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

...Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales”.

³⁹ Así, por ejemplo, en la ley española recién mencionada se contienen veintinueve hipótesis de cláusulas abusivas, en la *AGB-Gesetz* los párrafos diez y once contienen dos listas concretas de cláusulas abusivas y la Directiva 93/13 de la CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, diecisiete. La ley 19.496 chilena contiene únicamente seis.

Finalmente, todavía es posible incorporar mecanismos de control administrativo de las condiciones generales⁴⁰. Este control puede asumir diversas formas. La administración puede determinar las cláusulas que deberán utilizar los proveedores en sus relaciones con los consumidores finales, sea a través de un reglamento general o de un proceso de homologación caso a caso o, bien, puede intervenir prestando su aprobación a las cláusulas que se utilicen caso a caso⁴¹.

Desde una perspectiva económica el problema de las cláusulas abusivas puede ser considerado recurriendo a la eficiencia. De esta manera, en vez de utilizar la expresión cláusula abusiva, puede utilizarse *cláusula ineficiente*. Siguiendo a Craswell una cláusula es considerada ineficiente si el daño que inflige a los compradores es mayor que los costos que ahorra a los proveedores⁴².

Sea que nos refiramos a cláusulas abusivas o ineficientes, parece más o menos evidente que éstas constituyen un riesgo al interior de los contratos por adhesión. Interesa ahora examinar qué es lo que determina la existencia de este tipo de cláusulas y, sobre esto, lo primero que conviene revisar es la relación entre éstas y el monopolio del oferente.

2. *El monopolio del oferente: un supuesto usual y erróneo*

122

Suele afirmarse que la existencia de cláusulas abusivas obedecería a la cercana conexión que existe entre el uso de contratos por adhesión y la posición monopólica de quien ofrece este tipo de negocios⁴³. De esta manera, por ejemplo, Messineo señala respecto de los contratos por adhesión que:

“(E)n un régimen de competencia el contrato de adhesión o sería inconcebible o no podría arraigar, por cuanto el consumidor encontraría siempre un productor que, para atraer a un cliente nuevo estaría dispuesto a

⁴⁰ En el caso chileno este tipo de control se presentaría, por ejemplo, respecto de los contratos de seguros, de prestaciones de salud en el caso de las instituciones de salud previsional y de la administración de fondos de pensiones.

⁴¹ No es el objetivo de este trabajo revisar detalladamente los mecanismos de control de cláusulas abusivas, para esto, y respecto del caso chileno, puede consultarse DE CASTRO Y BRAVO (n. 20) y PIZARRO WILSON, C., *La protección de los consumidores en materia contractual*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999 y LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 6), pp. 157-159.

⁴² *Vid.* CRASWELL, R., “Freedom of Contract”, en POSNER, E., *Chicago Lectures in Law and Economics*, New York, Foundation Press, 2000, p. 83.

⁴³ *Vide*, por ejemplo, MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, EJE, 1952, p. 441; DE CASTRO Y BRAVO (n. 20), pp. 169-170; RAKOFF, (n. 8) p. 1.178 notas 16-17; SCHWARTZ, A., “A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability”, en SCHWARTZ & CRASWELL (n. 13); GAILBRAITH, J.K., *The New Industrial State* (citado en SCHÄFFER Y OTT (n. 17), pp. 312); TAPIA Y VALDIVIA (n. 37), pp. 36-37, n. 90; REZZÓNICO (n. 35), pp. 80-87.

concederle condiciones más favorables que otro y a aceptar el curso del consumidor en la determinación de las cláusulas contractuales”⁴⁴.

En clave económica la idea de Messineo es que las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión únicamente sobrevivirían en condiciones de competencia imperfecta. Esta idea se encuentra en la base de *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* resuelto en 1960 por la Corte Suprema de New Jersey. En este caso, Claus Henningsen, el demandante, compró un automóvil marca Plymouth, fabricado por Chrysler Corporation. El contrato poseía una cláusula incorporada en el reverso de la primera página en letra pequeña según la cual se señalaba que la garantía del producto únicamente obligaba al productor a fabricar cuidadosamente las piezas del automóvil, de manera que no poseyeran defectos. Si el automóvil conservaba defectos que no fueran adjudicables a esta falta de cuidado, el comprador liberaba a la compañía de cualquier obligación derivada de piezas defectuosas. Diez días después de que el automóvil fuera entregado a Henningsen, su mujer lo conducía a una velocidad de veinte millas por hora en un camino en buen estado, súbitamente escuchó un fuerte ruido que provenía desde abajo del vehículo; como si algo se hubiese quebrado, el manubrio se torció y, producto de esto, el vehículo se estrelló contra un muro. Henningsen demandó a la compañía, la cual buscó liberarse de responsabilidad alegando que la falla del vehículo no quedaba cubierta por la garantía. La Corte rechazó el alegato de la compañía señalando que:

123

“(L)a desigualdad en la posición negocial del consumidor en la industria automovilística es evidente. No existe competencia entre los fabricantes de autos en el área de las garantías. ¿Dónde puede el comprador negociar mejores términos de protección? Este control y limitación de los remedios (remedies) resultan hostiles (*inimical*) para el bienestar común y, en definitiva, sugieren a las cortes poner gran atención para evitar injusticias a través de la aplicación de principios estrictos del common-law de libertad de contratación”⁴⁵.

La idea detrás de este caso es que este tipo de cláusulas únicamente existen en mercados monopólicos⁴⁶. La razón es simple: en un mercado competitivo

⁴⁴ MESSINEO (n. 43), p. 441. En idéntico sentido *vide* DE CASTRO Y BRAVO (n. 20), pp. 169-170. Citas internas omitidas.

⁴⁵ *Vide Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* 161 A. 2d 69 (N.J.1960)

⁴⁶ Aquí utilizo la expresión monopolio en un sentido amplio que cubre también a los carteles. La idea detrás del uso de esta expresión es que se trata de un mercado en el que el *poder de mercado* de los oferentes les permite ignorar las preferencias de los usuarios en lo que refiere a los términos contractuales.

únicamente sobrevivirían aquellas cláusulas cuyos beneficios netos son positivos.

Como ha advertido Craswell, sin embargo, el monopolio no es la única falla de mercado, ni la más riesgosa, en lo que refiere a cláusulas abusivas⁴⁷. En el caso de los contratos por adhesión, debe sumarse, al menos, una falla más para captar con exactitud el problema: la información imperfecta. Dejo esto por el momento nada más anunciado para retomarlo luego de examinar por qué el monopolio no es la falla más peligrosa.

En términos generales, los monopolios no regulados perjudican al consumidor si se comparan las condiciones de las transacciones con las que obtendría en un mercado competitivo. Ésta parece ser una afirmación ampliamente aceptada por los economistas⁴⁸. La razón de que los consumidores estén en peores condiciones en un mercado monopólico que en uno con una pluralidad de oferentes suele ser que, por regla general⁴⁹, el oferente podrá subir el precio de sus productos por sobre su costo marginal.

Pues bien, mi impresión es que a partir de esto puede advertirse el error de Messineo y de la Corte Suprema de New Jersey en *Henningsen*. En un mercado monopólico es respecto del precio del bien o servicio –usualmente la cantidad de dinero que se paga por él– y no de las demás condiciones del contrato donde el oferente tiene mayores incentivos para maximizar sus beneficios⁵⁰. De esta manera, si el oferente que opera en condiciones monopólicas desea aumentar sus beneficios netos, le basta subir $p1$ manteniendo las condiciones del contrato (r) exactamente iguales. En adición a esto, el oferente monopólico puede tener incentivos para no alterar las condiciones del contrato. Como ha sugerido Craswell:

“(E)l problema con aumentar el precio total indirectamente, a través del uso de cláusulas ineficientes, es que –por definición– una cláusula ineficiente produce más daño a los consumidores que beneficio al monopolista. Por el contrario, un precio monetario más alto beneficia al monopolista en la misma cantidad que perjudica al adquirente: el aumento del precio”⁵¹.

⁴⁷ *Vide* CRASWELL (n. 44).

⁴⁸ Esto puede ser consultado en cualquier manual de economía. Un desarrollo accesible para abogados puede ser encontrado en POSNER.(n. 13), p. 259 y ss.

⁴⁹ Según ha sugerido Posner, el monopolio no es condición suficiente para la existencia de precios monopólicos, ni siquiera se trataría de una condición imprescindible, POSNER.(n. 13), p. 262.

⁵⁰ Esta distinción se entenderá mejor si se considera que un producto tiene dos precios. El primero ($p1$) es aquél que usualmente identificamos con esa expresión –las más de las veces será una suma de dinero. El segundo precio ($p2$) se obtiene sumando $p1$ a los riesgos (r) que asume el adquirente del producto a través del contrato. Esto se denomina el precio total (pt).

⁵¹ *Vide* CRASWELL (n. 41), p. 85 Sobre lo mismo *vid.* KATZ, A., “Standard Form Contracts”, en <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/9707287.pdf?abstractid=41320>, visitado el 4 de octubre de 2002.

Schwartz parece estar en lo correcto cuando afirma que “la *calidad* del contrato no es necesariamente una función de la estructura del mercado”⁵². Sobre lo mismo Schäffer y Ott han señalado respecto del uso de cláusulas abusivas que: “(F)recuentemente no se trata de grandes empresas monopolistas que trabajan con un gigantesco aparato publicitario, sino de pequeñas compañías en mercados atomizados en los cuales según la opinión de la teoría económica ortodoxa tendría que dominar la competencia”⁵³.

Lo anterior, por supuesto, no significa que quienes proveen bienes o servicios bajo condiciones monopólicas no utilicen cláusulas abusivas en sus contratos por adhesión, significa que el riesgo de la utilización de estas parece no ser significativamente mayor que en un mercado competitivo⁵⁴.

A simple vista, esta constatación tiene algo de enigmático, ¿por qué sobreviven las cláusulas ineficientes en un mercado con una multiplicidad de oferentes?

Como han advertido Schwartz y Wilde, la mejor protección de los consumidores contra la explotación no son los tribunales, sino su propia vigilancia y perspicacia⁵⁵. Son los mismos consumidores quienes, a través de sus decisiones agregadas, deberían presionar, en un mercado competitivo, a los oferentes a expulsar las cláusulas abusivas de sus contratos. De esta manera, aquellos oferentes preocupados por su reputación poseerán buenos incentivos para evitar estas cláusulas en este tipo de negocios⁵⁶.

Así las cosas, en un mercado competitivo, la autorregulación sobre la base de mecanismos de mercado pareciera constituir un mecanismo satisfactorio de control de cláusulas abusivas. A esto debe sumarse que otras alternativas de control de este tipo de cláusulas –por ejemplo, el judicial, el legal y el adminis-

⁵² SCHWARTZ (n. 43), p. 307.

⁵³ SCHÄFFER Y OTT (n. 17), p. 312.

⁵⁴ Junto con lo anterior, esto significa que cuando se utiliza la expresión “poder negociador” en los contratos por adhesión no se está aludiendo necesariamente a la posición que posee el oferente en el mercado, sino a dos situaciones relacionadas con la distribución asimétrica de información entre proveedor y consumidor. La primera de ellas es que el proveedor entiende mejor que el consumidor el producto que vende, la segunda es que el proveedor utiliza masivamente el contrato por adhesión (ver SLAWSON (n. 6), p. 26).

⁵⁵ Vide SCHWARTZ, A. & WILDE, L., “Imperfect Information in Markets for Contracts Terms: The Examples of Warranties and Security Interests”. 69 *Va. L. Rev.* 1387, 1414-15.

⁵⁶ Este argumento ha sido desarrollado por George Priest, quien ha señalado que aquellos oferentes que persistan en la incorporación de cláusulas que explotan a los consumidores y las ejecutan judicialmente, desarrollarán una reputación similar a la de aquellas empresas que producen bienes defectuosos. En un mercado donde la información sobre la reputación de los oferentes sea transparente –esto es accesible a menor precio– los consumidores serán capaces de discriminar no sólo sobre la base de la calidad del bien o servicio sino, además, en consideración a las condiciones bajo las cuales es ofrecido, vide PRIEST, G., “A Theory of the Consumer Product Warranty”. 90 *Yale L.J.* 1297, 1347). Vuelvo, aunque brevemente sobre el argumento de Priest más abajo, vide *infra* n. 92).

trativo⁵⁷ – pueden introducir mayores costos que aquéllos que evitan. Este argumento, cuya primera formulación puede ser rastreada en la obra de Adam Smith y John Locke, constituye un *leit motiv* en el modelo de la economía neoclásica, puede ser aplicado al control por los jueces o el legislador a las cláusulas ineficientes en los contratos por adhesión, señalando que la intervención de estos agentes puede disminuir la eficiencia de las transacciones realizadas basada en mecanismos de mercado toda vez que ni el legislador ni los jueces se encuentran en buenas condiciones para determinar qué cláusulas son eficientes y cuáles no⁵⁸.

¿Por qué entonces no darse por satisfechos una vez que los bienes y servicios se prestan en condiciones competitivas?

La respuesta más sintética es que el monopolio no es la única falla de mercado que se encuentra involucrada en este problema. La segunda –y más determinante– es la falta de información de los consumidores⁵⁹. De esta última me ocupo en la próxima sección.

3. El problema de la información

Es algo profusamente aceptado –incluso entre los cultores más ortodoxos del libre mercado– que, para que un contrato, produzca asignaciones paretianamente superiores debe cumplir con ciertos requisitos. No sólo es imprescindible que exista la voluntad, esa voluntad debe ser suficientemente informada. Como ha señalado Milton Friedman: “La posibilidad de coordinación a través de la cooperación voluntaria descansa sobre el supuesto elemental –aunque frecuentemente negado– que las partes que participan en la transacción económica se benefician de ella siempre *y cuando presten su voluntad y esta sea informada*”⁶⁰.

La pregunta es, entonces, ¿es suficientemente informada la voluntad del consumidor que celebra contratos por adhesión?

3.1. El consumidor y la información

Las decisiones económicas suelen ser precedidas por una cierta acumulación de información, la cual, la mayoría de las veces, es costosa⁶¹. De esta manera, si

⁵⁷ Sobre otros mecanismos puede revisarse DE CASTRO Y BRAVO (n. 20), pp. 169-275.

⁵⁸ Sobre el problema de la intervención del Estado *vide* “El problema del costo social” (n. 10). Sobre lo mismo en relación con la protección de los consumidores *vide* CRASWELL (n. 13), pp. 96-98.

⁵⁹ En este sentido Trebilcock, por ejemplo, ha notado que las cláusulas abusivas resultan mucho más frecuentes en los mercados con información imperfecta que en aquellos monopólicos. *Vide* TREBILCOCK M., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997, p. 119.

⁶⁰ Citado en TREBILCOCK (n. 59), p. 102.

⁶¹ El problema de los costos de la información, en general, puede examinarse en STIGLER, G., “The Economics of Information”. *The Journal of Political Economy*, 1962. Un sencillo ejemplo puede ayudar a explicarlo. Suponga que desea comprar un horno microondas en un mercado con

desea comprar un cierto modelo de automóvil lo más probable será que intente averiguar sus características, la garantía que le ofrece el proveedor, el estado del vehículo –si es que éste es usado–, sus condiciones de reventa, etc. Toda esta información posee costos, el enfoque económico de este tipo de conducta –la acumulación de información– asume que la cantidad de información que recopile debería guardar alguna proporcionalidad con el valor de la inversión que va a realizar⁶². Del mismo modo, si planea comprar una casa debería estar dispuesto a gastar más en información que si deseara comprar una cajetilla de cigarrillos.

Siguiendo a Leff, en el caso de los contratos por adhesión existen dos tipos de productos: el bien o servicio cuya prestación se reglamenta a través del contrato y el contrato mismo⁶³. Un consumidor *racional*⁶⁴ debería acumular

numerosos oferentes y desea comparar sus productos a fin de determinar la mejor combinación precio/calidad ofrecida en este mercado. Suponga, además, que debe utilizar diez horas de su tiempo para realizar esta búsqueda y que considera que su hora cuesta \$5.000 (éste es el costo de oportunidad de buscar su microondas). Así las cosas –y siempre que sea racional– sólo destinaría este tiempo a buscar la mejor relación calidad/precio si creyese que esa búsqueda le va a reportar un beneficio superior a los \$50.000 que, probablemente le va a costar (diez horas a \$5.000 cada una).

⁶² Vide BECKER, G., “El enfoque económico de la conducta humana”, en *Anuario de Filosofía y Ciencias Jurídicas*: El derecho como ciencia y como profesión, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía y Ciencias Jurídicas, 1998.

⁶³ Desde la perspectiva de Leff los contratos pueden ser considerados, en general, como un proceso a través del cual las voluntades se van uniformando en torno a un cierto contenido prescriptivo, que luego resultará vinculante para las partes (en el mismo sentido *vid.* DE CASTRO Y BRAVO (n. 20), p. 87). Este proceso de formación del consentimiento, que plasma la libertad de configuración de las partes, justificaría las fuertes restricciones de los jueces para intervenir en el contenido prescriptivo del acuerdo. Este modelo de formación del consentimiento, que se encuentra en la raíz de la regulación de los códigos decimonónicos, da origen a lo que Margaret Radin ha denominado “el contrato como consentimiento”, *vide* RADIN (n. 31), pp. 1.125-1.127. Esta caracterización del contrato, como el resultado de un proceso, no resulta acertada en el tema de los contratos por adhesión. En este caso, Leff sugiere que éstos se asemejan más a un *producto*, que no es el resultado de ninguna negociación. Si la aproximación de este último autor es correcta, al celebrar un contrato por adhesión, el consumidor estaría adquiriendo dos productos: el bien o servicio y el contrato. La sugerencia de Leff es que no existe razón para imponer al juez las restricciones que el modelo de contrato como consentimiento que le impiden modificar el contenido prescriptivo del acuerdo.

Las posibilidades de intervención del juez deberían ceñirse por un esquema más cercano al de control de calidad y seguridad de los productos defectuosos, *vid.* LEFF, A., “Contract as a Thing”, en CRASWELL & SCHWARTZ, (n. 13). Este resultado –aunque a través de un razonamiento distinto– no es del todo extraño al derecho continental; así, en el caso francés, por ejemplo, Larroumet advierte de cierta jurisprudencia que ha añadido a contratos por adhesión obligaciones a una de las partes que no constaban en el contenido prescriptivo del mismo, *vide* LARROUMET, C., *Teoría General del Contrato*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1993, vol. 1, p. 97. Los casos más evidentes de este tipo de intervención judicial son las obligaciones de seguridad e información que se incorporan *ex post* al contrato por la judicatura.

⁶⁴ En general, el concepto de racionalidad que utiliza el análisis económico del derecho se relaciona con la idea de Elster, según la cual la racionalidad específicamente humana se caracteriza

una cantidad de información óptima sobre ambos antes de obligarse⁶⁵. Para efectos de este trabajo es posible dejar de lado la acumulación de información sobre el bien o servicio y centrarse en el contrato.

3.2 ¿Por qué no es racional leer y comprender un contrato por adhesión antes de firmarlo?⁶⁶

Aun si los consumidores actúan racionalmente⁶⁷, la lectura de un contrato por adhesión puede no resultar eficiente. Ya se ha advertido que los consumidores

por la capacidad de relacionarse con el futuro, ELSTER, J., *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 7. En este sentido, el concepto de racionalidad recoge parte del concepto de acción teleológica vigente en el pensamiento occidental desde Aristóteles y la transforma en acción estratégica. Este concepto de acción teleológico-estratégica es utilizado por primera vez por los fundadores de la economía política neoclásica para desarrollar una teoría de la decisión económica e incorporado a la teoría de juegos a mediados del siglo xx a través del trabajo de Von Neumann y Morgenstern. Según este modelo, el agente se relaciona con el futuro intentando maximizar su utilidad o sus expectativas de utilidad (de ahí el nombre de maximizador racional al que tan afecto es el análisis económico del derecho) sin consideración al bienestar de terceros, se trata de una maximización de la utilidad autointeresada.

⁶⁵ En el caso de los contratos por adhesión, un consumidor racional equivaldría a lo que Trebilcock denomina un “consumidor marginal”, es decir, aquel consumidor “informado, sofisticado, y agresivo que entiende los términos de un contrato por adhesión y quien o negocia sus términos o se cambia a otro proveedor que ofrece mejores términos”, TREBILCOCK, M., “Critiques of the Limits of Freedom of Contract A Rejoinder”, p. 357, disponible en www.yorku.ca/ohlj/english/volume/vol33.html - 17k, visitado el 4 de junio de 2002.

⁶⁶ La escasa información empírica existente sobre el tema muestra que, por regla general, los consumidores no leen los contratos por adhesión, *vid.* RAKOFF (n. 8), p. 1.179.

⁶⁷ El modelo de racionalidad utilizado por el análisis económico del derecho ha sido intensamente debatido. Siguiendo a Hillman y Rachlinski –*vid.* HILLMAN, R. & RACHLINSKI, J., “Standard-Form Contracting in the Electronic Age”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID287819_code011024510.pdf?abstractid=287819, visitado el 3 de marzo de 2002, pp. 22-25. –En lo que sigue omito la citación interna de los autores donde acompañan información empírica sobre cada uno de estos problemas–. Puede afirmarse que los consumidores enfrentan cuatro tipos de problemas en este ámbito. PRIMERO, tiene que ver con lo que se denomina *racionalidad limitada* (bounded rationality). En forma sumaria la racionalidad limitada significa que los seres humanos disponen únicamente de capacidades computacionales limitadas y una memoria seriamente defectuosa. Un ejemplo de lo anterior, sugerido por Tversky y Kanheman, es que la gente tiende a concluir que los accidentes de automóviles son mucho más frecuentes de lo que en realidad son si es que han presenciado uno recientemente, citado en JOLLS, SUNSTEIN & THALLER, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, en SUNSTEIN, C. (ed), *Behavioral Law & Economics*, New York, Cambridge University Press, 2000, pp. 14-15. Un análisis más detallado de las limitaciones a la racionalidad del modelo económico neoclásico en el caso de los consumidores puede encontrarse en HANSON, J. & KY SAR, D., “Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation”, N.Y. Univ. L. Rev. 74, 630), que determinaría que los consumidores rara vez acumulen toda la información necesaria. Esto incidiría, por ejemplo, en que no se detengan sobre la distribución

no invierten una suma que les permita conocer TODA la información relativa al negocio⁶⁸, sino, únicamente, aquélla que consideran estrictamente necesaria para dicho negocio. Lo que interesa advertir aquí es que, por regla general, la cantidad de recursos que deberían invertir los consumidores en leer y comprender los términos de un contrato por adhesión es superior al beneficio que éste les produce. En las siguientes líneas explico por qué⁶⁹.

Para Hillman y Rachlinski, los consumidores incurren en costos en el monitoreo del lenguaje de los contratos por adhesión y la reputación de la firma. Si estos costos son altos el beneficio probable del contrato no los compensa, aún cuando la carencia de este tipo de información pueda derivar en la explotación del consumidor. ¿Qué circunstancias determinan la racionalidad de prescindir de esta lectura? Estos autores identifican los siguientes siete factores:

- 1) *El lenguaje de este tipo de acuerdos resulta difícil de entender para el consumidor.*
Existe suficiente bibliografía para acreditar que los contratos por adhesión

de los riesgos remotos en un contrato por adhesión. SEGUNDO, señalan estos autores, las personas suelen tener dificultades en tomar aquellas decisiones que involucran la consideración de un número amplio de factores. Atendido lo anterior, enfrentado a un contrato que involucra una pluralidad de factores, el consumidor tenderá a concentrarse únicamente en algunos de ellos, probablemente los más evidentes como el precio o el número de cuotas en que puede ser pagado dicho precio, dejando los demás de lado. TERCERO, basados en estudios empíricos, algunos sicólogos sostienen que las personas suelen hacer inferencias consistentes con aquello que desean creer, interpretando información ambigua de manera que se acomode a sus creencias y deseos. Este fenómeno, una especie de disonancia cognitiva, puede implicar que los consumidores no consideren cierta información –respecto, por ejemplo, a la distribución de riesgos realizada a través del contrato–, pues ésta tiende a desacreditar la decisión original del consumidor de comprar el producto (sobre la disonancia cognitiva en estas materias *vide* AKERLOF, G. & DICKENS, W., “The Economic Consequences of Cognitive Dissonance”, en HANSON & KYSAR, *op. cit.*, p. 699). FINALMENTE, existe alguna evidencia respecto a que los sujetos tienden a subestimar los riesgos que ellos mismos toman. En el problema que ocupa estas líneas, esto significaría que los sujetos tienden a sobrestimar su capacidad de evaluar los riesgos incluidos en este tipo de acuerdos. En este sentido, y referente a la responsabilidad por productos defectuosos, Calabresi ha expuesto este argumento en la siguiente forma: “(A)ún cuando los individuos contaran con los datos necesarios para evaluar el riesgo [de un producto], serían incapaces, psicológicamente, de hacerlo. Se afirma que la gente no suele apreciar, racionalmente, la probabilidad de morir o la de sufrir un accidente grave. Estas cosas les ocurren a los demás –pensamos–; y no hay forma que nos persuadan de que también pueden sucedernos a nosotros por muchas estadísticas que nos muestren. (CALABRESI, G. *El costo de los accidentes*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1984, p. 71).

En el mismo sentido *vide* PRENTICE, R. & ROSZKOWSKY, M., “Tort Reform” and the Liability “Revolution”: Defending Strict Liability in Tort for Defective Products”, en HANSON & KYSAR, *op. cit.*, p. 697 y ss.

⁶⁸ Como resulta evidente, la acumulación total de información produciría algo similar a la Biblioteca de Babel que Borges alguna vez imaginó.

⁶⁹ En esta explicación utilicé el modelo de HILLMAN y RACHLINSKI (n. 67), pp. 16-26.

suelen ser prolíficos en terminología legalista, compleja de entender para el consumidor normal⁷⁰. Dos inquietudes surgen de este factor: la primera refiere a quienes ofrecen el bien o servicio y la segunda, a quienes lo adquieren. En el caso de los primeros, la pregunta es, ¿por qué incorporan este tipo de lenguaje a sus acuerdos? y, en el caso de los segundos, ¿por qué firman estos acuerdos aun cuando son incapaces de entender sus términos?

Respecto a la primera pregunta pueden ensayarse dos tipos de respuestas: la primera tiene que ver con la idea de que desde una perspectiva económica el contrato es un mecanismo para distribuir riesgos, algunos de ellos serán soportados por el consumidor y otros por el proveedor. La utilización de un lenguaje altamente abstracto y plagado de terminología legal puede constituir un intento por reducir la inevitable vaguedad y ambigüedad de los lenguajes naturales⁷¹, disminuyendo las distancias entre la voluntad plasmada en el contenido prescriptivo del contrato y la interpretación de este último llevada a cabo por el juez. Desdichadamente, mientras este tránsito puede resultar provechoso para los abogados que litiguen el caso y los jueces que lo resuelven, tiende a oscurecer el significado de las palabras para los consumidores.

Todavía es posible una segunda razón, menos inocente que la primera. En el primer caso, la incompreensión del consumidor es algo irrelevante para el oferente, probablemente, sin embargo, que no lo sea. Puede ser el caso que la utilización excesiva de tecnicismos constituya una forma de ocultar términos que, de conocerlos, el consumidor no estaría dispuesto a aceptar. Esta razón se encuentra relativamente próxima a lo que Rakoff denomina la *tentación del redactor*⁷².

Ya se ha advertido que los contratos en general son un mecanismo para distribuir riesgos, los contratos por adhesión, no constituyen una excepción a esto. El argumento que adelanta Rakoff presume que los contratos

⁷⁰ *Vide*, por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO (n. 6) p. 19; RAKOFF (n. 8), p. 1.205; REZZONICO (n. 35) p. 65; KENNEDY, D., "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law", *vide* CRASWELL & Schwartz (n. 13) p. 315; TAPIA y VALDIVIA (n. 37), p. 69. Refiriéndose a este fenómeno, Berlioz ha señalado que los contratos por adhesión se transforman en "una masa tipográfica espesa, viscosa y gelatinosa de ardua lectura", en REZZÓNICO (n. 35), p. 60).

Además de la terminología legalista compleja, otros medios similares para dificultar la lectura del consumidor son largas series de excepciones y contraexcepciones; referencias a reglas legales que, por su vaguedad impidan al consumidor comprender su sentido y remisiones a textos que no se entregan o ponen a disposición del consumidor en el acto, *vide* TAPIA y VALDIVIA (n. 37), p. 72. Citación interna omitida.

⁷¹ Sobre esto puede consultarse CARRIÓ, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª ed. aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 28 y ss.

⁷² RAKOFF (n. 8), p. 1.205.

por adhesión son redactados por abogados contratados por el oferente⁷³. Este autor sugiere que:

“la meta del redactor profesional [el abogado] es proteger a su cliente tanto como sea posible de obligaciones que lo vinculen legalmente, incluyendo aquellas relacionadas a riesgos que el oferente (*businessman*) podría estar dispuesto a aceptar. En este proceso, la tentación y, de hecho el arte, es redactar en los márgenes de lo permitido por la ley más que únicamente alterar aquellas características del trasfondo legal que debieran ser modificadas atendidas las características de la actividad comercial⁷⁴.

En cualquier caso –sea que el objetivo fuere evitar la vaguedad y ambigüedad o, bien, ocultar ciertas cláusulas–, para el consumidor el resultado es exactamente el mismo, aunque tome algo de su tiempo y lo dedique a leer el contrato, no será capaz de entenderlo. Esto debería llevarnos a la siguiente pregunta ¿por qué entonces el consumidor acepta la celebración de este tipo de contratos?

La respuesta involucra varias razones que detallo más adelante⁷⁵. Una primera aproximación, sin embargo, puede ser realizada sirviéndose del análisis de Duncan Kennedy, quien ha sugerido que en mercados de bienes ofrecidos bajo condiciones complejas, aun consumidores de clase media bien educados:

“(decidirían) que el riesgo de ser engañados, dañados o abusados por los vendedores es uno de los riesgos inevitables de nuestra economía, y no vale la pena invertir tiempo o dinero en el esfuerzo, evidentemente fútil, de discutir sobre el lenguaje del contrato. Es más racional simplemente ignorar los términos y confiar que ha sido redactado por un vendedor honesto quien se encuentra más interesado en construir una reputación en negociaciones justas que en extraer la máxima ganancia posible de cada transacción individual”⁷⁶.

Otra explicación similar –aunque algo menos académica, pero, según me parece, acertada y complementaria de la anterior– es ofrecida por De Castro, citando a un magistrado. Para este último:

⁷³ Ésta es una suposición bastante plausible si se advierte que el oferente puede dispersar los costos del abogado –aun los de una empresa de abogados cuyos servicios sean costosos– llevándolos a precios. Por lo mismo, tiene sentido económico realizar esta inversión antes de comenzar a ofrecer el producto. *Vide*, también, ATIYAH, P., *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, Oxford University, Clarendon Law Series, 1979, pp. 12-13.

⁷⁴ RAKOFF (n. 8), p. 1.205.

⁷⁵ Y otras a las que ya me he referido. *Vide supra* nota 67.

“hay que proclamar con todo énfasis que las condiciones generales aparecen como un sistema astuto, que, aunque pueda justificarse, significa sorprender al afectado; pues quien firma una hoja de pedido se avergüenza de confesar que no entiende lo que dicen las condiciones generales; ‘no sabe que no las puede entender’; ‘cuando vamos a firmar dicha hoja de pedido, cerramos ambos ojos, firmamos y pensamos: saldrá bien’”⁷⁷.

- 2) *Letra pequeña u otros obstáculos similares que dificultan la lectura de los términos.* Una segunda forma de ocultar secciones del contenido prescriptivo del contrato por adhesión consiste en utilizar mecanismos que, al margen de la complejidad inmanente de los términos, dificulten su lectura⁷⁸. Específicamente la letra pequeña⁷⁹.

La letra pequeña constituye prácticamente una de las características definitorias de los contratos por adhesión⁸⁰. Como en el caso anterior, la letra pequeña puede cumplir dos propósitos –aunque no necesariamente ambos. Por una parte, en el caso de contratos impresos podría constituir una forma de ahorrar costos de impresión. De esta manera, es probable que si utilizo letra *arial* tamaño doce, la impresión del contrato alcance tres páginas, si opto por *times new roman* tamaño ocho, únicamente una.

⁷⁶ KENNEDY (n. 70), p. 315.

⁷⁷ Citado en DE CASTRO Y BRAVO (n. 5), p. 19, n. 22. Una explicación menos coloquial de esta confianza desmesurada podría encontrarse en la “teoría del arrepentimiento” (*regret theory*). Aplicándola, se puede sostener que los consumidores no intentarían alterar la distribución de los riesgos realizada a través de un contrato por adhesión para minimizar el arrepentimiento que luego experimentarían si advierten que la modificación resultó para ellos menos beneficiosa que la fórmula original contenida en el contrato, *vid.* KOROBKIN, R., “Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law”, en SUNSTEIN (n. 67), pp. 116-143.

⁷⁸ La legibilidad de los términos es una de las objeciones más frecuentes a los contratos por adhesión. Este mecanismo de control formal de las condiciones abusivas instaurado por el *Codice Civile* de 1942. En el caso chileno, el mecanismo se encuentra recogido en el artículo 17 de la ley 19.496, que exige que los contratos por adhesión deberán estar escritos de modo legible. De la discusión parlamentaria de la ley puede advertirse con claridad que la legibilidad hacía referencia al tamaño de la letra en que debía imprimirse el contrato, *vide* TAPIA y VALDIVIA (n. 37), p. 69.

⁷⁹ La letra pequeña, sin embargo, no es el único artificio que puede dificultar la lectura. Junto a ella es posible utilizar tinta con tonos más claros que lo normal, presentar todo el contrato en mayúsculas, esconder los términos menos beneficiosos para el consumidor en la mitad del contrato, etc. En el caso de los contratos celebrados en plataformas electrónicas se añaden otras modalidades, por ejemplo, construyendo un contrato cuyas cláusulas sean disponibles únicamente a través de vínculos o, bien, simplemente, escondiendo en la pantalla los términos del contrato. Estos dos mecanismos llevaron al juez de un tribunal distrital de Nueva York a declarar que no existía contrato cuando el proveedor se servía de estos dos mecanismos, *vid. Specht v. Nescape Communications Corporation* [150 F. Supp. 2d S.D.N.Y. 2001].

⁸⁰ *Vide* REZZÓNICO (n. 35), p. 60.

La segunda razón no tiene que ver con los costos de impresión y distribución de la forma impresa del contrato, sino, más bien, con dificultar al consumidor la lectura de ciertas cláusulas que le resultan más gravosas que aquéllas escritas con una letra más amplia⁸¹.

3. *Tiempo limitado*. El tercer factor que atenta contra una cuidadosa lectura de los términos del acuerdo es el hecho que, frecuentemente, el consumidor dispone de un período de tiempo escaso para leer los términos del contrato que luego deberá firmar. Como advierten Hillman y Rachlinski, el oferente puede aprovecharse de esta situación. De este modo, los contratos por adhesión frecuentemente serán presentados al consumidor en momentos que tornan su lectura incómoda –por ejemplo, cuando existen otros consumidores que también desean firmar el acuerdo y deben esperar la lectura de este primer consumidor. Por otra parte, para un consumidor desprevenido, la lectura puede significar una muestra de desconfianza hacia quien, amablemente, le ofrece la celebración del contrato⁸².
4. *El agente carece de la autoridad necesaria para negociar los términos del acuerdo*. Aun cuando el consumidor hubiese leído y entendido los términos del contrato por adhesión y deseara negociar la modificación de algunas de sus cláusulas, su contraparte carece de la autoridad para efectuar dichos cambios. Esta carencia de poder constituye una característica casi ubicua en los contratos por adhesión celebrados con grandes empresas.

Como ya ha sido advertido, los contratos por adhesión cumplen, en términos gruesos, con dos funciones, la primera es disminuir los costos de transacción envueltos en la negociación con el cliente y, la segunda, refiere a optimizar la administración de una unidad económica –la empresa– jerárquica e internamente segmentada. La carencia de poder negociador de los vendedores se encuentra relacionada con este último⁸³.

5. *El contrato cubre riesgos de ocurrencia improbable*. Según Hillman y Rachlinski los consumidores creen entender la mayoría de los términos relevantes del acuerdo –como el precio y la calidad del producto– y consideran que el resto del contrato únicamente asigna la distribución de riesgos de ocurrencia improbable que, por lo mismo, no ameritan su atención. Este factor puede ser comprendido con mayor sencillez si se recuerda la propensión de los sujetos a subestimar los riesgos adversos cuando son voluntariamente asumidos⁸⁴.

⁸¹ En el caso *Henningsen*, por ejemplo, buena parte de la letra del anverso de la página que lo contenía se encontraba en tamaño doce. Únicamente dos párrafos se encontraban en letra tamaño seis con un interlineado notablemente más apretado que el resto. Éstos eran los párrafos que señalaban, entre otras cosas, la exclusión de otras garantías distintas a las contenidas explícitamente en el contrato.

⁸² HILLMAN y RACHLINSKI. (n. 67), p. 19

⁸³ *Vide supra* II.

⁸⁴ Esta subestimación de los riesgos adversos también recibe el nombre confianza excesiva (*overconfidence*) u optimismo irreal (*unrealistic optimism*). Según señalan Hanson y Kysar: “existe

En adición a lo anterior, el consumidor puede pensar que, aun respecto de los riesgos de ocurrencia improbable, los oferentes no tomarán el riesgo de asignarlos en forma abusiva al cliente, pues la reputación es parte significativa de los activos de una empresa⁸⁵.

6. *Todos los oferentes utilizan las mismas cláusulas.* Los términos utilizados en los contratos por adhesión tienden a ser similares al interior de un mismo rubro⁸⁶. Si las cosas son así, no existen muchos incentivos para que los consumidores gasten demasiado de su tiempo leyendo distintos contratos por adhesión en búsqueda de los términos más satisfactorios. Sobre esto mismo, existe alguna evidencia respecto a que los consumidores consideran que los términos incorporados en los contratos por adhesión no son algo que deba preocuparles mayormente. Lo anterior, toda vez que este tipo de cláusulas reflejaría “un problema de prácticas consuetudinarias (*customary practices*) al interior de un cierto rubro más que el intento de una empresa determinada por explotar a sus clientes”⁸⁷. De esta manera, este tipo de términos reflejaría el intento de un cierto rubro de empresas por alcanzar la mejor distribución de los riesgos contractuales. Sin embargo, sólo es correcto si los oferentes participan en la redacción de los contratos. Si esta redacción queda exclusivamente en poder de los abogados del oferente es poco probable que los términos del contrato reflejen esta “sabiduría social.” Los incentivos de los abogados son proteger a su cliente desplazando todos los riesgos hacia los consumidores⁸⁸.
7. *Inexigibilidad de los términos abusivos por parte de los tribunales.* Finalmente, una última razón que explicaría la racionalidad de los consumidores cuando optan por no leer las cláusulas de los contratos por adhesión es que éstos podrían asumir que los tribunales no harán exigibles los términos excesivamente abusivos al interior de un contrato por adhesión.

una evidencia creciente que somos cándidos y obstinadamente optimistas, sin perjuicio de los bien informados que estemos. Por ejemplo, los entrevistados en un estudio, aunque estimaron correctamente que el 50% de las parejas americanas terminaban en divorcio, calculaban su propio riesgo de divorcio en cero”, HANSON y KYSAR (n. 67), p. 655.

⁸⁵ *Vide* HILLMAN y RACHLINSKI (n. 67), p. 18.

⁸⁶ *Vid., op. cit.*, p. 17.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Vide* REZZÓNICO (n. 35), p. 65 y ATIYAH (n. 73), pp. 12-13.

CUADRO 1
FACTORES QUE EXPLICAN LA RACIONALIDAD DE NO LEER EL CONTRATO

<i>Factor</i>	<i>Descripción Factor</i>
Racionalidad 1	Dificultad de comprender el lenguaje
Racionalidad 2	Dificultad en la comprensión de los términos (letra pequeña y otros)
Racionalidad 3	Limitación de tiempo del consumidor para leer los términos del contrato
Racionalidad 4	Los agentes carecen de la facultad de negociar
Racionalidad 5	Los contratos cubren eventos improbables
Racionalidad 6	Los competidores utilizan el mismo lenguaje
Racionalidad 7	Los consumidores asumen que los tribunales no harán exigibles los términos injustos

Según lo expuesto, un mercado con pluralidad de oferentes, parece no constituir una defensa efectiva frente a la incorporación de cláusulas abusivas. Por el contrario, un mercado con pluralidad de oferentes y con fallas de información constituye un escenario donde, en principio, la mejor alternativa del oferente es incorporar este tipo de cláusulas. Reviso esto en la sección siguiente.

135

3.3. El mercado de los limones: el problema de la información desde el lado del oferente⁸⁹

Si se acepta que, por regla general, los consumidores no resultan capaces de discriminar los contratos por adhesión según el contenido de sus cláusulas, parece más o menos evidente que un mercado competitivo no implica necesariamente la desaparición de las cláusulas abusivas⁹⁰. Lo que se trata de sostener ahora –y esto parece más desafiante que lo anterior– es que bajo ciertas condiciones un mercado competitivo DETERMINA la existencia de cláusulas abusivas. Esta afirmación puede ser explicada recurriendo al conocido ejemplo de los restaurantes⁹¹.

⁸⁹ Vide AKERLOFF, G., “The Market for Lemmons, Qualitative, Uncertainty and the Market Mechanism”, en *Quarterly Journal of Economics*, 1970. p. 488 y ss. Akerloff utiliza la expresión limón para referirse al mercado de los automóviles usados en los Estados Unidos. Un limón es un producto de pésima calidad, apenas adecuado para el consumo (quizás la traducción más exacta al español sea “cacharro”, como lo ha hecho en su traducción de este texto Fernández [vide FERNÁNDEZ J., “El mercado de los ‘cacharros’: incertidumbre cualitativa y el mecanismo de mercado”, en AHUADO, M. y FERNÁNDEZ, J., *Lecturas de microeconomía y economía industrial*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1998] (Agradezco esta información y la bibliografía a Rafael Mery). Según la teoría económica más tradicional dichos limones no podrían ser introducidos en mercados competitivos, vide SCHÄFFER y OTT (n. 17), p. 313.

⁹⁰ O, utilizando la terminología de Akerloff, de los limones.

⁹¹ Vide SCHÄFFER y OTT (n. 17), pp. 313-314.

Existen en la plaza de un pueblo diez restaurantes. El propietario de uno de ellos decide bajar la calidad –y, por lo tanto, los costos– de sus productos, manteniendo los precios. Si los clientes que frecuentan dicho local son originarios del pueblo, el aumento en las utilidades que obtendrá de la diferencia entre el costo de los insumos y el precio de los productos pronto se transformará en pérdida. Existiendo bienes sustitutos –los otros restaurantes– los clientes se volverán hacia aquéllos que posean una relación calidad/precio superior a la de éste.

Conviene advertir que para que las cosas funcionen de esta manera se requieren, al menos, dos condiciones, a saber:

1. Que existan bienes sustitutos y
2. Que los clientes sean “jugadores frecuentes” (*repeated players*). Sobre esta segunda condición se detiene el análisis de Akerloff. Para entender su importancia puede utilizarse el mismo ejemplo variando únicamente el carácter de los clientes, esto es, asumiendo que los clientes demandan únicamente una vez el servicio como, por ejemplo, en el caso que se trate de un lugar de peregrinación al que los sujetos suelen ir una única vez.

A diferencia del caso anterior, si el dueño del restaurante decide bajar la calidad de su servicio, lo más probable es que no reciba sanción. Lo anterior porque la sanción es ejecutada por los mismos clientes que se abstendrán de concurrir nuevamente al establecimiento. Si cada cliente concurre únicamente una vez no existe forma de sancionar –al menos utilizando el sistema de precios– al proveedor de “limones”.

La explicación de lo anterior tiene que ver con los costos de la información de los clientes. Quienes pagan por el servicio una sola vez no poseen incentivos para discriminar la oferta sobre la base de la calidad del producto. Lo más probable en el caso del restaurante ubicado en un sitio de peregrinaciones es que la discriminación sea función únicamente del precio del producto.

Si lo anterior es correcto, de ahí se sigue que en un mercado competitivo donde los costos de información acerca de la calidad del producto sean elevados los proveedores intenten diferenciar sus productos recurriendo únicamente al precio, pues esto sí puede ser comparado por los clientes. Como han señalado Schäfer y Ott, en dicho mercado:

“(l)a única posibilidad de sobrevivir consiste en rebajar la calidad. Los malos productos empujan en mayor medida fuera del mercado a los buenos. Con el empeoramiento de la calidad llevada a cabo por aquellos que en otras circunstancias habrían ofrecido mercancías de calidad, baja la calidad media de los productos. Esto vuelve a influir negativamente sobre las expectativas de los compradores, que hacen depender sobre la calidad media sus ideas sobre la calidad de las informaciones asequibles. Esta calidad decreciente produce, además, la consecuencia

de que aquéllos que ofrezcan la calidad relativamente más alta se vean obligados a reducirla para seguir siendo competitivos. Pero esto influye nuevamente sobre la calidad media y así sucesivamente. Por eso se llega a un proceso progresivo del tipo siguiente: al principio los productos son buenos, después aparecen algunos productos de calidad media. Éstos se propagan rápidamente, superando a los buenos. Después aparecen algunos productos malos, que por los motivos citados se vuelven a propagar velozmente, hasta que también los productos de calidad media desaparecen, de tal forma, al final solo quedan los peores”⁹².

El caso de los contratos por adhesión presenta algunas similitudes con el segundo escenario, aquél en que el oferente no recibe sanciones por la disminución de la calidad del producto⁹³. La idea aquí es que en un mercado suficientemente atomizado, el oferente no encuentra amenazada su reputación por la incorporación de cláusulas abusivas en sus contratos⁹⁴. Los consumidores que se vean afectados por ellas carecen de incentivos para informar de esta situación a otros potenciales consumidores, impidiendo, de esta manera, que el sistema de precios sancione al contratante abusivo. Como señala Ballesteros:

“(N)ingún adquirente individual encuentra interés económico alguno en molestarse en realizar tal labor informativa ni existe una conciencia de clase que le impulse a ello, como tampoco tiene la expectativa de que vaya a verse favorecido en el futuro, respecto de otra adquisición, por una actitud en tal sentido adoptada por otros contratantes en igual situación⁹⁵.

137

Si lo anterior es correcto, de allí se sigue que el movimiento natural en un mercado competitivo y suficientemente, atomizado, cuyos bienes y servicios se transen a través de contratos por adhesión, es hacia la disminución de la calidad de sus cláusulas. Lo anterior porque en la medida que se traspasen riesgos hacia el consumidor, el oferente logra disminuir el precio explícito del

⁹² SCHÄFFER y OTT (n. 17), p. 314.

⁹³ En este caso el producto serían las cláusulas del contrato.

⁹⁴ Aquí conviene advertir que, si la reputación del proveedor pudiese verse afectada, dos obstáculos se interponen entre esta mala reputación y el consumidor. En primer lugar, monitorear la reputación de los proveedores posee costos para el consumidor que no siempre estará dispuesto a asumir. En segundo lugar, el proveedor puede intentar manipular las percepciones de los consumidores sobre la reputación de la empresa a través del uso de la publicidad. Aunque el argumento parezca peligrosamente paternalista, existe alguna evidencia empírica sobre esto, *vide* HANSON y KYSAR (n. 67), pp. 1.439-1.450.

⁹⁵ BALLESTEROS (n. 9), p. 226-227.

producto⁹⁶. En un mercado donde los costos de adquirir y procesar la información respecto al contenido prescriptivo del contrato son altos, la discriminación debería operar utilizando básicamente el precio nominal de los bienes y servicios; éste es el mercado de los limones.

¡Vendo limones! Probablemente lo anterior termine de aclararse con un ejemplo⁹⁷. Imagine que una tienda por departamentos (A) vende juegos de comedor en \$150.000, pagaderos en cuotas, sin imponer condiciones abusivas a sus contratantes. El costo de los juegos de comedor no solamente refleja el costo marginal de producción de los bienes sino, además, una pequeña cantidad –digamos \$10.000– que corresponden a las pérdidas generadas por incumplimiento contractual. En ese escenario, una segunda tienda por departamentos (B) vende exactamente los mismos juegos, pero incorpora como término en el contrato una cláusula según la cual el no pago de cualquiera de las cuotas obliga al comprador a devolver el bien sin derecho de obtener la restitución de la cantidad pagada. Supondré que la incorporación de la cláusula le permite a (B) ahorrar los \$10.000 que (A) imputa a pérdidas. Pues bien, asumiendo una cierta atomización del mercado y algún grado de “invisibilidad” de la cláusula⁹⁸, tarde o temprano (A) deberá incorporar una cláusula similar, aunque los consumidores, en general, estarían mejor sin ella⁹⁹. Convendría, todavía, agregar para que (A) equipare sus condiciones con (B) debería incorporar la cláusula con el mismo nivel de invisibilidad de (B)¹⁰⁰.

138

Una posible objeción a todo esto podría intentarse señalando que si existe una cierta proporcionalidad entre la pérdida de calidad del contrato y la disminución del precio nominal del bien o servicio, el asunto no parece demasiado problemático; después de todo, es probable que sea más deseable obtener malos contratos a un precio bajo que contemplar desde la lejanía buenos contratos cuyos precios los tornan inaccesibles para los consumidores más modestos.

⁹⁶ Utilizo la expresión precio explícito para referirme a la cantidad de dinero que el consumidor paga por el producto.

⁹⁷ Para revisar el ejemplo original *vide* CRASWELL (n. 42), p. 92 y ss.

⁹⁸ En realidad, habría que asumir muchísimas cosas más, pero aquí únicamente se trata de ilustrar el problema, no de capturar la realidad. Confío que esto disculpe la falta de elegancia del ejemplo.

⁹⁹ Esto asumiendo que el costo esperado de la cláusula para el consumidor sea mayor que los \$10.000 que paga por evitarla

¹⁰⁰ Cercano a todo esto Hanson y Kysar han sugerido que la manipulación de los consumidores en mercados competitivos por parte de los oferentes no es simplemente una necesidad, sino un resultado inevitable de los mercados competitivos. Según estos autores las dificultades cognitivas de los consumidores presentan oportunidades de maximizar los beneficios que los proveedores deben aprovechar para mantenerse competitivos. De esta manera, el mercado, casi naturalmente, avanzará hacia un estado donde sobrevivirán únicamente las firmas que sean capaces de capitalizar las anomalías cognitivas de los consumidores, *vide* HANSON y KYSAR (n. 67), p. 726.

En principio, el argumento parece convincente, sin embargo, posee dos problemas. En primer lugar, el atractivo proviene de la estricta proporcionalidad entre la disminución de la calidad del contrato y la disminución del precio, si esta proporcionalidad no se presenta, el atractivo se pierde¹⁰¹. En segundo lugar, la validez de este argumento reposa sobre la capacidad del consumidor de advertir que la disminución del precio refleja una disminución de calidad. Si el consumidor ignora lo anterior, lo más probable es que crea estar comprando una “ganga”¹⁰². Así las cosas, la opción del consumidor por el producto no se corresponderá con sus preferencias reales, y si esto no sucede “toda la elaborada estructura de la economía de la libre empresa se cae al suelo”¹⁰³.

Dicho lo anterior, es posible sintetizar los problemas relacionados con las asimetrías informativas en los contratos por adhesión. Los escasos estudios empíricos sobre el tema muestran que los consumidores, en la mayoría de las ocasiones –y por las razones que ya se han advertido–, no leen los contratos por adhesión. Si lo anterior es correcto, resulta muy probable que las cláusulas abusivas pasen desapercibidas para éstos y, por lo tanto, los contratos que las contienen no sean discriminados sobre la base de mecanismos de mercado. En un mercado con una pluralidad de oferentes y una masa de consumidores incapaces de discriminar la misma dinámica de la competencia debería arrastrar a los proveedores a incorporarlas en sus contratos. Lo anterior porque los consumidores discriminarán sus productos basados en la información menos costosa que puedan conseguir acerca de ellos, probablemente la información menos costosa de un producto sea el precio. Si esto es correcto, la conducta más racional del proveedor en un mercado suficientemente atomizado será aumentar el número y gravedad de los riesgos que soporta el consumidor y disminuir el precio explícito del producto. El precio total del producto continúa siendo el mismo, en un caso pago menos dinero, pero asumo más riesgos, en el otro pago más dinero y asumo menos riesgos¹⁰⁴. Lo que resulta relevante es que la visibilidad de los precios totales es diversa y esta diferencia repercute sobre la percepción del consumidor quien, por lo general, preferirá un produc-

¹⁰¹ Ghestin & Marchessaux citan algunos informes en los que se señala que el argumento del precio no ha sido corroborado empíricamente y que su principal función es justificar la incorporación de cláusulas manifiestamente abusivas (citado en BALLESTEROS (n. 9), p. 2.268, n. 34).

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ ATIYAH (n. 73), p. 20. En el mismo sentido Trebilcock ha sugerido que la presunción del incremento de bienestar que obtienen los sujetos a través de la celebración de contratos se desvanece cuando una de las partes se incorpora al acuerdo involuntariamente. Una de las causas que determinaría la ausencia de voluntad sería la información imperfecta sobre aspectos esenciales del contrato, *vid.* TREBILCOCK (n. 59), p. 103).

¹⁰⁴ Esto es lo que más arriba he denominando *r* (para los riesgos) *p1* (para el precio directo del producto) y *pt* (para la sumatoria de ambos), *vide supra* n. 51.

to con un precio explícito o directo menor, ignorando la mayor asunción de riesgos.

Confío en haber allegado a estas alturas suficientes antecedentes como para dudar seriamente de que el mercado de los contratos por adhesión –por regla general al menos– sea uno que pueda ser dejado al arbitrio de la oferta y la demanda. La sola dinámica del mercado, en el caso de los contratos por adhesión, no resulta deseable sea que se los considere utilizando como eje de la discusión la autonomía personal de los contratantes o la eficiencia de las transacciones.

4. Dos objeciones y dos respuestas

La idea de la intervención estatal en el mercado, en particular cuando refiere a la regulación de contratos, suele despertar resistencias. Dos, según me parece, son los argumentos más frecuentes. La autonomía personal de los sujetos y la eficiencia que se consigue a través de los intercambios libremente consentidos. Me interesa detenerme brevemente sobre ambos. En el primer caso –la autonomía– sostendré que no existe una conexión necesaria entre la protección de la autonomía personal y la libertad contractual. Aun, cuando frecuentemente irán de la mano, existen circunstancias en que se disocian o simplemente se contraponen. Respecto de la eficiencia, me detendré en el paternalismo asimétrico, esto es, la idea que en algunos casos relativos a protección del consumidor la intervención del Estado se justifica justamente desde un cálculo de bienestar agregado.

140

1. Libertad contractual y autonomía personal

La concepción liberal del contrato suele asociarse con una concepción rígida de la libertad contractual basada en la autonomía de la voluntad¹⁰⁵. Según esta

¹⁰⁵ Aquí no intento, por supuesto, hacer una interpretación genealógica de los artículos pertinentes del *Código Civil* chileno ni del sistema del *Code* que Bello utilizó principalmente en estas materias (como insistentemente me ha hecho ver Carlos Pizarro entre otros esto sería un error). Lo que me interesa nada más es sostener que, a partir del siglo XIX, se instala vigorosamente la idea de que la obligatoriedad de los contratos reposa básicamente sobre la autonomía de la voluntad. En el caso chileno esta idea puede ser consultada en CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, tomo undécimo: De las obligaciones, p. 470 y ss.; ALESSANDRI, A., *De los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 10 y ss; ABELIUK, R., *Las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, tomo I, p. 97 y ss; LEÓN, A., *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. 3ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 56 y ss; MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho Civil De las obligaciones*, Santiago, Editoriales Jurídicas de Chile, 1979, pp. 17-18. Una excepción a todo esto se encuentra en López Santa María quien se ocupa de examinar con mayor atención otras explicaciones disponible sobre la fuerza obligatoria del contrato, *vide* LÓPEZ, SANTA MARÍA (n. 5), p. 267 y ss.

concepción, las obligaciones contractuales reposarían sobre la voluntad de las partes, que sería “la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce”¹⁰⁶. No obstante, y especialmente durante el siglo xx, ha existido una creciente intervención en esta libertad ya sea por razones de carácter igualitario, redistributivo, paternalista o, bien, una mezcla de todas o algunas de estas razones^{107 108}. No me interesa, sin embargo, detenerme en todas las posibles justificaciones que posea el Estado para intervenir en la libertad contractual de las partes, sino únicamente una: la autonomía personal. Bastará para efectos de este trabajo seguir el desarrollo de Kimel y advertir que la autonomía personal y la libertad contractual eventualmente pueden aparecer disociadas e incluso, en algunos casos, simplemente contrapuestas¹⁰⁹.

Como ha sugerido Raz, la principal idea detrás del ideal de la autonomía personal es que “las personas deberían realizar (*make*) sus propias vidas. La persona autónoma es (en parte) autora de su propia vida”¹¹⁰. La idea que los sujetos deben ser dueños de sus propios destinos, suele ser seguida de aquélla según la cual mostrar respeto por dicha autonomía implica que el Estado no debería intervenir previniendo a los particulares de celebrar los contratos que deseen.¹¹¹ Junto a esto, el Estado debería utilizar su poder coactivo para tornar exigibles aquellos contratos legalmente celebrados, lo que Fried ha denominado “el principio de la promesa”, en términos kantianos “la voluntad obligándose a sí misma”¹¹². No mantenerse neutral ante las preferencias de los sujetos o

¹⁰⁶ LÓPEZ, SANTA MARÍA (n. 5), p. 233.

¹⁰⁷ *Vide*, por ejemplo, KRONMAN, A., “Paternalism and the Law of Contract”, 92 *Yale L.J.* 763 (1983), p. 765 y ss., refiriéndose a consideraciones de carácter eficientista y de justicia distributiva.

¹⁰⁸ No interesa aquí detenerse en una crítica general a la teoría clásica del contrato. Con todo, es posible insistir en que las intervenciones –por lo demás tempranas– al principio de la autonomía de la voluntad que soporta a esta teoría clásica tienen que ver con la dislocación del principio de autonomía de la voluntad y las funciones que socialmente está llamado a cumplir el contrato. Sobre esto pueden ser consultados ATIYAH, P., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979 y FRIEDMAN, W., *Law in a Changing Society*, 2ª ed., Londres, Penguin Books, 1972.

¹⁰⁹ *Vid.* KIMMEL, D., “Neutrality, Autonomy and Freedom of Contract”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, N° 3, 2001, pp. 473-494.

¹¹⁰ *Vid.* RAZ, J., *The morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 370.

¹¹¹ En un lenguaje hayekiano diríamos que la intervención del Estado destruiría la autonomía individual, conduciendo a los hombres fatalmente a la servidumbre.

¹¹² FRIED, Ch., *La obligación contractual. El contrato como promesa*, traducción de Pablo RUIZ TAGLE, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 34. Conviene advertir aquí que el lenguaje de Fried no resulta completamente extrapolable al de Raz. Lo anterior porque el primero parece estar refiriéndose a la *autonomía moral*, es decir, a la idea kantiana según la cual la moral está formada por un conjunto de principios autopromulgados por el sujeto, la idea de la persona como legisladora de sí misma. La idea de *autonomía personal* que utiliza Raz está referida esencialmente a la libertad de los sujetos de elegir sus propias vidas, *vid.* RAZ (n. 112), p. 370.

dejar de ejecutar sus acuerdos sería no mostrar respeto por la autonomía del sujeto¹¹³.

No obstante, la autonomía personal no justificaría cualquier manifestación de la libertad contractual. Como ha advertido Kimel¹¹⁴, la idea de autonomía no alcanza a todos los contratos. Aun despejando aquellos contratos de los cuales se derivaría daños para terceros, existen ciertos acuerdos cuyos efectos, incluso, cuando únicamente se radiquen en las partes, nos parecen suficientemente repugnantes como para privar de coactividad a sus cláusulas¹¹⁵. En segundo lugar, Kimel advierte que aun respecto de aquellos contratos que se encontrarían dentro del espectro de permisividad, no sería exacto afirmar que todos ellos constituyen el resultado de ejercicios igualmente valiosos y significativos de la autonomía personal, algunos serán más valiosos que otros y algunos, simplemente, no serán valiosos¹¹⁶.

Además de estas dos hipótesis puede afirmarse que algunas restricciones a la libertad contractual pueden fundamentarse justamente desde la protección de la autonomía personal. En este caso no se trataría simplemente, como en los anteriores, de una disociación entre autonomía de la voluntad y libertad contractual, se trataría, francamente, de una oposición entre ambas. Kimel sugiere que, en ciertos casos –específicamente el de los contratos manifiestamente injustos (*grossly unfair*)– podría utilizarse justamente la autonomía personal como argumento para limitar la libertad contractual. Para este autor, el carácter manifiestamente injusto de estos acuerdos se deriva precisamente de los efectos adversos que este tipo de acuerdos tendrían para la autonomía de las personas en el largo plazo¹¹⁷. Sostener que la autonomía personal se ve favorecida cuan-

142

¹¹³ Como ha dejado ver Raz, sin embargo, aun cuando esta neutralidad sea deseable, no siempre es posible, *vid op. cit.*, p. 110 y ss.

¹¹⁴ *Vide* KIMEL (n. 109), pp. 483-485.

¹¹⁵ El ejemplo canónico de este tipo de acuerdos es la limitación al contrato de esclavitud fundamentado en la libertad de los sujetos a que refiere Mill, *vide* MILL, J.S., *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 190.

¹¹⁶ Como ha sugerido Larenz: “(L)a autonomía privada presupone, conforme a su sentido, que al concluir contratos cada parte viene de igual modo la posibilidad de hacer valer sus objetivos y de salvaguardar sus intereses. Este presupuesto no corresponde a la realidad, por lo regular, respecto a las condiciones generales de contratación, LARENZ, Karl, *Derecho civil Parte general*, Jaen, EDERSA, 1979, p. 74.

¹¹⁷ *Vide* KIMEL (n. 109), p. 487. Cercano a este razonamiento Husak ha defendido un concepto de autonomía personal como oportunidad del agente para ejercer su capacidad de acción. Así el autor afirma: “Una persona es autónoma en este sentido en la medida en que se han eliminado todos los impedimentos para que en la oportunidad del caso pueda ejercer su libertad de acción”, citado en GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, p. 160, disponible en http://cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuaderno5/DOXA_5_08.pdf, visitado el 4 de noviembre de 2001.

do los sujetos pueden celebrar cualquier tipo de contrato bajo cualquier circunstancia puede ser sencillamente erróneo, como ha advertido Atiyah:

“[el argumento que] impedir a una persona, aún contra su propia voluntad, de obligarse es no mostrar respeto por su autonomía moral puede sonar bastante hueco cuando es utilizado para defender un contrato evidentemente injusto asegurado a expensas de una persona que posee escasa comprensión o habilidades negociales”¹¹⁸.

2. Razones de carácter eficientista

Nada hay de novedoso en advertir que las cláusulas abusivas son económicamente ineficientes, en verdad se trata de una tautología. Por lo mismo, no es esto lo que me interesa examinar aquí, sino una idea que me parece más sugerente, la del paternalismo asimétrico como justificación del control de algunas cláusulas abusivas¹¹⁹.

Una regulación es asimétricamente paternalista cuando genera grandes beneficios para aquellas personas que cometen errores y, a la vez, impone un costo pequeño o inexistente sobre quienes son capaces de comportarse en forma racional. El modelo de regulación asimétricamente paternalista puede ser definido formalmente de la siguiente manera:

“Suponga que en un contexto particular podemos dividir a los consumidores en dos tipos, aquellos cuya racionalidad se encuentra limitada y aquellos que son completamente racionales, y que una fracción p de los consumidores cae en la primera categoría. Suponga, además, una medida de carácter paternalista diseñada para evitar los errores de aquellos consumidores cuya racionalidad se encuentra limitada, pero que al hacerlo puede imponer costos sobre los consumidores completamente racionales. B denotará los beneficios netos de los agentes cuya racionalidad se encuentra limitada y C los costos netos para los agentes racionales. La medida también poseerá costos de implementación, los cuales serán denotados por I (si los burócratas diseñan o implementan la medida incorrectamente debido a su propia racionalidad limitada o debido a la captura regulatoria¹²⁰, entonces I será mayor.) Finalmente, la medida

143

¹¹⁸ Citado en KIMEL (n. 109), p. 486.

¹¹⁹ Tomo la idea y el desarrollo del paternalismo asimétrico del trabajo de CAMERER C., *et al.*, “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for «Asymmetric Paternalism””, disponible en <http://people.cornell.edu/pages/edo1/paternal.PDF>, visitado el 4 de agosto de 2002.

¹²⁰ Como se sabe, la captura regulatoria (*regulatory capture*) es un fenómeno que se presenta cuando las regulaciones supuestamente establecidas a favor del interés general sirven realmente los intereses de los sujetos regulados por ellas.

podría alterar las ganancias de las empresas, lo cual denotamos con $?p$.

La medida propuesta genera beneficios netos si

$$p * B - (1-p) * C - I + ?p > 0^{121}.$$

Lo que torna atractivo el paternalismo asimétrico es que resulta aceptable, incluso para quienes piensan que los seres humanos, por lo general, se comportan racionalmente y, por lo tanto, la regulación de su conducta debe ser mínima¹²², de ahí su otro nombre “paternalismo para conservadores”¹²³.

Como advierten los autores de esta idea, uno de los problemas más evidentes del modelo son las ganancias de las empresas. Éstas obtienen beneficios – intencionalmente o no– de los errores de los consumidores, si se utilizan medidas paternalistas para proteger a los consumidores –por ejemplo, prohibir ciertas cláusulas– esa ganancia se perderá. La respuesta a esta objeción es que, asumiendo estos costos, la mejora en las condiciones de contratación para los consumidores que experimenten algún tipo de limitación en su racionalidad producirá un aumento en la eficiencia económica neta, si ésta se mide como la suma de los excedentes de consumidores y productores¹²⁴. Probablemente un ejemplo ayude a clarificar todo lo anterior¹²⁵.

El período de espera (*Cooling off period*)

144

En términos generales, el período de espera puede asumir dos formas, el período de espera propiamente tal y el derecho de retracto. El primero opera, por ejemplo, en aquellas legislaciones que exigen un cierto transcurso de tiempo antes de permitir a una pareja casarse o divorciarse. El segundo consiste en decisiones que pueden ser tomadas y hechas efectivas inmediatamente, pero que pueden ser revertidas por la sola voluntad de quien las tomó. La idea que subyace tras ambas especies de período de espera es paternalista y, en pocas palabras, es que las personas no siempre toman las mejores decisiones para sí y que, por lo mismo, a veces resulta beneficioso exigirles el transcurso de un plazo para que lo piensen con mayor cuidado o, bien, permitirles desvincularse de las decisiones ya tomadas.

En el caso del derecho de retracto parecen existir beneficios para quienes poseen algún tipo de acionalidad limitada¹²⁶ y advierten únicamente después

¹²¹ CAMERER *et al.* (n. 119), p. 7.

¹²² Probablemente los ejemplos más conspicuos aquí sean Robert Nozick en filosofía y Richard Posner en derecho.

¹²³ *Vide* CAMERER *et al.* (n. 119), p. 9.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 8.

¹²⁵ El ejemplo está tomado de CAMERER *et al.* (n. 119), p. 23 y ss.

¹²⁶ Utilizo la expresión racionalidad limitada para identificar aquellas personas que “carecen de la capacidad de evaluar críticamente sus propios intereses y deseos”, *vide* KRONMAN (n. 107), p. 789.

de que la transacción ha sido realizada que las cuotas del automóvil son demasiado costosas; que en verdad no requieren de un televisor *home theater*, que el descuento adosado a la enciclopedia X no aligera sustancialmente el pago de cuotas por tres años, etc. En segundo lugar, esta medida –el derecho de retracto– tampoco parece imponer costos sustantivos sobre los consumidores racionales, éstos podrán comprar los productos en condiciones similares a las anteriores, a la medida¹²⁷. Suponiendo que los costos de implementación sean bajos, queda todavía revisar la situación de las empresas. Es probable que las empresas reduzcan sus utilidades, al menos en aquella proporción que derivaba del tipo de transacciones que serán revertidas a través de la aplicación del derecho de retracto, pero, a la vez, es posible que la sociedad, en su conjunto, esté mejor sin ese tipo de transacciones.

Como advierten Camerer *et al.*, la no existencia de un derecho de retracto genera incentivos para que los proveedores generen las condiciones en que los consumidores realizarán irreflexivamente este tipo de negocios¹²⁸. Si existe el derecho de retracto lo más probable es que un número significativo de consumidores dejará sin efecto este tipo de negocios; si así sucede –en particular si la rescisión del negocio genera costos para el proveedor– los incentivos del proveedor deberían determinar que éste buscará asegurarse que la sensación de bienestar del consumidor frente a la celebración del negocio no se esfume una vez que el consumidor vuelva a su casa. En otras palabras, el proveedor buscará que el consumidor obtenga lo que realmente cree haber obtenido a través del contrato.

Tanto la autonomía personal del consumidor como el incremento de la eficiencia económica son argumentos conceptualmente complejos y, me parece, algo vacíos cuando se presentan sin estudios que les den plausibilidad empírica. Con todo, me interesaba examinarlos brevemente para advertir que, al menos resulta discutible que únicamente sirvan para apoyar el retraining del Estado en este tipo de materias, en verdad, bien pueden ser utilizados para argumentar exactamente lo contrario.

La conclusión más obvia de todo lo que ha sido dicho es que los mercados, monopólicos o competitivos, no aseguran un control satisfactorio de las cláusulas abusivas en transacciones donde concurren consumidores finales y pro-

¹²⁷ Con todo, es posible que experimenten un alza en el precio de los productos. Sin embargo, es probable que esta alza sea menor al beneficio que ganan los consumidores cuya racionalidad se encuentra limitada.

¹²⁸ Quizá el ejemplo más claro de esto sean las ventas de “tiempos compartidos”.

veedores. Por lo mismo, resulta deseable algún tipo de intervención estatal. La pregunta, sin embargo, es, ¿cuál?

Si se acepta que el principal problema en el caso de las cláusulas abusivas se encuentra en las asimetrías informativas entre proveedor y consumidor, resulta tentador pensar que la solución debiese ir encaminada a suprimir este tipo de asimetrías, obligando, por ejemplo, a los proveedores a revelar en forma conspicua la información a los consumidores. El problema que posee esta fórmula es que no resulta tan obvio que deseemos que los proveedores o sus vendedores expliquen cada una de las cláusulas de un contrato por adhesión a cada uno de sus clientes. Como ha advertido Craswell, si se tratase de un contrato extenso y complejo (uno de seguros, por ejemplo) su explicación podría tomar alrededor de dos o tres días. Por lo tanto, resulta poco probable que un consumidor estuviese dispuesto a soportar la explicación¹²⁹. De esto, por supuesto, no se deriva que ninguno de los problemas que presentan las cláusulas abusivas pueda enfrentarse a través de la provisión de información en forma suficientemente conspicua a los clientes, se sigue, más bien, que dicha solución no resulta suficiente.

146

Una segunda posibilidad, más tentadora a mi juicio, es la incorporación de controles administrativos preventivos de los contratos por adhesión¹³⁰ y catálogos de cláusulas abusivas que contengan normas generales que permitan a los jueces examinar, y eventualmente modificar, el contenido de los contratos por adhesión utilizando el principio de la buena fe contractual¹³¹. En definitiva, se trata de respaldar una intervención más vigorosa de la administración en la fisonomía de este tipo de negocios.

El principal atractivo de esta solución reside en que la intervención estatal –sea que ésta opere a través del legislador, un órgano administrativo o la judicatura– permite, en su mejor versión, una protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas que el mercado parece incapaz de proporcionar.

Esta conclusión, sin embargo, tiende a oscurecer una segunda idea que resulta útil mantener a la vista cuando se regulan las cláusulas abusivas; cual es que los sistemas legales también poseen fallas. En el caso de las cláusulas

¹²⁹ *Vide* CRASWELL, R. “Remedies when Contracts Lack Consent: Autonomy and Institutional Competence”, p. 221, disponible en <http://www.yorku.ca/ohlj/PDFs/33.2/craswell.pdf>, visitado el 11 de noviembre de 2002.

¹³⁰ El control administrativo, utilizado, por ejemplo, en Francia, puede asumir diversas formas, desde la dictación de reglamentos u otros cuerpos normativos similares que regulen ciertas áreas en que la contratación por adhesión es frecuente hasta la imposición del contenido prescriptivo de ciertos negocios. En todos estos casos la Administración actúa utilizando su poder reglamentario derivado de una delegación legislativa, *vide* DE CASTRO Y BRAVO (n. 6), p. 205 y ss.

¹³¹ Sobre esto último puede consultarse PIZARRO WILSON (n. 41), p. 176 y ss.

abusivas puede presentarse un problema de falta de “competencia institucional”¹³² por parte de los cuerpos legislativos o de los tribunales. De esta manera, como ha sugerido Craswell, el riesgo es que al intervenir el mercado en busca de mayor eficiencia la regulación estatal termine disminuyendo la eficiencia. En palabras de este autor:

“aún cuando estemos bastante seguros que el mercado no esté funcionando perfectamente, su funcionamiento solamente puede ser mejorado si el Poder Legislativo o los tribunales son capaces de prohibir las cláusulas ineficientes sin prohibir al mismo tiempo aquellas que son eficientes. Esto requiere que los tribunales sean capaces de determinar cuándo una cláusula es ineficiente y cuando no. El problema es que el análisis directo de la eficiencia de cualquier cláusula será las más de las veces muy dificultoso y los tribunales (u otras instituciones legales) pueden no ser especialmente buenos en esta tarea”¹³³.

De esto el autor deriva la siguiente conclusión: cuando pensamos en el control de este tipo de cláusulas la comparación adecuada no es entre un mercado que funciona imperfectamente y un sistema legal que funciona con fallas, sino entre mercados y sistemas legales que funcionan cada uno con sus propios defectos¹³⁴.

No basta con examinar las fallas del mercado en la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, resta todavía revisar que sucede con ellas en entornos que posean una regulación vigorosa y examinar esta vez las fallas del sistema legal.

¹³² El término es utilizado por Craswell para referirse a “la competencia de los tribunales (o de cualquiera otra institución) para evaluar la sustancia de una transacción en un esfuerzo de decidir si los términos substantivos son razonables o no”, CRASWELL (n. 131), p. 221.

¹³³ *Op. cit.* (n. 42), pp. 96-97.

¹³⁴ *Op. cit.* p. 97.

EFFECTOS ECONÓMICOS EN LAS UNIONES DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

José Ramón de Verda y Beamonte¹

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: UNIONES DE HECHO Y CONSTITUCIÓN

Las uniones de hecho constituyen una realidad social que, a pesar de haber sido progresivamente contemplada por diversas leyes autonómicas², sigue careciendo de una regulación orgánica en la legislación estatal³.

Sin embargo, esta circunstancia no impide que la jurisprudencia extraiga importantes consecuencias económicas en los casos de cese de las uniones de hecho, por ejemplo, imponiendo a uno de los convivientes el pago de indem-

¹ Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Valencia.

² A saber: la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”; la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”, la Ley valenciana, de 6 de abril de 2001; “por la que se regulan las uniones de hecho”; la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables”, la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre “uniones de hecho”; la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”; la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”; la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”; la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho” y la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho”.

³ En la pasada legislatura existieron varias proposiciones de ley, que no llegaron a prosperar, entre las que hay que destacar la proposición de ley orgánica de “Contrato de unión civil”, del Grupo Parlamentario Popular (*BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, Propositiones de Ley, N° 117-1*) y la proposición de ley de “Reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables”, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (*BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, Propositiones de Ley, N° 90-1*).

En la presente legislatura ha habido cuatro proposiciones de ley, recientemente rechazadas por el Congreso de los Diputados: “Medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho”, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida (*BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, N° 37-1*); “Uniones estables de pareja”, del Grupo Parlamentario de Convergencia y Unión (*BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, N° 40-1*); “Igualdad jurídica para las parejas de hecho”, del Grupo Parlamentario Mixto (*BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, N° 58-1*) y “Por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las parejas de hecho”, del Grupo Parlamentario Socialista (*BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, N° 27-1*).

nizaciones, a veces cuantiosas, por ruptura de la vida en común o entendiendo que durante el tiempo en que duró la convivencia *more uxorio* existió una comunidad de bienes sobre la vivienda o una sociedad irregular de ganancias tácitamente constituida; que, a su disolución, debe ser liquidada, lo cual, indudablemente, puede afectar a la viabilidad de la empresa familiar, del mismo modo en que puede acontecer al liquidarse el régimen económico de un matrimonio, en el caso de separación o divorcio.

Se entiende, pues, la utilidad de estudiar los criterios jurisprudenciales, no siempre claros, en torno a la liquidación de las uniones de hecho.

A mi parecer, el estudio de los referidos criterios jurisprudenciales debe ir precedido de unas consideraciones previas acerca del significado general de las uniones de hecho desde una perspectiva constitucional. Creo que sólo, así, se podrá valorar las soluciones a las que llega la jurisprudencia en esta materia.

1. La noción de familia en la Constitución

El art. 39 C.E., en su párrafo primero, establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

150

Es, pues, de destacar que el art. 39 de nuestra Carta Magna habla de “familia”, y no de “familia legítima” (o “matrimonial”), lo que parece constituir un argumento de peso en favor de la tesis de que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 C.E.), y en capítulo diverso.

En la jurisprudencia constitucional es indudable la inclusión de la familia de hecho en el ámbito de protección del art. 39 C.E. Es, así, tajante la reciente STC 116/119⁴, cuando afirma que “el concepto constitucional de familia [no] se reduce a la matrimonial”.

En tal sentido se ha orientado nuestro más alto tribunal desde época temprana.

Ya la STC 222/1992⁵ afirma que

“Nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter ‘social’ de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por

⁴ STC 116/1999, de 17 de junio (BOE, 8 de julio de 1999).

⁵ STC, 222/1992, de 11 de diciembre (BOE 19 de enero de 1993).

consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”.

Según la STC, 47/1993⁶, “la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio –aunque a ésta se la proteja especialmente (STC, 45/1989)– sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja”.

La STC, 184/1990⁷ se refiere a la convivencia *more uxorio* como la constituida por el “hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio”.

Y la STC, 6/1993⁸ insiste en la idea de la “estabilidad” como nota caracterizadora de las uniones convivenciales no matrimoniales.

Por lo tanto, según el Tribunal Constitucional, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.1 C.E. hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad; con lo que parece que debieran excluirse (a reserva de otros pronunciamientos más explícitos) aquellas uniones de hecho constituidas por más de dos individuos.

2. Los diversos grados de protección de la familia matrimonial y extramatrimonial

La tesis de que la familia de hecho está incluida en el genérico mandato de protección que el art. 39 C.E. formula a los poderes públicos, no prejuzga la cuestión del “grado” de dicha protección.

Creo pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar.

- a) La Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quepa discriminar a aquéllos o a éstas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente.
- b) La Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones convivenciales entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes *more uxorio*).

A este respecto hay que recordar la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema

⁶ STC, 47/1993, de 8 de febrero (BOE 11 de marzo de 1993).

⁷ STC, 184/1990, de 15 de noviembre (BOE 3 de diciembre de 1990).

⁸ STC, 6/1993, de 18 de enero (BOE 12 de febrero de 1993).

de seguridad social (cfr. art. 174.1 del T.R. de 20 de junio de 1994), no pugna con el art. 14 C.E.

El ATC 156/1987⁹ sostiene, con toda claridad, que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador dentro de su amplísima libertad de decisión deduzca razonablemente consecuencias diversas de la diferente situación de partida”; pues del art. 14 C.E. no se desprende “la parificación de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes, de los derechos y deberes de las parejas que hubieren o no contraído matrimonio”¹⁰.

La STC, 184/1990¹¹ insiste en

“que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza”.

La STC, 66/1994¹² afirma que

“no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir ‘more uxorio’”.

A la vista de la jurisprudencia expuesta ha de concluirse que las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que

⁹ ATC, 156/1987, de 11 de febrero (*JC*, 1987, tomo xvii, pp. 876-879).

¹⁰ Este auto tiene una importancia práctica extraordinaria, ya que con él se inicia una doctrina jurisprudencial que será acogida en múltiples fallos. Cfr., STC, 29/1991, de 11 de febrero (*BOE*, 15 de marzo de 1991, rectificada en el *BOE*, N° 115, 14 de mayo de 1991, suplemento); STC, 30/1991, de 14 de febrero (*BOE*, 18 de marzo de 1991, rectificada en el *BOE*, N° 115, 14 de mayo de 1991, suplemento); STC, 35/1991, de 14 de febrero (*BOE*, 18 de marzo de 1991, rectificada en el *BOE*, N° 115, 14 de mayo de 1991, suplemento); STC, 38/1991, de 14 de febrero (*BOE*, 18 de marzo de 1991, rectificada en el *BOE*, N° 115, 14 de mayo de 1991, suplemento); STC, 77/1991, de 11 de abril (*BOE*, 14 de mayo de 1991, rectificado en *BOE*, N° 115, 13 de mayo de 1992, suplemento); STC, 29/1992, de 29 de marzo (*BOE*, 10 de abril de 1992).

¹¹ STC, 184/1990, de 15 de noviembre (*BOE*, 3 de diciembre de 1990).

¹² STC 66/1994, de 28 de febrero (*BOE*, 24 de mayo de 1994).

la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio; pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual¹³.

Por lo tanto, la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establece ciertas normas autonómicas es una pura opción del legislador que, si bien puede encontrar cobertura en el art 10.1. C.E. (principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad), no constituye una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación, por lo que no me parece pertinente justificarla en el art. 14 C.E.¹⁴.

¹³ Hay que reconocer, no obstante, que la rotunda claridad de la doctrina jurisprudencial expuesta a propósito de las pensiones de viudedad se difumina en materia de arrendamientos urbanos, donde el ejercicio del derecho constitucional al matrimonio no se considera, *per se*, razón suficiente para justificar la no aplicación de los beneficios previstos para el cónyuge del arrendatario a la persona que, sin estar casada, convive con él.

La STC 47/1993, de 8 de febrero (*BOE*, 11 de marzo de 1993) estimó que “en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existentes en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio –aunque a ésta se la proteja especialmente (STC 45/1989)– sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja”. Y, sobre la base de que el mandato de protección a la familia del art. 39.1 C.E. constituía “el fundamento constitucional sobrevenido del derecho de subrogación ‘mortis causa’ del art. 58.1 L.A.U.” (del anterior texto refundido de 1964), declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto, en cuanto excluía “del beneficio de la subrogación ‘mortis causa’ a quien hubiera convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido”. Por consiguiente, el Constitucional consideró que la diferenciación, derivada del tenor literal del antiguo art. 58.1º L.A.U., entre las uniones matrimoniales y “las constituidas por quienes conviven ‘more uxorio’”, no poseía una justificación objetiva y razonable, contradiciendo, además, el art. 14 C.E., en relación con los mandatos y principios de los arts. 39.1 y 47 C.E.

En realidad, dicha sentencia no hacía, sino reiterar la doctrina jurisprudencial contenida en la STC 222/1992, de 11 de diciembre (*BOE*, 19 de enero de 1993), que ya había declarado la inconstitucionalidad del art. 58.1 de la anterior L.A.U., habiendo precisado que la situación protegida por el referido precepto, mediante la subrogación, no era la unión matrimonial, “per se”, sino la convivencia (“haber vivido en determinado espacio físico con el titular del arrendamiento”), y, de ahí, que posibilitara “una continuidad en la ocupación de la vivienda arrendada en la que se ha desarrollado, precisamente en ella, dicha convivencia”. El mismo razonamiento se halla presente en la STC 6/1993, de 18 de enero (*BOE*, 12 de febrero de 1993). Y, en la actualidad, ha encontrado expresa sanción legal en el art. 16.2 de la vigente L.A.U. de 24 de noviembre de 1994.

Cabe preguntarse ¿por qué el Tribunal Constitucional no adopta la misma línea jurisprudencial, de práctica equiparación matrimonio-convivencia *more uxorio*, en materia de pensiones? En mi opinión, quizá haya que pensar que el problema es puramente económico, por el elevadísimo costo que para el Estado supondría una decisión del género, mientras que en materia de arrendamientos es el arrendador quien debe soportar el perjuicio económico resultante de la subrogación en favor del conviviente *more uxorio*.

¹⁴ Es de destacar que en el Preámbulo de Ley catalana, de 15 de julio de 1998, no existe ninguna alusión al art. 14 C.E. en orden a justificar la regulación de las “uniones estables de

Una vez expuesto el correcto encuadre constitucional de las uniones de hecho, procede exponer y valorar las orientaciones fundamentales seguidas por la jurisprudencia en la liquidación de los efectos económicos derivados de la ruptura de la convivencia *more uxorio*.

II. LA INAPLICACIÓN A LAS UNIONES DE HECHO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LA LIQUIDACIÓN DE LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La jurisprudencia es constante al afirmar que, dado que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes (no hay identidad de razón entre ellos), es improcedente aplicar analógicamente a estas últimas las normas de la sociedad de gananciales, en particular, el art. 1.344 C.c., conforme al cual los cónyuges hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad¹⁵.

Por la misma razón, tampoco procede aplicar analógicamente a las uniones de hecho las normas del régimen de separación de bienes, en concreto, el art. 1.438 C.c., que atribuye al cónyuge que contribuyó al sostenimiento de las cargas del matrimonio, mediante su trabajo para la casa, el derecho a obtener una compensación económica en la cuantía que el juez señale, al tiempo de la extinción del régimen de separación¹⁶.

154

pareja” y tampoco en el de la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, donde, en cambio, se hace referencia al “principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que tradicionalmente ha constituido la esencia y la base del Derecho civil aragonés”.

En cambio, la Exposición de Motivos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, apartándose de la clara jurisprudencia del Tribunal Constitucional existente sobre la materia, justifica la regulación de las que denomina “parejas estables” en el art. 14 C.E., en relación con el art. 32 de nuestra Carta Magna, del que realiza una interpretación, a mi juicio, errónea, postulando que el referido precepto constitucional incluye el derecho a contraer matrimonio y a “optar por un modelo familiar distinto, sin que el ejercicio de ese derecho deba comportar obtener un trato más desfavorable por la ley”.

Mucho más ponderado es el Preámbulo de la Ley valenciana, de 6 de abril de 2001, donde, si bien (en mi opinión, inadecuadamente) se justifica la regulación de las “uniones de hecho” en el art. 14 C.E., se afirma claramente que: “El matrimonio y las uniones de hecho, por tratarse de instituciones distintas, obedecen a opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia tanto en el plano social como político”.

¹⁵ Cfr. STS, 18 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1246]; STS, 22 de julio de 1993 [RJ 1993, 6274]; STS, 27 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3753]; STS, 20 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7492]; STS, 30 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10391]; STS, 4 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1640]; STS, 4 de junio de 1998 [RJ 1998, 3722]; STS, 23 de julio de 1998 [RJ 1998, 6131] y STS, 22 de enero de 2001 [RJ 2001, 1678].

¹⁶ Cfr. STS, 24 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8946].

III. LA PRIMACÍA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA LIQUIDACIÓN DE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DERIVADOS DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA

La liquidación de las relaciones económicas derivadas de la cesación de la vida en común, obviamente, se regirá, ante todo, por los pactos expresos a que hayan llegado los convivientes en el ejercicio de su libertad contractual¹⁷.

1. La licitud de los pactos de los convivientes

La licitud de estos pactos, admitidos por todas las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho, no suscita en la actualidad ninguna duda a la luz de los principios constitucionales, ya que si, en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 C.E., toda persona puede optar entre formar una familia fundada en el matrimonio o en la mera convivencia *more uxorio*¹⁸; y, si tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial encuen-

¹⁷ La regulación convencional de los efectos económicos derivados de la ruptura de la convivencia es tradicional en Francia, donde merece especial mención el pacto de *tontine* o cláusula de *accroissement*. Se trata de una cláusula estipulada en un contrato de compraventa de un inmueble, adquirido en común por dos personas, en cuya virtud se pacta que la entera propiedad del bien pertenecerá a quien de ellas sobreviva, entendiéndose que la premuerta nunca habrá sido propietaria del mismo.

Expone *Cass. civ.* (Sala Primera) 27 de mayo de 1986 (*Bull.*, 1986, I, N° 140, pp. 140-141): “La clause stipulée [...] dans l’acte d’achat d’un immeuble acquis en commun par deux personnes aux termes de laquelle ‘le premier mourant sera considéré comme n’ayant jamais eu la propriété de l’immeuble, laquelle sera censée avoir toujours reposé sur la tête du survivant’ est licite”. Por ello, el sobreviviente no deberá indemnizar a los herederos del premuerto.

El pacto de *tontine* tiene, sin embargo, un grave inconveniente para el caso de que surjan discrepancias entre los “concubinos”, que lleven a la ruptura de la convivencia, ya que la jurisprudencia niega a las partes el derecho a pedir la división en vida de ambos. Tal es la solución que sanciona *Cass. civ.* (Sala Primera) 27 de mayo de 1986 (*Bull.*, 1986, I, N° 140, pp. 140-141), argumentando que sólo el sobreviviente es el titular del inmueble desde la fecha de adquisición: “Il s’ensuit donc une absence d’indivision excluant le droit au partage”. En el mismo sentido, más recientemente, *Cass. civ.* (Sala Primera) 18 de noviembre de 1997 (*Defrénois*, 1998, art. 36761 p. 377).

No obstante, hay que tener en cuenta que las ventajas fiscales del pacto de *tontine* son menores en la actualidad, ya que el art. 754 del *Code* general de los impuestos sujeta el acrecimiento que se opera en favor del supérstite al tratamiento fiscal propio de las transmisiones a título gratuito. Excepcionalmente, se aplica el régimen fiscal de las transmisiones a título oneroso (con la consiguiente reducción del tipo), cuando el pacto se ha celebrado entre “concubinos”. Pero han de cumplirse cuatro condiciones: la adquisición ha de haberse realizado por dos personas; el bien adquirido ha de ser un inmueble; dicho inmueble debe tener como principal destino la vivienda principal de los dos adquirentes al tiempo del fallecimiento del premuerto; el inmueble no debe tener un valor superior a los 500.000 francos.

¹⁸ Es constante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que vincula el principio de libre desarrollo de la personalidad con la libertad de opción entre el estado de casado o de

tran encaje en el art. 39 C.E., lógicamente, se debe reconocer a los convivientes, la posibilidad de que, al amparo del art. 1.255 C.c., puedan establecer los pactos que tengan por convenientes para liquidar sus relaciones económicas tras la ruptura de la convivencia¹⁹.

2. La forma de los pactos

La validez de los pactos entre convivientes no exige su documentación en escritura pública, tal y como, en cambio, prevé el art. 1.327 C.c. respecto de las capitulaciones matrimoniales; precepto éste, que no es aplicable en materia de uniones de hecho, ya que aquí no se trata de regular el régimen económico de un matrimonio, sino, simplemente, de regular *inter partes* las relaciones patrimoniales derivadas de una convivencia *more uxorio*.

Los pactos a los que lleguen los integrantes de la unión de hecho para disciplinar sus relaciones económicas durante su convivencia y al cese de ésta están sujetos al principio de libertad de forma propio de nuestro Derecho de la contratación, que consagra el art. 1.278 C.c., de modo que pueden constar, tanto en documento público como en documento privado e, incluso, ser puramente verbales²⁰.

156

soltero. Así, el ATC 156/1987, de 11 de febrero (*JC*, 1987, tomo xvii, pp. 876-879) afirma que “la libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 de la Constitución). En el mismo sentido se pronuncia la STC 184/1990, de 15 de noviembre (*BOE*, 3 de diciembre de 1990): “la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil”.

¹⁹ Cfr. STS, 22 de enero de 2001 [RJ 2001, 1678].

²⁰ En las legislaciones autonómicas de uniones de hecho no se exige, por lo general, el documento público para la validez de los pactos destinados a regular las relaciones económicas de los convivientes y para liquidarlas tras su cese.

Los arts. 3.1 y 22.1 de la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”, disponen que los miembros de la pareja estable, heterosexual u homosexual, podrán regular las relaciones patrimoniales derivadas de su convivencia en forma verbal, por escrito privado o en documento público. El art. 4.1 de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables”, y el art. 7.1 de la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, admiten que los integrantes de las uniones de hecho puedan regular sus relaciones económicas de cualquier forma, oral o escrita, admitida en Derecho. El art. 5.1 de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”, el art. 5 de la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables” y el art. 5.1 de la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho”, permiten que los pactos reguladores de la convivencia se realicen en documento público o privado.

Sin embargo, el art. 5.1 de la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”, prevé que los pactos reguladores del régimen de convivencia se hagan mediante

3. *El contenido de los pactos*

Cabe que los convivientes, conforme al principio de autonomía de la voluntad, expresado en art. 1.255 C.c., pacten una comunidad de bienes o una sociedad, universal o particular, de ganancias.

Más discutible es la licitud de un pacto en que se prevea que la mera ruptura unilateral de la unión de hecho por parte de un conviviente, obligue a éste a pagar a otro cierta cantidad de dinero en concepto de indemnización. Es posible que dicho pacto supusiera un ataque a la libertad que tiene toda persona para poder poner fin a una convivencia *more uxorio*, opción ésta, que, a mi

convenio público recogido en escritura pública; solución ésta, que también se halla en el art. 6.1 de la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, lo que supone una clara extralimitación competencial de esta Comunidad Autónoma, al regular una materia para la que carece de título.

A mi parecer, la exigencia de escritura pública supone una inadecuada traslación a las uniones de hecho de los requisitos de forma que se exigen para las capitulaciones matrimoniales, solución ésta, que me parece inadecuada, ya que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no son realidades equivalentes y, además, se llega a una solución que se aparte del principio de libertad de forma característico de la legislación foral aragonesa.

El art. 4.1 de la Ley valenciana, de 6 de abril de 2001, “por la que se regulan las uniones de hecho” (y, por su influencia, el art. 4.1 de la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001, sobre “uniones de hecho”) establece, en su párrafo primero, que: “Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos”. Y, en su párrafo segundo, añade: “Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición”.

La redacción del precepto suscita perplejidad, ya que parece subordinar la validez de los pactos, al requisito formal del otorgamiento de escritura pública. Sin embargo, no creo que la finalidad de la norma sea establecer una excepción al principio de libertad de forma que rige en el derecho civil español (cfr. art. 1.278 C.c.); máxime, si se tiene en cuenta que la posibilidad de que los miembros de la unión de hecho regulen convencionalmente las relaciones económicas derivadas de su convivencia (por ejemplo, estipulando una comunidad de bienes o una sociedad universal de ganancias) resulta del principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 1.255 C.c., cuyo fundamento último es el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad. Con toda probabilidad, el precepto, cuya redacción no es nada afortunada, no pretende negar la validez de los pactos que no consten en escritura pública (lo que supondría una extralimitación del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma), sino restringir la posibilidad de acceso al Registro de Uniones de Hecho, exclusivamente, a los que cumplan con este requisito de forma. No es casualidad que la inscripción de los pactos reguladores de la convivencia esté regulada en el precepto inmediatamente posterior (cfr. art. 5). De manera que, en mi opinión, la sanción de nulidad prevista en el art. 4.1.II, que, en puridad, resulta de la aplicación del art. 14 C.E. (dotado de eficacia inmediata en las relaciones *inter privados*) y del art. 1.255 C.c., debe quedar circunscrita a los pactos que “sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos”.

entender, encuentra cobertura en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, del mismo modo que la encuentra la opción de formar una familia no basada en el matrimonio²¹.

IV. LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE UNA COMUNIDAD DE BIENES: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA COMUNIDAD QUE TIENE POR OBJETO LA VIVIENDA DONDE SE HA DESARROLLADO LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

La inaplicación de las normas relativas a la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales a las uniones de hecho, en defecto de pacto expreso de las partes, no significa necesariamente que la ruptura de la convivencia carezca de consecuencias.

La jurisprudencia admite, así, la aplicación de las normas de la comunidad de bienes, incluso, en defecto de pacto expreso, cuando existen circunstancias (*facta concludentia*) que permiten deducir claramente que hubo una voluntad tácita de los convivientes de sujetarse a ellas. Sin embargo, como es lógico, precisa que la mera convivencia *more uxorio* no establece ninguna presunción de comunidad²², reputando necesaria la existencia de una voluntad, expresa o tácita de los convivientes, de hacer comunes los bienes adquiridos²³.

Una vez que del examen de los *facta concludentia* de los convivientes lleva a la conclusión de que existió una voluntad tácita de crear una comunidad de

158

²¹ Algunas legislaciones autonómicas prevén la posibilidad de que los convivientes puedan pactar compensaciones para el caso de cese de la unión. Es el caso del art. 5.1 de la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”, del art. 4.1 de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables” o del art. 5.2 de la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho”.

En algunas legislaciones, sin embargo, se ponen restricciones al principio de la autonomía de la voluntad, respecto a la determinación de los referidos pactos. El art. 4.2 de la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001, sobre “uniones de hecho, con clara extralimitación competencial”, permite que los convivientes pacten compensaciones económicas “cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto de la situación anterior”. Precisa el precepto que tales compensaciones “habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del *Código Civil*”. En el mismo sentido, e incurriendo en la misma extralimitación competencial, se pronuncia el art. 10.II de la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”, que permite a los integrantes de las uniones de hecho pactar compensaciones económicas “cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia”.

²² Cfr. STS, 27 de mayo de 1995 [RJ 1995, 382] y STS, 17 de enero de 2003 [RJ 2003, 4].

²³ Cfr. STS, 21 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8589].

bienes, la jurisprudencia presume, además, conforme al art. 393.II C.c., su participación en la comunidad por partes iguales, con independencia de que la titularidad formal de los bienes aparezca exclusivamente en favor de uno sólo de ellos.

Así, la STS, 29 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7341] dedujo la existencia de una comunidad de bienes sobre una casa, en la que los convivientes habían fijado su residencia durante cinco años, cuyo precio había sido pagado con fondos de una cuenta corriente bancaria, que estaba a nombre de los dos y en la que se habían efectuado ingresos indistintamente por ambos.

La mayoría de los supuestos en que la jurisprudencia ha considerado que los convivientes habían constituido tácitamente una comunidad de bienes, dicha comunidad había tenido por objetivo la vivienda donde ambos habían residido, la cual figuraba a nombre de uno solo de ellos o de alguno de sus familiares.

1. Indicios favorables a la existencia de la comunidad: las cuentas corrientes conjuntas con cargo a las cuales se paga el precio de la vivienda o se amortiza el préstamo concedido para su adquisición

Frecuentemente, el principal dato ponderado para afirmar la existencia de la comunidad ha sido la existencia de una cuenta corriente conjunta, en la que ambos convivientes habían realizado ingresos y con cargo a la cual se había pagado el precio de compra de la vivienda o las amortizaciones del préstamo concedido para su adquisición por una entidad bancaria.

La SAP Zaragoza, 23 de enero de 2001 [AC 2001, 749] se pronunció en favor de la existencia de una comunidad sobre la vivienda, que figuraba exclusivamente a nombre del varón. Para ello tuvo en cuenta que la cuenta corriente donde se cargaba el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda era de titularidad conjunta y que ambos convivientes habían realizado ingresos en ella, si bien en cuantía distinta, durante el tiempo que había durado la unión de hecho (dos años). No obstante, dada la diferencia entre los ingresos realizados por ellos (los efectuados por la mujer eran menores que los efectuados por el varón) se liquidó la comunidad, atribuyendo a la reclamante solamente una tercera parte de los ingresos totales efectuados en la cuenta corriente conjunta durante el período de convivencia *more uxorio*.

La SAP Asturias, 26 de junio de 2001 [AC 2001, 2380] entendió que la vivienda donde se había desarrollado la vida en común (que había durado veinticinco años) pertenecía a ambos integrantes de la unión de hecho, por mitad, a pesar de que dicha vivienda había sido puesta a nombre de la madre de uno de ellos (la mujer). Para llegar a dicha conclusión tuvo en cuenta que las cuotas de amortización del préstamo destinado a pagar la vivienda se cargaban en una cuenta corriente, de la que los dos convivientes eran titulares, y ello, a pesar de

que cada uno de ellos mantenía cuentas de titularidad exclusiva. También tuvo en cuenta otras circunstancias, tales como que los servicios de la vivienda habían sido contratados por los dos, que los gastos de comunidad eran pagados por ellos, indistintamente, y las declaraciones testificales de los vecinos, en las que todos afirmaban tener por propietario a ambos convivientes.

La SAP La Coruña, 10 de junio de 2002 [AC 2002, 1310] entendió que la vivienda pertenecía a ambos por mitad, a pesar de que figuraba, exclusivamente, a nombre de la mujer. El tribunal dedujo dicha comunidad de la existencia de una cuenta corriente conjunta en la que durante el tiempo en que duró la convivencia (siete años) los dos habían ingresado sus respectivas percepciones económicas derivadas de su trabajo personal, y con cargo a la cual se había pagado el precio y los gastos notariales y registrales. En el caso litigioso la vivienda se había puesto a nombre de la mujer, porque, al tiempo de su adquisición, el varón, aunque separado de hecho, seguía estando casado con otra persona. Se trataba, pues, de evitar eventuales reclamaciones de su cónyuge acerca de la titularidad de la vivienda fundadas en la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos constante el matrimonio.

1.1. Las cuentas corrientes conjuntas en las que sólo uno de los convivientes realiza ingresos

160 No obstante, hay que advertir de que la mera existencia de una cuenta corriente bancaria conjunta no autoriza para deducir la existencia de una comunidad de bienes sobre la vivienda, incluso, aunque el precio de compra haya sido satisfecho con cargo a dicha cuenta, si consta que sólo uno de los convivientes ha realizado ingresos en ella.

La SAP Salamanca, 29 de junio de 1995 [AC 1995, 1200] desestimó la pretensión de la mujer, de que se declara la existencia de una comunidad de bienes tácitamente constituida sobre la vivienda; a pesar de que existían diversas cuentas corrientes conjuntas a nombre de ambos integrantes de la pareja, por no haberse demostrado que la demandante hubiera realizado algún ingreso en cualquiera de dichas cuentas. La Audiencia entendió que la cotitularidad de las cuentas bancarias “ni determina ni acredita condominio de su contenido” y concluyó afirmando que

“la circunstancia de que haya varios titulares de un depósito bancario es más bien operativa para la dinámica del contrato, de forma que cualquiera de dichos titulares ostenta facultad de disposición frente al banco, bien individual o conjuntamente, pero sin establecer la existencia de un condominio, ya que éste lo fijan las relaciones internas de los titulares y más en concreto la originaria pertenencia de los fondos depositados”.

La SAP Burgos, 13 de noviembre de 2001 [AC 2002, 115] negó que se hubiera constituido una comunidad tácita sobre la vivienda; porque, a pesar de que la convivencia había durado más de dieciséis años y de que se había probado la existencia de varias cuentas corrientes conjuntas, se había llegado a la conclusión de que los fondos de dichas cuentas corrientes pertenecían exclusivamente al varón, que es quien había hecho todos los ingresos, procedentes de su pensión de jubilación; sin que hubiera podido probarse que la mujer había hecho ninguna aportación.

*2. Indicios contrarios a la existencia de la comunidad:
las cuentas corrientes de titularidad individual*

La circunstancia de que el precio de la vivienda o la amortización del préstamo concedido para su adquisición haya sido satisfecho con cargo a una cuenta de titularidad exclusiva de uno de los convivientes es, en principio un claro indicio de que la vivienda pertenece a dicho conviviente y, que, por lo tanto, no existe sobre ella una comunidad de bienes tácitamente constituida.

La SAP Madrid, 15 de enero de 2002 [JUR 2002, 121529] negó la pretensión de la mujer reclamante, de que se declarara la existencia de una comunidad sobre la vivienda, porque ésta aparecía exclusivamente a nombre del varón y las amortizaciones del crédito hipotecario concedido para su adquisición se habían realizado íntegramente con cargo a la cuenta personal de aquél, sin que la actora hubiera logrado probar haber aportado fondos a dicha cuenta para pagar las mensualidades del referido crédito o que existiera una cuenta corriente conjunta para el pago de la hipoteca.

La SAP Vizcaya, 6 de septiembre de 2002 [JUR 2003, 89219] negó, en este caso, la pretensión del varón, de que se declarara la existencia de una comunidad de bienes sobre la casa donde ambos convivientes habían residido durante doce años. Entendió que el mero hecho de que existieran cuentas corrientes bancarias conjuntas, en una de las cuales el varón había ingresado su nómina durante dos años, no autorizaba a entender constituida una comunidad de bienes sobre la vivienda, dado que la concreta cuenta corriente con cargo a la cual se había amortizado el crédito hipotecario era de titularidad exclusiva de la mujer.

2.1. Las cuentas corrientes de titularidad individual, en las que el conviviente no titular aparece como autorizado

El mero hecho de que en la cuenta corriente de titularidad exclusiva, con cargo a la cual se satisfacen las cuotas de amortización, se halle autorizado el conviviente no titular no permite deducir, lógicamente, la constitución tácita de una comunidad de bienes sobre la vivienda, ya que dicha autorización, en ningún caso, presupone la cotitularidad de los fondos depositados.

Así lo resalta la SAP Alicante, 29 de octubre de 2001 [JUR 2001, 332951], que no acogió la pretensión del varón demandante de que declarara que la vivienda pertenecía a ambos. Afirma la Audiencia que las mensualidades del préstamo hipotecario habían sido totalmente satisfechas con cargo a cuentas corrientes de titularidad de la mujer demandada; y que, si bien el demandante aparecía como autorizado en una de dichas cuentas, “ello no es suficiente para dar por acreditado que se produjeran ingresos de su bolsillo en la misma”.

2.2. Las cuentas corrientes de titularidad individual en la que ambos convivientes han realizado ingresos periódicamente

Hay que advertir de que el hecho de que la cuenta corriente con cargo a la cual se paga el precio de la vivienda aparezca exclusivamente a nombre de uno solo de los convivientes (con el fin de reforzar la apariencia de ser aquél titular exclusivo de la vivienda, que naturalmente se hace figurar a su nombre en la escritura de compraventa); no es óbice para que pueda entenderse que existe una comunidad de bienes sobre dicha vivienda, si logra demostrarse que el otro de los convivientes había realizado ingresos periódicos en la referida cuenta corriente.

La SAP Pontevedra, 6 de abril de 1998 [AC 1998, 4691] consideró que existía una comunidad de bienes sobre la casa, a pesar de que su precio de compra había sido satisfecho con fondos procedentes de una cuenta corriente bancaria que estaba a nombre de la mujer, que también aparecía como titular exclusiva de la vivienda. Llegó a esta conclusión, tras constatar los frecuentes ingresos de dinero que el varón había realizado en dicha la cuenta corriente, así como la declaración testifical del vendedor, que había afirmado que los convivientes le habían manifestado que, aunque la adquisición se hacía formalmente a nombre de la mujer, realmente, la adquisición se hacía para la comunidad compuesta por ambos integrantes de la unión de hecho.

162

V. LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE UNA SOCIEDAD IRREGULAR

Otro de los remedios a los que acuden los tribunales para proteger al conviviente que se encuentra en posición más débil como consecuencia de la ruptura de la convivencia es el de entender que los integrantes de la unión de hecho pactaron tácitamente una sociedad irregular, a cuya disolución, debe procederse a su liquidación, atribuyéndose a cada uno de ellos una parte de las ganancias de la referida sociedad²⁴.

²⁴ La solución es usual en la jurisprudencia francesa. *Cass.civ.* (Sala Primera) 27 de abril de 1978 (*Gaz. Pal.* 1978, 2, *somm.*, p. 254) expone que la sola cohabitación, incluso prolongada, de

Obviamente, la jurisprudencia precisa que la mera convivencia *more uxorio* no da lugar a la constitución tácita de una sociedad irregular, sino que es necesario que concurren hechos concluyentes que acrediten la existencia de la *affectio societatis*²⁵.

Por lo tanto, en los litigios donde se discute si los integrantes de la unión de hecho tuvieron, o no, la voluntad de constituir entre ellos una sociedad irregular, el resultado del pleito depende de la conclusión a la que el juzgador llegue sobre la existencia o inexistencia del referido requisito.

1. La constitución tácita de una sociedad universal de ganancias

La jurisprudencia es muy reacia a considerar tácitamente constituida una sociedad universal de ganancias, que, en las relaciones entre los convivientes, sería lo más aproximado a una sociedad de gananciales, ya que comprendería todo lo que ambos integrantes de la unión de hecho adquirieran durante la duración de ésta, con su trabajo o industria (art. 1.675 C.c.).

Así, la STS, 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9733] rechazó la pretensión de la mujer reclamante, de que se declara que durante el período de convivencia *more uxorio* (de seis años) había existido una sociedad universal de ganancias que –según ella– debía ser liquidada por partes iguales. El Tribunal Supremo afirma que la sociedad requiere la *affectio societatis* o consentimiento de los contratantes, “que ha de ser claro e inequívoco”, precisando que:

“La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siempre ha de estimarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que, en las uniones a que da lugar la convivencia ‘*more uxorio*’ prefieran, quienes las forman, mantener su independencia econó-

personas no casadas, que en apariencia se han comportado como esposos, no es suficiente para dar lugar al nacimiento de una sociedad entre ellos; se requiere la prueba de la existencia de aportaciones por parte de los convivientes y de su intención de asociarse y de participar en los beneficios y en las pérdidas. *Cass.civ.* (Sala Primera) 19 de abril de 1961 (*Bull.civ.*, 1961, I, N° 216, p. 17) deduce la existencia de una sociedad de hecho de la circunstancia de que los convivientes habían comprado inmuebles, compartiendo gastos, y habían realizado un reconocimiento conjunto de una deuda garantizada con hipoteca. *Cour d'appel*, Bourges, 16 de febrero de 1987 (*JCP*, 1987, IV, p. 306) reconoce la existencia de una sociedad de hecho porque el conviviente varón había realizado aportaciones pecuniarias para la construcción de una vivienda en terreno perteneciente a su compañera. *Cour d'appel*, Limoges, 24 de enero de 1994 (*Juris-Data*, N° 043774) admite la existencia de una sociedad de hecho, porque la “concubina” había participado en la adquisición del establecimiento comercial de su compañero y en el ejercicio de su actividad.

²⁵ STS, 27 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3753].

mica, supuesto, por otra parte, más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial”.

Concretamente, en este supuesto, el supremo dedujo la falta de *affectio* de la circunstancia de que los incrementos patrimoniales producidos durante la unión de hecho se habían adquirido por cada uno de los titulares individualmente y que sus actividades se habían desenvuelto “en ámbitos perfectamente diferenciados” (la mujer se había dedicado a la atención del hogar); “sin que se haya probado acuerdo alguno para que las respectivas adquisiciones se atribuyan a ambos”. Téngase en cuenta, sin embargo, que la no declaración de la existencia de una sociedad universal de ganancias constituida tácitamente, ni impidió conceder a la actora el derecho a percibir una indemnización de catorce millones de pesetas por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

La STS, 17 de enero de 2003 [RJ 2003, 4] desestimó la pretensión de la mujer reclamante, de que se declarara constituida tácitamente una sociedad universal de ganancias. La convivencia había durado diecinueve años y la demandante también se había dedicado a las labores domésticas. El supremo afirmó que

164

“acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (art. 393, segundo párrafo, *Código Civil*), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia ‘more uxorio’ la normativa de una comunidad de gananciales o, más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial”,

lo que supondría “presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer”. En este supuesto, como en el anterior, se consideró cauce más adecuado para proteger a la mujer perjudicada por la ruptura el recurso al principio de prohibición del enriquecimiento injusto, concediéndose a la mujer una indemnización, cuya cuantía se estableció en un tercio de los bienes adquiridos por el varón durante el período en que duró la unión de hecho.

2. La constitución tácita de una sociedad particular de ganancias

Son, en cambio, relativamente, frecuentes las sentencias en que los tribunales aprecian la voluntad tácita de los convivientes de constituir entre ellos una sociedad particular de ganancias (art. 1.678 C.c.), que se registrá, en cuanto sociedad irregular, por las normas de la comunidad de bienes (art. 1.669 C.c.); entre ellas, por el art. 393.II C.c., conforme al cual las participaciones de los integrantes de la unión de hecho se presumen iguales.

2.1. Fallos que aprecian la existencia de *affectio societatis*

En general, los tribunales entienden que concurre la *affectio societatis* cuando uno de los convivientes ha participado en la actividad empresarial o comercial del otro, durante tiempo prolongado y de manera permanente; y, ante la dificultad de determinar la cuantía de las respectivas participaciones, suele liquidar la sociedad atribuyendo a cada uno de ellos la mitad del patrimonio común.

La STS, 18 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4907] entendió que los convivientes habían constituido tácitamente una sociedad irregular mercantil, “ya que por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó un patrimonio comunal”. En el supuesto litigioso había existido una convivencia *more uxorio* de veinte años y una colaboración de la mujer en la actividad profesional del varón, que era agente comercial, representante y distribuidor de comestibles, y con cuyos beneficios se habían adquirido dos viviendas, tres automóviles, ajuar doméstico, mobiliario, ropas y joyas, patrimonio que el supremo consideró común, a pesar de que todos los bienes estaban a nombre del varón, hablando de una “titularidad fiduciaria” sobre dichos bienes, “a la que se superponía la verdadera titularidad compartida”, que pertenece a ambos convivientes por partes iguales.

La STS, 18 de marzo de 1995 [RJ 1995, 1962] consideró la existencia de una sociedad irregular, en este caso, calificada, como civil, basándose en los *facta concludentia* de los litigantes, los cuales habían convivido “un período de tiempo prolongado en el que ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjunta o individualmente uno de ellos, pero para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común habían consolidado”.

La SAP Alicante, 17 de mayo de 2001 [AC 2001, 1177] se pronunció en favor de la existencia de una sociedad irregular entre los integrantes de una unión de hecho; al haber quedado acreditado por prueba testifical que durante el tiempo que duró la convivencia *more uxorio* (cincuenta años) hubo una aportación constante de trabajo por parte de la mujer en la explotación del varón que generó los ingresos; con los que se adquirió un patrimonio común, entendiéndose la Audiencia que los bienes integrantes de dicho patrimonio debían ser divididos por partes iguales entre los dos convivientes.

La SAP Las Palmas, 22 de mayo de 2001 [JUR 2002, 29175] consideró tácitamente constituida una “comunidad de bienes”, que, en puridad, era una sociedad irregular, que tenía por objetivo la explotación de un bar, con cuyos ingresos se habían comprado dos viviendas. La convivencia *more uxorio* también había sido prolongada y existían hijos comunes. La Audiencia afirmó que “la explotación del negocio fue realizada desde el inicio de forma conjunta, siendo sus beneficios la fuente de ingresos de la familia”, afirmación que funda-

mentó en las declaraciones testificales de los clientes y de los proveedores, los cuales manifestaron que siempre habían considerado dueños del negocio a los convivientes, ya que ambos lo regentaban y trabajaban en él indistintamente.

La SAP Valencia, 12 de febrero de 2002 [JUR 2002, 114479] dedujo la existencia de una sociedad civil irregular tácitamente constituida por los integrantes de la unión de hecho, cuya convivencia había durado veinte años, y que tenían dos hijos comunes. El objetivo de la sociedad fue la emplotación de la empresa juguetera del varón demandado. La Audiencia afirma que

“consta que entre los litigantes hubo una auténtica ‘*affectio societatis*’, reflejada en la colaboración activa y consciente en el negocio familiar, en pie de igualdad, con reparto especializado de tareas, la actora con su aportación personal en la dirección de las tiendas de juguetería, y el demandado en el ámbito fiscal, laboral y bancario”;

y prosigue:

“los hechos concluyentes de los litigantes que constituyeron la base de su sociedad, fueron la aportación de su esfuerzo común para la obtención no sólo de medios de subsistencia suficientes para el sostenimiento de la familia, sino también la consecución de un importante patrimonio, cuya titularidad formal ostenta sólo el demandado”.

166

2.2. Fallos que consideran no haber quedado probada la concurrencia de *affectio societatis*

Los tribunales se muestran contrarios a entender que ha quedado probada la *affectio societatis* cuando la colaboración del reclamante en las actividades empresariales o comerciales del otro conviviente ha sido pasajera u ocasional; en particular, si consta que durante el tiempo en que se desarrolló la convivencia *more uxorio* mantuvo una actividad laboral retribuida, propia e independiente de la desplegada por su compañero.

La STS, 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9733] rechazó, así, la pretensión de que se estimara constituida tácitamente una sociedad civil irregular entre los convivientes; pues éstos se habían dedicado actividades distintas, sin que hubiera logrado probarse ningún acuerdo para que los bienes que respectivamente adquirieron durante el tiempo que duró la convivencia (once años) se atribuyeran a ambos, por lo que el Tribunal llegó a la conclusión de que no había existido *affectio societatis*.

La SAP Zaragoza, 26 de noviembre de 1999 [AC 1999, 6500] entendió que no había quedado acreditada la voluntad tácita de los convivientes de constituir una sociedad irregular, rechazando, así, la pretensión de la mujer, de que se dividieron por mitad los bienes adquiridos con los ingresos resultantes de la

explotación de una empresa de transporte de ganado, perteneciente al varón, en la cual aquélla afirmaba haber colaborado con su esfuerzo personal durante el tiempo que duró la unión de hecho. Argumentó la Audiencia que la demandante siempre había mantenido una actividad laboral continuada, propia e independiente, y que solo ocasionalmente y de manera accesoria había colaborado en la actividad comercial del demandado, “recogiendo algunos encargos por teléfono para él y sirviendo de compañía en muy contados viajes”.

VI. EL RECURSO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La jurisprudencia acude, además, a otros remedios legales de carácter general, que operan con independencia de la voluntad, expresa o tácita, de los integrantes de la unión de hecho, para proteger al conviviente, al que el cese de la vida en común ha causado un perjuicio económico.

La jurisprudencia ha recurrido, así, si bien excepcionalmente, a la responsabilidad civil extracontractual para proteger al desfavorecido por el cese de la convivencia *more uxorio*²⁶, en un caso, en que la ruptura de la convivencia había sido acompañada del incumplimiento sin causa de una previa promesa cierta de matrimonio.

1. Ruptura de la convivencia more uxorio habiendo mediado una promesa de matrimonio

La STS, 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9020] fundamentó en el art. 1.902 C.c. la condena del varón a pagar la cantidad de tres millones de pesetas, en concepto de daños y perjuicios, a su compañera; la cual había puesto fin al

²⁶ En la jurisprudencia francesa no son tan infrecuentes los fallos en los que se ha sostenido la responsabilidad civil extracontractual por ruptura ilícita de la convivencia. *Cass.civ.* (Sala Primera) 30 de junio de 1992 (*D.*, 1992, *IR*, 221) afirma que la ruptura del *concubinage* no genera la obligación de indemnizar daños y perjuicios, más que si reviste un carácter culpable. Anula, así, por violación de los arts. 1.382 y 1.383 del *Code*, la sentencia recurrida, que había reconocido una indemnización a la “concubina”, a pesar de que el “concubino” se había comportado honorablemente al tiempo de la ruptura, por considerar que la ausencia de culpa no le exoneraba de reparar el daño causado por el ejercicio de su libre derecho. *Cass.civ.* (Sala Primera) 29 de noviembre de 1977 (*Defrénois*, 1978, art. 31827, p. 1.129) considera culpable, la conducta del “concubino”, que, inesperadamente, abandona a su “concubina”, tras haberle convencido para que se instalase en su misma ciudad y cuidase de él, y de haberle prohibido trabajar, prometiéndole, además, que atendería a sus necesidades. *Cass.civ.* (Sala Primera) 7 de abril de 1998 (*JCP*, 1998, *bref*, p. 921) estima constitutivo de culpa la conducta del “concubino” que, después de que exige a su “concubina” que deje su trabajo para cuidar de su hogar y de los hijos, la abandona inesperadamente, tras once años de vida en común, sin atender a su sustento.

contrato de arrendamiento de la vivienda donde residía y en la que recibía huéspedes, para iniciar una convivencia *more uxorio* durante tres años con el condenado, ante la confianza, que éste le había suscitado de que se casaría con ella, a través de una promesa de matrimonio, que no cumplió.

En este caso, concurre la particularidad de que la unión de hecho había sido iniciada, mediando una previa promesa de matrimonio del varón que posteriormente rompió la convivencia. En segunda instancia la condena del varón había sido fundamentada en el art. 43 C.c., solución ésta que desautorizó el Tribunal Supremo, lo que me parece correcto; ya que el daño derivado de haber puesto fin al contrato de arrendamiento de la vivienda de la mujer abandonada no es un “gasto hecho” o una “obligación contraída” en consideración al matrimonio proyectado, por lo que no puede ser indemnizado a través del referido precepto.

Sin embargo, no estoy de acuerdo en la aplicación que hace el supremo del art. 1.902 C.c. para fundamentar el fallo condenatorio; porque, a mi juicio, este artículo no juega en el caso de ruptura de la promesa de matrimonio, cuyos efectos económicos se rigen, exclusivamente, por el art. 43 C.c., cuyo tenor es claro, al exponer que el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio: “sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado”. El precepto es una fórmula de transacción, entre el principio de tutela de la confianza y el principio de libertad nupcial (*liberas nuptias esse placit*) que, evidentemente, quedaría desvirtuado, si la negativa a cumplir la promesa produjera consecuencias patrimoniales tan gravosas para el promitente, que éste se viera constreñido a contraer matrimonio para escapar al pago de una indemnización cuantiosa. Ello explica la limitación del importe máximo de la indemnización a los conceptos que la propia norma determina (gastos hechos y obligaciones contraídas en atención al matrimonio), cerrando la posibilidad de que el promisorio pueda pedir el resarcimiento de otros daños.

Por otro lado, creo que la inaplicación del art. 1.902 C.c. en los casos de ruptura de la promesa de matrimonio deriva del principio *specialia generalibus derogant*, ya que, a mi entender, el art. 43 C.c. es una norma especial que establece un supuesto específico de responsabilidad prenegocial (que una clase de responsabilidad civil extracontractual), por lo que excluye la aplicación de la norma general (el art. 1.902 C.c.).

Ciertamente el art. 43 C.c. suscita la cuestión de determinar la naturaleza de la obligación, en cuya virtud el promitente, que incumple sin justa causa la promesa cierta de matrimonio, debe resarcir al promisorio de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio proyectado. *Prima facie*, dicha norma parece presentar problema de coordinación con la contenida en el art. 42 C.c., que sanciona la incoercibilidad de la promesa de matrimonio, al establecer que los esponsales no son vinculantes en el plano

jurídico (no originan la obligación de contraer matrimonio, ni tampoco de cumplir lo que se hubiera estipulado para el caso de su no celebración), lo que impide considerarlos un verdadero negocio jurídico de Derecho de Familia: ¿qué negocio jurídico sería aquél que no genera para las partes la obligación de cumplir lo pactado? A mi parecer, la obligación resarcitoria del art. 43 C.c. debe explicarse mediante el recurso a la *culpa in contrahendo*, esto es, desde la consideración de que quien sin justa causa incumple un promesa cierta de matrimonio defrauda la confianza que su declaración había suscitado en el destinatario. A través de la negativa a cumplir la promesa, el promitente impide la perfección del negocio matrimonial; provoca, en definitiva, un daño *in contrahendo* del que debe responder ante el promisorio, si bien dentro de los rígidos límites que el precepto establece, lo que excluye la indemnización de otros conceptos, los cuales pudieran, incluso, comprenderse en el denominado interés negativo, cuya resarcimiento constituye, según la doctrina tradicional, el contenido característico de la obligación de indemnizar que pesa sobre el contratante que incurre en culpa *in contrahendo*.

2. Ruptura de convivencia more uxorio sin haber mediado promesa de matrimonio: inaplicabilidad del art. 1.902 C.c.

A mi juicio, el recurso a la responsabilidad civil extracontractual al objeto de proteger al conviviente que queda perjudicado por el cese de la unión de hecho es improcedente, si el cese de dicha unión no implica, al mismo tiempo, incumplimiento sin causa de una previa promesa cierta de matrimonio.

Evidentemente, de no mediar promesa de matrimonio, es clara la imposibilidad de aplicar el art. 43 C.c., pero, a mi entender, tampoco procede la aplicación del art. 1.902 C.c. para condenar al conviviente que rompe la unión de hecho al pago de una indemnización de daños y perjuicios por los daños que esa ruptura ocasione al otro conviviente.

La ruptura de la convivencia *more uxorio* es un acto de libertad de quienes la forman, del mismo modo que lo es su constitución. Si, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de libre desarrollo de la personalidad impide discriminar (entendido este concepto en su exacto significado) a quienes deciden formar una unión de hecho, respecto de los que deciden casarse, en orden a respetar la radical libertad del ser humano para casarse o permanecer soltero; me parece que, por aplicación del mismo principio constitucional, no debe merecer ningún reproche culpabilístico quien decide poner fin a la unión de hecho; cuanto entiende que dicha unión ya no es un cauce adecuado para el desarrollo de su personalidad, por lo que no se entiende como puede ser obligado a pagar una indemnización de daños y perjuicios, por esta sola causa.

En este sentido hay que excluir totalmente la posibilidad de que el conviviente abandonado pueda pedir la indemnización de un hipotético daño moral

resultante de la ruptura unilateral de la convivencia *more uxorio* a través del art. 1.902 C.c. Es, pues, de alabar la solución a la que llegó la SAP Madrid, 15 de enero de 2002 [JUR 2002, 121529], que no estimó la pretensión de la mujer abandonada; de que se condenara al varón al pago de una indemnización de daños y perjuicios, entre otros conceptos, por el daño moral resultante del “abandono brusco de la situación estable y duradera de futuro en el ámbito emocional” de ella y del hijo de ambos. La Audiencia no acogió esta pretensión, por considerar que no había quedado acreditado “un perjuicio moral derivado de la ruptura sentimental, aspecto que, además de resultar difícilmente justificable y sobre todo evaluable, pronto tuvo remedio en uno, porque se casó al mes siguiente, y en la mujer porque lo hizo al año siguiente”. En el caso litigioso la unión de hecho había durado cinco años y los convivientes tenían un hijo en común.

VII. EL RECURSO AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Es más frecuente en la jurisprudencia el recurso al principio general de prohibición del enriquecimiento injusto²⁷, a fin de proteger al perjudicado por la

170

²⁷ En algunas legislaciones autonómicas se prevé expresamente el pago de las compensaciones económicas por enriquecimiento injusto, si bien, a mi juicio, con poco fundamento, se restringe la posibilidad de percibir una compensación de este tipo a los supuestos de ruptura de la convivencia por causas distintas a la defunción de uno de los integrantes de la unión de hecho.

Así, los arts. 13 y 31.I de la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”, prevén que quien, “sin retribución o con retribución insuficiente”, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en el caso “de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad en el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto”. Estos preceptos inspiran la redacción del art. 5 de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables” y del art. 7 de la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”.

El art. 7.2 de Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”, prevé también que cuando “la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una pensión económica por el conviviente perjudicado”, cuando éste “haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos” del otro conviviente, o cuando se haya dedicado al hogar, a los hijos comunes o del otro conviviente, “sin retribución o con retribución insuficiente”. Este precepto inspira la redacción del art. 9.2 de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, “por la que se regula el régimen jurídico de las parejas estables”.

Recientemente el art. 6.2.b) de la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho”, contempla también la percepción de una compensación por enriquecimiento injusto para quien “sin retribución o con retribución insuficiente”, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, pero sin supeditar la percepción de dicha compensación a los supuestos de ruptura de la convivencia por causa distinta a la muerte de uno de los

ruptura de la unión de hecho cuando de los *facta concludentia* de los convivientes no puede deducirse una voluntad tácita de constituir una comunidad de bienes o una sociedad irregular²⁸.

1. Examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo existen, en efecto, diversos fallos, en los que se hace una impecable aplicación del referido principio general del Derecho. Se trata siempre de supuestos en que ha existido una larga convivencia *more uxorio* con dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas; y ello, con independencia de que la ruptura de la unión de hecho haya tenido lugar por voluntad unilateral del varón o por el hecho de su muerte; lo que es perfectamente lógico, ya que no se trata aquí de sancionar a quien rompe la vida en común, sino de compensar económicamente al conviviente perjudicado por el enriquecimiento sin causa de su compañero.

La STS, 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9733] condenó al varón, que voluntariamente había roto la convivencia *more uxorio*, que había durado seis años, a pagar a la mujer abandonada la cantidad de catorce millones de pesetas; al entender que esta última había sufrido un empobrecimiento, derivado de su dedicación desinteresada a las relaciones sociales de su compañero y a su atención doméstica, con el consiguiente enriquecimiento injustificado de éste.

La STS, 27 de marzo de 2001 [RJ 2001, 4770] también reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una indemnización compensatoria de quince millones de pesetas por ruptura de la convivencia *more uxorio*, mediante la aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento injusto, teniendo en cuenta que la mujer “había sacrificado veinte años de su vida para atender al demandado e hijos, descuidando su formación laboral y sus expectativas en orden a dispensar un mejor cuidado y atención a la familia”²⁹.

171

integrantes de la unión de hecho, solución ésta, que me parece acertada, y que se aparta de lo que en este punto prevén las demás legislaciones autonómicas.

²⁸ El principio de prohibición del enriquecimiento injusto ha sido utilizado con la misma finalidad por la jurisprudencia gala. *Cour d'appel*, Dijon 7 de febrero de 1928 (*DP*, 1928, 2, p. 169) afirma: los cuidados y servicios suministrados gratuitamente durante varios años, por una mujer al hombre al que se encuentra prometida (y del que es su “concubina”) procuran en el patrimonio de este último un enriquecimiento que, al no obedecer a ninguna liberalidad, ni al cumplimiento de un contrato a título oneroso, está desprovisto de causa jurídica y da a la mujer derecho a ejercitar la *actio in rem verso* y a reclamar una indemnización en caso de ruptura. Dice *Cass.civ.* (Sala Primera) 15 de octubre de 1996 (*Bull.civ.*, 1996, I, N° 357, p. 250): la colaboración, sin retribución, de la “concubina” en la explotación del establecimiento comercial del “concubino”, implica un enriquecimiento (injustificado) de éste y un empobrecimiento de aquélla.

²⁹ La *ratio decidendi* de esta sentencia estriba, pues, en el principio general del Derecho, que prohíbe el enriquecimiento sin causa. Sin embargo, en ella se afirma que: “Con todo no

La STS, 17 de enero de 2003 [RJ 2003, 4], con apoyo en el mismo principio, condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia *more uxorio*, de diecinueve años, de la que habían nacido dos hijos, al pago de una indemnización compensatoria, cuya cuantía quedó establecida en un tercio de los bienes adquiridos por el varón durante el período en que había durado la unión de hecho. El supremo precisó que, mediante el reconocimiento de la indemnización, “no se acepta la igualdad o asimilación [de la unión de hecho] al matrimonio, sino que trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil”.

La STS, 17 de junio de 2003 [AJA 10 julio 2003, N° 585] reconoció a la mujer, integrante de una unión de hecho, disuelta por muerte del varón, el derecho a obtener una indemnización equivalente al 25% del valor de los bienes adquiridos por aquél durante el tiempo en que había durado la convivencia *more uxorio* con los ingresos obtenidos con su trabajo y por la explotación de una farmacia del que era titular. La sentencia evidenció que la mujer se había dedicado, en exclusiva, durante cincuenta y tres años al cuidado de su compañero y del hogar familiar,

“prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio”.

172

debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho”. Concretamente, se refiere a la posibilidad de aplicar por analogía *iuris* un pretendido principio general del Derecho de “protección al conviviente perjudicado” por el cese de la vida en común, del que extrae “la necesidad jurídica de compensar al conviviente en peor situación económica, con causa en la ruptura de la convivencia, en la cuantía prudencial que atendidas las circunstancias el Juez señale, al menos para facilitar y ayudar el tránsito a la nueva situación de hecho creada”.

La sentencia entiende que ese pretendido principio general del Derecho de protección del conviviente perjudicado, al que se alude en la declaración *obiter dicta* transcrita, deriva de normas constitucionales, citando los arts. 10, 14 y 39 C.E., y de normas de Derecho Privado, citando el art. 96 C.c. y el art. 16.1.b) de la Ley /29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Esta declaración *obiter dicta* acabará teniendo gran influencia en otros fallos posteriores, que admitirán la aplicación analógica del art. 97 C.c. (analogía *legis*) a las uniones de hecho. Cfr., en tal sentido, STS, 5 de julio de 2001 [RJ 2001, 4993]; STS, 16 de julio de 2002 [RJ 2002, 6246].

2. Examen de los requisitos para la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto en las uniones de hecho

La jurisprudencia, obviamente, sólo acude al principio de prohibición del enriquecimiento injusto en las uniones de hecho cuando en el supuesto litigioso concurren los requisitos exigibles para poder aplicar este principio general del Derecho, esto es, el enriquecimiento de uno de los convivientes, el correlativo empobrecimiento del otro integrante de la unión de hecho, y la inexistencia de una causa que justifique el enriquecimiento de uno, a costa del empobrecimiento del otro.

2.1. La noción de enriquecimiento

El enriquecimiento de uno de los convivientes puede derivar del hecho de que su compañero se haya dedicado al cuidado del hogar, mediante la realización de tareas domésticas sin haber percibido retribución alguna, o de haber colaborado en las actividades económicas del otro conviviente, también sin haber recibido ninguna retribución.

2.1.1. La dedicación al cuidado del hogar

La STS, 17 de junio de 2003 [AJA 10 julio 2003, N° 585] advierte que el enriquecimiento se produce “no sólo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio”.

Esto último es, precisamente, lo que acontece cuando la mujer se dedica durante un largo período de tiempo al cuidado de su compañero, mediante la realización de trabajo doméstico, “prestándole –como dice la referida sentencia– total ayuda moral y material”, ayuda, que frecuentemente se suele extender a la atención de los hijos (comunes, o no) que conviven con la pareja.

Esta modalidad de enriquecimiento es la que ha justificado el pago de una indemnización a cargo del varón y en favor de la mujer en los fallos anteriormente expuestos, en los que el Tribunal Supremo ha hecho aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

2.1.2. La colaboración en las actividades económicas del otro conviviente

El enriquecimiento de uno de los convivientes es más evidente cuando el otro, además de dedicarse a la atención del hogar común, colabora en las actividades económicas de su compañero sin recibir ninguna retribución³⁰.

³⁰ No existen demasiadas sentencias que, en este supuesto, apliquen el principio de prohibición de enriquecimiento, ya que la jurisprudencia para preferir entender que cuando uno de

La SAP Asturias, 16 de enero de 1997 [AC 1997, 103] concedió una indemnización por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, solicitada por la mujer perjudicada por la ruptura de una convivencia *more uxorio*, que había durado dieciocho años. Para conceder dicha indemnización, cuya cuantía quedó fijada en diez millones ochocientos mil pesetas, se tuvo en cuenta la existencia de una colaboración profesional de la actora en la actividad de decoración de interiores desarrollada por el varón demandado, así como “la compañía y cuidado continuo que le proporcionó durante tan larga convivencia sin retribución ninguna”, lo que le obligó a abandonar la propia actividad profesional que ella misma desarrollaba, también como decoradora.

La SAP Barcelona, 29 de septiembre de 2000 [JUR 2001, 55], con apoyo en el mismo principio, fijó una indemnización de un millón de pesetas en favor de la mujer reclamante, que había colaborado en el bar de su compañero, con quien había convivido diez años y con quien había tenido tres hijos. Observó la Audiencia que el trabajo prestado por la actora en el negocio del demandado nunca fue retribuido, “por lo que no aparece más que obvia la procedencia de la indemnización” solicitada.

2.2. La noción de empobrecimiento

174

El segundo de los requisitos que debe concurrir es el empobrecimiento de uno de los convivientes, que es consecuencia del enriquecimiento que el otro experimenta a su costa.

La STS, 17 de junio de 2003 [AJA 10 julio 2003, núm. 585] explica que “el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en desprendimiento de valores, pues, lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del otro”.

Como regla general, puede afirmarse que se empobrece quien durante un prolongado período de tiempo se dedica, en exclusiva o de modo prioritario, a la atención del hogar o colabora en la empresa o negocio de su compañero sin recibir ninguna compensación por ello.

El empobrecimiento resulta aquí, no sólo de la no percepción de una retribución por el ejercicio de estas actividades sino, también, de las dificultades que tiene para acceder a un empleo quien siempre se ha dedicado a las labores domésticas (pensemos en mujeres de avanzada edad, de escasa calificación profesional que nunca han trabajado fuera de casa), o también de las dificultades que encuentra para reincorporarse al mercado de trabajo quien lo ha aban-

los convivientes colabora en la empresa o negocio del otro existe una sociedad irregular, tácitamente constituida, cuyo objeto es la explotación de la referida empresa o negocio. Cfr. STS, 18 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4907]; STS, 18 de marzo de 1995 [RJ 1995, 1962]; SAP Alicante, 17 de mayo de 2001 [AC 2001, 1177]; SAP Las Palmas, 22 de mayo de 2001 [JUR 2002, 29175] y SAP Valencia, 12 de febrero de 2002 [JUR 2002, 114479].

donado durante un prolongado período de tiempo, empobrecimiento, que todavía es más claro cuando la mujer ha dejado un trabajo retribuido al tiempo de iniciarse la convivencia³¹.

2.2.1. Compensaciones económicas en favor del conviviente que se dedica al cuidado del hogar, que excluyen su empobrecimiento

Hay que excluir la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto cuando quien lo pretende no ha recibido propiamente una retribución por sus labores domésticas equiparable a un salario; pero sí otras compensaciones económicas, que impiden considerar que la situación en la que se ha desarrollado la convivencia *more uxorio* y su posterior ruptura le ha producido un empobrecimiento³².

La SAP Málaga, 25 de abril de 2002 [JUR 2002, 206758] denegó la pretensión de la reclamante, de que el varón le satisficiera una indemnización por enriquecimiento injusto, que, según ella, derivaba de la circunstancia de que durante los cuatro años en que había durado la convivencia había trabajado desinteresadamente para el hogar y de que dicha convivencia se había desarrollado en una vivienda de su propiedad; sin haber desembolsado el varón demandado cantidad alguna en concepto de alquiler. La Audiencia valoró el hecho de que, mientras persistió la unión de hecho, el demandado había asumido la práctica totalidad de los gastos comunes, así como los generados por la atención de los dos hijos de la mujer, que vivían con ellos; domiciliando su nómina en la cuenta corriente de la demandante, y pagando, además, las amortizaciones del crédito hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda, que era de propiedad exclusiva de aquélla. Afirmó la Audiencia que

³¹ La SAP Alicante, 1 de febrero de 2001 [AC 2001, 1099] desestimó el pago de la pensión compensatorio por enriquecimiento injusto, reclamada por la mujer, al no haberse acreditado que ésta “dedicara todo su tiempo de forma exclusiva a la atención de la casa y de su pareja, empobreciéndose por ello y enriqueciéndose el demandado”. En este caso sucedía que ambos trabajaban fuera de casa y en la misma actividad (realizando tareas de limpieza).

³² Por otro lado, hay que tener en cuenta que en aquellas regiones, cuyas leyes autonómicas prevén la posibilidad de que los convivientes pueda reclamarse pensiones periódicas alimentarias (en general, por un plazo máximo de tres años), si la necesitan para atender adecuadamente a su sustento o si la convivencia ha disminuido su capacidad para obtener ingresos o si tiene a su cargo hijos o hijos comunes, la cuantía de dichas pensiones deberá ser ponderada, si no, para excluir la indemnización por enriquecimiento injusto, al menos, para aminorar convenientemente la cuantía de ésta. Es el caso de la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja” (arts. 14 y 31.2); de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000 (art. 5.4), “para la igualdad jurídica de las parejas estables”; de la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas” (art. 7.2); de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables” (art. 9.1) y de la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho” (art. 2.a).

“el cuidado dispensado y la dedicación al hogar es insuficiente por sí mismo para estimar la pretensión indemnizatoria, y aunque la recurrente alegue que cuanto menos algo habría que compensar, con ser ello cierto, no lo es menos que también se vio beneficiada durante la convivencia por el disfrute compartido del sueldo” del demandado, “dándose de este modo una reciprocidad en las respectivas aportaciones por cada uno efectuadas durante el desarrollo de la convivencia”.

La SAP Gerona, 2 de octubre de 2002 [AC 2002, 1493] desestimó la indemnización por enriquecimiento injusto solicitada por la mujer, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, argumentando que el varón demandado había transmitido gratuitamente a la actora, bajo la apariencia de un falso contrato de compraventa, carente de precio real, participaciones en la sociedad explotadora de un restaurante, ascendiendo las participaciones cedidas a casi la mitad del capital social.

2.3. La ausencia de causa que justifique el enriquecimiento

El tercero y último de los requisitos para poder aplicar el principio general de enriquecimiento injusto es el de ausencia de causa o justificación.

La STS, 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9733] afirma que el enriquecimiento del varón demandado, consecuencia de la dedicación desinteresada de su compañera a la atención doméstica, no se halla justificado, “porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones -en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etcétera”.

Es decir, quienes forman uniones de hecho, a diferencia de quienes contraen matrimonio, no asumen ninguna obligación legal de ayuda o asistencia mutua. Por lo tanto, puede afirmarse que el enriquecimiento que experimenta el conviviente que se beneficia de la dedicación desinteresada al hogar de su compañero carece de justificación o de causa en sentido jurídico, por lo que debe indemnizarle o compensarle económicamente por esa dedicación, al tiempo de romperse la convivencia.

VIII. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 97 DEL *CÓDIGO CIVIL* A LAS UNIONES DE HECHO

Recientemente, dos sentencias del Tribunal Supremo han admitido la aplicación analógica del art. 97 C.c. a las uniones de hecho, iniciando así una orientación jurisprudencial que lamentablemente parece estar destinada a ejercer influencia sobre los Tribunales de Instancia.

1. Examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

La STS, 5 de julio de 2001 [RJ 2001, 4993] condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia *more uxorio*, que había durado quince años, al pago a la mujer abandonada de una indemnización compensatoria de dos millones novecientos setenta y cinco mil pesetas. En esta sentencia el Tribunal Supremo excluyó la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto, considerando solución más adecuada la aplicación analógica del art. 97 C.c.; entendiendo que existe “semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de convivencia ‘more uxorio’ de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio”.

La STS, 16 de julio de 2002 [RJ 2002, 6246] reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una pensión compensatoria de quince mil pesetas mensuales por ruptura de una convivencia *more uxorio*, que había durado seis años, y de la que había nacido un hijo. Nuevamente, el Tribunal Supremo volvió a descartar la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, estimando que la aplicación analógica del art. 97 C.c. era una solución más adecuada en orden a fundamental el fallo.

2. Crítica de la nueva orientación jurisprudencial favorable a la aplicación analógica del art. 97 C.c. para regular los efectos económicos derivados de la ruptura de la convivencia ‘more uxorio’

A mi juicio, la aplicación analógica del art. 97 C.c. a las uniones de hecho es improcedente, ya que entre éstas y el matrimonio no existe identidad de razón, al no tratarse de situaciones equivalentes. El matrimonio es una institución social, consecuencia del ejercicio de un derecho constitucional, mientras que la unión de hecho es un mero ejercicio de la libertad que tiene toda persona de casarse o permanecer soltero.

Además, creo que en los dos supuestos enjuiciados por las sentencias referidas concurrían los requisitos para aplicar el principio de prohibición de enriquecimiento injusto, por lo que era innecesario el recurso a la aplicación analógica del art. 97 C.c. en orden a compensar económicamente al conviviente abandonado. Hay que tener en cuenta que estas sentencias abren la vía para la concesión de una indemnización o pensión compensatoria al conviviente al que la ruptura de la vida en común produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, prescindiendo de la circunstancia de si el obligado a pagar dicha indemnización se ha enriquecido, o no, injustificadamente a costa de la dedicación desinteresada al trabajo doméstico de su compañera.

A mi entender, la pensión compensatoria que establece el art. 97 C.c. en favor del cónyuge divorciado no tiene su fundamento en la convivencia matrimonial, que, a diferencia de lo que acontece respecto de la indemnización del art. 98 C.c., no es presupuesto de la aplicación de la norma, sino una mera circunstancia cuantificadora de la pensión (cfr. art. 97.6º C.c.). El precepto presupone la existencia de un matrimonio, mediante el cual las cónyuges asumieron, entre otras obligaciones incluidas en el estatus de casado, la de socorrerse mutuamente (cfr. arts. 67 y 68 C.c.), obligación ésta, que no cesa, por la mera disolución del matrimonio por divorcio, sino que se modifica, transformándose en la de satisfacer la pensión compensatoria cuando se den los requisitos previstos en su párrafo primero. La situación es radicalmente distinta en el caso de las uniones de hecho, pues no existe norma alguna que imponga a los convivientes el deber jurídico de socorrerse mutuamente por el mero hecho de vivir en común, y, de ahí, precisamente, que la atención desinteresada a la familia de uno de ellos pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto del otro; pero la mera ruptura de la convivencia, que *per se* no genera obligaciones legales, no debe dar lugar, en mi opinión, a la obligación de pagar a una indemnización o pensión compensatoria.

3. Proyección de la nueva orientación jurisprudencial sobre los Tribunales de Instancia

178

Es todavía prematuro valorar la proyección que la nueva orientación jurisprudencial, favorable a la aplicación analógica del art. 97 C.c. a las uniones de hecho, tendrá en los Tribunales de Instancia.

En la actualidad podemos observar en las Audiencias la existencia de posiciones muy distintas, que van desde la recepción plena de esta nueva orientación jurisprudencial, a su total ignorancia, pasando por una aplicación matizada de la misma.

3.1. La recepción de la nueva orientación jurisprudencial

La recepción de la nueva orientación jurisprudencial es plena en la SAP Valencia, 7 de marzo de 2002 [JUR 2002, 161814], que, apoyándose en la aplicación analógica del art. 97 C.c., con cita expresa de la STS, 5 de julio de 2001, concedió una pensión compensatoria de cincuenta mil pesetas mensuales a la mujer perjudicada por la ruptura de la convivencia *more uxorio*, argumentando que esta ruptura le había provocado un desequilibrio económico.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en este caso, al igual que en los dos, en los que el supremo ha aplicado analógicamente el art. 97 C.c., concurrían todos los presupuestos necesarios para entender que había existido un enriquecimiento sin causa en favor del varón, ya que la mujer había abandonado un trabajo retribuido para dedicarse íntegramente al cuidado de la familia;

recalcando la Audiencia que “no parece que la demanda tenga una cualidad profesionalmente sólida”, lo que evidentemente dificulta su reincorporación al mercado de trabajo. Sigue, pues, la incógnita acerca de si los tribunales concederían una pensión compensatoria por el mero hecho de que la ruptura de la convivencia *more uxorio* provocara a uno de los convivientes un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implicara un empeoramiento en su situación anterior en la unión de hecho, cuando en el supuesto litigioso no concurriera un enriquecimiento sin causa.

3.2. La no recepción de la nueva orientación jurisprudencial

La SAP Barcelona, 6 de mayo de 2002 [JUR 2002, 215653] ignoró la nueva orientación jurisprudencial, al confirmar la sentencia recurrida, que había desestimado la pretensión de la mujer, de que el varón le pagara una pensión compensatoria de quince mil pesetas mensuales. La Audiencia afirmó que “no procede la pensión compensatoria pedida como tal en las uniones de hecho, como enseña constante jurisprudencia, cuya cita no hace falta siquiera por conocida”. Y concluyó: “En ningún caso es aplicable la pensión del art. 97 CC a uniones no matrimoniales”.

3.3. La aplicación analógica matizada del art. 97 C.c. a las uniones de hecho

La SAP Madrid, 22 de febrero de 2002 [JUR 2002, 116717] realizó una aplicación analógica matizada del art. 97 C.c., observando certeramente que de la STS, 5 de julio de 2001 no se deduce claramente que el conviviente a quien la ruptura de la unión de hecho cause un desequilibrio económico tenga derecho a percibir una pensión compensatoria en todos los supuestos de cese de la convivencia; sino, tan sólo, cuando dicha convivencia haya sido de “larga duración y resulte rota unilateralmente”.

Afirmó la Audiencia:

“Queda por tanto la duda de si sólo es posible reconocer tal derecho en los casos en los que una decisión unilateral de uno de los convivientes, en contra de la posición del otro, ponga fin a dicha relación de pareja estable, o si, por el contrario, también es posible reconocer tal derecho a uno de aquéllos, en los supuestos en los que de común acuerdo, y por falta de interés personal mutuo o desafecto, se decide poner fin también a dicha relación, lo cual, desde luego, no impide ni excluye la posibilidad de probar la existencia del presunto desequilibrio económico de uno de los convivientes, y también si, en todos los casos es necesario que dicha convivencia haya sido de larga duración”.

Constatada la duda acerca del concreto alcance de la aplicación analógica del art. 97 C.c. postulada por la STS, 5 de julio de 2001, el Tribunal de Apelación optó por restringir dicha aplicación al supuesto expresamente aludido por la referida sentencia, esto es, al caso de ruptura voluntaria y unilateral de una convivencia *more uxorio* de larga duración. Negó, pues, el derecho a percibir una pensión compensatoria a la reclamante, constatando que la convivencia sólo había durado tres años y que no queda acreditada cuál había sido la causa del cese de la unión de hecho (es decir, si se había roto unilateralmente o de mutuo acuerdo), ponderando, además, la edad de la demandante, treinta años, y que ésta ya había trabajado anteriormente como empleada de hogar.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR EL HECHO AJENO

*Carlos Pizarro Wilson*¹

La responsabilidad civil, vinculada al ejercicio de la medicina, constituye una realidad generosa en consecuencias jurídicas. El aumento de querellas por negligencia culpable y las consiguientes demandas civiles destinadas a obtener una reparación pecuniaria de los daños causados han dejado atrás un cierto conformismo que la sociedad chilena presentaba². Esta transformación está vinculada a un cambio importante en la práctica actual de la medicina. El ejercicio colectivo de la medicina y la constitución de empresas privadas de salud han potenciado la aplicación de la responsabilidad penal y civil médica.

Los problemas que plantea la responsabilidad civil en el ámbito médico son variados. La primera cuestión interesante a discutir consiste en establecer qué estatuto de responsabilidad debe aplicarse³. Podríamos pensar que el idóneo sería el contractual, pues normalmente existirá un contrato entre el paciente y el médico. Incluso, la naturaleza jurídica de este contrato atípico ha sido discutida por los Tribunales de Justicia⁴. Sin embargo, la regla general es la aplicación del estatuto cuasidelictual. La razón es fácil de advertir: la responsabilidad civil que se exige a los médicos se enmarca dentro de la responsabilidad penal de los mismos. Es decir, se intenta establecer la responsabilidad penal del médico, para luego exigir la responsabilidad civil, la cual pasa a ser un verdadero accesorio de la primera⁵. A pesar de la existencia de un contrato médico, la responsabilidad civil aplicable en el proceso penal será el estatuto cuasidelictual⁶. Según la doctrina se trata de una excepción a la concurrencia

181

¹ Profesor de Derecho Civil por las universidades Diego Portales y de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad París II, Panthéon-Assas.

² DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., "Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil", en *Revista de derecho*, N° 187, Concepción, Universidad de Concepción, 1989, p. 108.

³ Vid. TOMASSELLO HART, L., *Estudios de derecho privado (otros temas)*, Valparaíso, Edeval, 1994, p. 11 y ss., en particular, p. 45; DE LA MAZA RIVADENEIRA, L., "El contrato de atención médica", en *Revista Chilena de Derecho*, 1989, vol. 16, N° 1, p. 7 y ss.

⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de abril de 1992, en RDJ, t. LXXXIX, sec. 1ª, p. 39 y ss.

⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (n. 2), p. 107.

⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 1993, en GJ, N° 151, 1993, p. 54 y ss.; Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de enero de 1997, en GJ, N° 199, 1997, p. 89 y ss.

de responsabilidad civil⁷. Nuestra doctrina y jurisprudencia rechazan la opción a favor de la víctima cuando el incumplimiento de una obligación contractual configura al mismo tiempo un ilícito civil. En el caso que el incumplimiento contractual constituya un ilícito penal (artículo 491 del *Código Penal*), la víctima puede demandar la reparación de los daños por la vía cuasidelictual. Sin embargo, más que una opción a favor de la víctima, parece una aplicación general de la responsabilidad cuasidelictual. En la unanimidad de los casos se aplica el estatuto cuasidelictual, aunque haya existido fehacientemente un contrato entre la víctima y el médico imputado⁸. Sólo en casos aislados la jurisprudencia afirma la opción a favor de la víctima, sin existir un pronunciamiento explícito de la Corte Suprema⁹.

La presencia de un doble estatuto de responsabilidad civil en el derecho positivo implica realizar importantes disquisiciones dogmáticas para determinar las reglas aplicables al caso en cuestión. En el ámbito civil puede tratarse de la responsabilidad contractual o delictual o cuasidelictual¹⁰. Ya sea la responsabilidad contractual o cuasidelictual, la responsabilidad civil médica pue-

⁷ En este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Universitaria, 1943, N° 46, p. 84; en el mismo sentido, DUCCI CLARO, C., *Responsabilidad civil*, Santiago, Jurídica, pp. 23-27; ACOSTA RAMÍREZ, V., *De la responsabilidad civil médica*, Santiago, Jurídica, 1990, p. 371, n. 707; Cfr. TOMASELLO HART (n. 3), pp. 45 y 46. Este autor afirma que, a pesar de exigirse la responsabilidad civil en el proceso penal, debe aplicarse el estatuto contractual cuando existe contrato entre el médico y el paciente.

⁸ *Vid.* jurisprudencia citada *supra* n. 6, *adde.* Corte Suprema, 20 de junio de 1996, en FM, N° 451, p. 1.229 y ss.

⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, en GJ, N° 259, p. 38 y ss. En esta sentencia en su considerando 5° se expresa “Que, ahora bien, es una realidad innegable que los daños causados a la paciente con ocasión de una intervención quirúrgica pueden revestir simultáneamente características propias de una infracción contractual (al contrato de prestación médica, de hospitalización, de asistencia sanitaria o ambos), y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil (la violación del deber general de actuar con diligencia y no causar daño a otro). No cabe duda que en la actualidad existe una gran inseguridad conceptual en la delimitación de los supuestos de hecho de una u otra responsabilidad, es decir, la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquellos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros. Por ello es preferible otorgar a la víctima la opción de elegir la vía extracontractual, aunque el demandado pruebe que existía un vínculo contractual previo al daño. Por lo demás, quienes niegan el cúmulo u opción de responsabilidad la aceptan cuando la inexecución de la obligación contractual constituye, a la vez, un delito o cuasidelito penal”. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema con fecha 24 de enero de 2002. Sin embargo, rechaza la casación en el fondo en razón de no haberse acreditado en autos la relación contractual. No existe, por lo tanto, una ratificación del más alto tribunal en torno a aceptar la opción a favor de la víctima.

¹⁰ Aunque suele agruparse la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual bajo la denominación responsabilidad extracontractual, la regla general en la responsabilidad civil médica es el cuasidelito civil. Por esto, en lo que sigue, cuando aludamos al estatuto que rige el título xxxv del libro iv nos referiremos a la responsabilidad cuasidelictual.

de involucrar la responsabilidad por el hecho propio o del deudor directo de la obligación o, en segundo término, por el hecho ajeno. Esta última ha ido tomando una creciente importancia en la jurisprudencia y, según veremos, existen argumentos para pensar que tendrá un auge en su aplicación práctica¹¹. Razonablemente cabe interrogarse si este tipo de responsabilidad no se ha transformado en su terreno de elección.

Con la finalidad de sistematizar el estudio de la responsabilidad médica por el hecho de otro, podemos distinguir dos situaciones. De una parte, este tipo de responsabilidad puede verificarse al interior del equipo médico que realiza una intervención quirúrgica. El médico jefe puede verse expuesto a responder por el hecho del médico especialista, del médico anestesista o de los auxiliares médicos (enfermera, arsenalera, auxiliar paramédico, etc.) Por otra parte, la hipótesis práctica más importante de responsabilidad por el hecho ajeno, está dada por la irrupción de los centros privados de salud. La clínica puede responder por el hecho de los auxiliares médicos o por los médicos que trabajan al interior del establecimiento privado de salud.

Si bien en nuestro derecho positivo se encuentra bien asentada la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad cuasidelictual, su aplicación al ámbito médico plantea serios problemas de fronteras. En primer lugar, no siempre resulta fácil determinar si corresponde aplicar el estatuto contractual o cuasidelictual. En segundo término, aplicar estatutos de responsabilidad distintos a situaciones similares crea diferencias injustificadas en el tratamiento de las víctimas. Es bastante frecuente criticar las diferencias a que puede dar lugar la aplicación de estatutos diversos de responsabilidad civil entre la víctima directa y las víctimas por rebote¹². Ésta es la razón por la cual cabría reflexionar sobre la posibilidad de establecer un mismo régimen jurídico cuando el incumplimiento de obligaciones profesionales emanadas de un contrato afecta al co-contratante o a un tercero¹³.

El estudio de la responsabilidad por el hecho ajeno en el ámbito médico convoca:

- I. El análisis sucesivo de la responsabilidad civil al interior del equipo médico.
- II. La responsabilidad civil de la clínica por el hecho de otro y, por último.
- III. De *lege ferenda* es conveniente plantear la unificación del estatuto de responsabilidad civil profesional.

¹¹ Vid. AMBIALET, J., *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, Paris, LGDJ, 1965.

¹² Sobre el daño por rebote, ELORRIAGA DE BONIS, F., "Del daño por repercusión o rebote", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2, 1999, pp. 368-398.

¹³ Sobre el particular, VINEY, G., *Droit civil. Introduction à la responsabilité civile*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1995, N° 242 y ss, p. 442 y ss.

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EQUIPO MÉDICO

Una primera hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno es aquella que puede verificarse en el desempeño colectivo de la medicina. Es decir, cuando el acto médico es ejecutado por un grupo formado por uno o varios médicos especialistas y personal auxiliar. La responsabilidad civil que puede generarse en el seno del equipo médico puede involucrar la responsabilidad del médico jefe por negligencias cometidas por el personal auxiliar o por otro médico. En suma, nada más para efectos de sistematizar el estudio, la responsabilidad civil por el hecho ajeno en el equipo médico puede reducirse a dos hipótesis: la posibilidad de exigir la reparación del daño al médico por el hecho de un auxiliar bajo su dependencia y la responsabilidad del médico por el hecho de otro médico miembro del equipo.

1. La responsabilidad contractual del médico por el hecho de un auxiliar médico

El ejercicio moderno de la medicina requiere la participación no sólo de médicos sino de auxiliares médicos que desempeñan importantes funciones durante la intervención quirúrgica. El médico tratante cuenta con un equipo que ofrece al paciente para practicar la intervención necesaria. Se trata de profesionales de su confianza, pues el médico tratante prefiere operar con la serenidad que le entrega su propio personal. Entre el médico y su equipo debe existir una colaboración estrecha formada por un intercambio continuo de opiniones y consejos recíprocos. Los auxiliares pueden ser un estudiante en medicina, personal de enfermería, arsenaleras u otras personas que no revistiendo la calidad de médico participen en la cirugía.

Durante el acto médico los auxiliares pueden cometer una negligencia que genere un daño al paciente. De ahí que podamos interrogarnos sobre la posible responsabilidad del jefe del equipo por el hecho de los auxiliares. Para resolver los problemas jurídicos que puede desencadenar la negligencia cometida por un auxiliar, deben determinarse cuáles son las relaciones jurídicas de los miembros del equipo con el paciente. Los auxiliares médicos pueden encontrarse bajo una doble dependencia. Puede ocurrir que el paciente contrate con un médico determinado y que éste elija el personal auxiliar que participará en el acto médico, situación usual en la práctica colectiva de la medicina. Al ser elegido el personal auxiliar por el médico tratante existe un contrato entre ellos, quien introduce en el cumplimiento de su obligación contractual un tercero respecto del paciente. Una segunda posibilidad es que el paciente contrate con el médico jefe, pero al estar afiliado a una Isapre, deba practicarse la intervención en una clínica asociada o que pertenezca a la institución de salud. En esta hipótesis el equipo auxiliar podría ser proporcionado por la misma clíni-

ca¹⁴. Aquí, el equipo auxiliar no ha sido introducido por el médico tratante, sino que se trata de personal asalariado de la clínica de salud.

En la primera hipótesis, entre el paciente y el personal auxiliar no existe ninguna relación contractual, lo cual significa que le estaría vedado al paciente esgrimir el estatuto contractual contra aquel auxiliar que haya cometido una negligencia. Sólo podría exigir la reparación al auxiliar negligente por la vía cuasidelictual. Sin embargo, por una ficción jurídica podría interpretarse que el médico tratante estipuló con los otros miembros del equipo a favor del paciente. En otros términos, el médico celebró una estipulación a favor del paciente con cada uno de los miembros del equipo médico¹⁵. De esta manera, el paciente, al aceptar dicha estipulación, puede exigir la responsabilidad contractual de los miembros del equipo médico. Se trata de un expediente usual para contractualizar la responsabilidad civil¹⁶. A pesar de la ausencia de contrato entre el paciente y los miembros del equipo médico, se aplican las reglas de la responsabilidad contractual. Sin embargo, no hay que olvidar que la estipulación a favor de otro requiere la aceptación del beneficiario para ser exigible. Antes de la aceptación, no sólo las partes de la estipulación pueden acordar revocar el derecho ingresado al patrimonio del beneficiario sino que este último puede no aceptar y, en consecuencia, regirse por las reglas previstas en el título xxxv del libro iv del *Código Civil*. Por lo tanto, la estipulación a favor de otro permite burlar el principio de no concurrencia de responsabilidades. En definitiva, el paciente al aceptar la estipulación en su favor, podrá optar entre perseguir la responsabilidad contractual del auxiliar médico negligente o, en segundo término, ignorar la estipulación y preferir la vía cuasidelictual¹⁷. En

¹⁴ Según se ha resuelto en sede de protección, la clínica privada no puede imponer los auxiliares o especialistas al médico tratante, salvo cuando éste sea también parte del equipo de la clínica. *Vid.* en este sentido, Corte Suprema, 29 de abril de 1997, en RDJ, t. xciv, 1997, p. 33 y ss.

¹⁵ Sobre la estipulación a favor de otro, RAMOS PAZOS, R., “La estipulación en favor de otro”, en *Revista de derecho*, N° 193, Concepción, Universidad de Concepción, pp. 7-35.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de abril de 2000, en GJ, N° 238, p. 79; *Vid.* ZELAYA ETCHEGARAY, P., “Responsabilidad civil de hospitales y Clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales)”, en RDJ, tomo xciv, 1997, p. 61, quien manifiesta que “entender que en estos casos opera la estipulación a favor de terceros o el simple apoderamiento constituye una ficción inaceptable”.

¹⁷ Así ocurrió en la jurisprudencia francesa hasta mediados del siglo xx. Para efectos de permitir a las víctimas, por rebote, ejercer una acción de naturaleza contractual basada en el incumplimiento de la obligación de seguridad, la jurisprudencia gala estimó que existía una estipulación tácita pactada entre el transportista y el pasajero/víctima, a favor de los parientes cercanos de este último. Así, las víctimas al aceptar la estipulación podían optar por el estatuto contractual o ejercer la acción cuasidelictual. Esta jurisprudencia fue descartada por la Corte de Casación. *Vid.* Corte de Casación, 24 de noviembre de 1954, en JCP, 1955, II, n. N.B. Sólo en casos aislados se ha recurrido a la estipulación a favor de otro. Con anterioridad a la introducción

virtud de la estipulación a favor de otro se establece una verdadera opción de estatuto de responsabilidad civil.

En todo caso, aquí no nos encontramos ante una responsabilidad por el hecho ajeno. Ya sea que el paciente, víctima de una negligencia cometida por algún auxiliar médico, esgrima el estatuto contractual o cuasidelictual, será una responsabilidad por el hecho propio. La acción de responsabilidad se dirige en contra del auxiliar que cometió la negligencia. Lo que nos interesa dilucidar es la posibilidad de exigir la responsabilidad del médico tratante por un hecho u omisión imputable al auxiliar y qué reglas cabría aplicar. En la hipótesis que estamos analizando dijimos que existe contrato entre el médico tratante y el paciente, luego, el médico introdujo otros sujetos que participan en la ejecución de las prestaciones a las cuales se comprometió. Sin duda, el médico tratante está facultado para formar un equipo idóneo que permita satisfacer sus obligaciones emanadas del contrato médico. Es absurdo exigir al médico tratante que lleve a cabo todas las obligaciones de manera personal, sobre todo teniendo en cuenta la complejidad creciente de las intervenciones quirúrgicas.

Para aceptar la responsabilidad del médico jefe por los auxiliares médicos, debe probarse que fue el propio médico tratante quien introdujo los auxiliares en la ejecución de la prestación médica. El médico es responsable, porque no puede alegar que el hecho del tercero le es extraño. Existe responsabilidad médica por el hecho ajeno cuando el médico tratante introduce un tercero en el cumplimiento de su obligación contractual. En este caso, se trata de la responsabilidad contractual por el hecho de otro¹⁸. El médico tratante es deudor de

186

de la directiva sobre productos defectuosos, los tribunales de instancia han admitido la estipulación pactada entre una clínica y un centro de transfusión de sangre a favor del paciente/víctima. TGI, Paris, 1 de julio de 1991, en JCP, 1992, II, 21762, nota M. HARICHAUX. En el mismo sentido una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. *Vid. supra* (n 16).

¹⁸ La responsabilidad contractual por el hecho de otro no tiene un tratamiento particular en el *Código Civil* chileno a diferencia de lo que ocurre con otros códigos modernos. Así, por ejemplo, el BGB señala en su artículo 278: “el deudor debe responder de la culpa de su representante legal y de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación, de la misma manera que si se tratara de su culpa personal”. También el artículo 101 del código federal suizo de las obligaciones “Aquel que, incluso de manera lícita, confía a auxiliares tales como personas que viven con él o trabajadores, el cuidado de ejecutar una obligación o de ejercer un derecho derivado de una obligación, es responsable ante la otra parte del daño que causen en el cumplimiento de su trabajo”. Nuestro *Código Civil*, al igual que su símil francés, no contempla una regla general que se ocupe de la responsabilidad contractual por el hecho de otro. Sin embargo, existen algunos preceptos dispersos que aluden a ella. Cabe tener presente los siguientes artículos del *Código Civil* que se refieren a la responsabilidad contractual por el hecho de otro: art. 1.679: “en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”; art. 1.925: “Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios”: art.

una obligación contractual determinada, la cual encomienda ejecutar en parte a un tercero, quien al incumplirla causa un perjuicio al paciente. La designación del auxiliar debe emanar de la voluntad del médico tratante. No es necesario establecer un vínculo de subordinación como ocurre en la responsabilidad delictual o cuasidelictual por el hecho ajeno, basta que el auxiliar haya sido designado por el deudor principal¹⁹. No debe probarse la culpa del médico tratante. Basta la negligencia del auxiliar designado por el médico a cargo para hacerlo responsable. En el caso que se le impute una culpa personal al médico como falta de vigilancia, culpa en la elección o en la organización del acto médico, no nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, sino por incumplimiento de una obligación personal. Aquí lo que interesa es determinar la culpa del auxiliar y que éste haya sido designado por voluntad del médico tratante. En suma, la culpa del médico a cargo no es una condición para establecer su responsabilidad por el hecho de un tercero que interviene en el acto médico. De esta manera, se construye una verdadera responsabilidad contractual por el hecho ajeno, cuyas reglas difieren de la responsabilidad aquiliana. El médico al ejecutar su obligación contractual por un tercero debe responder por los actos de este último.

No existe claridad en cuanto al régimen jurídico aplicable a la responsabilidad contractual del médico por el hecho de un auxiliar. A pesar de su relevancia, no existen estudios importantes relativos a este tipo de responsabilidad en el derecho chileno²⁰. La doctrina y la jurisprudencia suelen aplicar o hacer extensiva la responsabilidad por el hecho ajeno ex. artículos 2.320 y 2.322 al ámbito contractual²¹. Ésta es la razón por la cual las condiciones previstas en el

187

1.926: “Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios”; art. 1.941: “el arrendatario es responsable no sólo de su propia culpa, sino de la de su familia, huéspedes y dependientes”; art. 2.014: “Las obligaciones que aquí se imponen al acarreador, se entienden impuestas al empresario de transportes, como responsable de la idoneidad y buena conducta de las personas que emplea” y art. 2.015: “...Y tendrá lugar la responsabilidad del acarreador no sólo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes”; art. 2.243: “El posadero es además obligado a la seguridad de los efectos que el alojado conserva alrededor de sí. Bajo este respecto es responsable del daño causado o del hurto o robo cometido por los sirvientes de la posada, o por personas extrañas que no sean familiares o visitantes del alojado”.

¹⁹ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1998, N° 813 y ss., p. 907.

²⁰ Cfr. FUENTES DE LA SOTTA, A., *La responsabilidad por el hecho de otro en materia contractual*, memoria de prueba, Universidad de Chile, Santiago, 1938; VELASCO, X., *La responsabilidad contractual por el hecho ajeno*, Memoria de Prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1962.

²¹ Un ejemplo de esta confusión en Corte de Apelaciones de Coyhaique, 9 de julio de 1996, FM, N° 455, p. 2.318; Cfr. ZELAYA ETCHEGARAY (n. 16), p. 62. Este autor expresa que existiría un problema de orden normativo para acoger la responsabilidad contractual por el

artículo 2.320 del *Código Civil* se aplican al ámbito contractual; sin embargo, esta responsabilidad debe regirse por las reglas previstas en el título XII del libro IV del *Código Civil*. El elemento esencial para que estemos en presencia de este tipo de responsabilidad es que la voluntad del deudor haya intervenido para introducir en el cumplimiento de la obligación a un tercero ajeno al acreedor. Si no existiera un vínculo entre el tercero y el deudor no podría haber responsabilidad de este último. En efecto, dicha intervención podría configurar una causal de exoneración de responsabilidad. La intervención de un tercero que impida el cumplimiento de la obligación constituye una causa extraña que exonera de responsabilidad al deudor.

Ahora bien. Esta responsabilidad médica por el hecho de un auxiliar esta basada en la culpa. Dicho de otra manera, debe concurrir una infracción a una obligación contractual por descuido o negligencia en la ejecución de la misma. Cabe recordar que las obligaciones en el ámbito médico son de medios. El deudor se obliga a adecuar su conducta a un estándar que satisfaga el nivel de diligencia previsto en el contrato o en la ley. Por otra parte, el incumplimiento de las obligaciones contractuales se presume culpable ex. artículo 1.547, inciso 3º del *Código Civil*. En consecuencia, corresponde al deudor acreditar que actuó u ocupó la diligencia debida en el cumplimiento de su obligación contractual. La víctima del incumplimiento contractual sólo debe acreditar la existencia del contrato del cual emana la obligación insatisfecha. La negligencia generadora de responsabilidad contractual será aquella cometida por el tercero causante del perjuicio. De ahí que podamos referirnos a ella como responsabilidad por el hecho de otro. La justificación de esta responsabilidad reside en la voluntad del deudor que introduce al tercero en la ejecución de su obligación contractual. Para eximirse de responsabilidad, el médico tratante deberá acreditar que el auxiliar fue diligente o la concurrencia de una causa extraña²².

188

hecho de otro, pues “solo se contemplan disposiciones que establecen una responsabilidad extracontractual por el hecho de sus dependientes”. Discrepo de esta opinión, existen varios preceptos en el *Código Civil* que establecen una responsabilidad contractual por el hecho ajeno. La regla más citada es el artículo 1.679 del *Código Civil* “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”. En este mismo sentido, CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones*, Santiago, Nascimento, 1937, tomo I, N° 1.083, p. 540 “Esta responsabilidad del deudor por los hechos de sus representantes o personas que emplea en el cumplimiento de sus obligaciones no tiene su fundamento en la disposición general del art. 2320”. *Vid. supra* (n 18).

²² Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1999, p. 29. Este autor, luego de identificar el artículo 1.679 del *Código Civil*, como la regla general de responsabilidad contractual por el hecho ajeno, señala, de manera equivocada: “Nótese que la norma no deja a salvo excepción alguna a favor del deudor, como sucede en materia delictual y cuasidelictual, en que se permite a la persona probar que ha obrado con la debida diligencia en el cuidado de la persona que se halla a su cargo. Por consiguiente, el deudor responderá siempre de su conducta y de la conducta de las personas por quienes fuere responsable”. El profesor Rodríguez olvida

En suma, la negligencia cometida por un auxiliar médico, que causa un daño al paciente, permite a este último no sólo exigir la responsabilidad por el hecho propio del auxiliar que incurrió en una negligencia sino, también, aquella responsabilidad por el hecho ajeno del médico tratante.

Sin embargo, todavía cabe resolver si existe solidaridad en la obligación de indemnizar al paciente entre el médico tratante y el auxiliar causante del daño. En el ámbito contractual es claro que la solidaridad no se presume y debe acordarse o estar establecida por ley o el testamento. En consecuencia, existiendo responsabilidad por el hecho ajeno del médico tratante por los actos de los auxiliares que introdujo en el cumplimiento de su obligación contractual no sería posible admitir la solidaridad. En el ámbito contractual cabe tener presente el artículo 1.679 del *Código Civil*, que señala: “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”. La regla transcrita permite establecer en el ámbito contractual la responsabilidad del médico por el total del daño causado por aquellos sujetos que incumplieron la obligación encomendada. No resulta necesario demandar en subsidio la responsabilidad del médico o deudor principal, pues el artículo 1.679 del *Código Civil* asimila el incumplimiento del tercero al propio actuar del deudor principal.

Este problema no es particular de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, pues la misma interrogante se presenta en el ámbito extracontractual. La doctrina tradicional rechaza la solidaridad entre el tercero civilmente responsable y el agente directo del daño. Por su parte, la jurisprudencia entrega soluciones contradictorias²³. Ahora bien, si no existe solidaridad, sig-

189

las reglas generales en materia de responsabilidad contractual. Debe tenerse presente el artículo 1.547 del *Código Civil*, que permite probar la diligencia al deudor de una obligación contractual y cualquier hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor. La prueba de la diligencia en el actuar del tercero por quien responde el deudor debe exonerarlo de responsabilidad, pues esto equivale al cumplimiento de su obligación contractual.

²³ Así, por ejemplo, en una reciente sentencia en que fue condenado el Arzobispado por el hecho de un clérigo a pagar la suma de cincuenta millones se aplicó la solidaridad entre el agente directo y el tercero civilmente responsable. Causa rol 3636-2002 del 16° Juzgado del Crimen de Santiago. Esta misma solución aparece recogida por la Corte de Apelaciones de La Serena, 3 de mayo de 1978, en RDJ, tomo LXXV, sec. 4ª, p. 343. Sin embargo, la Corte Suprema en aplicación del art. 2.320 del *Código Civil*, niega lugar a la solidaridad, pues se sostiene que la solidaridad se aplica en el ámbito extracontractual sólo cuando el delito ha sido cometido por dos o más personas. Se interpreta que la expresión “cometido por dos o más personas” significa que el cuasidelito debe ser el mismo y de manera coetánea para aplicar la solidaridad en el pago de la indemnización. Corte Suprema, 28 de diciembre de 1998, causa rol 15.847 del 2° Juzgado Civil de Los Andes (sin publicar). Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (n. 7), p. 323, n. 3; lo sigue ABELIUK MANASEVICH, R., *Las Obligaciones*, 4ª ed., Santiago, Jurídica, 2001, tomo I, N° 277, p. 256: Refiriéndose a la responsabilidad por el hecho ajeno ex. artículo 2.320, el autor señala:

nifica que la víctima sólo podría exigir a cada responsable su cuota en la indemnización bajo las reglas de la causalidad en el daño. Este criterio parece bastante defectuoso e impreciso. ¿Cómo determinar la cuota que le cabe a cada partícipe en el daño? Al no existir solución explícita debería dividirse la indemnización por partes iguales; sin embargo, esta solución parte del supuesto que ambos sujetos de derecho (el agente directo y el tercero civilmente responsable) han cometido el ilícito civil. Este análisis se aparta de la responsabilidad por el hecho ajeno. En realidad, este tipo de responsabilidad involucra una infracción imputable al agente directo, de ahí que se denomine *responsabilidad por el hecho de otro*. El tercero civilmente responde por un ilícito (el hecho de aquéllos que estuvieren a su cuidado) cometido por el agente directo del daño. Esta aclaración permite descartar un pago de la indemnización según la participación en el ilícito. El principal no puede alegar que sólo le corresponde pagar una parte o cuota, pues esta solución significa negar la responsabilidad por el hecho ajeno²⁴. De ahí que el artículo 2.325 del *Código Civil* le permita al principal o tercero civilmente responsable, que pagó la indemnización, de repetir en contra del agente directo. Este precepto no limita el derecho de repetición a una cuota o parte de la indemnización, sin embargo, estas consideracio-

“No puede, eso sí, demandar a ambos, porque la ley no establece solidaridad, salvo el caso ya señalado del propietario que ha dado el vehículo para que otro lo conduzca: podría sí hacerlo pero en forma subsidiaria, porque lo que no puede es pretender cobrar a ambos”. Existe también jurisprudencia en esta línea, Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 26 de octubre de 1989, en RDJ, tomo LXXXVI, sec. 2ª, p. 113.

²⁴ El profesor Zelaya parece acoger la idea de que el empresario no debe responder por el total y sólo puede exigírsele una cuota o parte de la indemnización. Este autor señala: “[E]n estricta técnica jurídica, la víctima no podría demandar al empresario por el total del daño causado. El empresario demandado podrá alegar siempre que sólo le corresponde pagar una parte o cuota de la obligación y el resto, le corresponde pagarla al dependiente culpable. Además, esta postura exige, en estricta teoría, que la víctima pruebe no sólo la culpa del empresario sino la del dependiente/agente material del daño, de manera que exista la coparticipación culpable que exige el referido art. 2.317 CC.”. Creo que el profesor Zelaya incurre en una doble confusión. Si parte de la base que el empresario (tercero civilmente responsable) sólo puede responder por la parte o cuota de la obligación, no puede, luego, señalar que la prueba de la culpa del empresario acredita la coparticipación que exige el artículo 2.317 del *Código Civil*. Si se concluye que existe coparticipación debe aceptarse la solidaridad, pues se cumple con la condición prevista en el artículo 2.317. Se trata de dos soluciones incompatibles. La primera, que el empresario sólo responda por su cuota y la segunda que se estime que existe coparticipación, lo cual hace procedente la solidaridad. En segundo término, al situarse en el ámbito delictual o cuasidelictual, no puede exigirse a la víctima que pruebe la culpa del empresario, pues el artículo 2.320 del *Código Civil* establece una presunción en su contra, según estima la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia. Vid. ZELAYA ETCHEGARAY, P., “La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente (un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)”, en *Revista de Derecho*, N° 197, año LXIII, 1995, pp.101-145, en particular, pp. 129 y 130.

nes no permiten establecer la regla de solidaridad. La interpretación más acorde con las reglas jurídicas en cuestión, permite a la víctima demandar por el total al agente directo del daño y en subsidio al principal. En consecuencia, ambos sujetos pueden responder por el total, salvo que la responsabilidad en el pago de la indemnización es subsidiaria en el caso del tercero civilmente responsable. La víctima debe dirigir su demanda en contra del agente directo del daño y en subsidio del principal o tercero civilmente responsable.

La segunda hipótesis a que aludimos, consiste en que el personal auxiliar haya sido proporcionado por la clínica sin intervención de la voluntad del médico tratante. A su turno, la clínica ha podido ser propuesta por el propio médico o pertenecer a la Isapre del paciente. Para definir la posibilidad de responsabilidad del médico por el hecho de auxiliares vinculados contractualmente con la clínica es importante considerar si éstos han sido incluidos en el equipo por el médico o han sido impuestos por la clínica. Solamente en el evento que los auxiliares hayan sido introducidos por el médico tratante para la ejecución de su obligación contractual podría exigirse responsabilidad al médico por el hecho de un auxiliar médico. En caso contrario, el paciente podrá, según veremos, dirigir su acción contra la clínica o directamente contra el auxiliar culpable. En este caso, el paciente exige la responsabilidad contractual de la clínica por incumplimiento del contrato de hospitalización o contra el auxiliar por el hecho propio de índole cuasidelictual. La intervención del paciente en la elección de la clínica constituye una especie de línea de demarcación entre la obligación de cuidado a que está sujeto el médico y aquellos cuidados anexos que forman parte de la obligación contractual del contrato de hospitalización suscrito con la clínica²⁵. El médico que no interviene en la elección de la clínica no introduce ningún tercero en la ejecución de su obligación contractual. No se trata de personas por las cuales deba responder. En este caso es el paciente quien elige la clínica, la cual, a su turno, provee el personal auxiliar necesario para ejecutar la intervención médica. Con todo, esto no impide que pueda existir una responsabilidad del médico por faltar a su deber de cuidado de vigilancia durante el acto médico. Si bien no eligió a los auxiliares, en su calidad de jefe del equipo debe ejecutar su obligación de vigilancia respecto de los demás. Sin embargo, en caso de faltar al deber de vigilancia no estamos en presencia de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno. El médico incumplió la obligación de vigilancia establecida en el contrato médico con el paciente. En suma, fuera de las hipótesis de culpa personal, el médico sólo es responsable por los actos de sus auxiliares cuando se ha comprometido a proporcionar personalmente o por intermedio de otro los cuidados durante la ejecución de los cuales la culpa ha sido establecida.

²⁵ AMBIALET (n. 11), p. 79.

2. La responsabilidad contractual del médico por el hecho de otro médico

Una hipótesis más delicada consiste en la posibilidad de hacer responsable al médico jefe por el hecho de otro médico que participa en el equipo²⁶. Según dijimos, el acto médico puede requerir la participación de otros facultativos. Así podemos encontrar en un equipo médico al médico jefe, el médico 1º, el médico 2º y el anestesista. Si alguno de los médicos comete un ilícito civil, ¿puede admitirse la responsabilidad del médico jefe?, ¿puede el cirujano responder por la culpa del médico anestesista? Para negar esta posibilidad se ha dicho que cada médico ejerce su actividad en conformidad a la *lex artis* de manera autónoma. No existiría posibilidad de control por parte del médico jefe o cirujano, ya que el anestesista practica su oficio de manera independiente. El cirujano carece de la posibilidad material de vigilar o controlar al médico anestesista, salvo casos de negligencia grosera. Por otra parte, la exigencia de subordinación entre profesionales de diversa especialidad es una ilusión. No obstante, esta imposibilidad no justifica el rechazo de la responsabilidad del médico jefe. En efecto, si bien el médico jefe no puede evaluar la actividad de su colega, al introducirlo de manera voluntaria en la ejecución de su obligación contractual debe responder por el hecho ajeno. No se trata de establecer una culpa en la elección del otro profesional. Ésta puede dar lugar a la responsabilidad por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

192

Por regla general el médico tratante contrata a los profesionales que le acompañarán en la cirugía. Así, el médico cirujano elige al anestesista y lo propone al paciente, el cual, por regla general, acepta. Es cierto que el paciente puede proponer al médico cirujano un anestesista de su confianza, sin embargo, es difícil que el médico tratante acepte operar con un anestesiólogo que no sea de su confianza. El anestesiólogo, por su parte, tendrá la ocasión de conocer al paciente en el examen preoperatorio con la finalidad de descartar posibles reacciones alérgicas. En definitiva, si el médico jefe ha introducido al anestesiólogo para la ejecución de su obligación médica debe responder por el hecho ajeno; sólo cabe establecer la responsabilidad del médico jefe cuando ha elegido e introducido en el equipo al otro médico para ejecutar parte de su obligación contractual.

Por el contrario, en el caso que el anestesista haya sido elegido por el propio paciente, ninguna responsabilidad puede imputarse al médico jefe que no sea por negligencia propia. Entre el paciente y el médico asistente o el médico especialista existiría una relación contractual. Si existe un contrato entre el paciente y el médico anestesista y éste causa un daño, el anestesiólogo es contractualmente responsable. No obstante, según dijimos, esta situación es, más bien, hipotética. En la práctica médica, el paciente no contrata con el médico

²⁶ ACOSTA RAMÍREZ, V., *De la responsabilidad civil médica*, Santiago, Jurídica, 1990, p. 405 y ss.

anestesiista. No existen contratos paralelos entre el paciente y el médico tratante, por una parte, y el médico anestesiista, por otra. El enfermo no se preocupa de elegir su anesthesiologo. La organizacion de la intervencion medica queda a cargo del medico tratante. La relacion de confianza profesional existe entre el medico jefe y el medico anestesiista.

En el caso de clinicas privadas de salud la situacion varia. Actualmente, algunas clinicas privadas imponen sus anesthesiologos al medico tratante cuando este forma parte del propio equipo de la clinica. En este caso, segun veremos, la clinica debe responder por las negligencias de sus medicos.

En resumen, el medico cirujano debe responder por el hecho de los medicos que introduce en el cumplimiento de su obligacion contractual. Por el contrario, ya sea que el medico especialista o anesthesiologo haya sido propuesto por el paciente o impuesto por la clinica, no cabe establecer responsabilidad del medico tratante por el hecho ajeno; lo cual no impide que el paciente pueda demandar directamente, por la via cuasidelictual, al medico asistente o anestesiista que incurrió en la negligencia medica. En este caso, debera invocar la responsabilidad por el hecho propio prevista en los articulos 2.314 y 2.329 del *Código Civil*.

Con todo, la responsabilidad del cirujano por el hecho de otro medico ha tenido una aplicacion marginal en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Al exigir la responsabilidad penal del medico, la responsabilidad civil invocada en el antiguo proceso penal es la cuasidelictual; sin embargo, las limitaciones a la accion civil en el nuevo proceso penal dara lugar a un auge importante de la responsabilidad medica contractual, la cual, esta vez, sera exigida ante un tribunal civil²⁷.

En el celebre caso "Beraud", la Corte Suprema, recogiendo los argumentos de los tribunales de instancia se refiere a la responsabilidad civil al interior del equipo medico. La doctrina acogida por el fallo es bastante atipica. Los hechos son de publico conocimiento. El Sr. Beraud debia ser intervenido de su cadera derecha afectada de artrosis con la finalidad de someterlo a una artroplastia total de la cadera y la implantacion de una protesis; sin embargo, fue intervenido de su cadera izquierda.

El equipo medico estaba compuesto por el cirujano jefe, un medico ayudante 1º, un medico ayudante 2º, una anestesiista, una pabellonera, una arsenalera y el ayudante de anestesia. Luego de percatarse del error, se introdujo en el equipo un traumatologo. Para establecer la responsabilidad del medico anestesiista se señala que: "tenia iguales deberes de cuidado que los demas miembros del equipo quirurgico, por lo que no es efectivo que la acusada... se haya ajustado plenamente al cuidado debido que le era exigible". Además, la sentencia de la Corte Suprema afirma que:

²⁷ Vid. sobre el particular, RUIZ PULIDO, G., "La accion civil en el nuevo proceso penal", en *Revista de Derecho*, N° 2, Consejo de Defensa del Estado, 2000, p. 167 y ss.

“para configurar la responsabilidad cuasidelictual de la recurrente (anestesióloga), los sentenciadores de la instancia estimaron que ella, como partícipe de un trabajo médico en equipo no pudo estar ajena a la lógica coordinación de actividades dirigidas a un mismo fin o propósito común y último, cual era la artroplastía de la cadera derecha del paciente que debía realizarse, lo que ninguno de los intervinientes podía ignorar, cualquiera fuera la actividad parcial que le correspondiere realizar en la intervención quirúrgica”.

Y termina en lo que atañe a la anestesióloga señalando que “la conducta descuidada, negligente y culpable de la recurrente, junto a la de otros integrantes del equipo que participó en la operación quirúrgica del querellante, condujo a que se produjera el resultado antijurídico”. Se establece una responsabilidad colectiva de los miembros del equipo²⁸.

Todos responden por todos, ya que existiría una obligación recíproca de vigilancia que imperaría respecto de cada uno de los miembros del equipo médico. Esta solución es criticable. No cabe consagrar la responsabilidad civil de los auxiliares médicos por negligencias imputables a los médicos que forman el equipo.

194 Aplicando las reglas de la responsabilidad cuasidelictual, es claro que no existe ninguna subordinación del médico respecto del auxiliar, sino todo lo contrario. Aquí no puede tratarse de la responsabilidad por el hecho ajeno, pues resulta inapropiado sostener algún vínculo de subordinación del jefe del equipo respecto de los auxiliares. Sólo podría tratarse de una responsabilidad basada en la culpa propia. Ésta, según el fallo, consistió en la falta de vigilancia y coordinación del equipo médico, solución que tampoco parece ajustada a derecho. No puede exigirse a un subalterno, bajo dependencia profesional, que vigile a su superior jerárquico. Tampoco el subalterno, la pabellonera o la arsenalera, están en condiciones de poder reclamar una conducta determinada al jefe del equipo, sólo puede establecerse la responsabilidad por el hecho propio de los auxiliares cuando se trate de negligencias que tengan relación con su propia conducta.

Ahora bien, en la situación que nos ocupa, esto es, la responsabilidad del médico por el hecho de otro médico, no puede establecerse una obligación recíproca de vigilancia. Es absolutamente ilusorio pensar que médicos de distintas especialidades puedan evaluar y calificar el acto médico de otro facultativo.

Al establecer una obligación general y recíproca de vigilancia entre los miembros del equipo se consagra una genuina obligación de resultado. En

²⁸ COURT MURAZZO, E., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil médica a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacionales”, en *Cuadernos Jurídicos*, N° 7, Viña del Mar, Universidad Adolfo Ibáñez, 1997, pp. 20-22.

efecto, en el evento que algún médico del equipo cometa una negligencia, ésta podría imputarse a falta de vigilancia de los otros médicos; sin embargo, la responsabilidad médica, al menos en el ámbito del ejercicio de la medicina, sigue siendo una obligación de medios. Ninguno de los médicos puede obligarse a un resultado determinado, salvo en ámbitos específicos del ejercicio de la medicina²⁹. Así ocurrió con el médico ayudante 1º: la Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto por el médico primer ayudante. Para esto, considera que incurrió en culpa, al igual que todos los miembros del equipo, al no haberse informado del órgano a intervenir. Se esgrime, además, como argumento, la teoría de la equivalencia de las condiciones³⁰.

Para establecer la responsabilidad civil de los médicos que forman un equipo debe tomarse en cuenta el estatuto aplicable. Si se trata de la responsabilidad por el hecho propio delictual o cuasidelictual, debe acreditarse la culpa personal del médico imputado. Si la responsabilidad esgrimida es aquella descrita en el artículo 2.320 por el hecho ajeno, debe existir un vínculo de subordinación entre el agente directo del daño (deberá ser en todo caso un sujeto distinto al médico jefe) y el tercero civilmente responsable. Por último, en el ámbito contractual, basta que el co-contratante de la víctima (el médico tratante) haya introducido por su voluntad otro sujeto para la ejecución de su obligación contractual. En este caso, se trata de un tercero por el cual el médico debe responder.

195

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA CLÍNICA POR EL HECHO AJENO

La prestación médica por centros de salud privados o públicos se ha transformado en la forma ordinaria de acceder a servicios de salud³¹. La intervención de la clínica en la prestación de los servicios médicos da lugar a relaciones jurídicas complejas. Por regla general, la clínica celebra un contrato de hospitalización con el paciente, el cual no involucra necesariamente la prestación de servicios médicos; sin embargo, puede ocurrir y es frecuente que así sea, que la clínica no sólo se comprometa a satisfacer los deberes de hotelaría, alimentación, cuidado e higiene que emanan del contrato de hospitalización, sino,

²⁹ Así ocurre en el derecho comparado con la cirugía estética, la cual no debe confundirse con la cirugía reparatoria, en el caso de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias y cuando el daño tiene su origen en el uso o introducción de un producto defectuoso.

³⁰ Considerando 37º: “conducta negligente que, al igual que la de otros integrantes del equipo interdisciplinario, pero con el mismo objetivo común, que participó en aquella intervención quirúrgica dio origen a que se produjera el resultado antijurídico, esto es, las lesiones graves en la cadera que no debía ser operada, al punto que si no hubiere mediado culpabilidad en uno cualquiera de los miembros del equipo, tal resultado no se hubiere producido, de donde se sigue la necesaria relación de causalidad entre cada responsabilidad y el resultado”.

³¹ ZELAYA ETCHEGARAY (n. 16), p. 49.

también, a practicar actos médicos por intermedio de los facultativos y auxiliares médicos que trabajan en el establecimiento de salud. Las diversas prestaciones a las cuales se obliga, pueden involucrar una responsabilidad civil a favor del paciente. Dicha responsabilidad puede ser por incumplimiento de prestaciones ajenas a la responsabilidad médica. Con esto quiero decir que no involucran un acto realizado por un médico. Así, por ejemplo, responsabilidad civil por defectos en las instalaciones (accidentes causados por defectos de infraestructura) o en el uso de productos defectuosos (alimentación, instrumentos médicos), etc. Esta responsabilidad puede ser contractual o cuasidelictual, según exista o no un vínculo contractual entre el paciente y la clínica. En todo caso, se trata de responsabilidad basada en un incumplimiento o negligencia imputable directamente a la institución.

Existen distintas teorías doctrinarias para establecer la responsabilidad directa de la clínica³².

El estatuto aplicable en la jurisprudencia nacional ha sido, por regla general, la responsabilidad cuasidelictual. Esto es lógico, teniendo presente que la responsabilidad civil de la clínica, según dijimos, se exige en el proceso penal en que se persigue la responsabilidad criminal del médico o facultativos a quienes se les imputa el cuasidelito prescrito en el artículo 491 del *Código Penal*. Así las cosas, la responsabilidad civil de la clínica constituye un accesorio de la responsabilidad penal y civil del médico o auxiliar médico. La doctrina tradicional ha estimado que procede la opción cuando la inejecución de la obligación contractual coincide con un delito o cuasidelito penal³³. La acción civil que nace del delito o cuasidelito penal se rige por el estatuto extracontractual. Si bien esta excepción está pensada para la acción civil contra el autor del delito o cuasidelito penal, la jurisprudencia aplica sin excepción la responsabilidad aquiliana a la clínica, obviando la relación contractual que pueda existir entre la víctima y la institución de salud. Cabe, además, señalar que no cabría hacer extensiva la opción a la responsabilidad aplicable a la clínica, puesto que esta última es una persona jurídica que carece de responsabilidad penal.

Con todo, la opción a favor de la víctima, cuando el incumplimiento contractual equivale a un ilícito penal, se encuentra bien instalada en nuestra práctica judicial. Sin embargo, es posible vaticinar un cambio con la introducción del nuevo proceso penal. En efecto, el artículo 59 del nuevo *Código de Procedimiento Penal* establece que las acciones civiles destinadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible contra personas distintas al imputado o ejercidas por personas distintas a la víctima sólo podrán ejercerse ante el tribunal civil competente. Dicho de otra manera, sólo la víctima de una negligencia médica podrá ejercer en el proceso penal la acción civil en contra

³² Un espléndido resumen puede consultarse en ZELAYA ETCHEGARAY (n. 16), p. 64 y ss.

³³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 7), N° 51, p. 91.

del médico imputado. Esto sin perjuicio de que la víctima puede hacer efectiva la responsabilidad civil del imputado ante un tribunal civil.

Respecto a la responsabilidad civil que pueda caberle a la clínica u otros involucrados deberá dirigirse ante la justicia civil. En principio, tampoco podrán ejercer una acción civil en el proceso penal las víctimas por rebote o repercusión; si bien, en la definición de víctima prevista en el artículo 108 del *Código Procesal Penal*, en caso de muerte del ofendido y en aquellos casos en que el ofendido no pudiere ejercer los derechos que el código del ramo le otorga; se considera víctima determinados sujetos que pueden corresponder a víctimas por rebote, este precepto no se refiere a la acción civil³⁴. En efecto, el precepto en cuestión establece un orden de prelación que impediría intervenir a víctimas por rebote que no tuvieren preferencia. Así, por ejemplo, el cónyuge y los hijos, excluye a los ascendientes; sin embargo, los ascendientes de la víctima pueden ser víctimas por rebote con independencia del daño causado al cónyuge y a los hijos. No obstante, el precepto impide su intervención en el proceso penal. Como es lógico, el citado artículo 108 está pensado para la acción penal; por consiguiente, las víctimas por rebote deberán intentar la acción civil ante el tribunal civil competente.

Como puede observarse, la nueva normativa procesal penal tiene importantes consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil. Hasta ahora, las acciones civiles de indemnización de perjuicios, ya sea contra el imputado o el tercero civilmente responsable se ejercen en conjunto ante el tribunal del crimen. También en este mismo proceso las víctimas por rebote podían intentar la reparación del daño por repercusión. A partir de este cambio en la legislación procesal penal, puede vaticinarse un aumento en la aplicación del estatuto de responsabilidad civil contractual.

En efecto, según dijimos, la razón por la cual se aplica el estatuto cuasidelictual a la clínica radica en la excepción ampliamente aceptada a la concurrencia de responsabilidades cuando la acción civil se ejerce en el proceso penal. Sin embargo, al estar vedada la acción civil en el proceso penal para

³⁴ Artículo 108: “Concepto. Para los efectos de este código, se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge y a los hijos
- b) a los ascendientes
- c) al conviviente
- d) a los hermanos, y
- e) al adoptado o adoptante

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes”.

perseguir la responsabilidad civil de la clínica y existiendo contrato, sólo podrá invocarse el estatuto contractual. Por lo demás, la regla general es que exista contrato entre la clínica y el paciente/víctima. Tratándose de las víctimas por rebote, el estatuto aplicable seguirá siendo el cuasidelictual, pues no existe contrato entre éstas y la clínica. Solamente corresponde aplicar la responsabilidad contractual en el caso que los causahabientes invoquen su calidad de herederos para obtener la reparación del daño padecido por el causante³⁵.

Esta situación, según puede apreciarse, presenta serios problemas. En primer lugar, la víctima directa y aquéllas por rebote se regirán por un estatuto distinto. En segundo lugar, la sentencia en el proceso penal puede ser distinta a la solución dictada en lo civil. Bien puede resultar que el médico sea absuelto o se dicte un sobreseimiento definitivo y en el proceso civil se establezca la responsabilidad civil de la clínica por el hecho del médico o del mismo médico, pero a favor de las víctimas por rebote. La circunstancia de estar impedida la víctima directa de obtener la reparación civil de la clínica en el proceso penal significará potenciar el estatuto contractual. Una nueva contractualización de la responsabilidad civil médica se avizora³⁶.

En lo que concierne a la clínica, su responsabilidad puede ser directa o por el hecho ajeno. Existe una jurisprudencia uniforme que establece la procedencia de una responsabilidad directa de la clínica, la cual puede verificarse de manera independiente de la culpa o negligencia de su personal médico o auxiliares; por ejemplo, por infecciones intrahospitalarias o nosocomiales o por falta en la organización. Una muestra clara es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que, absolviendo los médicos, establece la responsabilidad objetiva de una clínica por riesgo creado, aduciendo una falta en la organización³⁷. Una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago confirma

³⁵ En efecto, existiendo un daño al causante, los herederos, ya sea el cónyuge, los hijos u otros causahabientes, pueden intentar la reparación del daño causado a su causante. Existe un debate doctrinal acerca de la transmisibilidad de la acción para obtener la reparación del daño moral de la víctima directa cuando ésta fallece de manera instantánea. La posición tradicional liderada por Alessandri y seguida por alguna jurisprudencia, sostiene que no puede un heredero obtener la reparación del daño moral de su causante cuando fallece de manera instantánea. ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 7), p. 467 y ss.; lo sigue ABELIUK MANASEVICH (n. 23), p. 229. Así lo ha fallado la Corte Suprema, 4 de mayo de 1948, en RDJ, tomo XLV, sec. 1ª, p. 526. Esta posición ha sido criticada por cierta doctrina. En particular, *vid.* ELORRIAGA DE BONIS (n. 12), p. 395 y ss.; PEÑA GONZÁLEZ, C. y JANA LINETZKY, A., *La reparación del daño moral*, Santiago, Jurídica, 2003 (en prensa); RODRÍGUEZ GREZ, (n. 22), p. 366. Una posición menos enfática en DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Santiago, Jurídica, 2000, p. 735.

³⁶ Sobre los expedientes de contractualización de la responsabilidad civil, ZELAYA ETCHEGARAY (n. 16), pp. 52-58.

³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2001, rol Corte 36.518-98 (sin publicar). V. LÓPEZ SANTA-MARÍA, J., "Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente", en *Cuadernos Jurídicos*, N° 10, Viña del Mar, Universidad Adolfo Ibáñez, marzo 1998. Una

la tendencia a establecer responsabilidad directa de la clínica³⁸. Sin embargo, aquí debe tratarse de una conducta o negligencia imputable de manera directa a la clínica.

La situación es distinta cuando estamos en presencia de la responsabilidad por el hecho de otro. Aquí es imprescindible la existencia de un acto u omisión culpable de un dependiente, a partir del cual se presume la culpa de la clínica. Estos casos han sido fallados en virtud de las reglas de la responsabilidad cuasidelictual. Pero la responsabilidad civil de la clínica puede regirse también por el estatuto contractual. Dentro del estatuto contractual aplicable a la clínica, especial relevancia tomará su responsabilidad por el hecho ajeno. La concomitancia de estatutos de responsabilidad civil permite augurar un interesante futuro a los espinudos problemas de fronteras entre ambas ramas de la responsabilidad civil. Aunque de *lege ferenda* parece necesario unificar ambos estatutos cuando se presenten daños físicos, teniendo en cuenta el derecho positivo, debemos contar con la *summa divisio* entre responsabilidad contractual y responsabilidad delictual o cuasidelictual³⁹.

cuestión distinta ocurre en la responsabilidad de los hospitales públicos en que existe una marcada jurisprudencia que establece la responsabilidad objetiva basada en argumentos constitucionales. Por vía de ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, en GJ, N° 259, p. 38 y ss. Sobre la responsabilidad objetiva del Estado *vid.* SILVA SIMMA, E., *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago, Jurídica, 1995, tomo: El servicio público, p. 247; CALDERA DELGADO, H., *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución política de 1980*, Santiago, Jurídica, 1982, pp. 205-207; SOTO KLOSS, E., *Derecho administrativo. Bases Fundamentales*, Santiago, Jurídica, 1996, tomo II, pp. 309 y 310; “Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno”, en RDJ, tomo LXXXI, 1984, 1ª parte, p. 87; cfr. PIERRY ARRAU, P., “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en RDJ, tomo XCII, 1995, 1ª parte, p. 17 y ss. Entre los numerosos fallos puede consultarse: Corte de Apelaciones PAC, 31 de diciembre de 1986, en GJ, N° 79, p. 54; Corte Suprema, 27 de junio de 1983, en GJ, N° 38, p. 34; Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de diciembre de 1993, en GJ, N° 162, p. 58; Cfr. Corte Suprema, 24 de enero de 2002, en GJ, N° 259, p. 38.

³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2002, rol Corte 1397-1998. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, 18 de diciembre de 2002, rol 3401-2002.

³⁹ El profesor Zelaya propone privilegiar la aplicación del estatuto delictual o cuasidelictual. Sin embargo, teniendo en cuenta la nueva normativa procesal penal que dará lugar a exigir la reparación ante un tribunal civil y el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, parece menos probable que el estatuto extracontractual se erija como la regla general. Por lo demás, la apreciación según la cual el estatuto extracontractual resulta más idóneo para establecer la responsabilidad de las clínicas de salud no parece completamente convincente. En efecto, las reglas previstas en el título XXXV del libro IV del *Código Civil* que describen un estatuto subjetivo de responsabilidad basado en la culpa no es más apropiado que las reglas del título XII del libro IV del mismo *Código*. Lo que ocurre es que la jurisprudencia o, más bien, ciertos fallos han ido objetivizando la responsabilidad cuasidelictual o delictual, estableciendo mecanismos que impiden liberarse de responsabilidad al tercero civilmente responsable. En la jurisprudencia nacional

Según la finalidad de este estudio, en lo que sigue nos referiremos sólo a la posible responsabilidad de la clínica por el hecho ajeno, la cual puede verificarse por actos u omisiones que causan un daño al paciente provenientes de una conducta de auxiliares bajo dependencia laboral de la institución o por parte de médicos que pueden o no presentar relación laboral con la misma.

A. La responsabilidad de la clínica por el hecho de sus dependientes

La responsabilidad de la clínica por el hecho de auxiliares médicos se encuentra bien asentada en nuestra jurisprudencia. Esto mismo ocurre de manera uniforme en el derecho comparado⁴⁰. La clínica responde por los daños causados por su personal en la ejecución de obligaciones emanadas del contrato de hospitalización, responsabilidad que puede ser contractual o cuasidelictual, según exista o no contrato. La regla general es la presencia de una relación contractual; sólo por excepción no existe contrato. Así ocurre cuando el paciente ingresa inconsciente al recinto hospitalario. Sin embargo, la jurisprudencia actual en sede criminal aplica la responsabilidad cuasidelictual de manera uniforme. Con todo, según dijimos, ante las restricciones establecidas por el artículo 59 del nuevo *Código Procesal Penal*, la responsabilidad contractual será el estatuto usual aplicable.

200

sólo existe una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que ha aplicado la responsabilidad objetiva a una clínica. Sin embargo, no existe un pronunciamiento de la Corte Suprema en este sentido. Por consiguiente, la responsabilidad por riesgo de empresa no constituye un precedente importante en la jurisprudencia nacional. Ésta aplica todavía un sistema subjetivo basado en la culpa. Es cierto que cada vez resulta más difícil probar la diligencia exigida al principal o tercero civilmente responsable, pero las sentencias recientes no se apartan del sistema basado en la culpa. Además, los mecanismos de objetivación no son exclusivos de la responsabilidad delictual o cuasidelictual. Nada impide que esta evolución pueda verificarse en el ámbito contractual. Los mismos expedientes son válidos en las relaciones contractuales. También podría utilizarse la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado para objetivizar la responsabilidad civil contractual. Siendo las obligaciones de medios un claro ejemplo de responsabilidad subjetiva basada en la culpa, las obligaciones de resultado dan lugar a la responsabilidad objetiva. En estas últimas sólo procede para eximirse de responsabilidad alguna causa extraña, ya sea la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de la víctima o el hecho de un tercero. Con esto quiero decir que la objetivación de la responsabilidad civil no tiene que ver necesariamente con uno u otro estatuto, sino que con las explicaciones doctrinarias que puedan darse a cualquiera de los estatutos de responsabilidad civil.

⁴⁰ Vid. JOURDAIN, P., "La responsabilité du fait d'autrui en matière médicale", en *Petites Affiches*, N° 189, 1999, p. 29 y ss.; PENNEAU, J., *La responsabilité du médecin*, 2ª ed. Paris, Dalloz, 1996², p. 70 y ss.; Corte de Casación, 4 de junio de 1991, en JCP ed. G., 21730, 1991, p. 317, observaciones Jean SAVATIER; Corte de Casación, 26 de mayo de 1999, en JCP ed. G., 10112, II, p. 1.193, informe Pierre SARGOS. En España, puede consultarse, la sentencia del Tribunal Supremo, 29 de noviembre de 2002 y la jurisprudencia citada, observaciones Álvaro LUNA YERGA. Disponible en www.indret.com. visitado el 23 de julio de 2003.

Existiendo un contrato de hospitalización, la clínica responde por el hecho de sus dependientes. Se trata de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno. Aquí cabe recordar lo dicho con relación al equipo médico; la clínica se obliga a realizar determinadas prestaciones para cuyo cumplimiento recurre a sus auxiliares médicos. El paciente no celebra un contrato con cada auxiliar médico, sino que éstos actúan y ejecutan las obligaciones suscritas por la clínica, en virtud de la relación laboral que los vincula al establecimiento de salud, la cual introduce voluntariamente un determinado personal para la ejecución de sus obligaciones contractuales; razón por la cual debe responder por los actos u omisiones de dicho personal. La pregunta que cabe plantearse es, ¿cuáles son las características de este tipo de responsabilidad? Tratándose de la responsabilidad civil contractual, el *Código Civil* establece una presunción de culpa ex. artículo 1.547 inciso 3º del *Código Civil*. El acreedor debe probar la existencia del contrato y alegar el incumplimiento. Corresponde al deudor acreditar que actuó con la diligencia debida.

Como puede observarse la responsabilidad de la clínica por su personal auxiliar no genera mayores dificultades. Existiendo un contrato de hospitalización entre el paciente y la clínica, ésta debe responder, según las reglas de la responsabilidad contractual, por los daños causados al paciente por su personal hospitalario. En la situación excepcional que no exista contrato, la regla aplicable será el artículo 2.320 del *Código Civil*. La víctima deberá acreditar la culpa del auxiliar y el vínculo de subordinación; si logra con éxito acreditar estos elementos, se presume la culpa de la clínica, la cual puede eximirse de responsabilidad mediante la prueba liberatoria. En suma, puede responder por los daños causados por auxiliares contratados por vía contractual o cuasidelictual. En ambas hipótesis deberá responder por el hecho ajeno.

201

B. La responsabilidad de la clínica por el hecho de un médico

La responsabilidad de la clínica por los daños causados por médicos al interior de sus dependencias requiere distinguir si el médico presenta o no una vinculación laboral con la referida clínica. Al existir un contrato de trabajo entre el médico y la clínica, la doctrina concuerda en que esta última debe responder civilmente. Si no existe contrato de hospitalización o la reparación se exige en el antiguo proceso penal, la responsabilidad civil aplicable será el estatuto cuasidelictual. Aquí tendrá plena aplicación el artículo 2.320 del *Código Civil*. Por lo tanto, deben concurrir todas las condiciones previstas para que se verifique este tipo de responsabilidad. En el ámbito particular de la responsabilidad de la clínica por el hecho ajeno, la jurisprudencia nacional no ha cuestionado su procedencia, sin embargo, según la noción tradicional del vínculo de subordinación, resulta discutible entender que existe dependencia del médico con relación al establecimiento privado de salud. En efecto, en el ejercicio de

la actividad médica, la clínica carece de autoridad para controlar, prevenir o vigilar el acto médico.

En el derecho comparado, en primer término, se sostuvo que la independencia en el ejercicio de la medicina impedía todo vínculo de subordinación. Sin embargo, esta crítica fue descartada. Nada impide que un establecimiento privado de salud pueda celebrar un contrato comprometiéndose a realizar determinadas prestaciones médicas que serán ejecutadas por nosocomios que forman parte de su equipo. Cabe tener presente, además, que los pacientes depositan con mayor regularidad su confianza en la clínica, cuyo prestigio supone la de sus médicos. En segundo lugar, si bien los médicos presentan una autonomía técnica, el vínculo de subordinación debe entenderse en el sentido que el nosocomio actúa en el interés y por cuenta de otro, en este caso la clínica. Por lo demás, el acto médico ejecutado beneficia, sin duda, a la institución que recibe los honorarios. Los médicos asalariados deben sujetarse a la reglamentación establecida por el recinto privado de salud. Basta recordar la sentencia de protección que permite a la clínica obligar a su personal médico a trabajar con los anestesiólogos que forman parte del equipo⁴¹.

202

En el ámbito contractual, el desarrollo de la responsabilidad civil por el hecho ajeno es embrionario, lo cual se explica por la razón ya anotada. La responsabilidad civil se exige en el antiguo proceso penal, siendo aplicable el estatuto cuasidelictual. Existiendo contrato de hospitalización y habiendo sido introducido un facultativo médico por la clínica, para realizar las obligaciones contractuales suscritas, procede hacer responsable a ésta por el hecho del médico, correspondiendo aplicar el estatuto contractual.

En suma, existiendo una relación laboral del médico con la clínica, ya sea que se aplique el estatuto cuasidelictual o contractual, ésta debe responder por los daños causados por un médico miembro de su equipo y con el cual existe una relación laboral. Dicha relación de trabajo permite configurar la responsabilidad por el hecho ajeno sin problemas, aunque el médico asalariado ejerce su profesión según su *lex artis*, el paciente no constituye parte de su clientela privada. La ejecución de sus obligaciones médicas no emanan de un contrato médico con el paciente, sino del contrato de trabajo con la clínica. Por lo demás, la remuneración por los servicios prestados no es para el médico, sino para la clínica⁴².

En esta hipótesis es bastante artificial descifrar la existencia de un contrato entre el paciente y el médico. Se presenta un nuevo problema de fronteras de la responsabilidad civil. Si bien está vedada la vía contractual contra el médico asalariado, nada impide la aplicación del estatuto cuasidelictual. El paciente

⁴¹ Corte Suprema, 29 de abril de 1997, Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de enero de 1997, en RDJ, tomo XCIV, 1997, p. 33.

⁴² Sobre el particular, JOURDAIN (n. 40), p. 32.

deberá invocar los artículos 2.314 y 2.329 del *Código Civil* para establecer la responsabilidad civil del médico asalariado. De hecho, si se sigue con la reiterada aplicación del estatuto cuasidelictual en el proceso penal, ya se trate del antiguo proceso penal o el nuevo, la responsabilidad civil del imputado será establecida ex. artículos 2.314 y 2.329 del *Código Civil*.

Diferente es la situación del médico que no tiene una relación laboral con la clínica. Ocurre en la práctica que los médicos arriendan o utilizan las dependencias de una clínica sin pertenecer al equipo. Además, un médico de la institución, para realizar una determinada intervención quirúrgica, puede formar un equipo con nosocomios ajenos a la clínica. Aquí la responsabilidad de la clínica parece más difícil de justificar. En esta hipótesis no puede desconocerse la relación contractual entre el paciente y el médico. La ejecución de la prestación por el médico emana del contrato médico; en esta ocasión cabe hacer responsable al médico y la clínica no debe responder civilmente por el hecho ajeno. Con todo, la clínica puede ser responsable por el hecho propio, pero por negligencias que le sean imputables de manera directa⁴³.

III. POR UNA MODERADA UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN PRESENCIA DE DAÑOS FÍSICOS

Según hemos podido constatar en este estudio, la responsabilidad médica plantea importantes problemas de fronteras al momento de definir si corresponde aplicar el estatuto contractual o el cuasidelictual. Según las circunstancias, la víctima debe invocar la responsabilidad contractual o la responsabilidad cuasidelictual. Como se sabe, ambos estatutos presentan diferencias relevantes, aunque existe una cierta atenuación de dichas diferencias, ciertas discordancias persisten. En primer lugar, en el ámbito contractual el incumplimiento se presume culpable ex. artículo 1.547 inciso 3º del *Código Civil*. Quizá ésta sea la diferencia más notable cuando se compara la responsabilidad contractual y la responsabilidad cuasidelictual. En segundo término, la solidaridad está prevista en el ámbito cuasidelictual cuando dos o más personas cometen un mismo ilícito civil. A pesar de las restricciones y vacilaciones de la jurisprudencia en la interpretación del artículo 2.317 del *Código Civil*, esta situación difiere del régimen contractual que no contempla la solidaridad pasiva ex. artículo 1.511 del *Código Civil*.

Otra cuestión relevante tiene relación con la prescripción. Según señala el artículo 2.332 del *Código Civil*, las acciones para exigir la responsabilidad delictual o cuasidelictual prescriben en cuatro años desde la perpetración del acto. Por el

⁴³ Por ejemplo, Corte Suprema, 2 de junio de 1993, en RDJ, tomo xc, sec. 4ª, p. 70 y ss.

contrario, la acción para exigir la reparación de daños a propósito del incumplimiento de una obligación contractual es la regla general de cinco años desde que la obligación se hace exigible, según señala el artículo 2.515 del *Código Civil*. Diferencias menos relevantes son, por ejemplo, la limitación del artículo 1.558 del *Código Civil* en materia contractual, si bien el precepto restringe la indemnización a los daños previstos, salvo incumplimiento con dolo, la jurisprudencia no suele realizar la distinción entre daños previstos e imprevistos.

Una diferencia que justificaba la preferencia del estatuto cuasidelictual era la indemnización del daño moral, el cual hasta principios de la década de los noventa se consideraba improcedente en el ámbito contractual. Sin embargo, la jurisprudencia actual de la Corte Suprema acepta la reparación del daño moral por incumplimiento de contrato, incluso, invocando argumentos constitucionales⁴⁴. Así, las diferencias en el tratamiento de la víctima no son justificables. Aún más, con apego estricto a la ley, la víctima por rebote podría demandar más perjuicios que la víctima directa. En efecto, si recibiera aplicación el artículo 1.558 del *Código Civil*, la víctima directa, salvo incumplimiento doloso, no podría demandar los daños imprevistos; en cambio, las víctimas por rebote al regirse por el estatuto cuasidelictual pueden demandar la reparación de todo daño. De ahí que podamos plantear la interrogante si resulta apropiado proceder a una moderada unificación de la responsabilidad civil cuando se produzcan daños físicos o la muerte de la víctima. De esta manera se eliminarían las diferencias existentes en el tratamiento de las víctimas, ya sean directas o por rebote. Incluso, no sería necesario proceder a las complejas disquisiciones para determinar si estamos en presencia de responsabilidad contractual o cuasidelictual. El problema complejo de determinar si la víctima debe situarse en el ámbito contractual o cuasidelictual se presenta de manera recurrente en el terreno de la responsabilidad profesional. Para paliar esta situación, la doctrina y jurisprudencia comparada ha ido elaborando deberes de seguridad que se entienden incorporados al contrato. Así ocurre en la jurisprudencia alemana. La misma solución ha sido acogida parcialmente en la doctrina y jurisprudencia francesa⁴⁵. De esta manera, las lesiones o muerte del paciente permiten invocar el incumplimiento de un deber de cuidado contractual.

Existe una identificación entre las obligaciones accesorias y pretorianas incluidas en el contrato y el deber general de no dañar al prójimo. La jurisprudencia

⁴⁴ Vid. recientemente y de manera definitiva, la sentencia de la Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, en GJ, N° 257, 2001, p. 39 y ss., en particular, el considerando 9°. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de mayo de 2002, la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de casación, 29 de octubre de 2002, en GJ, N° 268, 2002, p. 93 y ss.

⁴⁵ Vid., sin embargo, las críticas al “forçage du contrat” de VINEY (n. 13), N° 239-2, p. 439; LAMBERT-FAIVRE, Y., “Fondement et régime de l’obligation de sécurité”, en *D.*, 1994, chronique, p. 81 y ss.

dencia mediante una interpretación objetiva del contrato incluye ex pos deberes que forman parte de la relación contractual.

Otra solución recogida por la jurisprudencia española ha sido establecer la opción a favor de la víctima, la cual puede optar entre la responsabilidad contractual o aquiliana⁴⁶. Esta solución ha sido criticada, al estimar que puede significar un desconocimiento del acuerdo contractual. En particular Díez-Picazo sostiene que la manera de resolver la concurrencia de responsabilidades es aplicar el régimen contractual. Además, estima el reputado civilista que la tesis opcional puede significar un desconocimiento de la relación contractual y que en todo caso no cabe la opción “en aquellos casos en que el contrato contenga reglas de conducta que comporten especiales sistemas de distribución de los riesgos o de los daños derivados de la ejecución del contrato”⁴⁷.

Como podemos observar, la existencia de dos sistemas de responsabilidad aplicables a víctimas de un mismo hecho no se justifica. Esta situación es aún más sensible en el ámbito de la responsabilidad profesional, ¿qué puede explicar el establecimiento de diferencias entre el paciente/víctima y las víctimas por rebote? Asimismo, esta situación crea inseguridad en los operadores jurídicos.

El profesional o la clínica no pueden adoptar un seguro apropiado, pues no existe claridad sobre el régimen de responsabilidad al cual están expuestos. Ésta es otra razón por la cual no parece conveniente establecer una simple opción a favor de la víctima. El óptimo consiste en proceder a una unificación del régimen aplicable sin distinguir entre víctimas vinculadas por un contrato o no.

Debe existir uniformidad en cuanto al hecho generador de responsabilidad, a la prescripción, a los daños indemnizables y a la solidaridad. Esto no significa desconocer el acuerdo contractual. La razón principal que se esgrime para descartar la opción a favor de la víctima consiste en entender que se lesiona la previsión de los contratantes; no obstante, la unificación del régimen de la responsabilidad civil debe respetar el acuerdo de las partes. Si éstas han procedido a establecer cláusulas relativas a la responsabilidad deben ser respetadas, siempre y cuando no infrinjan el derecho positivo.

En definitiva, proponemos una unificación moderada de la responsabilidad civil que permita a los operadores jurídicos conocer mejor las reglas aplicables sin desconocer el contenido contractual.

⁴⁶ En esta misma línea, ZELAYA ETCHEGARAY (n. 16), p. 58 y ss.

⁴⁷ Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000, p. 268. En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dickinson, 2001, pp. 105 y 106; TUNC, A., *La responsabilité civile*, 2ª ed. Paris, Economica, 1989, p. 40 y ss.

Opinión profesional

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS QUE SE ORIGINEN EN HECHOS, ACTOS O CONTRATOS RELATIVOS AL COMERCIO MARÍTIMO

Andrés Cuneo Macchiavello

Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales

INTRODUCCIÓN

Esta intervención tiene por objetivo efectuar algunas modestas reflexiones acerca del procedimiento establecido por el libro III del *Código de Comercio*, para solucionar las controversias que surgen del comercio marítimo, incluyendo los seguros de igual clase; procedimiento que puede ser aplicado por los tribunales ordinarios o por árbitros.

Dado que mi experiencia ha sido básicamente arbitral, en estas reflexiones enfoco el tema, principalmente, en la perspectiva de los juicios seguidos ante estos últimos, en condición de árbitro y no de abogado de alguna de las partes. Las llamo reflexiones, pues la intención no es hacer una exposición o desarrollo exhaustivo de la materia regulada en el título VIII del nuevo libro III del *Código de Comercio*, introducido por la ley 18.680, de 1988; sino pretendo, sobre la base, principalmente, de mi experiencia personal en su aplicación, aportar algunas ideas que pueden contribuir a su comprensión y mejor aprovechamiento por los abogados y jueces árbitros.

Estas reflexiones tienen como punto de partida mi experiencia profesional, como árbitro en asuntos de derecho común, que ha sido llevado a ejercer en este ámbito, en razón de haber sido designado para decidir algunos asuntos de derecho marítimo. Por ello, se asume aquí básicamente el punto de vista de un abogado que no se ha especializado profesionalmente en esta rama del derecho, pero que ha debido resolver conforme a sus disposiciones. Por esta misma razón, las reflexiones, en varias oportunidades, recurrirán a experiencias o a comparaciones con el arbitraje común.

1. LIDIANDO CON UN DERECHO ESPECIALIZADO

En mi experiencia, la primera reflexión que surge, una vez enfrentado a la tarea de resolver una cuestión contenciosa de derecho marítimo, es que se ha penetrado en un ámbito que tiene un cierto lenguaje particular que no se domina cabalmente y que, probablemente, es manejado con bastante ma-

yor soltura por uno o ambos de los abogados que tramitan ante el árbitro. Este lenguaje, además, trasunta un conjunto de reglas, principios e instituciones cuyo significado y, sobre todo, cuyos límites, no se pueden precisar, con seguridad, desde el inicio. El árbitro echa de menos, entonces, las instituciones del derecho común, el límite casi geográfico –por decirlo así– de las instituciones de los *Códigos Civil* y de *Comercio* y el lenguaje habitual del derecho privado tradicional.

Ocurre que el derecho marítimo constituye –como se sabe– una rama del derecho, altamente especializada, que corresponde a una larga tradición jurídica y que ha tenido un desarrollo independiente y paralelo al del derecho privado común, que, para nosotros, es más familiar a partir de sus raíces románicas. El derecho marítimo tiene fuentes anteriores y distintas al derecho romano y ha evolucionado también con desarrollos propios, con instituciones que son peculiares suyas. Más aún, desde muchos puntos de vista el derecho marítimo sobrepasa la distinción clásica entre los derechos continentales y el *Common Law*, constituyendo, por su propia cuenta, lo que ciertos comparatistas llaman una “tradición jurídica”.

En este contexto, la primera reacción que debe tener el árbitro, a mi juicio, es asumir la limitación de sus conocimientos y felicitarse de la existencia del principio de bilateralidad de la audiencia.

En efecto, la conciencia de la limitación de nuestros conocimientos debería ser una actitud generalizada de los profesionales del derecho, ya que la complejidad de las reglas y principios

del arte que practicamos, nos abren, a cada paso, cada vez mayores interrogantes, en la medida que pretendemos profundizar en algo. Tal actitud debe ser más marcada, aun, cuando se trata de una rama tan especializada como la del derecho marítimo.

De lo dicho se sigue, la importancia de la labor de los abogados de las partes en el juicio, en el campo del derecho marítimo. Su función es proveer, aunque en la mayor parte de los casos en controversia, el marco del derecho posible de aplicar.

Habitualmente, cuando actuamos como abogado de una parte, estamos solos en la decisión de optar por ciertas reglas y principios, como pautas para la solución del caso. Por el contrario, el juez –ordinario o árbitro– en virtud del principio de bilateralidad de la audiencia, por regla general podrá detectar, a partir de los planteamientos de las partes, en primer lugar, cuáles son los bordes y límites de la cuestión que tiene planteada ante sí; será capaz, en segundo lugar, de identificar y comprender cuáles son las posibles reglas y principios más adecuados para solucionar la contienda, de entre todas las opciones que le presentan las partes y, finalmente, podrá comenzar a construir su propia solución justa, a partir de los dos elementos anteriores.

En este marco, el árbitro debe ser particularmente cuidadoso y aprovechar todas las instancias de conocimiento que proporciona el proceso. La cuidadosa lectura y, en lo posible, la síntesis personal de las presentaciones de las partes, antes de recibir la causa a prueba, el diálogo con los abogados, que se

producirá durante las audiencias que les conceda; incluso, la recepción de la prueba testimonial bien conducida, en su caso, serán, para el árbitro responsable, riquísimas situaciones de aprendizaje, mediante las cuales mejorará su lenguaje, su comprensión de las instituciones jurídicas con las cuales deberá lidiar, su comprensión de los hechos y la construcción de su solución justa para el caso.

Probablemente, si el árbitro es una especialista en derecho marítimo, podrá tener menores afanes que el abogado que he descrito, especialmente en el ámbito de las normas y principios decisorios de la litis. Con todo, el arte de decidir casos jurisdiccionalmente no es lo mismo que el ejercicio como litigante, consultor, negociador o redactor de contratos y muchas de las cautelas que he mencionado no podrán estar ajenas al actuar de cualquier árbitro, especialista o no.

2. EL JUEZ ARBITRO COMO JUEZ PREFERENTE

No deja de llamar la atención la clara opción que hace el nuevo libro III del *Código de Comercio*, en el sentido de establecer que las materias de derecho marítimo, incluidos los seguros correspondientes, constituyan, prácticamente, asuntos de arbitraje forzoso. Así lo dispone tajantemente el artículo 1.203:

“El conocimiento de toda controversia que derive de hechos, actos o contrato a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación, incluidos los seguros

marítimos de cualquier clase, será sometido a arbitraje”.

La posibilidad de optar por los tribunales ordinarios no está cerrada del todo, pero está condicionada al acuerdo de las partes. En el fondo, en esta materia se invierte la regla general del ordenamiento chileno, haciendo obligatorio el arbitraje, salvo que la partes pactaren en contrario. Naturalmente hay ciertos asuntos que escapan de esta regla general, que están contemplados en el mismo artículo 1.203, y que se relacionan con responsabilidades penales de los actores, con asuntos regulados por la ley de Navegación o que el libro III establece como de competencia de los tribunales ordinarios, con asuntos en que tenga que ver el fisco o servicios públicos del área marítima o con cuestiones de menor cuantía.

Notemos que la opción del libro III no es a favor de un procedimiento determinado o de un tipo particular de personas llamadas a ser árbitros ya que tales cuestiones quedan abiertas en razón de que:

“La designación de el o los árbitros, sus calidades y el procedimiento que deban emplear, se regirá por lo que las partes convengan por escrito y bajo su firma y, en su defecto, por lo preceptuado en el *Código Orgánico de Tribunales* sobre los Jueces Árbitros y en el *Código de Procedimiento Civil* sobre Juicio Arbitral”¹.

¹ *Código de Comercio*, artículo 1.205.

En virtud de la última referencia, los árbitros serán de derecho, a menos de pactarse otra cosa.

3. LA JUDICATURA DEL DERECHO MARÍTIMO, UNA JUDICATURA *SUI GENERIS*

Las normas a que he aludido, propugnan lo que podríamos denominar una judicatura *sui generis* (para no emplear la expresión especial, la que sería equívoca).

En efecto, lo que las reglas en comentario buscan, no es que los procedimientos se tramiten de un modo radicalmente diverso al de los jueces ordinarios –pues subsiste la tramitación ante árbitros de derecho– sino, más bien, se busca conseguir unos jueces distintos a los ordinarios.

Por de pronto, los jueces árbitros, como se sabe, no son jueces de carrera, ni se encuentran adscritos a determinadas jerarquías que establezcan la posibilidad de que los superiores revisen las decisiones de los inferiores (salvo los tribunales arbitrales de apelación, que son excepcionales) y, muy especialmente, los califiquen ejerciendo una suerte de tuición jurisdiccional sobre los mismos, como ocurre con nuestros tribunales ordinarios.

Por ello, de conformidad a la ley, los árbitros del derecho marítimo deberían ser, por regla general, elegidos de común acuerdo por la partes y sólo en defecto de consenso, por la justicia ordinaria y podrían ser o no letrados jurídicamente, salvo en el caso que se aplique el arbitraje en derecho, conforme a las reglas generales. Las partes, además, tienen amplia libertad para fi-

jar las reglas de procedimiento, aplicándose sólo en su defecto, las reglas legales de los arbitrajes comunes.

Se puede inferir de lo anterior que el legislador del libro III ha optado por una “judicatura” no funcionaria, cuya legitimidad arranca –por regla general– de la voluntad de las partes, las cuales, además, gozan de amplia libertad para disponer acerca de las reglas de procedimiento aplicables a la solución de la controversia.

La historia de la ley confirma lo dicho. Según se señala en el informe técnico del proyecto sus autores pretendían contar con jueces que tuvieran la capacidad de dedicarse con preferencia a estos juicios y que, por la vía de la selección efectuada por las partes, fueran personas con conocimientos en esta rama del derecho.

Así se expresa en el informe técnico del proyecto:

“La experiencia de algunos miembros de esta Comisión (que preparó el proyecto), de muchos años de intervención en asuntos marítimos y la de otros colegas también dedicados a dicha rama, indican que nuestros tribunales ordinarios de justicia están materialmente impedidos de tener el tiempo y la versación necesaria para el acertado conocimiento de las complejas controversias que los negocios marítimos engendran. Este problema podría tener otra solución, que más de una vez se ha esbozado, cual es la creación de tribunales especiales marítimos. Pero la crea-

ción de tribunales especiales comporta además, el problema de financiar sus costos. Por ello la Comisión adoptó el criterio de llevar, por regla general a arbitraje, todos los debates en materia comercial marítima”.

Pareciera, de este modo, que el paradigma judicial del libro III del *Código de Comercio* es lo más alejado posible de juez funcionario que configuran nuestro *Código Orgánico* y los de procedimiento. Lo que se busca es crear o desarrollar una cierta cultura judicial propia, según la cual los jueces están dotados de iniciativa, actividad y libertad con respecto de las pruebas.

Ahora bien, el que la ley logre conseguir su objetivo, esto es, crear una judicatura especial por la vía del arbitraje, depende, de dos elementos que no están en la ley misma, sino en la realidad. Se trata de que los jueces designados para conocer de las controversias marítimas tengan la versación necesaria y que, además, destinen a la tarea la dedicación que ésta requiere.

A mi juicio, el éxito de esta estrategia legal descansa, en última instancia, en las condiciones personales y profesionales de los árbitros que se designe y, por tanto, en la prudencia de las partes y del juez, en subsidio, para saber elegir a las personas idóneas para desempeñar el papel arbitral.

El desempeño de la práctica arbitral de la especialidad debería ir decantando un cierto grupo de árbitros profesionales con reconocido prestigio entre los abogados, con expedición en el manejo de las cuestiones arbitrales, con

capacidad para tomar decisiones y con autoridad propia, de modo de imponerse a las partes en la tramitación de las causas. Como señala Bernardo Cremades M., presidente de la Corte Española de Arbitraje, en su ponencia “Momento actual del arbitraje comercial internacional”, en el seminario de Arbitraje Organizado por AMCHAM y el Colegio de Abogados:

“No vale ya la mera figura señera de una persona aceptada por todos. Los litigios exigen árbitros que conozcan el oficio de decidir en el marco de la justicia arbitral y que ejerzan funciones en forma profesional”.

4. LA BUENA FE EN EL PROCESO COMERCIAL MARÍTIMO

213

Los tratadistas y la jurisprudencia de nuestros tribunales ordinarios han reconocido a la buena fe como uno de los principios formativos del proceso y han aceptado sus consecuencias. Así, en un caso en que se discutía, en casación de forma, vicios originados en razón de que existía incertidumbre acerca de la verdadera fecha en que se había dictado la sentencia de primera instancia, por existir diversas certificaciones al respecto; la Corte Suprema declaró, respecto a diversas peticiones del actor, fundadas en las posibles fechas en que pudo haberse dictado la sentencia que:

“la buena fe procesal constituye un principio formativo del procedimiento que se traduce en el

respeto a las partes y la lealtad en el debate, por lo que las peticiones del actor (fundadas, como se dijo en la discrepancia de las fechas) estaban inspiradas en dicho principio...”²

y procedía acogerlas.

La buena fe en la sede arbitral es aún más exigible, por el fuerte componente contractual que tiene la jurisdicción de los árbitros. En efecto, tanto la decisión de excluirse de la jurisdicción de los tribunales ordinarios como la materia del compromiso y la designación del árbitro tienen su raíz en la voluntad de las partes que se expresa en sendos contratos denominados, comúnmente cláusula compromisoria y contrato de compromiso.

Esta raíz contractual llama a la aplicación, en el arbitraje, del artículo 1.546 del *Código Civil*, de modo que tales contratos...

“deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Vale la pena destacar que este predominio de la buena fe debe estar presente, incluso, a la hora de interpretar las reglas que las partes hayan podido

darse o acogido para la tramitación del juicio, por lo que las propias reglas de procedimiento están pasadas de este principio.

La ejecución de buena fe del contrato arbitral debiera forzar a litigar de un modo diverso a como se hace generalmente ante los tribunales ordinarios. En efecto, vale la pena tener en cuenta que la litigación en sede ordinaria se ha tornado cada vez más aguerrida y contradictoria, de modo que los abogados no se permiten ventaja alguna entre ellos. El principio del contradictorio es empleado muchas veces en la más brutal de sus dimensiones y, en numerosas ocasiones, en detrimento del respeto por la buena fe que se deben las partes y el propio tribunal. Estas prácticas son incompatibles con la litigación arbitral, que reclama el predominio de la rectitud y lealtad entre todos los actores del juicio.

Con todo, no puedo dejar de mencionar que la cultura de buena fe ha tendido a debilitarse últimamente, en el ámbito de la justicia arbitral, según he comprobarlo por experiencia personal y también por la de otros colegas que se dedican a estas contiendas. Esta situación se ha visto incrementada por el hecho de que más abogados, que tradicionalmente sólo ejercían ante tribunales ordinarios, lo hacen también, ahora, ante tribunales arbitrales, importando a este medio prácticas que no eran habituales, en perjuicio de la esencia misma de la justicia arbitral.

El resguardo de los estándares de buena fe es indispensable para el adecuado funcionamiento de la justicia comercial marítima. Ello es especial-

² ACEVEDO Desiderio, Corte Suprema, 8 de julio de 1998, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 95, sec. 1ª, p. 94.

mente relevante cuando se trata de aplicar ciertas instituciones nuevas, incorporadas por el libro III del *Código de Comercio*, que tienen, ellas mismas un marcado componente de informalismo y predominio de la buena fe. A manera de ejemplo, quisiera plantear el caso de las dos gestiones de naturaleza probatoria a que se refieren los artículos 1.208 y 1.209, llamadas, espero yo, a tener un importante desarrollo en nuestras prácticas procesales. Ellas son actuaciones de gran utilidad, según como fueron concebidas en la ley, pero que pueden tornarse rutinarias y, a la larga, inútiles si se manejan sin el debido grado de buena fe procesal.

La primera de estas gestiones –denominada por el *Código* como de “comprobación de hechos”– es prejudicial, destinada a “efectuar una inspección sobre el estado de la nave, la mercadería o sobre otros hechos susceptibles de desaparecer”. Se solicita por el interesado ante el tribunal de turno, en el lugar que deba practicarse, el cual debe aceptarla sin más trámite y designar a un ministro de fe para que efectúe la constatación que se solicita. El ministro de fe, según la ley, debe comunicar su cometido por cualquier medio y fijar día, hora y lugar para su práctica. La diligencia se puede realizar sin la asistencia de una o ambas partes y de ella se debe levantar acta.

La gestión prejudicial descrita es de la mayor utilidad en las situaciones para las cuales fue prevista y llena un vacío procesal importante. Con todo, en razón de su informalidad, para su adecuado funcionamiento se requiere de un grado importante de buena fe. Este se

traduce en evitar, a toda costa, los dos extremos posibles, esto es, que la gestión se transforme en un acto procesal formal, ampliamente contradictorio o que se la emplee deliberadamente para producir la indefensión de la otra parte. A mi juicio, sin buena fe procesal esta imaginativa reforma se torna del todo inútil o, francamente, en una gestión perjudicial para una de las partes.

La segunda diligencia es la “prueba extrajudicial”, contemplada en el artículo 1.209 del *Código de Comercio*. Ella consiste en la posibilidad de producir la prueba, fuera del juicio –es decir, sin sujeción a la totalidad de las ritualidades de los actos procesales– cuando se haya solicitado prejudicialmente y también durante la secuela del juicio, y exista acuerdo de las partes para proceder de ese modo. La prueba se rinde sólo en presencia de los abogados de las partes, las que actúan con la mayor libertad (considero que debe ser ante un ministro de fe) en la medida que no se produzca desinteligencia entre ellas. En este caso, la gestión se interrumpe quedando la cuestión para ser resuelta por el tribunal que conoce o conocerá de la causa y se continúa en todo aquello en que no exista controversia entre las partes. El tribunal competente para conocer del juicio queda autorizado para ordenar, de oficio, la ratificación de las pruebas producidas de este modo.

También esta diligencia es de significativa utilidad, por ejemplo, para producir prueba en un lugar distinto a donde se sigue el juicio o en el extranjero y requiere, para su eficacia, de una colaboración significativa de las partes a fin de evitar o solucionar entre ellas

las dificultades que se puedan suscitar durante su desarrollo. Sólo una cuota importante de buena fe procesal es capaz de producir la efectiva cooperación que debe darse entre las partes para el buen empleo de esta utilísima herramienta probatoria.

Más allá de estos aspectos puntuales –pero no por ello de escasa importancia– con los que he graficado la necesidad de litigar de buena fe, hay que subrayar que, en general, la actitud del árbitro es insustituible para crear la atmósfera que permita el desarrollo de esta actitud entre las partes. Un juez que demuestre la capacidad de ser ecuánime, pero no pacato, constituye, a mi juicio, una condición indispensable para que las partes puedan proceder respetando el principio de buena fe. Un juez dotado de estas cualidades puede corregir abusos del derecho de defensa, la práctica de maniobras dilatorias y el perjuicio de las diligencias probatorias. A su turno, también lo son las partes que dan muestras de buen sentido y mutuo respeto y que no recurren a argucias o abusos.

5. FACULTADES ADICIONALES DEL JUEZ MARÍTIMO

Hemos reflexionado ya acerca del intento del nuevo derecho marítimo por dar un papel protagónico al juez en las causas de que conozca. Conforme a tal orientación, las nuevas reglas procesales confieren al juez marítimo, ordinario o arbitral, ciertas facultades relacionadas con la prueba, que amplían significativamente las de un tribunal de derecho, sea este ordinario o arbitral y,

aun, las que habitualmente se confieren a un arbitrador. Es así como el artículo 1.206, dispone imperativamente que el tribunal arbitral u ordinario tendrá las facultades –relacionadas todas con la actividad probatoria– que pasa a enunciar.

Estas facultades son:

En relación con los medios probatorios. El número 1° del artículo 1.206 autoriza al árbitro para permitir el uso, en el juicio, de otros medios probatorios que no sean los considerados en el *Código de Procedimiento Civil*. Esta disposición implica una amplia superación del principio de legalidad respecto de los medios probatorios. La sola restricción es que la consideración de un nuevo medio debe producirse a petición de parte.

A mi juicio, bajo este rubro, constituyen medios probatorios, entre otros, objetos materiales que se puedan poner a disposición del tribunal y ser percibidos directamente y sin necesidad de conocimientos especializados tales como: herramientas y otros bienes muebles, documentos electrónicos en cuanto tales, es decir, sin necesidad de impresión, fotografías y filmes, y grabaciones de sonido e imagen, entre otros.

En relación con la práctica de diligencias probatorias. El número 2° del artículo 1.206 da amplia libertad al árbitro para disponer, de oficio, la práctica de cualquier medida probatoria, en cualquier estado del juicio, con el sólo requisito de la citación de las partes.

Ésta es, probablemente, una facultad que se confiere habitualmente a los arbitradores que ahora, por ley, pasa a formar parte de las que corresponden a todo juez que conoce causas de derecho marítimo.

En lo que toca al reconocimiento o impugnación de documentos, conforme al número 3° del artículo 1.206, el juez queda facultado, ahora, para llamar a las partes, sin mayor formalidad, para que reconozcan documentos o fundamenten sus impugnaciones, pudiendo resolver, al respecto, sin incurrir en prejujuamiento.

Esta facultad introduce una flexibilidad indispensable que mejora, ciertamente, la capacidad de la prueba documental para crear convicción.

Apreciación de la prueba. Según el número 4°, de la disposición en comentario, el juez debe apreciar la prueba conforme a la sana crítica, con la sola carga de tener que consignar, en el fallo, los fundamentos de sus apreciaciones. Desaparece, de este modo, tanto en la tramitación ante un juez de derecho como ante un arbitrador, toda referencia a la prueba tasada, lo que ciertamente no implica el arbitrio judicial ya que, la propia disposición, exige fallo fundado.

Estas facultades adicionales que, como se dijo, corresponden tanto a los jueces ordinarios como a los arbitrales, incluso, arbitradores, configuran un juez, en el derecho marítimo, con unas características que lo hacen parecerse más a un juez del *Common Law* que a uno de nuestra tradición jurídica. El papel activo que se confiere al juez en la producción y apreciación de la prueba le da un carácter protagónico que no ha tenido nunca dentro de nuestra cultura jurídica.

Es importante, a mi juicio, que esta concepción original no se pierda o diluya por la asimilación de las prácticas vigentes en la litigación civil, sea por

falta de iniciativa de los jueces, sea por las prácticas dilatorias o entorpecimientos que pueden desarrollar las propias partes. Probablemente más de algún recurso de queja deberá soportar el juez que quiera desempeñar su papel conforme a las disposiciones del artículo 1.206, pero el esfuerzo que haga valdrá, sin duda, la pena.

Como un refuerzo de lo anterior quisiera hacer presente que, a juicio de la Corte de Apelaciones de Santiago, la facultad de fallar conforme a la sana crítica envuelve, incluso, la obligación de valorar la conducta de las partes durante la secuela del juicio. En efecto, en una causa laboral –en que como se sabe, el tribunal falla conforme a las reglas de la sana crítica, según el artículo 430 del *Código del Trabajo*– en que la parte demandante solicitó por conceptos distintos a los que había reclamado ante la Inspección del Trabajo, la Corte estableció:

“los sentenciadores estiman que uno de los elementos que integra el concepto de sana crítica, con arreglo a la cual debe emitirse el juzgamiento, es el principio de derecho contenido en el artículo 724 del *Código de Procedimiento Civil*, en cuanto incorpora al proceso, que lleva a formar la convicción de los falladores, el análisis de la conducta de las partes durante el juicio y de la buena o mala fe con que hayan litigado...”³.

³ Vega Sanhueza Luis con Transportes Alfa Limitada, Corte de Apelaciones de Santiago, 7

(El artículo 724 del *Código de Procedimiento Civil*, incluido en el párrafo relativo a los juicios de mínima cuantía dice:

“La prueba se apreciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él”.

La jurisprudencia transcrita sirve, en mi opinión, para confirmar el estándar de buena fe que debe presidir la tramitación ante los jueces de derecho marítimo y sugiere un mecanismo que refuerza el papel protagónico del mismo.

La suma de facultades que el nuevo procedimiento mercantil marítimo confiere a los jueces, especialmente en materias probatorias, los constituye, en buena medida, en responsables del éxito de las gestiones judiciales, en orden a configurar debidamente el ámbito de la contienda que se debe resolver, al adecuado despliegue de las posiciones de las partes y, muy especialmente, al mayor grado de consistencia entre la verdad formal establecida en el proceso y la material de realidad fáctica.

Como dice Bernardo Cremades M., ya citado:

“De entre los diferentes protagonismos que intervienen en el

arbitraje, la figura del árbitro y sobre todo la del presidente del tribunal de arbitraje tienen la máxima relevancia en la prevención y lucha contra las tácticas dilatorias. El reticente a participar en un procedimiento de arbitraje efectúa diferentes intentos que si tienen éxito por la debilidad del árbitro pueden llevar a naufragar el procedimiento arbitral”.

6. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

La tarea de tramitar las causas del juez marítimo, como se ha visto, es compleja y no lo es menos el proceso de fallarlas.

Si reflexionamos acerca del modo cómo los abogados y los jueces, por regla general, interpretamos y aplicamos las fuentes del derecho, particularmente la legislación, a poco andar llegaremos a la conclusión de que estas actividades están ampliamente dominadas por una fuerte inclinación hacia literalismo. El argumento del texto claro es imbatible cuando se trata de determinar el sentido de una disposición determinada.

Este literalismo lo hemos bebido en la Escuela de Derecho y lo seguimos practicando de un modo casi inconsciente. Probablemente muchos afirmarían que estamos obligados, por ley, a interpretarla de un modo literal. Basta como prueba la lectura de nuestros textos clásicos de derecho civil y sus categóricas referencias al inciso primero del

de junio de 1993, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 90, p. 103.

artículo 19 del *Código* del ramo. Allí está la primera regla o regla básica de interpretación: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.

Ocurre que esa regla no dice lo que le atribuyen. En efecto, tal disposición establece, si nos fijamos bien en su redacción, que lo obliga a seguir el tenor literal de la ley; no es la claridad de dicho tenor, sino la claridad del sentido que tiene la ley, que es cosa distinta. Si el sentido de la ley es claro, entonces, y sólo entonces, se puede interpretar literalmente. Por el contrario, en presencia de un sentido que no resulta claro, entonces, se debe proceder a aplicar las otras reglas de interpretación.

La cuestión clave está, en el sentido de la ley.

¿Qué es eso que constituye el sentido de la ley?

Aplicando otra regla de interpretación del *Código Civil* –esta vez la del inciso primero del artículo 20, sobre el sentido de las palabras usadas por el legislador– con respecto a esta misma expresión ‘sentido’, podemos establecer que el *Diccionario de la Real Academia* –fuente para establecer el uso común de las palabras, según la regla a que estamos acudiendo– contempla once acepciones distintas para este vocablo. Se puede concluir, sin mayor dificultad, que la primera regla de interpretación, de ser interpretada sólo de un modo literal, resulta del todo equívoca ya que no nos proporciona un concepto único para saber cuando debe estarse sólo al tenor literal, puesto que existen más de un significado para entender la voz sentido.

Con todo, dentro de las acepciones que contempla el *Diccionario* para la voz ‘sentido’ hay algunas que convienen más que otras al contexto que estamos analizando. Aquéllas que más se adecuan, a mi juicio, son las siguientes: “razón de ser, finalidad”; “significado cabal de una proposición o cláusula”.

En razón de lo dicho, ¿cuándo podemos decir que el sentido de una ley es claro? Cuando su finalidad, como hemos visto, queda de manifiesto en el texto de la ley. En otras palabras, al interpretar la ley, primero debemos llegar a su sentido o finalidad, y sólo determinados éstos y a su luz, podemos, luego, establecer, a partir de su texto, el contenido normativo de la fuente.

Si las afirmaciones que he formulado son verdaderas para el juez del derecho común, como lo creo, con mayor razón lo son para un juez que aplica una rama especial del derecho, como ocurre en el derecho marítimo.

En un derecho especial la razón de la norma es un argumento aún más fuerte que en el derecho común. Primero porque los derechos de este tipo suelen emplear un lenguaje que no es habitual en las fuentes del derecho común y, por tanto, no es fácil encontrar textos que sean claros para todos los actores. Segundo, porque la interpretación en una rama especializada del derecho exige tener en mente, permanentemente, el contexto de las disposiciones, ya que el intento de comprensión aislada, fundada en el sólo pasaje en estudio, puede privar a la norma de su auténtico sentido.

Lo dicho no es más que una afirmación de otra regla de interpretación contenida en el *Código Civil* (artículo 22)

“El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”.

Es la significación global o finalidad de la ley la que da sentido a cada una de las disposiciones singulares.

La recta interpretación de las fuentes del derecho marítimo, como derecho especializado que es, exige, de modo constante, recurrir al propósito de la norma, lo que da a esta interpretación un carácter finalista más marcado que el de igual actividad en el derecho común.

A mi juicio, el juez de derecho marítimo debe caracterizarse también por un modo particular de interpretar las fuentes del derecho buscando en ellas su sentido cabal de modo de construir un sistema normativo plenamente consistente con la actividad humana y económica que está llamado a regular.

Creo que no sólo el finalismo debe constituir una nota distintiva de la interpretación judicial del derecho marítimo también la aplicación de la equidad, en la interpretación, debe ser una cualidad de la misma. La equidad no es sino la culminación del principio de buena fe sobre el cual se estructura este proceso.

En efecto, la equidad no es sólo una forma de resolver por parte de los arbitradores. Es una de las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y es válida tanto para arbitradores como para jueces de derecho. Dice el artículo 24 del *Código de Civil*:

“En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación procedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

La equidad es, en este sentido un modo de interpretar la ley particularmente relevante en un sistema fuertemente sustentado en la buena fe.

El mejor indicador de que un pasaje de la ley es oscuro o contradictorio – como indica el artículo 24 del *Código Civil*– es la constatación de que el resultado de la interpretación que estamos haciendo conduce a soluciones aberrantes, injustas o enteramente extravagantes al sistema. El remedio en estos casos es la aplicación de la equidad.

Cuando hablo aquí de la equidad, como fuente del derecho, no hablo de algo informe y vago que sirve, en la sentencia, para no dejar contenta a ninguna de las partes, pero sí para dejar tranquila la conciencia del juez. No me refiero a lo equitativo como sinónimo de lo salomónico, sino al concepto de equidad tal como lo usa Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*.

“Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal... sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y hay ciertos ob-

jetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales”.

En verdad, la equidad es superior a la justicia del legislador humano. Lo es porque ella es capaz de corregir la parte de injusticia que la aplicación de una norma, generalmente justa, puede producir en un caso que, por sus características particulares, escapa a la generalidad que, por definición, debe tener toda norma de derecho. Sólo el derecho, entendido como la ejercitación de un arte, permite producir las dichas rectificaciones de que habla el filósofo.

A la equidad no le corresponde derogar la ley general; sí, por la vía de la interpretación, rectificar aquellos efectos perniciosos de ésta que, por incidir en un caso que escapa a la generalidad propia de la ley, merece ser juzgado por una regla diversa.

El juez de derecho marítimo jamás puede culpar a la ley cuando de su interpretación se sigue un resultado injusto. El juez del derecho marítimo puede y debe razonar de un modo finalista y debe siempre ponderar el resultado de su interpretación si quiere ser fiel al principio de buena fe y al ejercicio de la sana crítica en el momento de fallar.

La pretensión de una judicatura distinta para el derecho marítimo no se logrará si los jueces o árbitros no incorporan estas dos dimensiones en su actividad jurisdiccional.

nocer de las causas de derecho marítimo, presenta importantes elementos que permiten hacer de él una excelente herramienta para obtener un juicio justo en esta materia especializada.

Lo es:

- (a) Porque permite y propende al desarrollo de una cierta judicatura con suficiente dedicación para la sustanciación de los juicios mercantiles marítimos y con conocimiento y experiencia en una tradición jurídica diversa y valiosa, pero distinta del derecho común.
- (b) Porque conducido de buena fe, permite una gran flexibilidad para la decisión del asunto y para determinar oportunidades y formas probatorias. Lo anterior acerca indiscutiblemente la verdad formal del juicio a la realidad material objeto del mismo.
- (c) Porque amplía el ámbito y la gama de los medios probatorios de modo de comprender el máximo de recursos posibles para ilustrar la decisión del juez y llegar, de este modo, a la verdad de lo disputado.
- (d) Porque amplía el ámbito de libertad del juez para dar por establecido los hechos, a partir del ejercicio de su sana crítica.
- (e) Porque permite y exige un modo distinto de interpretación al que tradicionalmente han asumido nuestros jueces ordinarios, para establecer el verdadero sentido de las disposiciones legales.

EN CONCLUSIÓN

El procedimiento contemplado en el libro III del *Código de Comercio*, para co-

INFORME EN DERECHO

SOBRE OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES

Carlos Peña González

Decano

Escuela de Derecho Universidad Diego Portales

Profesor de derecho civil Universidad de Chile

El presente informe en derecho, intenta dilucidar si acaso la adquisición de un paquete accionario ascendente al 50% de una sociedad que, por su parte, tiene el control de otra, genera o no la obligación de practicar una OPA.

En el caso que me ha sido consultado, IRSA es dueña directa de más del sesenta por ciento del capital accionario con derecho a voto de CCU. IRSA, por su parte, cuenta con dos únicos socios: FHI Finance Holding International, Paulaner Salvador Thomasbrau A.G. o Grupo Schörghuber (en adelante, Paulaner) y Quiñenco S.A. (en adelante Quiñenco). Cada uno de esos socios cuenta con el 50% del capital accionario de IRSA. Paulaner decide enajenar sus acciones en IRSA a Heineken International B.V. (en adelante Heineken). Heineken sustituiría a Paulaner en el cincuenta por ciento del capital accionario de IRSA y, asimismo, sería sucesor de Paulaner en el Pacto de Accionistas que mantiene con Quiñenco.

El problema acerca del que versa el presente informe se plantea porque la ley (artículo 199, letra c de la ley de Mercado de Valores) exige la realización de una OPA:

“c) Si una persona pretende adquirir el control de una sociedad que tiene a su vez el control de otra que haga oferta pública de sus acciones, y que represente un 75% o más del valor de su activo consolidado...”.

En el caso en análisis, se trata de dilucidar si Heineken, al adquirir el 50% de la propiedad de IRSA (controladora de CCU) bajo un pacto de actuación junto con el propietario del restante 50%, toma o no su control, y si, en consecuencia, corresponde o no efectuar una OPA. En contra de esa posibilidad, se ha esgrimido el artículo 97 de la misma ley (que distinguiría, sometiéndolos a reglas diversas, entre controlador y miembro de un controlador) y el artículo 99, letra a que establecería una excepción que obraría a favor de Heineken, en la medida que en IRSA existiría “otra perso-

na, u otro grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que control(a) (...) un porcentaje igual o mayor”.

La cuestión que cabe entonces dilucidar es si se aplica la letra c) del artículo 199 de la ley de Mercado de Valores a la transacción efectuada entre Paulaner y Heineken referida al ingreso de esta última al control de CCU.

Se trata, en este caso, y como se viene diciendo, de dilucidar dos problemas relacionados, pero distintos:

Si el cambio de un miembro controlador en ese caso específico, equivale o no a un cambio de control que genere la obligación de practicar una OPA. El problema se suscita porque el artículo 199 letra c de la ley de Mercado de Valores, expresa que debe haber oferta pública si una persona pretende adquirir el control de una sociedad que tiene, a su vez, el control de otra. No cabe duda que IRSA tiene el control de CCU: ¿cuándo Heineken adquiere el cincuenta por ciento de IRSA, está tomando su control y cayendo así en la hipótesis de la letra c del artículo 199 citado? La letra de la ley es en este caso insuficiente para resolver el problema. En efecto, el artículo 97 de la ley de Mercado de Valores parece llamar controlador al grupo de personas que con acuerdo de actuación conjunta, y directa o indirectamente, tiene el poder de realizar las actuaciones que allí se indican (inciso primero del artículo 97). Bajo esa definición los dueños de IRSA son controladores supuesto que tengan un acuerdo de actuación conjunta. Cada uno de ellos es, simultáneamente, un miembro del controlador (bajo el penúltimo inciso del

artículo). El problema se plantea cuando se trata de decidir si acaso la transferencia de propiedad de un miembro del controlador a un tercero que lo subroga en los acuerdos previos, debe considerarse o no un “cambio de control” a los efectos de aplicar la regla contenida en el artículo 199, letra c de la misma ley.

Por otra parte, se trata de averiguar también si estamos aquí en presencia de la excepción que establece el artículo 99, letra a de la misma ley antes citada. En otros términos, se trata de averiguar si Heineken cuando accede al cincuenta por ciento de IRSA está influyendo decisivamente o no en su administración. *Prima facie*, la excepción supone que hay otra persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta con un porcentaje igual o superior.

Acerca de todo lo anterior versa el presente informe.

El informe ha sido solicitado por encargo de Anheuser Busch International Holdings, Inc. Chile II Limitada. A fin de emitir su opinión, el informante ha tenido a la vista los siguientes antecedentes: la solicitud de consulta dirigida por Anheuser Busch International Holdings, Inc. Chile II Limitada, al señor Superintendente de Valores y Seguros; la comunicación emitida por la Superintendencia de Valores y Seguros, donde consta la resolución en la que se da respuesta a la precedente consulta; los escritos presentados ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago en los que se reclama, por parte de Anheuser Busch International Holdings, Inc. Chile II Limitada, la precedente resolución, el tras-

lado que evacuó la Superintendencia y los escritos en que FHI Finance Holding International B.V. y Heineken International B.V. y Heineken Americas B.V., se hacen parte del litigio trabado como resultado de esa reclamación. El informante ha revisado esos antecedentes y, sin compromiso previo, ha emitido una opinión provisional. Conocida esa opinión, Anheuser Busch International Holdings ha decidido encargar el presente informe.

Dilucidar el precedente problema, exige, en primer lugar:

- I. Referirse en general a los principios que el derecho vigente establece para la interpretación de la ley. De esos principios se sigue que el intérprete, a fin de elucidar los casos inciertos, debe fijar el sentido de la ley y, a la luz de él, fijar la extensión de la letra (artículos 19 y 23 del *Código Civil*).
- II. Establecido lo anterior, se hace luego necesario establecer el sentido que posee el título xxv –agregado por la ley 19.705– de la ley de Mercado de Valores. La doctrina está de acuerdo en que el sentido de la OPA es la protección del principio de igualdad de trato de los accionistas y la protección de su propiedad, establecido que el accionista tiene propiedad sobre un flujo futuro que depende del gobierno de la corporación. Si el gobierno de la corporación cambia –porque el control se desplaza– entonces, y éste es el sentido de la ley, los accionistas tienen derecho a hacer uso de la prima de control, juzgando si el nuevo controlador tiene intereses convergentes con los suyos o, en cambio, divergentes.
- III. Una vez dilucidado el sentido del título xxv de la ley de Mercado de Valores, el informe analiza el concepto de control que esa ley utiliza. El informe concluye que la ley no contiene una definición legal de control, motivo por el cual el intérprete debe, con arreglo a los artículos 20 y 21 del *Código Civil*, fijar su significado. El informe concluye que la palabra ‘control’ alude a la posibilidad que un grupo de personas tenga la posibilidad efectiva de dirigir los negocios sociales, aunque, desde el punto de vista de la propiedad, los activos no le pertenezcan de manera íntegra. El control incluye, en consecuencia, no sólo la propiedad sino, también, el poder de coalición, es decir, la capacidad efectiva y lograda de los accionistas –mediante pactos– para hacer converger sus intereses.
- IV. Aquí el informe analiza si, en particular, y a la luz de los antecedentes previamente analizados, puede sostenerse que en el caso que le ha sido consultado existe o no obligación legal de efectuar una OPA. El informe argumenta en el sentido que esa obligación existe porque –como se habrá mostrado ya en el precedente apartado– hay toma de control efectivo y no se verifican las excepciones previstas en el artículo 99 de la ley de Mercado de Valores.
- V. Aplicados esos principios, debe concluirse que en el caso planteado existe la obligación legal de efectuar una OPA.

I

Al revés de lo que suele creerse, el principio que enuncia el artículo 19 del *Código Civil* está muy lejos de ser una mera sujeción a la letra de la ley. Si bien, hacia fines del siglo XIX comenzó a generalizarse –por parte de quienes enseñaban entonces *Código Civil*– la opinión según la cual la regla básica de interpretación era la interpretación literal (a veces llamada judaica o mosaica), lo cierto es que el *Código Civil* recoge una vieja tradición interpretativa que en vez de dar primacía a la letra de la ley, subordina la letra al sentido de la ley. Cuando el artículo 19 del *Código Civil* prescribe que no se debe desatender el tenor literal de la ley, lo hace a condición de que el sentido resulte claro. En cualquier otra hipótesis –si el sentido no es claro– entonces ya no es el caso que el intérprete deba someterse a la letra de la ley. Ese principio que declara el artículo 19 del *Código Civil*, debe entonces complementarse con la regla que, por su parte, enuncia el artículo 23: la extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido.

Así entonces, la interpretación de la ley debe ser estricta si es el caso que su sentido coincide con la letra; extensiva si es el caso que el sentido exhorta la letra; restrictiva en el caso que el sentido alcance a menos casos que la letra.

De ahí que, como se acaba de recordar, el artículo 23 del *Código Civil* establezca que la extensión que deba darse a toda ley se determinará según su genuino sentido. En otras palabras,

el sentido de la ley –lo que los antiguos llamaban *sensus* o *intellectus legis*– determina la extensión que ha de darse a la letra de la ley –lo que solía llamarse *littera, verba, scriptura legis*. Si el sentido es más amplio que la letra, entonces la interpretación debe ser extensiva; si el sentido es más estricto que la letra, entonces la interpretación ha de ser restrictiva; si, en fin, el sentido coincide con la letra, la interpretación ha de ser estricta.

Lo anterior se sigue de las fuentes ideológicas que influyeron en el *Código Civil* en materia de interpretación. Como es bien sabido, la fuente inmediata de las reglas de interpretación es el *Código de la Luisiana* de 1825, que era una revisión de otro de 1808. Por su parte, el *Código de la Luisiana* estuvo influido por la codificación francesa y, en particular, por uno de sus proyectos, el de 1800. Este proyecto de *Código Civil Francés* (que influyó en el de la *Luisiana*, el que, por su parte, sirvió de fuente al chileno) contaba con reglas de hermeneútica tomadas de Domat y de su libro *Las leyes civiles en el orden natural*. En esta obra, Domat –según era habitual en la tradición– distingue entre el tenor literal y el sentido y establece que es este último el que fija la extensión, es decir, los casos, a que la ley se aplica. Buscar, por su parte, el sentido cuando él no resulta claro, supone, sugería Domat, echar mano al espíritu de la ley (*esprit*), expresión que vuelve a recoger nuestro artículo 19.

El espíritu de la ley no es más que lo que los antiguos llamaban *ratio legis*, esto es, la finalidad de la ley. La finalidad de la ley (su espíritu o *ratio legis*) ha

servido siempre para resolver los casos ambiguos, difíciles, los *casus non decisis* por la letra de la ley. Es bien sabido que el espíritu o *ratio legis* debe buscarse en la propia ley (echando mano a lo que se ha llamado los elementos lógico y sistemático) o en la historia fidedigna de su establecimiento (*ratio scripta*)¹.

Nada de esto conduce, por supuesto, a la extrema inseguridad. Como ha sido sugerido muchas veces, está en la índole de la interpretación legal concluir que existen casos claramente cubiertos por la ley; casos claramente no cubiertos y, en fin, casos inciertos en los que, *prima facie*, no es posible saber si están o no imperados por la ley que se trata de interpretar. Respecto de estos últimos casos, el sentido de la ley –como expresa el artículo 23 del *Código Civil*, que es derecho vigente en Chile– determina la extensión que ha de darse a la ley. Estos principios deben ser tenidos en cuenta al resolver el asunto que me ha sido consultado.

Porque el problema de si acaso la compra del cincuenta por ciento de la

propiedad de un controlador (IRSA respecto de CCU) está o no sujeta a la obligación de una oferta pública de acciones es, en opinión de este informante, un caso incierto para cuya dilucidación se hace imprescindible indagar en lo que el *Código Civil* llama el “sentido de la ley”. Se trata de un caso incierto porque, como se insistirá luego, la Ley de Mercado de Valores no define legalmente lo que debe entenderse por “control” (una definición legal requiere ser expresa y específica, cuestión que en este caso no ocurre); y porque debe decidirse si la compra del cincuenta por ciento de la propiedad de un controlador está cubierta por la regla general del inciso primero del artículo 99 de la ley de Mercado de Valores (caso en el cual debiera haber una OPA) o, en cambio, en una de sus excepciones (caso en el cual no debiera haberla).

Dilucidar el sentido de la ley en este caso, exige recordar algunos de los principios que subyacen al mecanismo de la oferta pública de acciones. Identificar esos principios permitirá fijar lo que en hermenéutica legal se denomina *ratio legis* o espíritu de la ley. La *ratio legis* se dilucida recurriendo a sus propios preceptos o a la *ratio scripta* (la historia fidedigna de su establecimiento). Al fijar la *ratio legis* se cuenta con un precioso elemento que permite dilucidar el sentido de la ley y, por esa vía, la extensión de su letra.

En lo que sigue, se ofrece evidencia para sostener que la *ratio legis* al tiempo de establecer la OPA fue la protección de la propiedad de los accionistas minoritarios e institucionales impedidos de alcanzar el gobierno de la so-

¹ Para todo lo anterior, *vide* GUZMÁN BRITO, A. “La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Jurídica, 1992; GUZMÁN BRITO, A. “Acerca de la Interpretación de la Ley”, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Santiago, Jurídica, 1999; GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, Biblioteca Juan de Solórzano y Pereira, 2.000, vol. I; VERNENGO, R., *La interpretación literal de la ley*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971.

ciudad. Ello porque la constitución no sólo protege la titularidad sobre la acción sino, también, protege el bien sobre el cual ella recae, los flujos de utilidades, que dependen del gobierno social. Siendo ésa la *ratio legis*, no puede sostenerse que en este caso exista un mandato de interpretación restrictiva del mecanismo de las OPAS.

II

Las OPAS son ampliamente conocidas en el derecho comparado, anglosajón y continental². La ley 19.705 que reguló la OPA en el ordenamiento jurídico nacional, recogió parte de esa experiencia y de ello quedó constancia en las respectivas actas –*ratio scripta*– donde consta la tramitación de la ley. El conocimiento acumulado respecto de este mecanismo, puede, entonces, contribuir a dilucidar su sentido y, por esa vía, favorecer una adecuada interpretación de la ley 19.705.

Uno de los rasgos más acusados de la moderna sociedad de capitales, está dada por el hecho que en ella existe una separación entre la propiedad, por una parte, y el control por la otra. Mientras la propiedad está diluida en miles de accionistas, la administración de los nego-

cios sociales se encuentra inevitablemente concentrada. Quien tiene la propiedad de la sociedad o la empresa, no tiene necesariamente el control, de manera que el destino jurídico o material de los negocios sociales puede no estar en manos de todos los propietarios o accionistas. Es éste un fenómeno ampliamente reconocido que, hasta cierto punto, se aparta de las clásicas concepciones de la propiedad. En la propiedad clásica sobre cosas corporales o incorporales, el dueño tiene siempre la facultad de decidir el destino jurídico o material de la cosa sobre la que su dominio recae (*jus abutendi*). En la moderna sociedad de capitales, el accionista carece, en rigor, de esa facultad.

Si bien el accionista es dueño de un derecho personal contra la sociedad, desde el punto de vista económico su propiedad recae sobre un flujo futuro –las utilidades– cuyo monto dependerá de cómo se gestionen los negocios sociales. Para el conjunto de los accionistas, en consecuencia, no es indiferente cómo se administren los negocios sociales: a fin de cuentas el valor presente de las acciones y de los activos sociales, depende de quien tenga el control y, en consecuencia, la administración de la sociedad. La evidencia muestra que la propiedad sobre un paquete accionario –que no alcanza la totalidad– puede conferir el control y la administración social. En ese caso, hay accionistas minoritarios que carecen de la posibilidad de controlar los activos sociales sobre los que, sin embargo, tienen propiedad.

En razón del fenómeno que se acaba someramente de describir, en el

² Por vía ejemplar, y para lo que sigue, puede consultarse: GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *La OPA obligatoria*, Madrid, Civitas, 1996; LÓPEZ ANTÓN, F., “Ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios”, en *Revista de Derecho Mercantil*, N^os 175-176, enero-junio, 1985, p. 203 y ss.; BERGER, K.A., “Comparative analysis of takeover regulation in European Community”, en *55 Law and Contemp. Probs.*, N^o 4, 1992, p. 53 y ss.

derecho comparado es posible observar un conjunto de mecanismos tendientes a proteger a los accionistas minoritarios. Así, por ejemplo, es posible observar una amplia regulación acerca de grupos de sociedades (es el caso del derecho alemán) o una muy fina regulación de los deberes fiduciarios que obligan al accionista mayoritario a gestionar la sociedad sin traicionar los intereses o expectativas de los minoritarios (es el caso del derecho estadounidense). Otro mecanismo para proteger los intereses de los accionistas minoritarios en presencia de la concentración del control en pocas manos, es la regulación de las OPAS.

Desde el punto de vista económico, la propiedad sobre un paquete accionario que confiere el control de una sociedad tiene un valor económico adicional. Todas las acciones poseen un precio que refleja la capacidad de los activos para producir un flujo efectivo futuro de ingresos. Con todo, y como se acaba de decir, las acciones que permiten adquirir el control de la sociedad, tienen, todavía, un valor adicional, un valor agregado³.

En ese caso, se plantea el problema relativo a quién tiene derecho a apropiarse ese valor adicional. El mecanismo de OPA que consagra la ley

19.705, obliga a poner ese mayor valor, en principio, al alcance de todos los accionistas, incluidos los minoritarios.

El mecanismo de la OPA, evita que quienes quieran tomar el control de una sociedad que haga oferta pública de sus acciones, negocien directamente con los actuales controladores el precio de sus acciones y evita, asimismo, que éstos se apropien en exclusiva el plusvalor proveniente del control. A cambio de eso, los obligan a dirigir una oferta a todos los accionistas. Es fácil apreciar el sentido del mecanismo. Una vez formulada la oferta pública, los accionistas minoritarios deben decidir si hacen suyo de inmediato el mayor precio de las acciones o si, en cambio, se mantienen en la sociedad confiando en quienes toman, ahora, su control. Los accionistas minoritarios gozan así de una ventaja a cambio de carecer del control: podrán compartir el plusvalor proveniente del control (v.gr., si, como producto de la oferta, venden) o podrán participar de la mejora en la gestión (si retienen su posición y advierten que sus intereses coinciden con los de los controladores). En presencia del mecanismo de la OPA, los accionistas minoritarios quedan protegidos, aun, cuando no puedan incidir de manera

³ Desde el punto de vista estrictamente económico, eso genera lo que se ha llamado un “mercado del control”. En otras palabras, y en principio, siempre es posible “comprar” el paquete accionario que permite tomar el control de la sociedad. Los tenedores de ese paquete tienen incentivos para venderlo (logran vender sus acciones a un precio superior a aquéllas que no tienen el control) y los adqui-

rentes tienen también incentivos para ofrecer comprar (por un precio que está en un rango que va desde el valor de la acción hasta el mayor valor que la acción tendrá una vez que quien la compra la administre). Las OPAS, como se verá de inmediato, constituyen un mecanismo para distribuir entre todos los accionistas por igual el mayor precio del control, impidiendo que se lo apropien, nada más, los controladores.

directa en el gobierno de la corporación. Esto resulta particularmente relevante sobre todo cuando, como ocurre en Chile, los inversionistas institucionales –v.gr., las Administradoras de Fondos de Pensiones– tienen impedido legalmente tomar el control de la sociedad cuyos títulos poseen.

En el derecho comparado es posible observar varias modalidades de la OPA. El sistema puede consagrarse como un mecanismo voluntario u obligatorio o, por su parte, como un mecanismo que permita las ofertas totales o parciales. En el caso del sistema consagrado por la ley 19.705 que se ha venido explicando, el sistema presenta la característica de ser obligatorio.

Se han esgrimido variadas consideraciones de carácter económico en contra de la eficiencia del mecanismo de las OPAS. Los controladores de una sociedad, se ha dicho, incorporan conocimiento especializado y capital humano a la sociedad y disminuyen, a su costa, los costos de información o de monitoreo que el conjunto de los accionistas no puede llevar a cabo por sí mismo. Así, el control de una sociedad beneficiaría a todos los accionistas. Se trataría de una especie de bien público y la prima de control permitiría la obtención de ese bien del que todos obtienen una parte. Estas consideraciones son, sin embargo, ajenas al derecho vigente, el que optó por considerar que las OPAS eran el mejor mecanismo para asegurar el principio de igualdad de trato y la propiedad de todos los accionistas.

Establecido lo anterior, cabe ahora preguntarse qué relación media entre

el mecanismo que se acaba de describir –la OPA– y el derecho de propiedad consagrado, en el ámbito constitucional, en nuestro ordenamiento. Ocuparse de este aspecto del problema reviste particular importancia, a juicio de este informante, para la interpretación de la ley. Si este mecanismo importa, sin más, una limitación al derecho de propiedad de las acciones de quienes tienen el control, entonces la interpretación de las reglas que la ley 19.705 introdujo a la ley de Mercado de Valores, deberá ser restrictiva. Ese efecto restrictivo no se produciría, en cambio, si el referido título de la ley de valores tiene por objetivo proteger la propiedad de los accionistas, en este caso, minoritarios.

A primera vista, el mecanismo de la OPA constituiría una limitación al derecho de propiedad de quien desea enajenar o transferir sus acciones. Los titulares de las acciones que permiten el control, tendrían la propiedad de esas acciones y, en consecuencia, la facultad, inherente al dominio, de disponer con libertad y sin restricciones de ellas. Se ha argumentado que el dominio sobre las acciones –incluso sobre aquellas cuya posesión permite el control– incluiría como una de sus facultades inherentes, la de disponer de ellas mediante negociaciones entregadas a la libre voluntad del propietario. El mecanismo de la OPA, limitaría, *prima facie*, el derecho de disposición.

Siendo así –podría sostenerse– el mecanismo de las OPAS debiera ser interpretado restrictivamente, extendiéndolo, dentro de la ley que lo establece, a los menores casos posibles. En

otras palabras, el carácter limitativo del dominio que revestirían las OPAS, permitiría derivar, en caso de duda, un mandato de interpretación restrictiva de su ámbito de aplicación. Desde el punto de vista del derecho civil convencional ésa parece ser una explicación correcta. Si un sujeto de derecho es accionista, incluso mayoritario, entonces podría en ejercicio del *jus abutendi* (la facultad de disposición inherente al dominio) disponer mediante un acuerdo voluntario de su paquete de acciones sin ninguna restricción. El valor de ese paquete estaría dado por la disposición voluntaria a pagar del adquirente. El titular, como propietario de las acciones, debiera, entonces, hacer suyo (“internalizar”) el precio que el tercero pagó por ellas. En caso de duda –podría argumentarse– el intérprete debiera, en homenaje a la propiedad, dar primacía a ese principio general.

Ocurre, sin embargo, que el mecanismo de las OPAS debe ser visto como un mecanismo de protección de la propiedad que viene impuesto por la índole de la sociedad por acciones. Las acciones son una propiedad sobre un flujo futuro (que el accionista, cuando transa su acción, trae a valor presente) entonces reglar el control (o gobierno) de las sociedades es una forma de protección de la propiedad de quienes teniendo el dominio sobre activos sociales carecen, sin embargo, del control. En términos convencionales, el gobierno de las corporaciones es también un tema de propiedad desde que la propiedad clásica incluye el control del activo a que se refiere o, en términos civiles, los frutos a que, por la accesión,

tiene derecho el propietario. Como es bien sabido, la protección de la propiedad bajo el derecho vigente en Chile, incluye la titularidad, el bien sobre que recae y las facultades inherentes al derecho de dominio. Ahora bien, las acciones son un título sobre flujos futuros, de manera que el bien sobre el cual recae el dominio accionario no es el título, sino el flujo de utilidades futuras a que tiene derecho el accionista que es, desde otro punto de vista, la prestación a que la sociedad está obligada. Las OPAS constituyen, así, un mecanismo de protección de una facultad inherente al dominio de los minoritarios (el *jus fruendi*) o, si se prefiere, un mecanismo de protección del bien sobre el que esa propiedad recae. Ese control tiene un valor económico que explica que los adquirentes de un paquete accionario que confiere el control, lo valoran más que la suma de acciones individualmente consideradas (una manifestación de que todas estas operaciones, como suele decirse, son *intuitu pecuniae*). Sobre esto hay amplio acuerdo en la literatura⁴. Una versión de este

⁴ Las fusiones y adquisiciones –uno de los fenómenos más habituales en los mercados modernos– muestran que las empresas compradoras (*bidding firms*) están dispuestas a pagar una prima sobre el valor justo (*fair value*) de los activos de la empresa adquirida (*target firm*). El *fair value* de los activos equivale a la capacidad económica que poseen para generar flujos efectivos futuros. En principio, el *fair value* debiera reflejarse en el precio de las acciones. Sin embargo, al momento de una toma de control, el precio de las acciones de la compañía *target* refleja el pago de una prima. Esto muestra que la capacidad de los activos para producir

principio de propiedad que justificaría las OPAS, lo constituye el principio de igualdad de trato de los accionistas.

El derecho vigente en Chile –en particular, la carta constitucional– consagra, según es bien sabido, una amplia protección al derecho de propiedad. Un examen de la manera en que ese derecho aparece consagrado, justifica las precedentes afirmaciones, esto es, que las OPAS, una vez que se las entiende en el contexto del derecho vigente, un mecanismo de protección de la propiedad, de tal manera que no existe, respecto de la ley que las establece, un mandato de interpretación restrictivo. En efecto, la Constitución ampara, como se dijo ya, no sólo la titularidad del dominio sino, también, el bien u objeto sobre el cual recae y las facultades que le son inherentes; aunque estas últimas pueden ser reguladas por ley siempre que no se las afecte en su esencia. Ahora bien, la propiedad sobre una acción representa, como es bien sabido, la propiedad sobre una parte *alicuota* del capital social y la propiedad sobre los flujos futuros –utilidades– del negocio. Como esas utilidades o flujos futuros dependen de la gestión o de la administración social, parece obvio, entonces, que el mecanismo de las OPAS son una forma de protección de la propiedad en vez de ser una limitación de ella.

Lo anterior quedó dicho con elocuencia en el mensaje con que se inició

el proyecto de ley que regula las OPAS y establece régimen de gobierno corporativo⁵. Son tres, entre otros, los principios básicos que se esgrimieron en el mensaje para promover el mecanismo de las OPAS: en primer lugar –se dijo– la ley tiene por objetivo proteger los intereses de los accionistas minoritarios para asegurarles un retorno razonable y “evitar que sean expropiados” (el destacado es del informante) por los administradores o por el grupo controlador de una sociedad; en segundo lugar, el proyecto perseguía acabar con las diferencias en el manejo de información (asimetrías) entre los grupos controladores y el mercado; en tercer lugar, el proyecto tiene por finalidad asegurar un trato igualitario entre los accionistas que al poseer “idénticos derechos de voto y de reparto sobre los dividendos, impiden las redistribuciones de riqueza a favor de ciertos grupos de accionistas”. Como se ve, en concepto del órgano colegislador, cuya voluntad se manifiesta en el mensaje, el mecanismo de las OPAS se instituye como un mecanismo para proteger la propiedad de los accionistas minoritarios e institucionales sobre el “retorno” o flujo de sus títulos y sobre la cuota a que tienen derecho en el reparto de dividendos. Estos conceptos fueron compartidos durante el debate del referido proyecto de ley en la Cámara de Diputados⁶.

flujos futuros efectivos depende de quien posea el control sobre ellos: la diferencia entre el *fair value* de los activos y la capacidad generada por la nueva administración, reflejaría el valor del control corporativo.

⁵ *Boletín* N° 2289-05, también en Cámara de Diputados, sesión 30, martes 5 de enero de 1999.

⁶ Así, v.gr., la intervención del diputado Dittborn: “La compra a prorrata de las acciones que poseen los accionistas a que obliga el proyecto que hoy nos ocupa es una norma

Los antecedentes que se acaban de analizar, autorizan afirmar que la naturaleza de las OPAS no permiten derivar la afirmación según la cual ellas constituyen una limitación al derecho de propiedad. Al revés de eso, las OPAS constituyen un mecanismo de protección del derecho de propiedad de los accionistas, minoritarios e institucionales, que en caso de tomas de control de la sociedad pueden ver amenazados los flujos futuros sobre el cual tienen derecho los que, como se ha explicado ya, son dependientes de la administración social.

En conclusión, no puede sostenerse, a juicio de este informante, que exista un principio de interpretación restrictiva de las reglas que establecen el mecanismo de OPA.

III

Establecido lo anterior, cabe preguntarse ahora bajo qué condiciones –desde el punto de vista de la ley de Mercado de Valores– procede una OPA. Como es sabido, esas condiciones se regulan en el título xxv de la ley de Mercado de Valores (introducido por la ley 19.705) y, en especial, en el artículo 199. En el caso en análisis, la letra c) del artículo 199 subordina la obli-

positiva, no tanto porque distribuye en forma igualitaria el premio por control (...) sino porque distribuye en forma más igualitaria el premio del precio pagado sobre el valor bolsa (...). Es de toda justicia que este premio lo obtengan tanto los controladores como los accionistas minoritarios". *Vid.* Cámara de Diputados, sesión 31, martes 17 de agosto de 1999.

gación de practicar una OPA a la previa toma de control.

El precepto, varias veces citado, establece:

Deberán someterse al procedimiento de oferta contemplado en este título, las siguientes adquisiciones de acciones, directas o indirectas, de una o más series, emitidas por una sociedad que haga oferta pública de las mismas:

- c) Si una persona pretende adquirir el control de una sociedad que tiene a su vez el control de otra que haga oferta pública de sus acciones, y que represente un 75% o más del valor de su activo consolidado, deberá efectuar previamente una oferta a los accionistas de esta última conforme a las normas de este título, por una cantidad no inferior al porcentaje que le permita obtener su control.

A *contrario sensu* del precepto, si no hay toma de control, entonces el mecanismo no resulta obligatorio.

Por su parte, el artículo 203, letra a) de la misma ley, al tratar del contenido del prospecto donde consta la OPA, establece que él debe contener: ...una descripción financiera, jurídica y de los negocios del oferente o de sus controladores efectivos y finales, según fuere el caso... (el énfasis es del informante).

Parece obvio, a la luz del precepto que se acaba de citar, que el control al que subordina la OPA puede ser un control efectivo y final.

Por otra parte, se encuentran los artículos 97 y 99 de la citada ley. El primero de ellos establece que es controlador de una sociedad: toda persona o grupo de personas con acuerdo

de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:

- a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades o
- b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.

Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta (...) cada una de ellas se denominará miembro del controlador.

234

El segundo, por su parte, esto es, el artículo 99, establece en qué casos ha de entenderse que se influye decisivamente en la administración o el control de una sociedad, y establece, entre otras excepciones, la que sigue:

- a) que exista otra persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que controle, directa o a través de personas naturales o jurídicas, un porcentaje igual o mayor.

Un somero análisis de las reglas precedentes, permiten alcanzar la siguiente y obvia conclusión: bajo la regla del artículo 199, letra c), la adquisición del control desencadena la obligatoriedad de una OPA. Ese control, a la luz de los requisitos del prospecto que enuncia el artículo 203, puede ser efectivo (concepto que la ley no define) o revestir la forma de un cambio de controlador bajo la regla del artículo

97, entendiéndose por tal quien tiene influencia decisiva en la administración de la sociedad cuyas acciones deberán ofertarse mediante una OPA. *Prima facie*, el cambio de controlador equivale a la adquisición del control, salvo los casos previstos en el artículo 99. En el caso en análisis se trata de saber si Heineken al incorporarse a IRSA, sucediendo en el pacto de accionistas a Paulaner, adquiere o no el control efectivo de CCU o si tiene influencia decisiva en su administración. O si, en cambio, se encuentra en las excepciones del artículo 99.

Resulta, entonces, imprescindible, darse a la tarea de dilucidar qué ha de entenderse por control para fijar correctamente el sentido de las precedentes reglas, establecido que una vez fijado el sentido, es posible fijar la extensión de la ley⁷.

Respecto del concepto de control que utiliza el artículo 199, letra c que a la ley 18.045 introdujo la ley 19.075, cabe preguntarse si existe o no una definición legal de control a la que el intérprete deba, sin más, someterse; o si, en cambio, al no existir esa definición legal resulta inevitable arribar a ella mediante los diversos elementos de interpretación.

El *Código Civil*, como es bien sabido, establece tres reglas que el intérprete ha de tener en consideración al tiempo de asignar un significado a las palabras de la ley. Hay coincidencia en la doctrina –y fluye del propio texto del *Código*– que esas reglas son tres y poseen cierto orden de prelación entre

⁷ Artículos 19 y 23 del *Código Civil*, cfr. *supra* 1.

ellas. Ante todo, si el “legislador las ha definido expresamente para ciertas materias” entonces ha de dársele a las palabras su significado legal⁸. A falta de una expresa y específica definición legal, y constatado que se trata de una palabra técnica perteneciente a una ciencia o arte las palabras

“se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”⁹.

En fin, y en caso de no poderse aplicar las reglas precedentes, “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”¹⁰.

Pues bien, a la luz de las precedentes reglas, cabe, ante todo, preguntarse si la palabra ‘control’ posee o no definición legal. Para ello son necesarios dos requisitos, a saber: a. que el legislador haya definido “expresamente” esa palabra; b. que ello haya sido “para ciertas materias”. La definición legal, para ser tal, debe, en consecuencia, ser expresa y específica. Ninguno de esos caracteres es posible observarlos en la ley de Valores respecto de la palabra ‘control’. En efecto, la ley cuando define expresamente ciertas palabras lo da a entender de manera inequívoca sirviéndose de diversos giros de carácter imperativo. Así, el artículo 25 del *Código*

Civil respecto de las palabras hombre, persona, niño, adulto (“...se entenderán..”); infante o niño en el artículo 26 (“...llámase...”); playa de mar en el artículo 594 (“...se entiende por...”). Ninguno de esos giros, u otros semejantes, es posible encontrarlos en la citada ley de Mercado de Valores respecto de la palabra ‘control’. Tampoco se encuentra –aunque a la luz de lo dicho resulta irrelevante– una expresa definición de “control” respecto de la OPA.

Cabe entonces preguntarse, ¿acaso se trata de una palabra técnica, perteneciente a una ciencia o arte, en cuyo caso habrá que darle el sentido que le den los que profesen dicha ciencia o arte?

Si bien la palabra ‘control’ es un término de amplio uso en el derecho de sociedades (lo que en el derecho anglosajón suele denominarse *Corporate Law*) y, si bien suele emplearse con profusión en la amplia literatura existente sobre el denominado “gobierno corporativo”; no puede estimarse, a juicio de este informante, que a la dicha palabra pueda asignársele un sentido unívoco de carácter técnico. Con todo, y a efectos de ilustrar su comprensión, sí puede señalarse que en la literatura la palabra ‘control’ alude a la posibilidad de que un grupo de personas tenga la ocasión efectiva de dirigir los negocios sociales, aunque, desde el punto de vista de la propiedad, los activos no le pertenezcan de manera íntegra. El tema del control aparece tempranamente en la literatura, en efecto, para designar el fenómeno que se produce en la moderna sociedad por acciones en la que la propiedad está di-

⁸ Segunda parte, del artículo 20 del C.C.

⁹ Artículo 21 del C.C.

¹⁰ Primera parte del artículo 20 del *Código Civil*.

luida en muchas manos (los accionistas) y el control en unas pocas, debido al hecho que quienes administran responden a quienes tienen la propiedad de un cierto paquete accionario¹¹. Dicho en términos más técnicos, el concepto de control debe ser entendido sobre el fondo de lo que la teoría económica denomina un problema de agencia; éstos surgen cuando el principal (en el caso de la sociedad anónima, la junta de accionistas) carece de la posibilidad efectiva de hacer valer su voluntad ante el agente (los administradores que en vez de responder a la junta de accionistas, responden ante quienes tienen la titularidad del paquete accionario que confiere el control).

El significado que surge de las disciplinas técnicas coincide, por otra parte, con el sentido natural y obvio que posee la palabra ‘control’ el que –como ha declarado largamente la práctica jurisprudencial– se encuentra registrado en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*¹² donde ‘control’ significa “mando o preponderancia” o “mando o dispositivo de regulación”.

Todo lo anterior coincide con la manera en que el concepto es usado en la ley. Por supuesto, el hecho que la ley no defina expresamente el control, no quiere decir que carezca de un concepto de control que el intérprete deba fijar en caso de controversia. Desde luego, el artículo 97 usa un concepto implícito de control sometiéndolo a las

condiciones que allí se establecen¹³. Pero ese uso no parece agotar el concepto de control que utiliza la ley de mercado de valores desde que –como se dijo ya– el artículo 203, letra a) parece utilizar un concepto distinto cuando, refiriéndose al prospecto en que constan los términos y condiciones de una OPA, exige que se individualicen los “controladores efectivos y finales”. Como es obvio, la mención de un “control efectivo y final” no se explicaría si en la ley existiera nada más un concepto unívoco de control¹⁴.

A la luz de lo anterior, parece indispensable, a fin de elucidar el sentido de la ley, y fijar así su alcance –como lo exigen los artículos 19 y 23 del *Código Civil*, según se explicó ya– detenerse en las características que reviste el concepto de control en el derecho de sociedades. Esta averiguación podrá contribuir a fijar luego el alcance que ese concepto posee bajo las reglas del derecho vigente en Chile.

El control posee características particulares que es útil tener en cuenta. La capacidad de control de una sociedad

¹³ Es obvio, con todo, que el artículo 97 no contiene una definición legal de control. Por supuesto, podría sostenerse que “control” es lo que tienen los “controladores” a que se refiere el artículo. Pero se trataría de una definición circular que incluye el *definiendum* (lo definido) en el *definiens* (lo que define). Antiguos manuales de lógica, es sabido, proscriben por falaz ese tipo de definición circular.

¹⁴ Cfr. ALCALDE, E. “Regulación sobre la venta de control en la ley de OPAS: ¿Un caso de iniquidad o simplemente un error?”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 3, vol. 28, 2001, Sección Estudios, pp. 599-614.

¹¹ Cfr. BERLE, “Control” in *Corporate Law*, en: *58 Colum. L. Rev.*, 1958, p. 1.212 y ss.

¹² Vigésima segunda edición, 2.001.

por acciones, es función del poder de coalición de un conjunto de personas o del nivel de propiedad que poseen, a fin de alinear al ente controlado con sus propios intereses.

En otras palabras, y en principio, la capacidad de control depende de cualquiera de las dos siguientes variables, según lo enseña el derecho de sociedades y la teoría económica:

Primera, del grado de propiedad que una persona tenga sobre el capital social y, en consecuencia, los flujos futuros. Si una persona cuenta con el 30% de las acciones, en tanto el resto de la propiedad está diluida en pequeños accionistas, entonces esa persona posee el control, es decir, la capacidad de gobierno de la sociedad. Es cierto que si los pequeños accionistas se reunieran, podrían tomar el control, pero ocurre que frecuentemente no lo hacen por los altos costos que eso supone¹⁵.

Segunda, del poder de coalición o, en otras palabras, de la facilidad que tenga un grupo de personas que individualmente no tiene el control, para asociarse, alcanzar acuerdos y así lograr la

capacidad de gobierno. Es sabido que en materia de sociedades el control es difícil porque tiene costos de coalición altos. Como la propiedad puede estar diluida en miles de pequeños accionistas, hay grandes dificultades para ponerlos de acuerdo y alcanzar el gobierno de la sociedad. Esas dificultades o costos de coalición disminuyen si disminuye el número de personas involucradas. En otras palabras, si existen pocas personas, es más fácil que se pongan de acuerdo para tomar el control que si hay muchas. Esto explica que no es igual la situación de trescientos accionistas que en conjunto tienen el 40%, que la situación de dos accionistas que en conjunto tienen nada más el 30%. Los primeros suman más votos, pero para ello deben primero ponerse de acuerdo lo que, atendida la dispersión de intereses, es difícil. Los segundos, en cambio, tienen menos propiedad, pero su poder de coalición es mayor: tienen menos dificultades para ponerse de acuerdo. El resultado probable, enseña la evidencia empírica, es que los segundos (que tienen menos propiedad) tomarán el control.

De ahí que si varias personas cuentan ya con un acuerdo (ya internalizaron los costos de coalicionarse) entonces constituyen un controlador. Si dos personas –en el caso en análisis Paulaner y Quiñenco– alcanzaron ya un acuerdo de actuación conjunta (ya superaron los costos de coalicionarse) y sobre la base de él controlan la sociedad X (en este caso IRSA), entonces si un tercero (en el caso en análisis, Heineken) sustituye a uno de los que alcanzaron el acuerdo (en el caso en análisis, Paulaner) enton-

¹⁵ La teoría económica y el *Law and Economics*, denomina a esos costos “costos de transacción” o, más precisamente, “costos de coalición”. Son, para decirlo sencillamente, las dificultades que tiene un gran número de personas, con intereses dispersos para ponerse de acuerdo. Los “costos de coalición” son, en general, directamente proporcionales a la cantidad de personas (y de intereses) que deben ponerse de acuerdo. Esto explica que si las personas son pocas puedan –aunque no tengan la mitad más uno de las acciones– tomar el control de una sociedad: sus costos de coalición son más bajos que los de la mayoría.

ces adquiere el control de X (en el caso analizado, IRSA). Como lo muestra la evidencia empírica y los conceptos previamente analizados, el control efectivo (al que alude la ley en el artículo 203 que se citó ya) depende, a fin de cuentas, de la capacidad ya lograda de alcanzar coaliciones. En una sociedad con miles de pequeños accionistas la mayoría, como se viene diciendo, puede tener altos costos para coalicionarse, de donde se sigue que a veces una minoría consistente –con bajos costos de coalición– podría tomar el control de una corporación. Esto permite explicar por qué una sociedad controladora con dos miembros iguales puede asumir el control: sus costos de coalición son bajos y los incentivos para alcanzar un acuerdo son muy altos (el costo alternativo de no alcanzar acuerdos es, en principio, más alto que el peor de los acuerdos).

Los precedentes conceptos permiten concluir que la distinción entre controlador y miembro del controlador –que efectúa a propósito de los grupos empresariales la ley de Mercado de Valores y que fue introducida por la ley 18.660¹⁶– es irrelevante en este caso porque, de aplicarse, contraría la *ratio legis*, la finalidad de la ley.

Aquella distinción, en efecto, al ser esgrimida para sostener que el cambio de un miembro del controlador no importa un cambio de control, esgrime la letra de la ley para borrar su finalidad o su espíritu. En otras palabras, esgrimir esa distinción literal contra el concepto de control que inspira a la ley

19.705, importa abrir un amplio espacio a lo que los antiguos denominaron *fraus legis*, fraude a la ley. En el *Corpus Iuris Civilis* ya se distinguía, con toda claridad, este fenómeno. Así, por ejemplo, *Digesto*, 1.3.29: “Obra contra ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido” (el subrayado es del informante). También en *Cod. Iust.*, 1.14.5 pr:

“No hay duda que viola la ley aquel que, atenido a las palabras de la ley, se esfuerza en contra de la voluntad de la ley” (el subrayado es del informante).

En conclusión, los conceptos analizados y las diversas reglas en juego (artículos 97, 99, 199 y 203 de la ley de Mercado de Valores) analizadas a la luz de su *ratio legis*, indican que si Paulaner y Quiñenco tienen el control de IRSA, y si Heineken sustituye a Paulaner en el pacto que mantiene con Quiñenco, entonces ha cambiado el control efectivo de CCU y se satisfacen los requisitos previstos en la ley para que la OPA sea obligatoria.

IV

A la luz de las precedentes consideraciones –las OPAS como un mecanismo de protección de la propiedad y la igualdad de trato (*supra* II) y el “control” como un concepto que alude a la capacidad de gobernar, sea como producto de la propiedad, sea como producto de la capacidad para coalicionarse (*supra*

¹⁶ Sin tener en vista, por supuesto, el mecanismo de la OPA.

IV)–; cabe, ahora, volver sobre la ley de Mercado de Valores para analizar cómo se sitúa el caso en análisis bajo la regla que enuncia el artículo 99 de la ley de Mercado de Valores.

El artículo 99 de la ley de Mercado de Valores establece –como se ha dicho ya reiteradamente– en qué casos una persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta influye decisivamente en la administración o el control de una sociedad. La regla establece que ello ocurre cuando “directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, (se) controla al menos un 25% del capital con derecho a voto de la sociedad” y establece, entre otras excepciones, la que sigue:

a) que exista otra persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que controle, directa o a través de personas naturales o jurídicas, un porcentaje igual o mayor.

Prima facie, la situación en análisis podría estimarse que está cubierta por la excepción que se acaba de transcribir. Por supuesto, podría sostenerse que, aun, cuando el ingreso de Heineken a IRSA sea un caso cubierto por la excepción, siempre debiera haber una OPA desde que ella se hace obligatoria cuando hay toma de control efectivo; según lo previsto en el artículo 203, letra a), precepto éste que indicaría que los casos de control a que se subordina la realización de una OPA no son sólo los previstos en los artículos 97 y 99 de la ley de Mercado de Valores. Con todo, e, incluso, dejando de lado ese análisis, cabe preguntarse si, en efecto, ¿el caso analizado está o no cubierto por la excepción?

La situación a la que se refiere este informe –dos miembros ya coalicionados, como ocurre en IRSA, con bajos costos de coalición y altos incentivos para eludir el desacuerdo– no está cubierta por la excepción del artículo 99.

Un análisis detenido así lo muestra.

Esa excepción incluye dos casos a saber:

- Que exista otra persona que controle un porcentaje igual o mayor al que se trata de adquirir (usted o un grupo con acuerdo de actuación conjunta adquiere un 50% de una sociedad cuyo restante 50% está en manos de otro sujeto con el que usted no está coalicionado, de manera que en principio ambos poseen intereses divergentes);
- Que exista otro grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que esté en el mismo caso (usted, o su grupo, adquiere el 50% de una sociedad, cuya mitad restante está en manos de otro grupo que tiene acuerdo de actuación conjunta, de manera que entre usted y el grupo hay en principio divergencia).

Un análisis puramente textual de la regla indica lo que sigue.

En el primer caso, un tercero se incorpora a una sociedad adquiriendo un porcentaje del capital superior al 25%; pero hay otro sujeto que posee un porcentaje igual o mayor. La excepción en este caso se justifica porque los dos sujetos no poseen intereses necesariamente convergentes que les permitan actualmente alcanzar el control. Desde el punto de vista del control, es decir, de la capacidad de gobierno, existe otro sujeto con un porcentaje igual o mayor.

En el segundo caso, un tercero se incorpora a una sociedad adquiriendo un porcentaje superior al 25% del capital; pero hay otro grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que controla un porcentaje igual o mayor. En este caso –a la luz de la *ratio legis*– la excepción se justifica porque entre el adquirente del paquete accionario del 25% y el grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, no hay actualmente convergencia desde el punto de vista del control.

El caso en análisis no está cubierto por las excepciones que se acaban de señalar. En este caso, no hay otra persona o grupo con un porcentaje igual o mayor, desde que Heineken sustituye a Paulaner y es causahabiente suya –sucesor– en el pacto de actuación conjunta. Habiendo una coalición o pacto entre Paulaner y Quiñenco, y sustituyendo Heineken en ese pacto a Paulaner, es claro que –desde el punto de vista del control, la *ratio legis* que se ha analizado ya– Quiñenco no es otro con respecto a Heineken.

En otras palabras – y a la luz de lo que se ha venido explicando– las excepciones del artículo 99 de la ley de Mercado de Valores deben entenderse a la luz del concepto de control. En ambos casos, la ley supone que no obstante adquirirse más del 25% del capital con derecho a voto de la sociedad, no hay influencia decisiva en la administración, si es el caso que hay otro grupo o persona que controle un porcentaje igual o mayor. Es obvio que el sentido de la expresión otro grupo o persona debe entenderse –a la luz del concepto

de control– como un grupo o persona que no esté coalicionada con quien se incorpora adquiriendo el 25% o más del capital accionario. La ley debe suponer razonablemente que en ese caso, quien se incorpora con el 25% o más, no tiene acuerdos de actuación con el otro. Si –como es el caso– existe un acuerdo de actuación conjunta al que se incorpora el nuevo adquirente, entonces, desde el punto de vista del concepto de control, ya no es el caso que exista otro que pueda contrapesar su poder: la razón de la ley indica que la excepción no puede, entonces, extenderse a este caso. Esas dos excepciones se explican, en otras palabras, porque en ninguno de esos casos –supuesta la incorporación de un tercero– habría, en rigor, control sino intereses que no están, en principio, coligados. En el caso en análisis la situación es radicalmente distinta: el tercero adquirente se incorpora como subrogante en una coalición previamente existente. De ahí se sigue, entonces, que la situación descrita está incluida en el inciso primero del artículo 99 (la regla general) y no en las excepciones.

En conclusión, a la luz del concepto de control, la finalidad de la ley y el mero análisis textual, no puede estimarse que la operación entre Paulaner y Heineken esté incluida en las excepciones del artículo 99, desde que no es el caso que al incorporarse, Heineken se encuentre con otra persona o grupo con acuerdo de actuación conjunta. Se encontrará, cosa distinta, con un acuerdo previamente constituido o existente del que ella misma, Heineken, forma parte.

V

Los antecedentes que se acaban de analizar, permiten concluir que el sistema de OPA tuvo por finalidad proteger la propiedad de los accionistas minoritarios e institucionales y que, por lo mismo, no existe un mandato de interpretación restrictiva de las condiciones que dan lugar a una OPA; que la ley de Mercado de Valores no contiene una definición legal de control a la que deba subordinarse la obligación legal de una OPA y que, en cambio, de ello, se hace

necesario que el intérprete construya –a la luz de la *ratio legis*– un concepto de control sobre la base del cual sea posible interpretar los artículos 199, letra c) y 99 de la ley de Mercado de Valores; que basado en esa interpretación, debe concluirse que la adquisición del 50% del capital de IRSA por parte de Heineken, como producto del cual, Heineken subroga a Paulaner en el pacto que este mantenía con Quiñenco, es una situación que, a la luz de la ley y, en opinión de este informante, debe dar lugar a una OPA.

Comentarios de Jurisprudencia

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Alejandra Aguad Deik
Profesora de derecho civil
Universidad Diego Portales

Carlos Pizarro Wilson
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile y Diego Portales

OBLIGACIONES

INDIVISIBILIDAD (CORTE SUPREMA, 7 DE OCTUBRE DE 2003, ROL 2503-02).

Habiendo celebrado una promesa de compraventa de un bien raíz por escritura pública, Y.J.L., en representación del promitente-comprador exige en juicio ejecutivo la suscripción del contrato prometido a X.R.M., heredero del causante promitente-vendedor. En el referido contrato de promesa se estipuló en su cláusula 16^a que

“la concesión de estas facultades será irrevocable y persistirá aunque sobrevenga la muerte o incapacidad de cualquiera de los contratantes o de todos ellos, haciéndose la obligación indivisible”

respecto del heredero del promitente-vendedor, X.R.M., y del heredero del promitente-vendedor, Y.J.L. Para efectos de dar cumplimiento a la modalidad del contrato de promesa, se estableció un plazo de cinco años a contar

de la fecha de celebración para otorgar el contrato prometido. La sentencia de primera instancia accede a la demanda, señalando que

“en virtud de dicha estipulación y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1.545, 1.546, en relación con el artículo 1.528 y siguientes, todos del *Código Civil*, el ejecutado debe cumplir con la obligación de suscribir el contrato de compraventa”.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, al confirmar el fallo, establece que

“la obligación de suscribir la escritura definitiva de compraventa, materia de autos, es indivisible e irrevocable, por cuanto los propios otorgantes del contrato de promesa así lo manifestaron expresamente en su cláusula décimo sexta, todo ello de conformidad a lo prevenido en el artículo 1.528 del *Código Civil*”.

Sin embargo, la Corte Suprema conociendo del recurso de casación en el fon-

do, de manera bastante lacónica sostuvo que

“para poder vender válidamente una propiedad de varios comuneros hereditarios, como es el caso de autos, es necesario que concurra la voluntad de todos ellos, no pudiendo actuar uno sólo [sic] de ellos”.

Y agrega que

“de lo anterior fluye que el título ejecutivo invocado en autos carece de mérito respecto del ejecutado, por lo que al no haberlo resuelto así los jueces del fondo han infringido lo dispuesto en el artículo 464 N° 7 del *Código de Procedimiento Civil*, en relación con los artículos 1.520, 1.526 y 1.528 del *Código civil*”.

En virtud de estas consideraciones casa la sentencia de segunda instancia, dictando al efecto la correspondiente sentencia de reemplazo que acoge la excepción alegada por el demandado.

La indivisibilidad, laberinto inextricable denunciado por Dumoulin en su célebre obra, no ha tenido una aplicación relevante en la jurisprudencia nacional. De ahí el interés de la sentencia de la Corte Suprema, que permite analizar una de las instituciones más abstrusas del derecho de las obligaciones. La sentencia de la Corte Suprema no aplica la transmisión de la indivisibilidad a los herederos del causante, el cual la había pactado en el contrato de promesa de compraventa, impidiendo, de

esta manera, la posibilidad del promitente-comprador de forzar la celebración del contrato prometido de compraventa. El argumento esgrimido radica en la imposibilidad de vender un inmueble de propiedad de una comunidad hereditaria emplazando nada más a uno de los comuneros.

Antes de analizar los meandros de la indivisibilidad, cabe señalar que el proceso en cuestión planteaba un problema de interpretación contractual. Si bien es cierto que la cláusula 16ª contempla una hipótesis de indivisibilidad respecto a uno de los herederos del promitente-vendedor, lo cierto es que dicha estipulación se refiere a “la concesión de estas facultades”, con lo cual la estipulación contractual alude a la cláusula penal prevista en la estipulación 14ª del contrato. En efecto, la interpretación conforme a la intención de las partes requiere entender la indivisibilidad relativa a la cláusula penal en caso de retractación de la celebración del contrato prometido. En otros términos, se consagra la facultad de cualquiera de las partes para retractarse de la celebración del contrato prometido, pagando la suma dispuesta en la referida cláusula 14ª. Esto, sin perjuicio, de problemas de lesión que pudo enfrentar la pena dispuesta. En suma, parece que la discutida cláusula 16ª del contrato de promesa no se refería a la indivisibilidad del pago de la obligación de otorgar el contrato de compraventa, sino a la facultad de exigir el pago de la pena pactada, en caso de retractación, a los herederos individualizados en la promesa. Sin embargo, tanto los tribunales del fondo como la Corte Suprema resolvieron

el problema invocando la indivisibilidad. De ahí que podamos interrogarnos acerca de la procedencia de la indivisibilidad convencional. En otros términos si las partes contratantes pueden, mediante una cláusula contractual, establecer que la obligación divisible por naturaleza se entienda indivisible respecto de los herederos.

Aunque el rechazo a la procedencia de la indivisibilidad convencional es discutible, según veremos, basta, por lo pronto, analizar la naturaleza de la obligación de suscribir un contrato emanada de una promesa para determinar si, sólo en atención a la naturaleza de esta obligación, se puede considerar aplicable la indivisibilidad. Sabemos que la suscripción del contrato prometido constituye el pago de la obligación de hacer, contemplada en el contrato de promesa. Es la forma usual de extinguir la obligación mediante la celebración del contrato prometido. La obligación de hacer, celebrar un contrato, es una hipótesis de indivisibilidad absoluta. Aunque refiriéndose a la transmisión de la indivisibilidad activa, un antiguo fallo explica que

“la obligación derivada de una promesa de venta y la acción correlativa para exigirla son indivisibles, de modo que, fallecido el acreedor que pudo exigir aquella, no puede un heredero suyo exigir su cumplimiento al deudor, sólo respecto de su cuota”.

(Corte Santiago, 3 de junio de 1882, G. 1882, n° 1105, p. 644). Para determi-

nar si una obligación es divisible o indivisible debe atenderse al objeto de la prestación, ya se trate de una obligación de dar, hacer o no hacer (CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones*, Santiago, Imprenta, 1936, tomo X, I, N° 528, p. 479; cfr. ABELIUK M., René, *Las obligaciones*, 4ª ed., 2001, tomo I, N° 430, p. 404). Pues bien, la obligación de suscribir un contrato constituye una hipótesis de indivisibilidad absoluta, pues no se concibe, en atención a la naturaleza de la prestación, que dicha obligación pueda ser cumplida por partes. Así lo ha estimado, por lo demás, la propia Corte Suprema, al sostener que

“atendida su naturaleza, la obligación de otorgar la referida escritura es indivisible y, por consiguiente, cada uno de los deudores es obligado a satisfacerla en el todo, como lo dispone el artículo 1.527 del *Código Civil*”.

(Corte Suprema, 11 de agosto de 1944, en RDJ, tomo XLII, sec. 1ª, p. 251, cons. 13º). Siguiendo este derrotero, en el caso en cuestión no cabría aplicar la regla prevista en el artículo 1.524 N° 4, inciso segundo, del *Código Civil*, pues este precepto se refiere a la indivisibilidad del pago de la obligación del deudor, sólo cuando dicha obligación es divisible. En caso contrario, en atención a la naturaleza de la obligación, debería aplicarse la indivisibilidad a los herederos del deudor (artículo 1.528 del *Código Civil*). Es más, la regla citada del artículo 1.524 N° 4, alude de manera exclusiva a la indivisibilidad pasiva cuando ha sido

pactada por el causante deudor, pero no incide en la indivisibilidad activa, pues nada impide que la deuda sea pagada por partes a cada uno de los herederos del acreedor (art. 1.524 N° 4, inciso tercero). Es decir, la indivisibilidad convencional sólo procede respecto de los herederos del deudor, mas tratándose de los causahabientes del acreedor, deben intentar la acción de manera conjunta para exigir el pago del total de la deuda.

Esto se encuentra en consonancia con lo señalado en el artículo 1.528 del *Código Civil*

“Cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en el todo, y cada uno de los herederos del acreedor puede exigir su ejecución total”.

Este precepto sólo se aplica en caso que la obligación sea indivisible por su naturaleza, pues parte del supuesto que la obligación es indivisible y no por la convención de las partes. El artículo transcrito establece la principal diferencia con la solidaridad, pues consagra la transmisión de la indivisibilidad, bajo el supuesto, reitero, que dicha obligación sea por su naturaleza indivisible. Pues bien, en el caso resuelto, según se señaló, la obligación de suscribir un contrato es de naturaleza indivisible y, por ende, transmisible a los herederos del promitente-vendedor con independencia de lo pactado por las partes. Sin embargo, si bien este razonamiento parece acertado desde la dogmática civil, resulta difícil de compatibilizar con el

caso analizado. Una vez deferida la herencia, los herederos adquieren la posesión de ella, pero esto no los habilita para disponer del inmueble mientras no se haya dictado el decreto de posesión efectiva y procedido a su inscripción, en cuyo caso podrán de consuno enajenar el inmueble. En suma, para exigir a los comuneros la suscripción del contrato prometido se requiere, al menos, el decreto de posesión efectiva y la respectiva inscripción. En caso contrario no es válida la compraventa, pues se trataría de una cosa corporal cuya enajenación se encuentra prohibida por la ley (artículo 1.810 del *Código Civil*).

Por último, queda pendiente la posibilidad de la indivisibilidad convencional sobre cosas u obligaciones que por naturaleza no son indivisibles. La Corte Suprema opta por la negativa. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago. En efecto, para este tribunal

“en lo tocante a la indivisibilidad..., es lo cierto que su tratamiento jurídico en nuestro medio es distinto al de la solidaridad, pues no atiende a una manifestación expresa de voluntad de las partes, del testador o del legislador, sino a la naturaleza misma de la cosa, hecho u omisión que constituye el objeto de la prestación. Sólo podrá ser indivisible la obligación que recaiga sobre objeto física o intelectualmente ajeno a cualquier posible división... la indivisibilidad no se pacta y el solo hecho de la solidaridad no la constituye”.

(Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1986, en RDJ, tomo LXXXIII, N° 2, sec. 2ª).

El *Código Civil* chileno en los artículos relativos a la clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles siguió de cerca la obra de Pothier y el *Code*, ambos inspirados en la obra *Extricatio labyrinthi dividui et individui* de Dumoulin. Pothier en su tratado de las obligaciones, fuente del artículo 1.526, según nota de Bello al Proyecto de 1853, señala que “el heredero del deudor puede ser responsable por el total, sea por un convenio, sea por el testamento del difunto que le hubiese encargado de ella” (POTHIER, R., *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Barcelona, s/f, tomo I, N° 308, p. 278). Entre las diversas clases de indivisibilidad propuestas, aquella relativa al pago es la que nos interesa: *in solutione tantum*. Existe indivisibilidad del pago de la obligación cuando siendo divisible la cosa u obligación la solución sólo puede verificarse de manera indivisa. Por la procedencia de la indivisibilidad convencional parece pronunciarse Abeliuk, quien afirma

“la indivisibilidad puede realmente pactarse por las partes, pero será más bien extraño, porque el mismo efecto más claramente lo otorga la solidaridad; el único interés es hacer transmisible a los herederos la circunstancia de poder exigir o ser obligados al total de la deuda”.

(ABELIUK M., René, *op. cit.*, N° 429, p. 404). La facultad de pactar indivisibilidad se colige del artículo 1.526 N° 4

del *Código Civil*. En aplicación de esta regla, el beneficiario del pacto de indivisibilidad podrá exigir a cualquiera de los herederos del difunto el pago de la deuda, sin perjuicio del derecho del *solvens* a repetir por sus cuotas en contra de los otros herederos. La indivisibilidad convencional ha sido aceptada en el derecho comparado y, por lo general, va asociada a una cláusula de solidaridad pasiva. Sin embargo, la incertidumbre en la jurisprudencia persiste. Cabría recordar en estos problemas las diez llaves y los tres hilos para recorrer el laberinto de la indivisibilidad.

RESPONSABILIDAD CIVIL

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO (CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL 2802-1999, CORTE SUPREMA, 4ª SALA, 5 DE AGOSTO DE 2003, ROL 2578-2002).

Este interesante caso, decidido por la Corte Suprema, merece varias observaciones. No sólo por la complejidad de los supuestos de hecho que configuran cada uno de los elementos de la responsabilidad que se imputa a la Compañía Minera la Disputada de Las Condes S.A. sino, también, por la concurrencia de factores de índole procesal, respecto de las normas reguladoras de la prueba, la eficacia de una sentencia absolutoria dictada en un proceso criminal y la cuestión relativa al fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.

En el presente caso, la empresa Ingeniería y Construcciones Ancoa Limitada había sido subcontratada por

la empresa Ingetrón Limitada, contratista de la compañía minera La Disputada de Las Condes S.A., para efectuar trabajos de mantención y reparación en la radioestación de telecomunicaciones instalada en el cerro El Toyo, de propiedad de esta última. Con tal propósito, con fecha 26 de julio de 1991, los demandantes, junto a otros empleados de la empresa subcontratista, abordaron en el aeródromo Tobalaba un helicóptero explotado por la empresa Taxpa y Griffin Limitada que los trasladaría al cerro El Toyo, ubicado en el sector denominado La Ermita, km 12 del camino a Farellones. El helicóptero piloteado por J.M.M. descendió en un terraplén ubicado en el sector La Ermita para dejar ahí a dos ocupantes de la aeronave. Al emprender el vuelo, el piloto no se percató de la presencia de cables de guardia de las líneas de alta tensión, en los que el aspa del rotor principal de la aeronave se enredó, precipitándose a tierra. Producto del accidente, fallecieron dos de los ocupantes y otros tres resultaron con lesiones graves, incluido el piloto. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo por vía de apelación de la sentencia de primer grado, tuvo por establecidos y acreditados, entre otros, los siguientes hechos:

- a) que el terraplén donde aterrizó y despegó la aeronave no constituye un lugar apropiado y no estaba reglamentariamente autorizado como helipuerto por la autoridad competente ni, aun, como lugar eventual y, por ende, ninguna obligación había sido impuesta a la demandada en tal sentido;
- b) que el referido terraplén era usado como helipuerto por la demandada o personas que para ella realizan labores;
- c) que el personal de dependencia de la demandada puso en conocimiento del contratista Ramón de la Fuente Ceroni que el aludido terraplén era usado como helipuerto eventual, circunstancia que éste le dio a conocer al piloto Juan Muñoz Moreno;
- d) que los cables de guardia y líneas de alta tensión en que se impactó el helicóptero, eran de propiedad de la compañía minera La Disputada de Las Condes y transmiten energía eléctrica entre estaciones de la mencionada compañía y los mismos no se encontraban señalizados y
- e) la falta de señalización de los cables no los hacía visibles o perceptibles a simple vista.

Estos hechos dieron origen a un juicio ordinario en sede civil de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual. La demanda fue interpuesta por los pasajeros de la aeronave que resultaron seriamente lesionados y la cónyuge de uno de ellos, en calidad de víctima por repercusión, en contra de C.G.C., propietario de la aeronave, la empresa Taxpa y Griffin Limitada, en su calidad de explotador de la aeronave (art. 162 del *Código Aeronáutico*, que consagra una responsabilidad vicaria, indirecta o sustituta) y también como tercero civilmente responsable por el presunto cuasidelito del piloto, y en contra de la compañía minera La Disputada de las Condes, por haber omitido la debida se-

ñalización de los cables de su propiedad en los que se impactó la aeronave.

La sentencia dictada en primera instancia rechazó la demanda interpuesta en contra de todos los demandados, por estimar que no se configuraban a su respecto los presupuestos de responsabilidad. Específicamente, en el caso de la compañía minera demandada, la sentencia resolvió que no concurría en la especie el requisito de culpabilidad, por no existir ninguna disposición legal o reglamentaria que la obligara a colocar balizas u otros señalamientos en los cables de alta tensión. Por otro lado, tan pronto se sucedieron los hechos, se inició por parte de la Fiscalía de Aviación una investigación que culminó con el procesamiento del piloto como autor de cuasidelito de homicidio y de lesiones graves. Luego de elevada la causa a plenario, el acusado fue absuelto por sentencia de fecha 16 de mayo de 1994 –la cual fue confirmada por la Corte Marcial–, por estimar que el piloto incurrió en error y no en imprudencia temeraria. Dado lo anterior, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 179 del *Código de Procedimiento Civil*, el juicio ante la Corte de Apelaciones y posteriormente en la Corte Suprema, por la vía de la casación, se siguió únicamente en contra de la compañía minera demandada.

La Corte de Apelaciones de Santiago, con el voto en contra del abogado integrante, Domingo Hernández, revocó el fallo dictado en primera instancia, en cuanto resolvió acoger la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual sólo en lo que se refiere al daño moral demandado, por estimar que el daño emergente

y el lucro cesante no fueron acreditados en el proceso. En contra de esta sentencia, la compañía minera demandada dedujo recurso de casación en la forma y fondo, los que fueron desestimados por la Corte Suprema.

Las cuestiones sobre las cuales queremos reflexionar en este comentario se limitan a los siguientes elementos constitutivos de la responsabilidad civil que se imputa a la compañía minera demandada:

- a) la acción u omisión culpable del agente directo del daño;
- b) la figura de la culpa anónima en la responsabilidad del empresario por el hecho del dependiente;
- c) el supuesto legal de la responsabilidad civil de la compañía minera demandada;
- d) el problema del vínculo de subordinación y dependencia entre el agente directo del daño y la compañía minera demandada y
- e) la cuestión relativa a la causalidad entre la culpa del demandado y el daño causado.

A. La acción u omisión culpable del agente directo del daño

A nuestro juicio, la sentencia de la Corte de Apelaciones así como el pronunciamiento de la Corte Suprema, en relación con la culpa, como factor de imputación de responsabilidad de la demandada en los hechos acaecidos, no razona sobre la base de la existencia de un ilícito civil típico; esto es, de la infracción de una conducta tipificada por la ley, sino que hace consistir la fuente de la responsabilidad cuasidelictual en la falta del de-

ber de cuidado, diligencia y prudencia impuesto por los estándares habituales existentes en la sociedad.

Por lo mismo, aunque no lo explicita el fallo *en comento*, la Corte de Apelaciones así como la Corte Suprema restan toda importancia al hecho de no tener la demandada la obligación legal de colocar balizas u otras señalizaciones en los cables de alta tensión, fundamento por el cual el juez de primera instancia negó lugar a la demanda en contra de la citada compañía minera (Los fundamentos del fallo de primera instancia que llevaron a desestimar la demanda en contra de la compañía minera se consignan en los considerandos 38° a 49°).

No se trata, aquí, de una culpa propiamente infraccional o de una omisión cuya infracción esté tipificada en la ley, sino de la ausencia de aquella diligencia o cuidado, que apreciada *in abstracto*, le era previsible a la demandada, y que infringe el deber social de comportarse sin causar daño a otro; regla que se expresa de manera genérica en la terminología empleada por el art. 2329 del *Código Civil*.

Así queda de manifiesto en el considerando 20° del fallo de la Corte de Apelaciones, que luego de calificar la conducta de la compañía minera demandada como una infracción al deber de previsión y diligencia que le era exigible, citando la obra de Planiol y Ripert (*Tratado práctico de derecho civil francés*), pone de relieve la distinción entre la culpa normativa y aquella que deviene de la inobservancia de un deber general de cuidado:

“para prevenir los daños, la ley y los reglamentos prescriben o prohíben determinados actos. Dado que se reputa que esos cuerpos legales son conocidos por todos, su inobservancia constituye culpa”,

a lo cual agregan

“pero, la observancia de ellos no dispensa tampoco del deber de conformarse a la obligación general de previsión. El que se ha amoldado a los reglamentos también será responsable si causa un perjuicio que pudo y debió prever” (*op. cit.*, p. 720”).

Esta ausencia de cuidado y diligencia se manifiesta en la concurrencia de una especie de culpa, conocida como “imprudencia” o “culpa consciente”, en que el defecto de conducta se manifiesta de forma activa, al realizar un acto que genera un riesgo extraordinario o anormal, sin adoptar las precauciones necesarias para evitar el daño. Esta conducta imprudente, que el fallo califica de “negligente”, se revela, como se expresa en el considerando 18° de la sentencia de segunda instancia, en

“un actuar consciente y voluntario en orden a señalar que el terraplén era utilizado como helipuerto ocasional, estando en conocimiento que en el sector no se encontraban señalizadas con balizas las líneas de alta tensión y los cables de seguridad”.

Agrega que:

“Se puede imputar negligencia en el actuar, pues no fue diligente en señalar las condiciones de mayor relevancia para operar helicópteros en el lugar, generando un riesgo extraordinario o anormal, según se ha dejado dicho, el cual desconocía el piloto J.M.M.”.

Como sabemos, en un sistema de responsabilidad por culpa, como es el nuestro, la previsibilidad del daño es condición de responsabilidad. Es decir, sólo se responde de aquellos daños que hubieren podido y debido preverse. En la especie, esta característica de la culpa se satisface precisamente en función de la finalidad de las normas que reglamentan la seguridad en la navegación aérea. En nuestra opinión, la circunstancia de que se utilizara ocasionalmente el referido terraplén como helipuerto, sin que el mismo fuese un lugar apropiado ni autorizado por la autoridad aeronáutica para este objetivo, aun, con carácter eventual, impidió en los hechos, hacer exigible, a la referida autoridad, la obligación de señalar y balizar los objetos que pudieran constituir un peligro para la navegación aérea, de conformidad a lo que prescribe el art. 26 del *Código Aeronáutico*. Dicha norma, así como aquéllas que regulan el establecimiento y operación de un aeródromo y las zonas de protección, tienen como finalidad, precisamente, evitar la clase de accidente del que se originaron los daños reclamados. En otras palabras, la conducta de la imputada impidió echar

a andar los mecanismos de prevención de riesgos que el ordenamiento jurídico contempla para evitar los daños típicos de la actividad aeronáutica; lo que determina, a su turno, la previsibilidad de estos mismos daños.

Al decir de Diez-Picazo y Ponce de León: “cuando el daño es previsible, surgen para el dañante especiales deberes de prevención y evitación”. Agrega, el autor que:

“Las medidas de evitación pueden consistir en informaciones suficientes, a fin de que los eventuales perjudicados adopten por sí solos medidas especiales... Pueden consistir en la necesidad de la adopción de especiales instalaciones o en el aumento del personal dedicado a prevención”.

(Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 363).

Siguiendo con este razonamiento, ejecutada la fase activa de la conducta culposa, esto es, habiendo señalado el terraplén como helipuerto eventual, le era exigible a la compañía demandada adoptar las medidas de prevención destinadas a evitar los daños que eran previsible dada la especial condición de riesgo que esta operación involucraba. Tales medidas de prevención se satisfacían, en la especie, con el señalamiento adecuado por parte de la compañía demandada –para cuya operación y beneficio se utilizaba el referido terraplén como helipuerto eventual–, de los cables de alta tensión de su propiedad que permitiesen al piloto advertirlos o, bien,

con la información relevante al piloto respecto de las características del lugar que iba a ser utilizado como helipuerto, y de la existencia de los cables de alta tensión y de seguridad.

B. La figura de la culpa anónima en la responsabilidad del empresario por el hecho del dependiente

Despejado lo anterior, debemos referirnos al problema de la responsabilidad de la compañía minera demandada por el hecho de sus dependientes, lo que fue motivo de uno de los capítulos de la casación en el fondo.

Este fallo nos confirma una vez más que la circunstancia de que el estatuto de responsabilidad del empresario por el hecho del dependiente, que contempla nuestro *Código Civil*, responda a los criterios propios de la *culpa in eligendo vel vigilando* (responsabilidad subjetiva directa), según lo ha explicado la doctrina mayoritaria; no ha sido óbice para que nuestros Tribunales de Justicia hayan ido progresivamente objetivando la responsabilidad por culpa presunta del empresario, inducidos, en gran medida, por la fuerza de las cosas. Hoy por hoy, la despersonalización de la empresa y las nuevas formas de producción masificada de bienes y servicios dificultan la aplicación práctica de dicha doctrina. Así da cuenta el análisis jurisprudencial que con gran acierto efectúa el profesor Pedro Zelaya Etchegaray (cfr. su libro *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*. Y su trabajo monográfico en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 3 tomo 90, 1993, p. 119).

En el caso *en comento*, la Corte de Apelaciones, en el considerando 17° del fallo, señala:

“Que conforme a tales antecedentes resulta establecido el deber de cuidado de quien actuaba por la Compañía Minera La Disputada de Las Condes S.A., en orden a que sus conocimientos específicos sobre el sector, le obligaban a abstenerse de señalar a sus contratistas de la existencia de un terraplén que servía de helipuerto ocasional, puesto que estaba en antecedentes de los riesgos extraordinarios o anormales que importaba operar en ese lugar...”.

Más adelante, en el considerando 18°, agrega:

“Faltan, si se quiere, a un deber específico de cuidado, en relación con la actividad o función propia, las personas que actuaban por la Compañía Minera La Disputada de Las Condes Sociedad Anónima”

y, finalmente, en el considerando 21°, señala: “Que el proceder de las personas que actuaban para la demandada ha constituido la causa precisa, necesaria y directa de los daños...”.

Como se aprecia de su sola lectura, en estricto rigor existe una imputación de responsabilidad a la compañía demandada con prescindencia de la individualización de el o los dependientes que habrían incurrido en las conductas

calificadas como culposas. En otras palabras, estamos en presencia de la figura de “culpa anónima” o de “dependiente desconocido”, que ha sido frecuentemente utilizada por nuestros Tribunales de Justicia, aunque no con esta terminología, en fallos aun tempranos, liberando al actor de la necesidad de identificar al concreto dependiente que con culpa causó el daño. (v.gr., Corte Suprema, 30 de noviembre de 1923, en RDJ, tomo 22, secc. 1, p. 681; *Vide* también RDJ, tomo 28, secc. 1, p. 64 y RDJ, tomo 55, secc. 4, p. 209).

Si bien, este fue uno de los capítulos de la casación en el fondo interpuesta por la compañía minera demandada; cabe hacer notar que nuestro máximo tribunal no se pronunció derechamente sobre el punto, limitándose a sostener que la responsabilidad de la compañía demandada fue determinada sobre la base de los hechos que los jueces del fondo dieron por establecidos, siendo correctamente aplicados los artículos 2.314, 2.320 y 2.329 del *Código Civil*.

C. El supuesto legal de la responsabilidad civil de la compañía minera demandada

No podemos dejar de advertir que la sentencia de la Corte Suprema, así como ha ocurrido en otros casos, condena a la empresa demandada aplicando simultáneamente los artículos 2.314, 2.320 y 2.329, sin distinguir el supuesto legal aplicable en la especie, lo que no resulta deseable desde el punto de vista técnico-jurídico.

En efecto, no parece claro cuál es el supuesto legal de responsabilidad civil que se imputa a la compañía minera

demandada. El artículo 2.314, citado por la Corte Suprema, supone una responsabilidad por culpa propia (probada), pero no aquella derivada de la falta de diligencia en la elección y vigilancia del dependiente (presunta). Por su parte, el esquema de responsabilidad del empresario por culpa presunta (responsabilidad subjetiva directa) a que se refiere el art. 2.320, presenta serios reparos para efectos de imputar responsabilidad a los empresarios cuando éstos son personas jurídicas, como es el caso (para salvar este inconveniente, nuestra jurisprudencia ha optado, en algunas ocasiones, por recurrir a los esquemas propios de la responsabilidad vicaria, en la que el empresario actúa como garante de los daños culpablemente causados por los miembros del órgano, sus representantes o dependientes). Finalmente, el art. 2.329, como hemos señalado, permite sostener la existencia de un supuesto legal diferente, cual es la presunción de culpa por el hecho propio derivado de actividades que se han desarrollado sin los resguardos necesarios para evitar un accidente, lo que se acerca notablemente a los criterios del riesgo de empresa.

D. El problema del vínculo de subordinación y dependencia entre el agente directo del daño y la compañía minera demandada

Si bien la tendencia moderna en el derecho comparado consiste en ir paulatinamente extendiendo el vínculo –entre el agente directo del daño y el empresario– desde la subordinación estrictamente laboral a la idea de pertenencia a la organización civilmente responsable, la

sentencia que comentamos fue conservadora a la hora de dar por cumplido el requisito del vínculo de subordinación o dependencia. La sentencia de segundo grado se ocupa de precisar que, conforme a los antecedentes allegados al proceso, fue la propia compañía minera demandada quien, a través de sus dependientes o de quienes actuaban por ella, puso en conocimiento del contratista la posibilidad de emplear dicho terraplén como helipuerto (letra b. del considerando 15°), quien, a su turno, comunicó esta circunstancia al piloto (letra c. del mismo considerando). De esta manera, el fallo *en comento* se preocupa de satisfacer este requisito atribuyendo la responsabilidad específica en los hechos dañosos a los dependientes de la Compañía demandada y no a quienes actuaban como contratista de ésta. En todo caso, a igual conclusión se habría llegado aplicando el criterio de la titularidad empresarial como factor de imputación de responsabilidad por los riesgos típicos de la actividad y cuya construcción dogmática encontraría asidero en la interpretación que algunos atribuyen al artículo 2.329 del *Código Civil*. En efecto, parte de la doctrina, (Arturo ALESSANDRI, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Universitaria, 1943, N° 195, p. 292 y en similar sentido, DUCCI CLARO, BARROS BOURI, entre otros) con alguna recepción en la jurisprudencia más reciente, (v.gr., Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2000, *Gaceta Jurídica*, N° 243, 2000, pp. 74 y 75) ha sostenido que esta norma establece una presunción de culpa por el hecho propio derivado de ac-

tividades que se han desarrollado sin los resguardos necesarios para evitar un accidente.

En la misma línea, nuestros Tribunales de Justicia, en algunas ocasiones, han aceptado como suficiente para dar por establecida la culpabilidad una especie de culpa difusa que atribuye el defecto de conducta a la organización empresarial en su conjunto, sin que sea exigida una precisa determinación del hecho, ni del dependiente específico que actuó con negligencia (Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2001, rol 36.518-98, sin publicar). El profesor Zelaya, en su artículo antes citado, se refiere a este supuesto bajo el nombre de “culpa en la organización”, criterio jurisprudencial según el cual basta que la víctima acredite un error, una omisión o una falta en el sistema organizativo de la empresa para hacer surgir la responsabilidad del empresario.

E. La cuestión relativa a la causalidad entre la culpa del demandado y el daño causado

Finalmente, el considerando 19° de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, se refiere al vínculo causal entre el hecho ilícito imputable a la compañía minera demandada y el daño reclamado. Vuelve sobre él en el considerando 21°. Del razonamiento del tribunal, se desprende que para la determinación de la causa que produjo el resultado dañoso, ha echado mano a la clásica doctrina de la causa como *conditio sine qua non*, según la cual, “cuando un resultado aparece tras un conjunto de condiciones, el método experimental

exige suprimir mental o empíricamente cada una de ellas” (DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op. cit.*, p. 334). En este sentido, causa es toda condición sin la cual el efecto no se habría producido. Sostiene, el fallo *en comentario*, que se encuentra acreditada la relación de causalidad entre el actuar de la compañía minera demandada y el daño reclamado,

“desde el momento que de no haberse señalado el terraplén como helipuerto eventual o encontrarse señalado por balizas los cables de alta tensión y de seguridad, estos pudieron haber sido advertidos con facilidad por el piloto y el hecho en que se sustenta la acción no se hubiera producido, con lo cual queda establecido el carácter determinante del actuar que se reprocha la demandada” (considerando 19º).

En el mismo considerando, la Corte de Apelaciones advierte que el actuar de la compañía minera demandada resulta *concurrente* con el actuar erróneo del piloto, de manera que existirían en este caso dos condiciones que intervienen en el curso causal. Sin embargo, aclara que en el caso de autos el recurso de apelación se dirige únicamente en orden a establecer la responsabilidad de la compañía minera demandada, por lo que prescinde de toda consideración respecto del actuar erróneo del piloto, y se aboca a determinar si la conducta de la demandada es causa del resultado. Tal proceder lo estima posible en

razón de que establecida la existencia de varias condiciones que tienen alguna eficacia para el nacimiento del fenómeno causal, todas ellas son equivalentes, en el sentido de que todas ellas son por igual causa del mismo. En consecuencia, y siguiendo la teoría de la equivalencia de las condiciones, la compañía minera demandada no podría pretender que se reduzca su responsabilidad por el hecho de que hayan concurrido otras causas. Así se desprende del considerando 21º de la misma sentencia.

Creemos que la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones al caso *en comentario* y la solución de causalidad en relación con la conducta imprudente de la demandada, ha sido propiciada por la circunstancia de que la acción de responsabilidad estaba dirigida, en esta instancia, exclusivamente contra la compañía minera La Disputada de Las Condes y no en contra del piloto.

Para llegar a la misma solución, aun teniendo en cuenta la conducta errónea del piloto, existen muchas otras teorías que intentan restringir o depurar el ámbito de aplicación de la causalidad de hecho, para apreciar de entre las diversas condiciones cuál es la causa jurídicamente relevante del resultado, es decir, cuál es la causa que obliga a la reparación. Quizá la más difundida entre nosotros, sea la teoría de la causalidad adecuada, según la cual deben ser reparados los daños que un hombre razonable habría considerado como consecuencia natural o probable de una imprudencia o una negligencia (RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, San-

tiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 383).

De esta manera, no basta que el hecho haya sido, en el caso en concreto, una *conditio sine qua non* del daño, sino que es necesario además que, en virtud de los juicios de probabilidad, resulte una causa adecuada o idónea para producirlo. En el caso *en comento*, la actuación de la compañía minera demandada, consistente en haber señalado el terraplén como helipuerto eventual, aumentó en una medida importante la probabilidad de que el daño demandado se haya verificado. En otras palabras, al momento de ejecutar la conducta por parte de la compañía demandada era probable (*ex ante*) que siguiendo el curso normal de los acontecimientos, el piloto utilizara dicho terraplén como helipuerto y no pudiera advertir la existencia de los cables de alta tensión y de seguridad, dado que no se encontraban debidamente señalizados.

Pero el sentenciador no se contenta únicamente con la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sino que utiliza también un criterio de imputación objetiva. En este sentido, es notable la mención que en el considerando 18º se hace al principio de confianza, al sostener que:

“a lo anterior se une el hecho que se trasgredí con la conducta expresada el principio de confianza de los contratistas, quienes haciendo fe de lo apropiado de los medios que se le indican, proceden a poner en conocimiento del piloto lo informado, señalándole que el terraplén alu-

dido era utilizado como helipuerto ocasional, razón por la cual esta persona se dirige al lugar sin tomar mayores providencias que respecto de aquellos riesgos que pudo prever normalmente, entre los que no se encuentra el advertir un tendido eléctrico y cables de seguridad que no eran fácilmente apreciables a simple vista”.

Sin pretender restar mérito a la sentencia, no podemos dejar de advertir que el sentenciador refiere el principio de confianza al terreno de la culpa (como criterio de exculpación del piloto) en vez de situarlo en el campo de la causalidad, como criterio que permite excluir la imputación objetiva del resultado a un determinado sujeto. Pero, para ser justos, digamos que la superposición de estos dos elementos de la responsabilidad –culpabilidad y causalidad– tiene cierta justificación desde que la doctrina mayoritaria ha entendido que la causalidad no es un problema de causación puramente material sino una teoría de la imputación. En verdad, el propósito que se persigue, al menos en la responsabilidad civil, no es el de establecer si un determinado hecho es la causa material de un determinado resultado, sino establecer cuáles hechos son jurídicamente relevantes para su producción y, por ende, si éste puede ser imputado objetivamente a una determinada persona. Esta apreciación supone necesariamente un juicio de valoración por parte el juzgador que excede de consideraciones puramente naturales y que entra solapadamente en el terreno de la culpa.

En la vida en relación, los sujetos que interactúan no tienen como función el de controlar de manera permanente a los demás, por lo que cada cual tiene la legítima expectativa de que el otro actuará conforme a su responsabilidad.

“La confianza se puede dirigir a que una determinada situación preexistente haya sido preparada de un modo correcto por el tercero a quien corresponda, de manera que quien hace uso de ella si cumple sus deberes o roles, no le es imputable el daño que cause”

(DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op. cit.*, p. 344).

En la especie, el piloto hizo uso de un terraplén que la compañía minera demandada había informado se utilizaba como helipuerto eventual para el cumplimiento y ejecución de contratos celebrados con sus contratistas, de manera que confiaba en que éste cumpliría con las condiciones mínimas de seguridad para operar como helipuerto y, por lo mismo, no pudo prever las condiciones de mayor riesgo que las maniobras de aterrizaje y despegue en dicho lugar involucraban.

En suma, en nuestra opinión los fallos de segunda instancia y de la Corte Suprema, en lo que se refiere a los temas analizados, se ajustan a derecho y a criterios de justicia; aunque, hay que decirlo, van en la línea de utilizar, bajo la apariencia formal de un sistema de responsabilidad por culpa propia o personal, criterios de imputación de responsabilidad civil que se acercan, en

el caso del empresario, a una responsabilidad estricta o al menos vicaria o refleja.

RESPONSABILIDAD DIRECTA Y NO SUBSIDIARIA DE LA CLÍNICA PRIVADA DE SALUD (CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, 9 DE ENERO DE 2002; CORTE SUPREMA, 2 DE ABRIL DE 2003).

Con ocasión de una intervención quirúrgica de rutina de extracción de amígdalas y adenoides realizada en una clínica privada de salud, la paciente de dos años de edad resultó con quemaduras de menor gravedad en la espalda, cuya causa fue un defecto en el normal funcionamiento del aparato electrobisturí. Como es tradicional en el foro, se presentó por el padre de la menor querrela criminal para perseguir el cuasidelito de lesiones graves en contra del auxiliar médico dependiente de la clínica y, en la oportunidad procesal pertinente; se demandó civilmente a la acusada y como terceros civilmente responsables al médico jefe del equipo quirúrgico y a la clínica en cuyas dependencias se llevó a cabo la operación. Para establecer la responsabilidad de los terceros civilmente responsables se invocó el artículo 2.320 del *Código Civil*.

La sentencia de 1ª instancia absolvió a la acusada teniendo en consideración que no se logró acreditar la persona precisa del equipo médico cuya conducta causó las lesiones a la menor. Según la sentencia

“no aparece de los antecedentes agregados al proceso cual [cuál]

fue específicamente la conducta, y que [qué] persona del amplio equipo de profesionales que intervino en la operación quirúrgica de la menor lesionada la desarrolló, que haya ocasionado dicho resultado lesivo”.

El juzgador tuvo presente, además, que el informe del Servicio Médico Legal expresa que

“la lesión de la menor estuvo [fue] provocada por la falla en uno de los equipos utilizados en la intervención quirúrgica, específicamente el electrobisturí, que no estaba en condiciones de ser aplicado”.

El fallo de 1ª instancia tampoco acoge la demanda civil interpuesta en contra de la clínica y el médico jefe del equipo, puesto que al no existir responsabilidad penal de la querellada no procede la responsabilidad civil extracontractual solidaria de los terceros civilmente responsables. Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones de Iquique, si bien confirma la sentencia de primera instancia y no acoge la demanda civil en contra de la clínica por el hecho ajeno, declara:

“Que de esta manera es posible sostener que el acto que causó daño a la paciente no constituye responsabilidad penal, por no existir dolo o culpa penal, pero sí, una responsabilidad civil, que no debe hacerse a costa del equipo médico[,] sino de la Clínica respectiva, por no realizar acti-

vidades o gestiones que le obligan a una mantención continua y periódica de equipo utilizado en la operación de la víctima SCMF.

Que atendido que la acción civil deducida por la actora se interpuso en contra de la Clínica I. S.A. solidariamente, como consecuencia de la responsabilidad penal, es del caso considerar que la responsabilidad penal, tiene una finalidad punitiva derivada de la culpa del médico o del personal subalterno, agente directo del daño, que en este caso no se encuentra acreditada, razón por la cual no se acogerá la acción civil deducida en dichos términos, sin perjuicio que la víctima no obstante no acreditar culpa, pueda perseguir la responsabilidad civil de la Clínica I. S.A., responsabilidad que es directa y no subsidiaria”.

En contra de la sentencia de 2ª instancia se presentó recurso de casación en el fondo, el cual fue desestimado por sentencia del 2 de abril de 2003.

Al intentar perseguirse la responsabilidad penal del auxiliar paramédico, la responsabilidad civil del agente directo y de los terceros civilmente responsables pasa a ser un apéndice de la primera. La responsabilidad penal del agente directo del daño se transforma en una condición de su responsabilidad civil y de aquella del jefe del equipo médico y de la clínica. Según las sentencias de 1ª y 2ª instancia, al no lograr establecerse la culpa penal de la auxi-

liar paramédico, no puede justificarse su responsabilidad civil, ni tampoco de terceros civilmente responsables (cf. Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2001). Esto nos coloca en el debate sobre la identidad de la culpa penal y la culpa civil. Sin embargo, la culpa civil es más amplia que la penal, pues, al menos en el ámbito cuasidelictual, la culpa está configurada por una infracción a un deber de cuidado y de no dañar al prójimo. La culpa penal, por su parte, requiere estar establecida en un tipo penal. No debe olvidarse que sólo existiendo una sentencia absoluta o un sobreseimiento definitivo que reúnan las condiciones previstas en el artículo 179 del *Código de Procedimiento Civil*, la sentencia penal tiene efecto de cosa juzgada en el ámbito civil.

Por otra parte, una cuestión interesante consiste en destacar el estatuto de responsabilidad invocado para establecer la responsabilidad civil de la auxiliar paramédico y de los terceros civilmente responsables. La responsabilidad civil aplicable en el proceso penal es la cuasidelictual. A pesar de existir un contrato de hospitalización entre la clínica y los padres de la menor, el régimen aplicable es la responsabilidad cuasidelictual. En este caso existió un contrato de hospitalización. La clínica se obligó no sólo a prestar los servicios de hotelería, higiene, alimentación y seguridad en las instalaciones sino, también, a proveer un personal idóneo para la ejecución del acto médico. Si bien no queda claro en las sentencias de 1ª y 2ª instancia, al parecer, existió un contrato entre el médico y el padre o la madre de la paciente menor. El facultativo

médico habría arrendado el quirófano y las instalaciones, formando el equipo médico con personal de la clínica. Como se puede observar, existen relaciones contractuales complejas, sin embargo, al estimarse por la doctrina y la jurisprudencia que en el proceso penal la víctima puede ejercer una acción cuasidelictual, se desconoce la existencia de dichas relaciones contractuales. Esta situación deberá cambiar con el nuevo proceso penal. En efecto, el artículo 59 del *Código Procesal Penal* restringe la acción civil sólo a la víctima directa y en contra del imputado. En este caso, el padre, en representación de la menor, podría exigir la reparación de la menor y sólo de ella, en contra del auxiliar paramédico imputada. La demanda civil en contra de la clínica debería ser conocida necesariamente por un tribunal civil, al igual que la indemnización requerida por las víctimas por rebote o repercusión. A diferencia del juez penal, el tribunal civil no podrá desconocer las relaciones contractuales existentes sin infringir la fuerza obligatoria del contrato. El nuevo proceso penal significará una importante extensión de la responsabilidad civil contractual. Si bien la jurisprudencia acepta, apoyada por la doctrina, que en el proceso penal se configura una excepción al principio de rechazo a la concurrencia de responsabilidades, no procede la misma excepción en el proceso civil. La víctima directa que ejerza una acción civil en contra del tercero civilmente responsable deberá ajustarse al estatuto contractual.

En el proceso en cuestión, según dijimos, se intentó establecer la respon-

sabilidad civil por el hecho ajeno del médico jefe del equipo quirúrgico y de la clínica en cuyas dependencias se llevó a cabo la operación ex. artículo 2.320 del *Código Civil*. Ambas acciones fueron rechazadas en la sentencia de 1ª instancia y confirmada por la Corte respectiva. Al estimarse que no estaba acreditada la responsabilidad penal del agente directo del daño (auxiliar paramédico), no correspondía establecer la responsabilidad civil por el hecho ajeno. Una aplicación correcta del artículo 2.320 del *Código Civil*, aunque, según veremos, no excluyente de la responsabilidad directa de la Clínica. Este precepto exige la prueba de la culpa del subordinado o dependiente para establecer la presunción de culpa en contra del tercero civilmente responsable. Sin embargo, cabría interrogarse si es necesario individualizar el dependiente cuya conducta causó el daño, según exige la sentencia de 1ª instancia. En el caso en cuestión no cabe duda que la menor padeció un daño. En el proceso se acredita que con ocasión de la intervención quirúrgica resultó con quemaduras en su espalda. Existe jurisprudencia uniforme en el sentido que en el ámbito de la responsabilidad civil por el hecho ajeno ex. artículo 2.320 basta probar la culpa o negligencia, sin necesidad de individualizar el dependiente (Corte Suprema, 11 de diciembre de 1958, en RDJ, tomo LV, secc. 4ª, p. 209; Corte Suprema, 28 de diciembre de 1998, Escobar Arancibia con Codelco). Por lo demás, este expediente ha sido considerado una forma de paliar los defectos del sistema subjetivo basado en la culpa (ZELAYA ETCHEGARAY, P., “La responsabilidad ci-

vil del empresario por el hecho de su dependiente”, en *Revista de Derecho*, N° 197, Concepción, Universidad de Concepción, 1995).

La sentencia de 2ª instancia, confirmada por la Corte Suprema, si bien rechaza la responsabilidad penal y civil del auxiliar paramédico y la responsabilidad civil del jefe del equipo médico y de la clínica, señala que “se puede inferir que el daño causado a la paciente estuvo provocado por un equipo que no estaba en condiciones de ser utilizado en dicha intervención”. Y, luego agrega, que la víctima debería perseguir la responsabilidad civil de la clínica de carácter directa y no subsidiaria. En este aspecto la sentencia de 2ª instancia ratifica una tendencia en la jurisprudencia nacional. La clínica debe responder no sólo por el hecho ajeno sino, también, por el hecho propio. En virtud del contrato de hospitalización celebrado con el paciente o el representante de éste, la clínica contrae obligaciones precisas. La clínica puede encontrarse en dos situaciones contractuales: que sólo tenga que ejecutar las obligaciones que emanan del contrato de hospitalización sin involucrar actos médicos, se obliga a prestar hospedaje, alimentación, seguridad en las instalaciones, idoneidad en los productos e instrumentos utilizados, etc.; como puede observarse no existe un acto clínico involucrado. Puede proveer el personal auxiliar para la intervención quirúrgica: el personal paramédico, la arsenalera, los enfermeros; en esta hipótesis puede verse expuesta a responder por el hecho ajeno. La clínica se compromete a ejecutar determinadas prestaciones médicas, las cuales

cumple a través de su personal asalariado, situándose su responsabilidad en el ámbito contractual o cuasidelictual, según exista o no relación contractual. Si existe contrato, la clínica introduce para la ejecución de sus obligaciones un tercero ajeno. Ésta es la razón por la cual debe hacerse cargo de las negligencias que pueda cometer su personal asalariado, situación que no difiere si se trata de un médico asalariado o dependiente de la clínica. En aplicación del estatuto contractual, la víctima debe acreditar la existencia del contrato, alegar el incumplimiento de alguna obligación y probar que la clínica introdujo voluntariamente para el cumplimiento de sus obligaciones un tercero (auxiliar médico, arsenalera, enfermera, médico anestesista, etc.) Según dispone el artículo 1.547 inciso 3º del *Código civil*, será la clínica quien deberá acreditar que cumplió con la respectiva obligación o que intervino un caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, según dijimos, suele aplicarse el estatuto cuasidelictual al perseguirse la responsabilidad penal del agente directo del daño. En este caso la responsabilidad de la clínica se basa en los artículos 2.320 y 2.322 del *Código Civil*. Sin perjuicio de las condiciones de la responsabilidad cuasidelictual (culpa del agente directo, daño y vínculo causal) para hacer responsable a la clínica debe acreditarse el vínculo de subordinación. Una vez probadas estas circunstancias, se presume la culpa de la clínica, la cual puede exonerarse mediante la prueba liberatoria (diligencia ex. artículo 2.320 inciso final del *Código Civil*) o acreditando alguna causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, hecho

de la víctima o hecho de un tercero). En todas estas hipótesis, ya sea en el ámbito contractual o cuasidelictual, nos encontramos en el terreno de la responsabilidad de la clínica por el hecho de otro.

Sin embargo, según dispone la sentencia de 2ª instancia confirmada por la Corte Suprema, la clínica puede tener una responsabilidad directa y no subsidiaria; no sólo debe responder por el hecho de sus dependientes sino, también por incumplimiento de obligaciones contractuales o deberes de cuidado. En principio, esta responsabilidad, sujeta a los principios tradicionales de la responsabilidad civil, está basada en la culpa. La clínica debe responder por los defectos en la organización del servicio sanitario; está obligada a proveer al médico tratante un personal competente. Asimismo, debe procurar al médico y a los pacientes un equipamiento, productos e instrumentos en perfecto estado. Empero, lo usual será imputar una culpa o negligencia al personal auxiliar sanitario o a un médico asalariado de la clínica. Por regla general la clínica responde por el hecho ajeno. Sin embargo, cuando se trata de culpa en la organización o defectos en equipos o productos puestos a disposición del equipo médico, la responsabilidad es directa. Así lo manifiesta la declaración hecha por el tribunal de alzada en su sentencia. Esta declaración está conforme a la evolución de la jurisprudencia nacional en materia de responsabilidad de las clínicas privadas de salud (Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2002, confirmada por la Corte Suprema, 18 de diciembre de 2002). La víctima no debe probar culpa alguna de

un dependiente de la clínica; sólo debe demandar a la clínica por el total del daño causado, la cual responde por el hecho propio. Cabe tener presente el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas (D.S. de Salud N° 161 de 1982) que en su artículo 19 inciso 1° señala que el hospital es responsable de los aspectos técnicos de su gestión y del adecuado funcionamiento de los equipos, instrumentos e instalaciones necesarias para la correcta atención de los pacientes. Además, en cuanto a las instalaciones, la clínica debe contar con una distribución funcional que permita el desarrollo de sus actividades. Estas obligaciones legales rigen cualquiera sea el estatuto de responsabilidad civil aplicable a la clínica. Existiendo contrato, deben entenderse incorporadas al contrato de hospitalización. En caso contrario, su infracción desencadena la aplicación del estatuto cuasidelictual. Lo relevante es que se trata de una responsabilidad directa y no subsidiaria. La absolución o sobreseimiento del personal auxiliar o de los médicos involucrados no impide la posible responsabilidad civil de la clínica. Incluso, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago ha dado un paso decisivo al declarar la responsabilidad objetiva de la clínica por riesgo de empresa. Habiendo sido absueltos los médicos involucrados, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago declaró la responsabilidad civil de la clínica (Santiago, 5 de junio de 2001).

En suma, la responsabilidad de las clínicas privadas de salud se orienta hacia un sistema directo y objetivo de

responsabilidad civil. Este fallo esta en consonancia con la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados al interior de recintos hospitalarios públicos de salud (*vide* VÁSQUEZ ROGAT, A., *Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud*, Santiago, Conosur, 1999; recientemente, 3^{er} Juzgado de Letras de Antofagasta, 22 de mayo de 2001, obs. SOTO KLOSS, E., en *Ius Publicum*, N° 10, 2003, pp. 199-218). Sin embargo, las diferencias entre el régimen aplicable al Estado por daños causados en hospitales públicos y a las clínicas privadas persisten. Esta diferencia no es justificable. Debería tenderse a aplicar un mismo régimen sin distinción si el daño ha sido causado en el ámbito público o privado. Tampoco parece lógico que las diferencias entre los estatutos de responsabilidad contractual o cuasidelictual permitan un tratamiento distinto para las víctimas. Existe la necesidad de plantearse la posibilidad de unificar los estatutos de responsabilidad cuando exista un daño físico. El tratamiento desigual entre víctimas directas y víctimas por rebote muestra las incongruencias de aplicar un diverso estatuto de responsabilidad civil. La frontera entre la responsabilidad contractual y cuasidelictual será aún más espinuda con el nuevo proceso penal. Aparte las contradicciones que pueden suscitarse entre sentencias dictadas en un proceso penal y en un proceso civil, las dudas en torno al estatuto aplicable pueden significar un serio problema para la reparación de las víctimas.

CONTRATOS ESPECIALES

Iñigo de la Maza G.

Profesor de derecho civil

Universidad Diego Portales y de Talca

VICIOS REDHIBITORIOS, DEFECTOS JURÍDICOS Y PROTECCIÓN DEL COMPRADOR. LOS VICIOS REDHIBITORIOS QUE HABILITAN PARA SOLICITAR LA RESCISIÓN DE LA VENTA SON FÍSICOS. (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, 6 DE AGOSTO DE 2002; CORTE SUPREMA, 1 DE OCTUBRE DE 2003).

Durante el año 1997 se celebró un contrato de permuta en el que las partes acordaron intercambiar dos inmuebles; el primero constituía a la fecha el domicilio de J.A.B., quien comparece como demandante en la sentencia *en comento*, y, el segundo, era de propiedad de la demandada, S.I.B. La demandada aseguró al actor que en el inmueble de su propiedad había una casa que se encontraba al día en todos sus permisos. Con fecha 5 de marzo de 1997 el contrato de permuta se otorgó por escritura pública y el 5 de marzo del mismo año J.A.B. se mudó a la propiedad que había adquirido, descubriendo que la casa se encontraba emplazada dentro de ampliación de la Ruta 5, situación que impedía la edificación y, por lo tanto, carecía de permiso de edificación y recepción. Además, dicha propiedad sería expropiada. Estas circunstancias eran de conocimiento de la demandada. J.A.B. de-

mandó la rescisión del contrato de permuta, alegando como vicios redhibitorios las circunstancias mencionadas y solicitando la indemnización pertinente.

La sentencia de primera instancia acogió la pretensión del demandante, señalando que en la causa *sub lite* concurrían los requisitos exigidos por el artículo 1.858 del *Código Civil* para declarar la rescisión:

“pues los vicios que afectaban al predio adquirido por el demandante, esto es, la prohibición de habitar la vivienda y además, el estudio del proyecto de la posterior expropiación de parte del inmueble, existían antes de celebrarse el contrato de permuta; que tales vicios son tales, que impiden el uso natural o utilidad de la cosa; que el comprador los ignoraba y no estaba en situación de conocerlos fácilmente; y, que, finalmente, el vendedor estaba en conocimiento de la existencia de dichos vicios y no lo manifestó al comprador”.

Apelada la sentencia ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso se revo-

ca la sentencia definitiva de primera instancia, rechazándose todas las peticiones formuladas en la demanda. El tribunal de apelación señala que las circunstancias alegadas no pueden calificarse como vicios redhibitorios, pues éstos “suponen defectos intrínsecos en la cosa emanados de sí misma y no de actos externos” (cita interna ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, tomo 2, p. 297).

Contra la sentencia del tribunal de alzada, el demandante interpuso recurso de casación en el fondo, sosteniendo que dicha resolución comete un error de derecho al infringir los artículos 1.857 y siguientes del *Código Civil*. La Corte Suprema desestimó el recurso señalando que las circunstancias alegadas por el demandante no podían ser calificadas como vicios redhibitorios pues, por una parte, no constituían “una anomalía intrínseca de la cosa” y, por otra, en ambos casos, el vendedor podría haberse enterado de ellas.

Las decisiones de ambos tribunales continúan una jurisprudencia de la que dan noticia diversos fallos (*vide* Corte Suprema, 27 de diciembre de 1917, RDJ tomo xv, secc. 1ª, p. 338, Corte de Apelaciones de Talca, 22 de abril de 1926, G.J. N° 62, p. 271, Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de marzo 1988, G.J. N° 23, p. 26 y Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de abril 1989, RDJ tomo vxxxvi, secc. 2ª, p. 12). En ambos casos, el tribunal desconoce que las circunstancias alegadas por el demandado sean vicios de la cosa, la Corte Suprema añade que el demandante podía conocerlos fácilmente.

La opinión de la Corte, en síntesis, es que sólo pueden tener la calidad de vicios redhibitorios los referidos a la calidad material de la construcción. Si bien el punto no es siempre pacífico en derecho comparado (*vide*, por ejemplo, ENNECCERUS, Ludwig y LEHMANN, Heinrich, *Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1950, tomo II, p. 54), en el caso chileno, como ya se ha advertido, se trata de una decisión apegada a la práctica jurisprudencial y a la doctrina nacional disponible, que parece encontrarse en consonancia con los orígenes de la institución (una mirada a los comentarios contenidos en el *Digesto* a los edictos de los Ediles Curules sobre venta de bienes da noticia que refieren casi exclusivamente a vicios propios de los esclavos y de las cosas y no a su situación jurídica. La excepción se produce en el caso del esclavo fugitivo [*vid.* Ulp. *aed. curul.* D. 21, 17]).

Aun, asumiendo que la acción redhibitoria no constituía el mecanismo idóneo para privar de eficacia al contrato, ¿disponía el demandante de alguna otra acción? La respuesta a esta pregunta resulta relevante porque como advierte Alessandri (ALESSANDRI, RODRÍGUEZ, Arturo, *De los contratos*. Santiago, Editorial Jurídica, 1993, p. 127).

“(L)as cosas se adquieren para proporcionar a su adquirente alguna utilidad, sea material, moral, artística o de cualquier otra índole; el comprador que adquiere una cosa lo hace entonces en la inteligencia de que le ha de prestar utilidad a la que la cosa está destinada”.

En este caso es evidente que la adquisición de la cosa no reportó el beneficio esperado al demandante. ¿Puede el demandante alguna acción que proteja dicha pretensión?

El derecho efectivamente prodiga acciones para procurar que los contratos proporcionen a las partes la utilidad que éstas esperan. Para examinar el problema *en comento* es posible distinguir aquellas acciones que surgen para proteger la voluntad de las partes y aquellas derivadas de la obligación de garantía del permutante.

Respecto de las primeras, las que podrían resultar pertinentes en este caso son las derivadas del error y el dolo. En el caso de la primera se trataría de un caso de error sustancial y en de la segunda de un dolo por reticencia.

Tanto en el caso de los vicios redhibitorios como en el del error sustancial se requiere, en el primer caso que los defectos y, en el segundo, que las calidades sean “de la cosa”. De esta manera, siguiendo la sentencia de la Corte Suprema que se comenta es evidente que no podría alegarse error sustancial. No resultaría coherente que no se permitiera alegar la imposibilidad de construir como un defecto de la cosa permutada y que, en cambio, se permitiera argumentar que la posibilidad de construir en el terreno era una calidad esencial de la cosa.

La segunda posibilidad sería alegar la incorrección de la conducta de la demandada bajo las reglas del dolo en materia de formación del consentimiento. En este caso se trataría de un caso de dolo por reticencia, pues lo que se logró acreditar en autos es que la de-

mandada conocía las circunstancias alegadas por el actor. Como se sabe, sin embargo, la reticencia únicamente vicia el consentimiento cuando se acredita tanto el elemento subjetivo –el *animus decipiedi*– como el objetivo –el establecimiento por ley de la obligación de informar(vid. LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica, 1979, p. 206). En el derecho chileno no existe una obligación específica de informar las limitaciones urbanísticas del inmueble, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el caso español (vid. ley 6/1998 de 13 de abril sobre régimen del suelo y valoraciones).

En el caso de las obligaciones de garantía a que se encuentran sujetos los contratantes, ya se ha advertido que aquella derivada de la presencia de vicios redhibitorios no presta ayuda a la pretensión del demandante. Respecto de la evicción, ésta únicamente estaría disponible en el caso que se produjera la inminente expropiación, sin embargo, no le prestaría utilidad al demandante si éste quisiera alegar el hecho que la propiedad no podía ser habitada por la falta de permiso de edificación y recepción municipal.

Existe, en mi opinión, todavía otro mecanismo del cual el demandante podría haberse servido para demandar la resolución del contrato que buscó a través de la acción redhibitoria: el incumplimiento de la obligación de entregar lo que reza el contrato contenido en el artículo 1.828.

Para examinar este último recurso conviene recordar, en primer lugar, que la tradición o entrega constituye el pago

de la obligación del vendedor; en segundo lugar, siguiendo las ideas de Fueyo (vide FUEYO LANERI, Fernando, “La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LV, secc. 1º, p.) y López Santa María (LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica, 2001, p. 402), es posible afirmar que la obligación de comportarse en forma leal y honesta –la buena fe objetiva– acompaña a los contratantes durante todo el *iter* contractual del cual forma parte el cumplimiento de las respectivas obligaciones de las partes. Como advierte Fueyo, utilizando la buena fe es posible entender que la obligación de las partes adquiere un carácter “relativamente elástico” que la desapega de la literalidad del texto (vide FUEYO LANERI, Fernando, *op. cit.*, p. 99). Ésta constituye, por otra parte, una conclusión que puede extraerse sin problemas del artículo 1.546. En este caso, entonces, es posible señalar que la obligación de la demandada no quedaba satisfecha con la simple tradición del inmueble, pues dicha entrega no constituía un cumplimiento honesto y leal de la obligación con arreglo a la voluntad de las partes.

La interpretación que recién se ha expuesto no es extraña para nuestros tribunales. López Santa María refiere un caso en el que la Corte Suprema acogió la demanda de indemnización de perjuicios contra un vendedor por incumplimiento de la obligación de entregar un microbús (citada en LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *op. cit.*, p. 405). Aun cuando se había efectuado la tradición, el vendedor no había pagado

los impuestos que adeudaba al fisco, lo que impidió al comprador obtener el certificado necesario para utilizar el vehículo en la locomoción colectiva. La Corte razonó sosteniendo

“que el pago de los impuestos a que estaba obligado el vendedor por la explotación del vehículo que vendió, era una obligación de dar frente al Fisco, acreedor de esos impuestos, pero su omisión significó el incumplimiento de la obligación de entregar la especie vendida en el momento convenido y en forma completa, con todo lo inherente a ella para servir al fin a que estaba destinada y que era el motivo que indujo al comprador a adquirirla, de acuerdo con lo que establecen los artículos 1.828 y 1.546 del *C. Civil*”.

Las similitudes en ambos casos son obvias. Para efectos de este comentario, la ventaja que representa esta última decisión estriba en el hecho que una definición restringida de los vicios redhibitorios, como aquélla de que da cuenta la jurisprudencia de nuestros tribunales, no lesiona el derecho de los contratantes que son defraudados en las expectativas que razonablemente se habían forjado sobre el cumplimiento del contrato en la medida que la falta de conformidad entre las expectativas razonables forjadas al momento de la celebración del contrato y el cumplimiento de éste, pueda ser resuelta a través del expediente de la buena fe objetiva.

PROPIEDAD Y DERECHOS REALES

Javier Barrientos Grandón

Profesor de historia del derecho

Universidad Diego Portales

DE LAS VARIAS CLASES DE BIENES

COSAS APROPIABLES E INAPROPIABLES.
COSAS COMERCIALES E INCOMERCIALES:
NATURALEZA INCOMERCIAL DE USUFRUCTO CONSTITUIDO COMO DERECHO DE ALIMENTOS. (CORTE SUPREMA, NULIDAD DE OFICIO, 14 DE MAYO DE 2001, ROL. 16.019).

Por resolución de un juzgado de letras de menores se ordenó constituir un usufructo sobre un bien raíz a favor de la cónyuge y de dos hijos del demandado, el cual fue inscrito competentemente en el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Pasados ocho años desde la citada inscripción la cónyuge demanda ante el juez ordinario a su marido para que se declare que ha adquirido por prescripción adquisitiva tal derecho de usufructo, del cual ha estado en posesión no interrumpida durante los últimos ocho años.

La acción fue desestimada en todas las instancias y en sentencia de la Corte Suprema, invalidando de oficio la de alzada, se discurre sobre la naturaleza comerciable o in comerciable del usufructo cuya prescripción adquisitiva se pretendía fuera declarada. Interesa,

para este comentario, el considerando tercero:

“El derecho de usufructo que detenta la actora sobre un bien raíz de propiedad de su cónyuge ha sido concedido como pensión alimenticia, por medio de una sentencia judicial, que ha venido a servir de título y modo de adquirir de tal derecho, el que no pierde por ello su carácter de pensión alimenticia”;

el quinto:

“Si bien los artículos 766 N° 4 y 2498 inciso 2° del *Código Civil* permiten adquirir por prescripción el derecho de usufructo, éste ha de estar en el comercio humano, ser un bien comerciable, como lo dispone el inciso 1° de la última norma legal citada. Por ello la doctrina señala que en la práctica, la prescripción del usufructo se presentará rara vez, pues generalmente la prescripción se referirá a la totalidad de la propiedad; pero tendrá perfectamente cabida cuando el usufructo emana de una

persona que no tenía el dominio de la cosa fructuaria y constituye, por lo mismo, sin derecho, el usufructo”

(CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Imprenta Nascimento, 1933, tomo 8º, p. 161.)”

y el sexto:

“Del mismo modo que el derecho de alimentos tiene el carácter de personalísimo, por estar establecido en consideración a la persona del alimentario, lo cual lo hace un derecho intransferible (art. 334 del *Código Civil*), no susceptible de ser adquirido por prescripción, el derecho de usufructo sobre un bien raíz constituido por sentencia judicial como pensión alimenticia en beneficio del alimentario, emanado del ejercicio del derecho de alimentos, pasa también a tener un carácter personalísimo y a quedar fuera del comercio humano, tampoco susceptible de ser adquirido por prescripción, máxime si se tiene presente que en el usufructo así constituido no ha intervenido la voluntad del propietario del bien raíz y se ha originado únicamente por la decisión del juez, en consideración a la persona del alimentario”.

Bajo las consideraciones de la Corte Suprema late la siguiente cuestión: ¿Es posible que el carácter “persona-

lísimo” de un derecho personal comunique tal naturaleza al objeto de dicho derecho?

a) *De las cosas apropiables e inapropiables*

La jurisprudencia romana sentó la distinción entre aquellas cosas respecto de las cuales no había comercio (*res quarum commercium non est*) y aquellas otras sobre las cuales sí lo había (*in commercio*). Era esta la terminología de Celso asumida por Pomponio (D., 18.1.6pr), generalmente admitida por los juristas (Inst. 2.20.4), y con la cual se significaba que había cosas no susceptibles de ser adquiridas en dominio y, en consecuencia, respecto de ellas era imposible la realización de negocios jurídicos.

Nuestro *Código Civil* no incluye expresamente la citada distinción en el título primero de su libro II (“De las varias clases de bienes”), pero sí la asume en diversas de sus disposiciones, sobre la base del mismo criterio rector romano fundado en la imposibilidad de adquisición de ciertas cosas, como paladinamente lo declara el inciso primero del artículo 585, siguiendo la opinión de Marciano, en cuanto a aquellas cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, que: “No son susceptibles de dominio y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas”, principio reiterado en el inciso primero del artículo 1.105 al declarar que no vale el legado de “cosa incapaz de ser apropiada”. Como consecuencia de esta imposibilidad de apropiación, tales cosas quedan fuera de la

esfera de las relaciones jurídicas patrimoniales de derecho privado, sin perjuicio de que sea posible el ejercicio de eventuales facultades de uso y goce fundadas en títulos de carácter administrativo, v. gr. concesiones.

Como consecuencia de lo anterior, se origina un régimen jurídico singular respecto de las cosas cuya adquisición es imposible: a) precisamente por no admitir adquisición no operan respecto de ellas los modos de adquirir el dominio, como la prescripción, pues ella procede respecto de “cosas ajenas” (art. 2.492 inc. 1) y éstas, claramente no son ajenas, pero, además, está expresamente excluida (arts. 2.498, 2.510 inc. 1), la ocupación (art. 606), la accesión, pues por ella es “el dueño de una cosa” quien adquiere otra (art. 643), la tradición dominical, supuesto que el tradente deber ser “dueño” de la cosa entregada (670, 671); b) no puede ser objeto de una declaración de voluntad (art. 1.461 inc. 1), como una compraventa; c) su eventual enajenación representa un caso en el cual hay objeto ilícito (art. 1.464 N° 1), de modo que, por ejemplo, no son susceptibles de tradición.

La in comerciabilidad de estas cosas, pues, es sólo una consecuencia de la imposibilidad de su adquisición y que, en el ejemplo típico del *Código Civil*, deriva de la misma “naturaleza” de las cosas (art. 585).

*b) De la comerciabilidad
y la in comerciabilidad*

Distinta de la división anterior que, en cierto modo arranca de la naturaleza de algunas cosas, es la comerciabilidad

o in comerciabilidad, que son atributos que el derecho predica de las cosas y que, por ende, no encuentra su fundamento en la “naturaleza”, sino en el mismo derecho que veda absoluta o parcialmente la posibilidad de constituir las en objetos de actos y declaraciones de voluntad o, en general, de establecer relaciones juríco-privadas sobre ellas, por razones diversas, fundadas en conveniencias de orden privado o público. Hay así varias clases de cosas apropiables a las cuales el derecho vuelve in comerciables, por ejemplo:

1. Por razones de conservación de la fauna, se establece la in apropiabilidad e in comerciabilidad de ciertas especies en los períodos de “veda” (art. 2.48 y art. 3, ley 18.892).
2. Por razones de protección a la infancia y a la salud de los lactantes, el *Código Sanitario*, declara a la leche materna como de “propiedad exclusiva” del hijo, y veda a la madre “amamantar niños ajenos mientras el propio lo requiera” (art. 18), de modo que, en la práctica, siendo la leche materna apropiable, se la excluye del comercio, salvo consideraciones médicas singulares.
3. Por atribuir el carácter de “personalísimo” a ciertos derechos: hay derechos que se entienden constituidos en consideración de una persona determinada y que, en la terminología del *Código Civil*, son intransmisibles a los herederos, no pueden cederse a ningún título, prestarse, ni arrendarse, como los derechos de uso y habitación (art. 819), y el derecho de pedir alimen-

tos que, además, es irrenunciable (art. 334).

Estos derechos “personalísimos” son apropiables, es decir, pueden ser adquiridos y, por ende, se incorporan al patrimonio de una persona, pero el derecho impide que puedan transferirse a otra, lo cual es diverso de decir, que impida su adquisición.

c) Del derecho de alimentos

Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas constituyen una cosa incorporal (art. 565), concretamente un derecho personal o crédito (arts. 576, 578), cuya causa es la ley (“la sola disposición de la ley”), que ha puesto al alimentante en la obligación de prestarlos al alimentario (art. 321).

En tal obligación legal, el crédito del alimentario, es decir, su “derecho de pedir alimentos” está incorporado en su patrimonio y, por ende, constituye una cosa apropiable, pero, que no puede transmitirse *mortis causa*, ni venderse, ni cederse “en modo alguno”, ni renunciarse (art. 334), salvo en cuanto se tratare de “pensiones alimenticias atrasadas”, que pueden transmitirse, venderse, cederse, renunciarse y compensarse (art. 335).

En la misma obligación legal, su prestación, esto es, “la prestación de alimentos” (art. 322) puede consistir en débitos de dar y de hacer (art. 324), uno de los cuales puede ser el de dar el usufructo, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 14.908 (art. 9), es decir, el usufructo no constituye el “objeto” de la obligación de prestar alimentos: no es su prestación, sino que es el objeto

de la prestación: el objeto sobre el cual recae, en este caso, el débito de dar.

d) El usufructo constituido judicialmente como objeto de la prestación de alimentos

En virtud del artículo 334 del *Código Civil* es el derecho de pedir alimentos el que es considerado “personalísimo”, y no el objeto sobre el cual recae la prestación de darlos, de manera que la regla del citado artículo no altera la naturaleza común de derecho real, que es propia del usufructo constituido judicialmente. Pero, sin perjuicio de ello, hoy día es la ley 14.908 en su artículo 9, inciso cuarto la que impide la enajenación del usufructo así constituido, al hacer aplicable a este usufructuario el régimen de inenajenabilidad de los derechos de uso y habitación fijado en el inciso primero del artículo 819 del *Código Civil*.

La sentencia de la Corte Suprema no distingue entre la prestación de una obligación legal y el objeto sobre el cual recae con la finalidad de extender al usufructo el carácter de personalísimo del derecho de pedir alimentos, para así declararlo inenajenable. Esta opinión, aunque criticable, podía justificarse, en la época de la sentencia (14 de mayo de 2001) porque la ley 14.908 en su artículo 11 no contenía la remisión expresa al artículo 819 del *Código Civil*, que fue introducida por el número 11 del artículo 1º de la ley 19.741, publicada en el *Diario Oficial* el 24 de julio de 2001, lo cual reafirma en la opinión conforme a la cual ese derecho de usufructo hasta esta última fecha se regía por las reglas comunes.

Por ello declaraba la Corte Suprema que “el derecho de usufructo que detenta la actora” y que “ha sido concedido como pensión alimenticia... no pierde por ello su carácter de pensión alimenticia”. De modo que, continúa la Corte, si “el derecho de alimentos tiene el carácter personalísimo... lo cual lo hace un derecho intransferible”, le es posible concluir que:

“El derecho de usufructo sobre un bien raíz constituido por sentencia judicial como pensión alimenticia en beneficio del alimentario, emanado del ejercicio del derecho de alimentos, pasa también a tener un carácter personalísimo y a quedar fuera del comercio humano, tampoco susceptible de ser adquirido por prescripción”.

La conclusión de la Corte Suprema es correcta, pero hoy día los fundamentos de ella son claros y diversos de los que ella había ofrecido, pues es preciso distinguir dos situaciones:

1. El titular de un derecho real de usufructo constituido como objeto de una prestación de alimentos legales, no puede ceder su derecho de alimentos, es decir, el crédito que tiene en contra del alimentante, cuyo objeto es el usufructo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 334.
2. Tampoco puede ceder el usufructo con independencia de su derecho de alimentos, no porque tenga el carácter personalísimo derivado de la naturaleza alimenticia de la prestación, de acuerdo con el artículo 334, sino

porque expresamente el inciso cuarto del artículo 9 de la ley 14.908 altera el derecho común en materia de usufructo, para hacer aplicable a este usufructuario el régimen de no enajenabilidad propio de los derechos de uso y habitación: “Se aplicarán al usufructuario las normas de los artículos 819, inciso primero, y 2466, inciso tercero, del *Código Civil*”, y el referido artículo 819 señala:

“Los derechos de uso y habitación son intransferibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse”.

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

TÍTULO Y MODO DE ADQUIRIR. INTENCIÓN DE TRANSFERIR EL DOMINIO EN LA TRADICIÓN. TRADICIÓN POR MANDATARIOS. CLÁUSULA “SE FACULTA AL PORTADOR”. (CORTE SUPREMA, CAS. CIV. 13 DE JULIO DE 1999 (GJ. 229, JULIO DE 1999); CORTE SUPREMA, CAS. CIV. 25 DE ENERO DE 2001, ROL N° 3.939-99; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 23 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ROL N° 6.404-96).

A propósito de la tradición, hay alguna jurisprudencia, relativamente reciente, que importa desvincular la “intención de transferir el dominio” y de “adquirirlo” presente en la entrega de aquella manifestada en el título que la causa, exigiendo que ella se manifieste de manera específica e independiente

en el hecho de la entrega; con lo cual se está admitiendo que en la tradición dominical hay un acuerdo de voluntades dirigido a transferir el dominio y a adquirirlo que opera como requisito independiente del consentimiento expresado en el título y que, en consecuencia, se rige, no por las reglas propias de la tradición, sino por las generales relativas a la validez de los actos y declaraciones de voluntad, acercándose así a la concepción que el derecho civil alemán ofrece de la tradición.

La Corte Suprema, en la ya citada sentencia de casación de julio de 1999, considera que uno es el consentimiento dirigido a transferir y a adquirir manifestado en el título y otro, en igual sentido, expresado en la tradición concebida como acto jurídico, de guisa que si una vez que se ha constituido válidamente un título, muere el tradente antes de verificarse la tradición, no es posible que, una vez muerto, un mandatario, con poder suficiente constituido en el mismo título, realice la entrega, pues, si lo hace, tal tradición adolece de nulidad absoluta porque ha faltado el consentimiento en la tradición:

“Según se desprende de los artículos 670, 675, 686 y 1.824 del *Código Civil*, es necesario tener presente que un contrato de compraventa no tiene por sí solo la virtud de convertir en dueño de la cosa vendida a su comprador, sino que tal contrato es únicamente el título que puede conducir a ello, pues es necesario que luego opere el modo de adquirir llamado tradición... acto

jurídico que, como todos, según los artículos 1.431 (sic), 1.439 y 1.445 del *Código Civil*, para su existencia requiere, al ser bilateral, del consentimiento de ambas partes involucradas, en circunstancias que, dado su fallecimiento, la vendedora ya no podía prestarlo”

(G.J. 229, Santiago de Chile, julio 1999, Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 6º, p. 58), de guisa que como:

“Al momento que la demandada requirió la inscripción del bien raíz, éste era de propiedad de la sucesión formada por la descendencia de la vendedora, la cual, entonces, no pudo prestar el consentimiento requerido para ello, de lo que se sigue que, dada la ausencia de dicho requisito de existencia de tal acto jurídico, éste no fue válido, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1.681 y 1.682 del ya citado *Código*, que dispone que, al no concurrir un requisito de existencia de un acto jurídico, éste es nulo absolutamente” (*op. cit.*, cons. 7º, pp. 58-59).

El mismo criterio, y para un caso análogo al anterior, ha sido reiterado por la Corte Suprema en sentencia pronunciada el 25 de enero de 2001:

“La tradición efectivamente es un acto jurídico que debe cumplir con los requisitos de tales nego-

cios, entre otros, el consentimiento de las partes, declaración de voluntad común que requiere manifestarse actualmente, esto es, coetáneamente a la entrega real o simbólica del bien, a lo que en la especie se opone la circunstancia de haber fallecido tales partes con mucha antelación a la entrega simbólica, representada por la inscripción; en consecuencia, debe concluirse que la inscripción a nombre del comprador no ha existido jurídicamente, en la medida que se procedió a ella prescindiendo absolutamente de la voluntad de los interesados, lo que en definitiva importa que sea ineficaz como modo de adquirir el dominio, que la referida parte sólo conservara el derecho que le confería su calidad de contratante, y que la actual vigencia de una inscripción a nombre de los demandados sólo constituya posesión del derecho de dominio que, por no haber sido de su causante, no se les transmitió por causa de muerte”

(Corte Suprema, Cas. Civ., rol 3.939-99, Santiago de Chile, 25 de enero de 2001, cons. 4º).

La referida opinión jurisprudencial ha sido comentada por Rodríguez Pinto:

“Toca esta materia el núcleo de los sistemas de transferencia de propiedad que la Corte Suprema se preocupa en aclarar, pues

es en este contexto que el fallo de casación reitera la consabida doctrina de que el nuestro es un sistema de título y modo de adquirir, de raíz romana; y que, por lo tanto, la compraventa en este caso era sólo el título traslativo, ineficaz por sí mismo para transferir la propiedad (Cons. 6º)”

(RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “La cláusula ‘se faculta al portador’ y la transferencia de propiedad por tradición”, en *Revista Chilena de Derecho*, 27, N° 1, Santiago de Chile, 2000, p. 174). Pero inmediatamente advierte que:

“Lo curioso es que así las cosas, las partes deban reeditar su voluntad en el modo de adquirir (tradición-inscripción), un negocio jurídico en sí, para que sea plenamente eficaz la voluntad negocial ya expresada en el título, otro negocio jurídico en sí. No deja por esto de tener lógica el paso del codificador francés que, a comienzos del siglo XIX, simplemente eliminó la obligación de repetir la voluntad de enajenación en el modo de adquirir, dando plena eficacia real al título o convención traslativa de propiedad” (*op. cit.*, pp. 174-175).

Esta doctrina es antigua, pues la defendía expresamente Pothier y, precisamente, en un supuesto semejante al caso que motivó la sentencia de la Corte Suprema de 1999; pero que en la línea del

autor francés resultaba explicable su-
puesta su concepción general de una
“tradicción de efectos posesorios” y no
de una “tradicción de derechos”, cual es
el sistema adoptado por nuestro
codificador. Así, las condiciones que
exigía Pothier para que la tradicción (*factus
tradendi*) “transfiriera la propiedad” se
referían al hecho de la entrega y no al
título de ella, línea dogmática que, como
queda explicado, desechó el codificador
chileno y que, por ende, al ser asumida
por la Corte Suprema importa una gra-
ve incoherencia frente a los principios
que gobiernan una tradicción concebida
como exclusivamente dominical o de
adquisición de otros derechos.

Pothier escribía que debía advertir-
se que era

276

“al tiempo de hacerse la tradi-
ción en el que el consentimien-
to del propietario debe interve-
nir en la tradicción para que ella
pueda transferir la propiedad de
la cosa a aquel a quien ella se
hace. Si el propietario, habien-
do voluntariamente, y sin estar
obligado, consentido en la tra-
dicción que un tercero (‘yo’ =
‘mandatario’) debía hacer de su
cosa, hubo después, antes que el
tercero la hubiera hecho, cam-
biado de voluntad, o perdido la
vida o la razón, no subsistiendo
su consentimiento: la tradicción
que hiciera el tercero no podría
transferir la propiedad a aquel a
quien se hiciera”

(POTHIER, Roberto José, *Oeuvres*, Paris,
1821, t. X, nr. 221, p. 122:

“Observez que c’est au temps
que se fait la tradition, que le con-
sentement du propriétaire à la tra-
dition doit intervenir, pour
qu’elle puisse transférer la pro-
priété de la chose à celui à qui
elle est faite. Si le propriétaire,
ayant volontairement, et sans y
être obligé, consenti à la tradition
que je devois faire de sa chose,
eût depuis, avant que je l’aie fai-
te, changé de volonté, ou eût per-
du la vie ou la raison; son consen-
temenet ne subsistant plus, la
tradition que je ferois depuis ne
pourroit transférer la propriété
à celui à qui je la ferois”).

No resulta fácil admitir la opinión
sentada por la Corte Suprema si se ob-
serva que ella descabala por completo
el sistema causado de adquisición asu-
mido por el codificador, y que pasa por
encima de todos los principios que ri-
gen a la tradicción dominical, contrarian-
do, de paso, la regla de interpretación
legal consagrada en el inciso primero
del artículo 22 del mismo *Código Civil*;
supuesto que una tal interpretación im-
pide que entre todas las partes de la ley
haya “la debida correspondencia y ar-
monía”, sin perjuicio de no ceñirse a la
regla del inciso segundo del artículo 19,
debidamente complementada por los
pasajes del *Mensaje del Código* referidos
al sistema de adquisición del dominio.
En efecto, hacen bien las citadas sen-
tencias en distinguir el título translaticio
de dominio de la tradicción; pero no hay
fundamento alguno para sostener que
esa correcta distinción dogmática im-
plique una radical separación entre

ambos actos, pues ello conduce a destruir por su base la concepción de una “entrega causada”, que es en lo que consiste la tradición al tenor del artículo 670 en relación con el 675.

Naturalmente, en los casos que dieron origen a las sentencias anteriores se hallaba también envuelta la cuestión tocante a la discutida cláusula “Se faculta al portador”, que ambas sentencias consideran simplemente como un mandato que expira con la muerte del mandante y, en consecuencia, el mandatario que realiza la inscripción después de la muerte del mandante no ha podido expresar en la tradición (“inscripción”) la voluntad de su mandante, ya muerto (Sobre esta cláusula *vide* STITCHKIN BRANOVER, David, *El mandato civil*, 3ªed., Santiago de Chile, 1975; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Se faculta al portador de copia autorizada...”, en RDJ., N° LXXXI, Santiago de Chile, 1984; WINTER IGUALT, Rodrigo, “El portador facultado”, en *Revista del Abogado*, N° 13, Santiago, julio, 1998; RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *op. cit.*).

Sumada esta interpretación a la concepción de la tradición como un acto jurídico bilateral, que requeriría de un específico consentimiento dirigido a transferir y a adquirir el dominio, se cierra el círculo de una doctrina jurisprudencial que, en la práctica, viene a independizar al título translaticio de dominio de la entrega dominical, descabalandopeligrosamente el sistema causado de adquisición de derechos consagrado en el *Código Civil*.

Hay, no obstante, también alguna jurisprudencia reciente que, por la vía de estimar que la cláusula “se faculta al

portador” envuelve un mandato que no expira con la muerte del mandante y que importa un caso lícito de autocontratación, considera válida la tradición efectuada mediante la inscripción del título translaticio de dominio con posterioridad al fallecimiento del vendedor.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 23 de septiembre de 1999 declaraba, fundándose en las opiniones de Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga y Stitchkin Branover, que la referida cláusula:

“Importa un mandato para celebrar un acto jurídico, la tradición del derecho mediante la inscripción de la escritura en el competente registro. A este mandato va unida, naturalmente, la facultad de representar a las partes. Como el portador de la copia de la escritura representa tanto al adquirente como al tradente, ejecuta un autocontrato o acto jurídico consigo mismo”

(GJ. 231, Santiago de Chile, 1999, Corte de Apelaciones de Santiago, Ap. Civ., rol 6.404-96, Santiago, 23 de septiembre de 1999, cons. 1º) y, en consecuencia:

“El mandato otorgado en este caso, que indeterminadamente facultaba para requerir y firmar la inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces; no se extingue por la muerte de uno de los mandantes, toda vez que accedía al contrato de compraventa que se ha querido o pre-

visto cumplir mediante su gestión”

(*Op. cit.*, cons. 3º) de manera que podía declararse que resultaba necesario:

“Desestimar la demanda interpuesta en autos en sus puntos primero y segundo de las respectivas peticiones en orden a declarar la nulidad de la tradición y cancelar la inscripción respectiva” (*Op. cit.*, cons. 4º).

ERROR EN LA TRADICIÓN. ERROR EN EL TÍTULO. (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, AP. CIV. 16 DE OCTUBRE DE 2000, ROL N° 1.406-98).

También, a propósito de la tradición, se advierte una aplicación jurisprudencial equivocada de las reglas tocantes al error, en relación con el título de la tradición, puede apreciarse en una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 16 de octubre de 2000. Los hechos de la causa eran los siguientes:

1. Al disolverse cierta cooperativa de reforma agraria se adjudicaron a “A” la parcela N° 61 y 1/38 parte de los derechos de la reserva cooperativa N° 3, inscribiéndose ambas adjudicaciones.
2. Posteriormente “A” vendió a “B” la citada parcela N° 61 y los referidos derechos en la reserva cooperativa N° 3, inscribiéndose la referida escritura pública de compraventa.
3. Más tarde, “B” constituyó en favor de “C” primera hipoteca sobre el

inmueble consistente en la parcela N° 61.

4. No satisfecha la obligación principal, “C” dedujo juicio especial hipotecario, cuyo resultado fue el remate de la referida parcela N° 61, expresamente individualizada en las bases del remate, en cabeza de “D” extendiéndose la escritura de adjudicación respectiva por el juez de la causa, y procediéndose a su posterior inscripción.
5. En esta última escritura de adjudicación, debidamente inscrita, fue incluida no sólo la parcela N° 61 sino, también, los derechos en la reserva cooperativa N° 3, que no habían sido hipotecados.
6. Supuesto lo anterior “B” demanda en juicio ordinario que se declare la nulidad de la tradición en cuanto a incluido en ella bienes no hipotecados ni adjudicados, ordenándose la correspondiente cancelación de la inscripción de la adjudicación en lo tocante a los citados derechos en la reserva cooperativa N° 3.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, revocando la sentencia de primera instancia, acogió la demanda y declaró:

“Que es nula la tradición de la noventa avas parte de las reservas cooperativas números dos y cinco; de la treinta y ocho avas parte de la Reserva Cooperativa número tres a que se refiere la inscripción de dominio de f. 365v. N° 549 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Limache del

año 1992 en favor de don (...), debiendo cancelarse dicha inscripción respecto a los referidos derechos, con costas”.

Si bien, la solución adoptada por la Corte resulta apropiada, sus fundamentos son del todo ajenos a la disciplina de la tradición y de las reglas que gobiernan el error en ella. Veamos cuáles fueron los fundamentos del Tribunal:

PRIMERO:

“Que la tradición de los bienes raíces se hace mediante la inscripción del título, en este caso la escritura de adjudicación en el remate judicial, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo”.

Nada parece objetable, pues se limita a recibir este considerando lo dispuesto en el artículo 686 del *Código Civil*.

SEGUNDO:

“Que tratándose de una venta forzada en pública subasta, el deudor, en este caso don J.A.S.E., fue representado legalmente por el Juez de Letras del Segundo Juzgado Civil de Valparaíso”.

También está exento de reparos este considerando, coherente con lo dispuesto por el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

TERCERO:

“Que de acuerdo con los títulos analizados, el inmueble denominado Parcela 61 y los derechos

sobre las Reservas y Bien Común especial, si bien se encuentran incluidos en una sola inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces, constituyen dos propiedades diferentes, no existiendo ningún antecedente que permita considerarlos como un solo todo, o considerarlos dentro de los bienes señalados en los arts. 2.420, 2.421, y o 2.422 del *Código Civil*, para comprenderlos dentro del inmueble hipotecado”.

Considerando éste que sólo se limita a reconocer que, efectivamente, los derechos en la reserva cooperativa N° 3 no habían sido hipotecados.

CUARTO:

“Que de todo lo anterior, es preciso concluir que el Juez de Letras que actuó en representación del deudor en la escritura de adjudicación cometió un error al incluir los citados derechos, lo que constituye un vicio del consentimiento, debiéndose tener presente que el art. 677 del *Código Civil* dispone que el error en el título invalida la tradición”.

Este considerando, que es el séptimo y último de la sentencia, es el que merece una serie de objeciones, veamos cuales son:

- i) El error ha sido cometido por el juez, y se ha incurrido en él en la constitución del título translaticio de dominio, es decir, en la adjudicación y, por lo tanto, advienen apli-

cables las reglas generales tocantes al error en los actos y declaraciones de voluntad, y no las reglas propias de la tradición.

No se está, pues, frente al caso de un error en la tradición, ya que ella versó, exactamente, sobre las cosas contenidas en el título y, por ende, no es posible aplicar las reglas del artículo 676, precisamente, porque no se ha padecido “error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse”, ya que ciertamente se ha entregado la especie designada y determinada en el título.

- ii) El juez, en la referida escritura de adjudicación ha actuado “como representante legal del vendedor”, al tenor del artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*, y no como “representante legal” del tradente (art. 671 inc. 3).

Aunque coincidente, no es propio aplicar aquí la regla del artículo 671 inciso tercero, pues ella se refiere a la actuación del juez como representante legal en la tradición, ya que sólo en ella “la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal”, de guisa que tampoco adviene aplicable el artículo 678 en cuanto señala que: “Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición”. Son inaplicables los artículos 671 y 678 porque ellos no operan en la constitución del título, debido a que en dicho título nada se transfiere, y por ello éste es el supuesto expresamente previsto en el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

- iii) Tal error ha recaído

“sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra” (art. 1.453 *in fine*).

No puede pasarse en silencio que aquí se está en presencia de una “venta forzada”, por lo que el ejemplo del artículo 1453 es muy preciso.

En caso alguno puede sostenerse que el referido error es el previsto en el artículo 677 del *Código Civil*, como lo afirma expresamente la referida sentencia, supuesto que el campo operativo de tal regla es el del error que se genera cuando una de las partes supone un título translaticio de dominio y la otra uno de mera tenencia, o “cuando por las dos partes se suponen títulos translaticios de dominio, pero diferentes”. En el caso sujeto a sentencia, la aplicación del artículo 677 es extravagante, porque dicho error en el título no existió, sino que él recayó sobre la cosa vendida.

- iv) Un error tal, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, bien ha podido: a) obstar o impedir la formación del consentimiento (“error obstáculo” u “obstativo”, o bien, b) simplemente “viciar el consentimiento” (“error esencial”).
- v) Producido este error, para ciertos autores el acto afectado por él es inexistente; para otros, y para la jurisprudencia mayoritaria, el acto es

nulo de nulidad absoluta y; para una minoría de autores el acto sería nulo de nulidad relativa.

- vi) Supuesto, entonces, que el título constitutivo de dominio es “inexistente” o nulo, no es posible considerar que se cumpla con la exigencia prescrita por el artículo 675 del *Código Civil* y, en consecuencia, no puede operar como causa de la tradición.
- vii) Más aún, como dicho error esencial ha excluido por completo el consentimiento, como también lo ha admitido una constante jurisprudencia (Corte Suprema, Cas. Civ. 4 de abril de 1945, cons. 3º, 5º (RDJ., N° XLII, nr. 9, IIª parte, sección Iª, p. 558); Corte de Apelaciones de Valparaíso, Valparaíso, Ap. Civ. 23 de junio de 1992, cons. 7º, conf. Corte Suprema, Cas. Civ. 7 de agosto de 1995; Corte Suprema, Cas. Civ. 30 de mayo de 2001, cons 4º (GJ. 251), no sólo se está en presencia de un título nulo, inhábil para causar una tradición dominical (art. 675) sino, también, ha, consiguientemente, faltado la “intención de transferir el dominio” en el título y, por ende, no es posible que de una tal adjudicación declarada nula pueda hacerse depender la “intención de transferir el dominio” en el hecho de la entrega (art. 670), como acto que ha de estar, precisamente, causado en ella.

EN LA ADQUISICIÓN DE UN DERECHO REAL DE USUFRUCTO. (CORTE SUPREMA, NULIDAD DE OFICIO, 14 DE MAYO 2001, ROL. 16.019).

La Corte Suprema en sentencias del 14 de mayo de 2001 ha tenido ocasión de pronunciarse, incidentalmente, sobre la constitución de un derecho real de usufructo, y de ocuparse, a propósito de ello, en la naturaleza de una sentencia judicial que decreta la constitución de un usufructo, sentando la doctrina conforme a la cual dicha sentencia judicial sería un modo de adquirir originario y que, además, ella configuraría el título y modo de la adquisición. Ha declarado la Corte, al anular de oficio la sentencia de alzada:

“Que la sentencia recurrida ha confirmado sin modificaciones la de primer grado, corriente a fojas 16 y siguientes. Este fallo, después de reconocer en su fundamento segundo que el usufructo detentado por la actora se constituyó por una resolución emanada del Primer Juzgado de Menores de Rancagua, en sus fundamentos tercero y sexto afirma que tal usufructo lo adquirió la actora por tradición, pero sin hacer consideración de derecho alguna para así aseverarlo y conteniendo ello, además, una contradicción manifiesta, puesto que un modo originario de constituir el derecho de usufructo es la sentencia judicial que, según lo previsto en el artículo 11 de la ley N° 14.908, lo establece como pen-

DEL DERECHO DE USUFRUCTO

DERECHO REAL DE USUFRUCTO CONSTITUIDO POR SENTENCIA JUDICIAL. TÍTULO Y MODO

sión alimenticia y otro acto jurídico muy distinto es la tradición, que es un modo derivativo de adquirir tal derecho por acto entre vivos, mediante un título traslativo, conforme a lo prescrito en los artículos 670, 675, 766 N° 3 y 767 del *Código Civil*”.

En concordancia con ello en la sentencia de reemplazo, sentó que:

“El derecho de usufructo que detenta la actora sobre un bien raíz de propiedad de su cónyuge ha sido concedido como pensión alimenticia, por medio de una sentencia judicial, que ha venido a servir de título y modo de adquirir de tal derecho, el que no pierde por ello su carácter de pensión alimenticia”.

Esta sentencia fue dictada cuando el artículo correspondiente de la ley 14.908 (art. 11) simplemente decía en su inciso primero que:

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

y en el segundo que:

“En estos casos, el usufructuario, el usuario y el que goce de

derecho de habitación, estarán exentos de las obligaciones que para ellos establecen los artículos 775 y 813 del *Código Civil*, respectivamente, estando solo obligados a confeccionar un inventario simple”.

La ley 19.741, publicada en el *Diario Oficial* de 24 de julio de 2001 reemplazó el referido artículo 11, y su contenido lo situó en el actual artículo 9 de la ley 14.908, solucionando expresamente la cuestión de la adquisición del derecho real de usufructo por sentencia judicial, de acuerdo con la distinción entre título y modo de adquirir, y sometiéndola al principio general conforme al cual la inscripción del derecho real de usufructo constituye su tradición, fundada en su título, que es la sentencia judicial.

En efecto, el actual artículo 9 de la ley 14.908 expresamente declara en su inciso segundo que:

“El juez podrá también fijar o aprobar que la pensión alimenticia se impute total o parcialmente a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los registros correspondientes del Conservador de Bienes Raíces. Podrá requerir estas inscripciones el propio alimentario”.

Así, pues, se ha sentado legalmente que: “la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales”, en este caso el de usufructo de un bien raíz, que será adquirido, de acuerdo con la regla general, por la inscripción correspondiente, según el artículo 767 del *Código Civil*: “El usufructo que haya de recaer sobre inmueble por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito”, en plena armonía con el artículo 686 que, después de declarar que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectuará por la inscripción del título en el Registro Conservador, dispone que: “De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces”, cuyos fundamentos y sentido ya venían declarados en los párrafos XVIII, XXI y XLIII del *Mensaje* del propio *Código Civil*.

Esta situación, entonces, advendría asimilada al régimen fijado por el inciso tercero del artículo 671 del *Código Civil*, pues se estaría en presencia de una constitución “forzada” de un derecho real de usufructo, en la cual el alimentante, dueño de la cosa fructuaria, sería “el tradente” del derecho real de usufructo, y el juez su representante legal”, en concordancia con lo prescrito por el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

De esta suerte, la discutible doctrina que había sentado la Corte Suprema de identificar en la sentencia el título y el modo y de calificarla como un modo originario, ha sido legalmente desechada, adoptándose el criterio que había defendido el juez de la instancia de Rancagua en el breve consideran-

do tercero de su sentencia del 30 de septiembre de 1999: “Que con el título de la demandante y de los terceros, que no son partes en este juicio, más la inscripción en el registro de hipotecas respectivo, se ha producido la tradición del expresado derecho”.

DE LAS SERVIDUMBRES

ACCIÓN DE DEMARCACIÓN. FIJACIÓN DE DESLINDES Y ACCIÓN REIVINDICATORIA. (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, AP. CIV. 10 DE JUNIO DE 2003, ROL N° 511-00).

La Corte de Apelaciones de Valparaíso ha tocado en su sentencia de 10 de junio de 2003 dos cuestiones referidas a la acción que concede el artículo 842 del *Código Civil* a todo dueño de un predio, en cuanto le reconoce el derecho que tiene para “que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes”, con la posibilidad de “exigir a los respectivos dueños que concurren a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes”. Tales cuestiones son: a) las relativas a las condiciones para que ella pueda intentarse y b) sus relaciones con las acción reivindicatoria.

Condiciones exigidas para que proceda la acción del artículo 842

La Corte ha reiterado una opinión sentada desde antiguo por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, en cuanto ha declarado en su sentencia:

“Que para que el propietario interesado pueda ejercer la acción de demarcación, es necesario que el deslinde sea desconocido, por no existir muros, cercas, alambradas u otros signos respectivos que marquen dicho deslinde” (cons. 5º).

Esta opinión ha sido defendida tradicionalmente por la Corte Suprema (Corte Suprema, Cas. Civ. 9 de junio de 1945 cons. 5º en R.DJ. XLIII, 2ª parte,

sec. 1ª, p. 544; Corte Suprema, Queja, 24 de enero de 1990, cons. 2º, en R.DJ. LXXXVII, 2ª parte, sec. 1ª, p. 7). Esta exigencia se fundamenta en cuanto a que si existiera alguna demarcación o señalamiento de linderos la pretensión de la parte es otra: o la reivindicación de una porción que no posee (art. 899), o la reposición de mojones si ellos hubieran sido quitados (art. 843), o la construcción o reparación de cercas divisorias si ellas se hubieran arruinado (art. 846).

DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

Leonor Etcheberry Court
Profesora de derecho civil
Universidad Diego Portales

FILIACIÓN

DETERMINACIÓN DE FILIACIÓN (CORTE SUPREMA, 18 DE MARZO DE 2002, EN RDJ, TOMO. XCIX, 2002, P. 37).

La demandante entabla acción de determinación de filiación no matrimonial en contra de Ignacio A.A.D., pidiendo que se declare su calidad de padre de su hija, la cual fue acogida a tramitación por el Segundo Juzgado de Chillán y rechazó la excepción dilatoria del N° 6 del art. 303 del *Código de Procedimiento Civil*, opuesta por el demandado, fundada en que no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 196 del *Código Civil* por no presentarse con la demanda antecedentes suficientes que hicieran plausibles los hechos en que se funda.

Dichos antecedentes eran el certificado de nacimiento de la menor, la copia acompañada de la actuación judicial ante otro tribunal sobre citación a confesar paternidad, donde consta que el demandado negó la paternidad y una declaración jurada notarial de la propia demandante en orden a que el encausado es el padre de la menor. Apelada por éste, la Corte de Apelaciones de esa ciudad, el 30 de mayo de

2001, la revocó y en su lugar acogió la referida excepción, y no dio lugar a la tramitación de la demanda.

En contra de esta última sentencia interlocutoria, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado por considerarse que lo que se discutía era un hecho y no un derecho y, además, por encontrar que no existían antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda.

Uno de los principios fundamentales que inspiraron al legislador y que se expresan en el texto legal de la nueva ley de Filiación que forma parte de nuestro *Código Civil*, es el llamado Derecho a la Identidad, el cual comprende entre otros aspectos “el derecho que tiene todo individuo de conocer su origen biológico, lo cual se traduce en el derecho a acceder a una investigación judicial para saber quiénes son sus padres y, consiguientemente, a tener la relación padre, madre e hijo, que surge del nexo biológico” (VELOSO, Paulina y SCHMIDT Claudia, *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Santiago, Conosur, 2001, p. 64).

Este mismo derecho se encuentra recogido en la Convención de los Derechos del Niño, en sus artículos 7° y

8° y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 18°; ambos tratados suscritos por Chile y que, por ende, forman parte del acuerdo a nuestra Constitución del ordenamiento jurídico chileno, al cual deben recurrir los Tribunales de Justicia al momento de fallar.

Que si bien en su considerando tercero la Corte Suprema estimó que determinar si los antecedentes que se presentan son o no suficientes, es una cuestión de hecho y no de derecho, por lo cual no procedería pronunciarse por esa Corte por medio del recurso de casación en el fondo; igual se pronuncian sobre la correcta aplicación del artículo 196 del *Código Civil*.

La Corte estimó que los antecedentes acompañados por la demandante en este caso, eran insuficientes para cumplir con lo exigido en el artículo 196. Creemos que la Corte ha establecido correctamente que son antecedentes de hecho los que debe estimar el juez si configuran los antecedentes plausibles del artículo 196 del *Código Civil*, debido a lo cual no procedería el recurso de casación en la fondo; pero respecto a lo señalado sobre qué debe entenderse por antecedentes plausibles es a lo que se referirá el presente comentario.

La norma del artículo 196, tuvo su origen para contrarrestar el uso abusivo de la libre investigación de la paternidad y maternidad, o lo que pudieran llamarse las demandas temerarias; pero en ningún caso se pensó en que dicho artículo sirviera para introducir un elemento discriminatorio, que sería una discriminación en contra del hijo, al no darle tramitación a la demanda, no por

sus propias acciones, sino por las de su madre. Muchas veces los hijos no son producto de convivencias duraderas y en cierta oportunidad bastará un solo encuentro sexual para poder procrear, del cual, por cierto, no queda ninguna constancia escrita ni de testigos; por lo cual lo fundamental en el análisis del artículo 196 es determinar si la demanda es seria, ya que la admisibilidad o no de ella se producirá en la etapa de la sentencia y no antes.

La demandante funda su petición en haber mantenido un relación afectiva con el demandado durante dos años e, incluso, segura de la paternidad, lo citó a confesar su paternidad, la cual, si bien él negó, al amparo de la legislación anterior esta situación era bastante recurrente, pensamos que debe considerarse como un antecedente en apoyo de su demanda.

El artículo 196 del *Código Civil* fue tomado del *Código* español, el cual era bastante más estricto en su redacción al solicitar “un principio de prueba de los hechos en que se funda”, siendo desechado por nuestros legisladores para que la parte que indagara la paternidad no se viera obligada a tener que acompañar una prueba por escrito. Sin embargo, la interpretación de los tribunales españoles ha sido bastante amplia, justamente para evitar que sea una traba al futuro establecimiento de la paternidad o maternidad. Así, se ha fallado en forma reiterada que “debe considerarse suficiente la alegación en el escrito inicial de pruebas que pueden ser corroboradas en la fase probatoria” (sentencias del 12 de noviembre de 1987 y 3 de junio de 1988, O’CALLA-

GHAN MUÑOZ, Xavier, *Investigación de la paternidad, acciones de filiación*, Madrid, Editorial Actualidad 1993, pp. 23 y 24). La sentencia del 3 de diciembre de 1991 es más explícita al señalar que

“de aquí se sigue que el requisito procesal constituye un complemento tendiente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una prohibición o un obstáculo a la investigación”.

Entender lo que se quiso señalar con “antecedentes suficientes que hagan plausible la demanda” es el centro del problema; la sentencia en su considerando cuarto recurre al *Diccionario de la Real Academia* para definir la palabra ‘antecedente’ como “la acción, dicho o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores” y la palabra ‘plausible’ como “atendible, admisible, recomendable”.

Por lo cual fundado en lo anterior es necesario concluir que

el juez debería dar curso a la demanda, en todo caso, si del examen del escrito inicial concluye que si los hechos relatados en la demanda se prueban en el juicio, la actora puede obtener sentencia favorable”

(VELOSO, Paulina y SCHMIDT, Claudia, *op. cit.*, p. 153); lo que no hace la Corte, pero sí hace el juez del Segundo Juzgado de Chillán. Habría que preguntarse si no bastaría para darle tramitación el convencimiento inicial de ese juez.

Debemos hacer hincapié en que la admisión de la demanda se produce propiamente en la sentencia, en esta etapa procesal sólo se verifica la seriedad de la misma, si ésta es razonable; lo cual en el caso de autos al hablar de una convivencia de más de dos años, es más que probable que durante todo ese tiempo se haya podido producir la concepción de un hijo.

Es necesario recordar que no es necesario acompañar pruebas, las que deben rendirse en el período probatorio, donde ambas partes podrán acreditar sus dichos en igualdad de condiciones.

Si se interpreta el art. 196 como lo ha hecho la Corte en esta sentencia, el principio de la libre investigación y el derecho a la identidad serán utópicos, los legisladores tal como ya lo han manifestado querrán derogar dicho precepto, porque no sirve para los fines para los cuales fue creado, sino, más bien, se está convirtiendo en un obstáculo a la libre investigación y se está empezando a exigir lo que justamente hacía la legislación anterior, alguna prueba en que apoye su demanda.

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN (CORTE DE APELACIONES DE TALCA, 27 DE MAYO DE 2003, ROL 61.684-02)

La demandante entabla acción de reconocimiento de estado civil de hijo no matrimonial en contra de C.J.A., para que se declare su calidad de padre no matrimonial de la menor C.S.J.V., la cual fue acogida a tramitación por el Juzgado Civil de San Javier, fundada en las relaciones afectivas que mantu-

vo con el demandado hace dieciséis años.

El demandado solicita que se rechace la demanda argumentando que sólo conoce a la demandada por vivir en un pueblo pequeño, pero que jamás ha mantenido relaciones con ella, y menos ha tenido una hija fruto de esas supuestas relaciones.

Como medios de prueba la demandante acompaña fotografías de la pareja, declaraciones de testigos, rinde prueba confesional y solicita se practique al demandado la prueba de ADN. El demandado se niega a someterse al examen solicitado, pues nunca ha tenido relaciones sexuales con la demandante; por lo cual a solicitud de la demandante se da por configurada la presunción grave en contra del demandado, prevista en el artículo 199 inciso 2° del *Código Civil*.

El juez de primera instancia rechaza la demanda de autos argumentando que la prueba rendida, apreciada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no dan por acreditadas las afirmaciones señaladas; y respecto a la presunción del artículo 199 inciso 2°, señala que tanto la notificación para el retiro del oficio conductor como el retiro mismo, no fueron efectuadas en forma personal al y por el demandado, lo que a su juicio impide que se constituya en plena prueba, ya que no tiene los caracteres de gravedad y precisión suficientes.

La sentencia es apelada ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, la cual, con fecha 27 de mayo de 2003, acoge la demanda de la actora, declarando que las pruebas acom-

pañadas, esto es, las fotografías, cartas, declaraciones de testigos, constituyen presunciones judiciales graves, precisas y concordantes en los términos del artículo 1.712 del *Código Civil*, y que permiten tener por establecida la paternidad no matrimonial demandada, razonamiento acorde con la presunción legal del artículo 199 inciso 2°, que apreciada de acuerdo con el artículo 426 del *Código de Procedimiento Civil*, hacen plena prueba del mismo hecho.

El demandado recurre de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema, recursos que son declarados inadmisibles.

El artículo 198 del *Código Civil* establece que "...la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas..." lo que es acorde al principio de la libre investigación de la paternidad establecido en nuestro *Código Civil*. La interpretación correcta de este precepto es que el legislador quiso referirse a todas aquellas pruebas que no están expresamente contempladas en los artículos 1.698 del *Código Civil* y 341 del *C.P.C.*, lo cual hizo que fuera posible la admisión de una serie de pruebas que con anterioridad no se encontraban reconocidas por nuestra legislación.

El artículo 199 se refiere específicamente a la posibilidad de admitir las pruebas biológicas en general, dentro de las cuales hoy día la más certera es el examen de ADN, utilizado para estudios de paternidad desde el año 1985. De acuerdo con un informe elaborado por el Servicio Médico Legal, se establecen los índices de inclusión de paternidad, considerando desde un 80%

a un 89,9% de coincidencia, como una indicación positiva de paternidad, hasta llegar a un índice de 99,73% o más, lo que se consideraría una paternidad prácticamente probada (informe elaborado por Hugo Jorquera González, jefe de Unidad Biológica Molecular del Instituto Médico Legal (año 1999), publicado en el manual *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585, Santiago, SERNAM, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999*). Por lo que la prueba señalada podría bastar para establecer una filiación determinada, aunque la parte demandante no acompañara ninguna otra prueba de sus dichos.

Las pruebas biológicas tal como lo indica el mencionado artículo, son pruebas de carácter pericial, en todo aquello que no se encuentre reglamentada, deben aplicárseles las normas de los peritos; y respecto a su apreciación se utilizarán las reglas de la sana crítica.

Al ser éste un examen físico (no necesariamente se requiere una muestra de sangre, bastaría la saliva o un pelo de una persona para hacerlo), el legislador tuvo que reglamentar el hecho de que la persona se negara a someterse a ella; para lo cual se estableció en el inciso segundo del artículo 199, una presunción grave en su contra, dicha presunción es legal, por lo cual no precisa que sean graves, precisas y concordantes (como lo requieren las presunciones judiciales), al juez sólo le cabe decidir si le otorga o no el mérito de plena prueba.

El padre podría negarse justificadamente a someterse a dichas pruebas,

lo cual deberá probar en el proceso; pero en el caso de autos el demandado sólo señala que como él no ha mantenido relaciones ni afectivas ni sexuales con la demandante, no se practicará examen alguno; dicha negativa no tiene ninguna base de justificación, debido a lo anterior el juez de primera instancia debió necesariamente haberle dado el carácter de grave a esta presunción, pues la ley así se lo indica; pero, aún más, el juez se escuda en algo meramente formal, cual es, que tanto la notificación para el retiro del oficio como el retiro mismo fueron hechos al y por el apoderado del demandado y no en forma personal, el juez no señala de donde se deduce que dichas notificaciones deben hacerse en forma personal, no se estableció que el demandado, por estas circunstancias, no se hubiera enterado de su obligación de practicarse el mencionado examen; es más, el demandado ya había manifestado su rechazo a hacérselo, por lo cual al señalar la juez que, debido a lo anterior, y aplicando las reglas de la sana crítica, la presunción no tiene el carácter de grave, contraviene directamente lo establecido en el artículo 199 inciso 2°.

Creemos, además, que el juez no aplica de manera correcta las reglas de la sana crítica, pues en ese sistema, “el juez tiene amplia facultades para apreciar la prueba, pero imponiéndole los deberes de establecer los hechos mediante un razonamiento lógico en base a las pruebas rendidas, y exponer en la sentencia ese proceso de razón con el cual llegó a la convicción de que tales son los hechos que establece” (PEÑAILI-

LLO, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general*, Santiago, Jurídica, 1993), todo su razonamiento en este punto se refiere a un problema formal, y no a entender que quienes en general se oponen a someterse a esta prueba, lo hacen por que saben o tienen una gran posibilidad de ser efectivamente los padres de los menores que demandan la filiación.

Dicho error es reparado por la Corte de Apelaciones de Talca, quien en el número primero a continuación del argumento séptimo, establece que la presunción legal del inciso segundo del artículo 199, apreciada conforme a lo establecido en el artículo 426 del *Código de Procedimiento Civil*, hace plena prueba del hecho de la paternidad del demandado. La Corte, además, estima que el

conjunto de las restantes pruebas acompañadas, constituyen presunciones judiciales graves, precisas y concordantes para dar por acreditada la paternidad.

Queremos destacar lo importante de este considerando, porque da luces sobre la correcta interpretación del inciso segundo; pero, asimismo, se debe tener presente que la jurisprudencia extranjera, en especial Argentina y España, quienes no tienen una norma como el artículo 199 inciso 2°, han llegado a la misma conclusión y sus tribunales son casi unánimes en acreditar la paternidad respecto de quien se ha negado a someterse a las pruebas biológicas, por lo cual nuestros jueces, con mayor razón, amparados en el mencionado artículo deberían seguir la interpretación de la Corte de Talca.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

Rafael Mery Nieto

Profesor de economía

Universidad Diego Portales

LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS RADIALES EN CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO COMO LÍMITE A LA COMPETENCIA. (COMISIÓN RESOLUTIVA, RESOLUCIÓN N° 681 DE 12 DE MARZO DE 2003, CORTE SUPREMA, 19 DE AGOSTO DE 2003, ROL N° 1197-2003).

Hacia fines del año 2000 Cencosud S.A. iniciaba las obras de un nuevo centro comercial (Florida Center) en la comuna de La Florida, ubicado a tan sólo novecientos metros del centro comercial Plaza Vespucio, de propiedad de Administradora Plaza Vespucio S.A.; lo que llevó a estos últimos a lanzar una fuerte campaña de comercialización, incorporando importantes innovaciones como áreas de esparcimiento, centros culturales y educacionales.

Sin embargo, no fue esta fuerte contraofensiva iniciada por Plaza Vespucio lo que alertó a su nuevo competidor Florida Center, sino que la existencia de “cláusulas radiales” en los contratos de arrendamiento entre Administradora Plaza Vespucio S.A. y sus arrendatarios, mediante las cuales les impedía establecerse con otro local comercial dentro de un radio de cinco kilómetros.

Con fecha 5 de diciembre de 2002 el Fiscal Nacional Económico presentó

un requerimiento ante la comisión resolutive en contra de la sociedad administradora Plaza Vespucio S.A., por ciertas conductas contrarias al decreto ley N° 211, como son: la asignación de zonas de mercado, abusos de posición dominante, establecimiento de barreras artificiales de entrada, entorpecimiento a la libertad de trabajo y otros arbitrios.

En efecto, la Fiscalía sostuvo que el establecimiento de una cláusula radial en el contrato de arrendamiento entre la requerida y sus locatarios, producto del abuso de su posición dominante y en virtud de la cual se prohíbe a los locatarios

“participar directa e indirectamente, en propiedad, arriendo, gestión o toma de interés, en uno o más establecimientos o locales comerciales o módulos de venta o tiendas de otro centro comercial que esté situado dentro de un radio de 5 kilómetros alrededor del Centro Comercial Plaza Vespucio, destinados al mismo giro y con las mismas marcas comerciales y/o nombres de fantasía del que explotan en Plaza Vespucio”,

estaría asignando una zona de mercado exclusiva para Plaza Vespucio mediante la determinación arbitraria de una específica área territorial, lo que importaría monopolizar la actividad comercial, evitar la competencia y establecer barreras artificiales de entrada al mercado, además de entorpecer el legítimo acceso al trabajo o al desarrollo de una actividad económica.

A su turno, la sociedad administradora Plaza Vespucio S.A., contestando el requerimiento de la Fiscalía, sostuvo que no fue la intención de su actuar el impedir ilegalmente la entrada de Florida Center, toda vez que la cláusula radial estuvo incorporada a los contratos de arrendamiento desde siempre y que ésta fue producto de una libre negociación entre las partes contratantes. Asimismo, Administradora Plaza Vespucio S.A., sostuvo que los arrendatarios se encuentran sujetos a la obligación de incrementar sus ventas con la finalidad de cumplir con sus deberes de colaboración empresarial, los que son propios de su integración al centro comercial, y sujetos también a la prohibición de efectuarle competencia desleal; desviando clientela hacia establecimientos que se ubiquen dentro del radio de atracción relevante. Así entonces, y en atención a estas obligaciones a las que estarían sujetos los arrendatarios, se justificaría la incorporación de las cláusulas radiales en los contratos de arrendamiento, lo que en ningún caso –en opinión de la administradora Plaza Vespucio S.A.– infringiría las normas sobre libre competencia.

En su resolución N° 681 de 12 de marzo de 2003, la comisión resolutive estableció la existencia de cláusulas en

los contratos de arrendamiento de los locales comerciales del centro comercial Plaza Vespucio que “demuestran la colaboración empresarial y comunidad de intereses existentes entre el arrendador y los arrendatarios” (COMISIÓN RESOLUTIVA, resolución 681 de 12 de marzo de 2003, considerando quinto), entre las que se encuentra la objetada cláusula radial y cuya justificación radicaría en evitar la autocompetencia de los arrendatarios con su local del centro comercial, en el marco de la aplicación del principio del cumplimiento de buena fe de los contratos y la obligación del arrendatario de maximizar sus ventas.

Con todo, la comisión resolutive estimó que lo problemático de las cláusulas radiales frente a las normas de libre competencia radicaba en los efectos del incumplimiento de las referidas cláusulas, constituyendo –en los hechos– “una barrera artificial de salida respecto del locatario que desea desarrollar su negocio en otro centro comercial, dentro del radio de exclusividad” (COMISIÓN RESOLUTIVA, resolución 681 de 12 de marzo de 2003, considerando sexto), toda vez que en caso de incumplimiento, la arrendadora tenía derecho a demandar el término anticipado del contrato, exigir el pago de una multa compensatoria o ambos; o demandar el cumplimiento forzado de la obligación más el pago de una multa moratoria por cada día de atraso.

En opinión de la comisión resolutive, las referidas cláusulas penales por el incumplimiento de las obligaciones

“limitan la capacidad de un competidor de Plaza Vespucio de

ofrecer sus servicios y el arriendo de sus locales a empresas que deseen instalarse con otra sucursal o local en un centro comercial distinto a Plaza Vespucio, dentro del radio de exclusividad pactado”

(Comisión resolutive, resolución 681 de 12 de marzo de 2003, considerando octavo).

En atención a ello, la comisión resolutive estimó procedente dejar sin efecto, en lo referente a las cláusulas penales por incumplimiento, las cláusulas incorporadas a los contratos que el *mall* Plaza Vespucio mantenía con sus locatarios, acogiendo en forma parcial el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y rechazándolo en lo demás.

Sin embargo, el voto disidente de los señores Sergio Espejo Yaksic y Patricia Rojas Ramos era partidario de dejar sin efecto íntegramente las denominadas cláusulas radiales; toda vez que éstas no permiten que el entrante pueda competir con argumentos económicos en el concurso de los locatarios, atentan contra el bien común de la existencia de competencia en un determinado mercado y constituyen barreras artificiales que impiden la competencia entre los distintos agentes involucrados en el negocio.

Con fecha 12 de marzo de 2003, el Fiscal Nacional Económico interpuso un recurso especial de reclamación contra la resolución N° 681 de la comisión resolutive, solicitando a dicha comisión que disponga

“dejar sin efecto todas las cláusulas pactadas por la requerida Administradora Plaza Vespucio S.A. con sus arrendatarios, mediante las cuales les impida establecerse con otro local comercial dentro de un radio geográfico determinado o les fije restricciones de cualquier naturaleza que los imposibilite para establecerse en otro centro comercial cualquiera él sea; lo anterior, sin perjuicio de imponer la Comisión a la requerida las demás sanciones que estime procedentes”.

Interpuesto el referido recurso, la Fiscalía de la Corte Suprema informó con fecha 21 de abril de 2003, estimando que la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica era y debía declararse inadmisibile.

Asimismo, la administradora Plaza Vespucio S.A. solicitó la inadmisibilidad del recurso de reclamación deducido por el Fiscal Nacional Económico, ante lo cual la Corte Suprema devolvió los autos a la fiscal, quien en su informe de fecha 12 de junio de 2003 estimo que era pertinente acoger la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica, ya que la conducta desarrollada por la administradora Plaza Vespucio S.A. constituye una infracción a las normas sobre la libre competencia, conducta sancionada por los artículo 1° y 2° letra c), e) y f) del decreto ley N° 211, conducta que se encuentra gravada por la circunstancia que ella afecta también a los consumidores, respecto de artículos esenciales como son los artículos de vestuario que se comercializan en estos *malls* o cen-

tros comerciales (FISCALÍA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, informe N° 273, exp. 1197-03 de 12 de junio de 2003, p. 19).

Por último, conociendo del referido recurso de reclamación, la Corte Suprema en sentencia de 19 de agosto de 2003, estimó que la actuación de la requerida, la administradora Plaza Vespucio S.A., “constituye una conducta que atenta contra la libre competencia”, toda vez que

“impide que los actuales locatarios de Plaza Vespucio puedan, paralelamente, mantener locales en lugares aledaños a aquellos en los que actualmente funcionan, lo que impide que puedan ampliar su campo operativo, lo que en forma evidente coarta de manera significativa su posibilidad de extender sus actividades económicas a otros centros comerciales o incluso a otros barrios determinados”,

constituyendo la cláusula radial “un atentado para otros centros comerciales instalados o que se puedan instalar en el sector circundante a la Administradora cuestionada”, impidiendo

“que estos puedan contar con tiendas que expandan determinados productos que puedan resultar atractivos para su clientela, respecto de los cuales los consumidores, para poder adquirirlos, deberán concurrir necesariamente a los locales que mantiene la recurrida. Deberán hacerlo, no porque deban acudir a

consideraciones económicas que puedan ser aceptables e inscribirse en el marco de una sana competencia –como, por ejemplo, diferencias de precios–, sino sencillamente por la inexistencia de lugares en que los expendan, debido a la presencia de tal cláusula”

(Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de agosto de 2003, rol N° 1197-2003, considerando sexto).

En definitiva, la Corte Suprema estimó que el establecimiento de la cláusula radial en los contratos de arrendamiento celebrados entre Administradora Plaza Vespucio S.A. y sus locatarios era abiertamente contraria a la ley y merecedora del calificativo de violatoria de las normas de la libre competencia por infringir los artículos 1° y 2° letras c), e) y f) del decreto ley N° 211, por lo que acogió el recurso de reclamación interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la resolución N° 682 de la comisión resolutoria, y ordenó dejar

“sin efecto todas las cláusulas pactadas por la administradora Plaza Vespucio S.A. con sus arrendatarios, mediante las cuales les impida establecerse con otro local comercial dentro de un determinado radio geográfico, o les fije restricciones cuya naturaleza los imposibilite para instalarse en otro centro comercial o lugar, cualquiera que él sea”,

además de sancionar a la sociedad recurrida con una multa de cien unidades tributarias mensuales.

Así entonces, en una sentencia acertada –desde nuestro punto de vista– la Corte Suprema acogió la tesis de la Fiscalía Nacional Económica en cuanto a que la incorporación de cláusulas radiales en los contratos de arrendamiento celebrados entre Plaza Vespucio con sus locatarios, limita la competencia al impedir la instalación de otros locales por los mismos arrendatarios en centros comerciales aledaños, dentro de un radio geográfico de cinco kilómetros.

En efecto, la incorporación de estas cláusulas radiales importa una conducta atentatoria a la libre competencia en los términos del artículo 1º del decreto ley N° 211; pero lo relevante, dado el diseño normativo actual del derecho de libre competencia chileno, es constatar la interpretación que, tanto el órgano jurisdiccional especial como la Corte Suprema de Justicia, hicieron de los hechos materia del proceso *en comento*.

Los hechos expuestos anteriormente dan cuenta de la acción de un único centro comercial existente en la zona que con el objeto de favorecer sus intereses, estipuló en los contratos de arrendamiento con sus locatarios una prohibición de establecerse con otro local comercial dentro de un radio de cinco kilómetros.

Este acto, que bien puede interpretarse como una manifestación de la autonomía de la voluntad consagrada en los artículos 1.545 y 1.560 del *Código Civil* chileno, contraviene las normas sobre libre competencia; por cuanto li-

mita la capacidad de un competidor de ofrecer sus servicios y el arriendo de sus locales a empresas que deseen instalarse con otra sucursal en un lugar distinto al centro comercial, dentro del radio de exclusividad pactado. Pues bien, al contravenir las normas sobre libre competencia, nada más cabe concluir que estamos ante una situación de objeto ilícito en los términos establecidos por el artículo 1.462 del *Código Civil*, lo que permite a la Corte Suprema arribar a la correcta decisión de dejar sin efecto la referida cláusula.

Pues bien, la pregunta que corresponde hacerse entonces es determinar, ¿por qué el establecimiento de la cláusula radial en los contratos de arrendamiento entre la administradora Plaza Vespucio S.A. y sus locatarios constituyen una conducta contraria a las normas sobre la libre competencia?

La incorporación de estas cláusulas radiales importaría una suerte de barrera de entrada para el nuevo competidor excluido por la existencia de estas cláusulas, lo que indirectamente aumenta el poder de mercado de Plaza Vespucio al ser el único participante del mercado.

En términos económicos, una barrera de entrada

“es una condición que vuelve a los costos de largo plazo de un nuevo participante a un mercado, mayores que los costos de largo plazo de las empresas existentes en el mercado”

(POSNER, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2003, p. 73), en otras

palabras, una barrera de entrada se traduce en grandes costos iniciales para el nuevo participante. En el fondo, cualquier barrera de entrada, lo que hace es que el potencial competidor tenga que realizar esfuerzos (en inversiones) para entrar al sector. Cuantos mayores sean los costos por asumir, mayores serán las barreras de ingreso para estos competidores.

Abrir un centro comercial en el radio urbano de mayor afluencia de público de la ciudad de Santiago sin la posibilidad de contar con un número importante de empresas de vestuario y rubros afines, se traduciría en grandes esfuerzos de inversión, principalmente en publicidad, y costos iniciales que imposibilitan la competencia leal y sana en términos económico que tantos beneficios reporta a los consumidores.

El establecimiento de cláusulas radiales por parte de Plaza Vespucio responde a una política de exclusión que busca abusar del poder de mercado que tenía dicho centro comercial, con el objetivo de mantener o incrementar su dominio. En definitiva, a Plaza Vespucio no le bastó con lanzar una fuerte campaña publicitaria con la finalidad de fortalecer su marca frente a la amenaza de un competidor, cuestión absolutamente razonable y justificable; sino que incorporó cláusulas contractuales en los contratos de arrendamiento con sus locatarios que, sea como se las presente, constituyen una barrera artificial que impide la libre competencia del nuevo competidor.

Cabe destacar, entonces, lo acertado de la decisión de la Corte Suprema en cuanto a dejar sin efecto las referidas

cláusulas radiales, confirmando una tendencia jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales de libre competencia chileno, así como también el desarrollo en otros países con bastante mayor tradición en esta materia. La decisión de la Corte Suprema, a fin de cuentas, entrega una certeza jurídica a los actores y agentes del mercado, además de promover y proteger la competencia a favor de nuevas empresas entrantes, todo lo cual termina beneficiando a los consumidores finales.

La certeza que entregan las decisiones judiciales en materia de libre competencia debiera traducirse en mayores incentivos para que las empresas actúen competitivamente y no abusen de su poder monopólico. En efecto, la incertidumbre respecto a las decisiones judiciales y a la interpretación que darán los órganos jurisdiccionales en esta materia puede traducirse en mayores abusos de la posición dominante de una empresa. La existencia de reglas claras es un requisito fundamental del sistema mercado competitivo que termina, a fin de cuentas, beneficiando a los consumidores. Mayor competencia se debiera traducir en mayores beneficios para los consumidores. Sin embargo, lo anterior no significa que deba sancionarse la sola existencia de una empresa que ocupe una posición dominante o monopólica al interior de un mercado; sino que lo que debe sancionarse y repudiarse –como en el caso *en comento*– son los actos, convenciones o prácticas que atentan con algún principio del ordenamiento jurídico como consecuencia del abuso de su posición de dominio. El hecho que una empresa tenga poder monopólico

es condición necesaria, pero no suficiente para concluir que sus actos o prácticas comerciales deban sancionarse por violar las normas de libre competencia (*vide* BARANDIARÁN, E., “Garantías cons-

titucionales y defensa de la competencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 497-506).

Resúmenes de Jurisprudencia

CASACIÓN: FALTA DE CONSIDERACIONES DE HECHO QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO AL FALLO

Habiendo sido acreditado por la parte demandante que: con el afán de ayudar al demandado, canceló deudas de este último por una cifra cercana a los diecinueve millones, el tribunal de primera instancia accedió a la pretensión principal. Sin embargo, la sentencia fue revocada por el tribunal de alzada, pues para decidir el asunto era necesario determinar a qué título se pagaron las deudas del demandado, a título personal o en calidad de representante de la sucesión del padre y cónyuge de los actores, respectivamente. La Corte Suprema acoge el recurso de casación en la forma, pues considera

“que el fallo en que revisa, no hizo consideración alguna respecto de las [sic] diferentes efectos que se producirían si el pago hubiese sido hecho en forma personal, o realizado por la sucesión de don..., circunscribiéndose sólo a concluir que no estaba acreditado que el pago se haya efectuado por la sucesión. De

este modo y al haberse omitido toda reflexión acerca de lo señalado se cometió el vicio previsto en el N° 5 del artículo 768 del *Código de Procedimiento Civil* en relación con el artículo 170 N° 4 del mismo cuerpo legal, esto es las consideraciones de hecho que sirven de fundamento al fallo”.

CORTE SUPREMA, 23 DE OCTUBRE DE 2003, ROL 1931-02.

PALABRAS CLAVE: CASACIÓN EN LA FORMA, CONSIDERACIONES DE HECHO, artículo 768 N° 5 del *Código de Procedimiento Civil*.

PRUEBA: INSTRUMENTOS PRIVADOS
LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS CORRESPONDE TENERLOS POR ACOMPAÑADOS BAJO APERCIBIMIENTO DEL ARTÍCULO 346 N° 3 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

La Corte Suprema recuerda en esta sentencia una cuestión básica en materia procesal. Se refiere a cómo deben acompañarse los documentos privados al proceso. Es obligación del tribunal, sin perjuicio que las partes lo soliciten en la

forma debida, tener por acompañados a los autos los documentos que se les presenten de la manera que ordena la ley. En el caso de autos, el instrumento en que el actor funda su demanda fue acompañado sin apercibimiento alguno. El documento referido es privado y debió tenerse por acompañado en la forma prevista en el artículo 346 N° 3 del *Código de Procedimiento Civil*, esto es, bajo apercibimiento de tenerse por reconocido si la parte contraria nada expone dentro del plazo de seis días.

CORTE SUPREMA, 7 DE OCTUBRE DE 2003, ROL 4273-02.

PALABRAS CLAVE: CASACIÓN EN LA FORMA, INSTRUMENTOS PRIVADOS, FORMA EN QUE DEBEN ACOMPAÑARSE.

PRUEBA: INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La Corte de Concepción continúa entregando sentencias que ya adquieren rasgos de jurisprudencia en el ámbito de la responsabilidad civil. En este fallo destacamos las reflexiones acerca de la carga de la prueba. Bien sabemos que la responsabilidad por el hecho propio extracontractual no altera la regla general del *onus probandi* prevista en el artículo 1.698 del *Código Civil*. En efecto, corresponde a la víctima acreditar la culpa del agente causante del daño. La Corte señala que:

“como puede apreciarse, todas las condiciones o circunstancias sólo pueden ser evitadas por el operador. Así producida una infección lo normal es que sea con-

secuencia de una falla de éste. Es decir, no se trata de un caso fortuito, pues la infección es previsible y evitable. De esta manera, correspondía a la demandada probar que el absceso fue causado por negligencia de la actora y como no se rindió prueba al respecto, cabe concluir que el resultado producido se debe a falta de cuidado del encargado por quien responde la demandada”.

Aunque se señala en el considerando siguiente que existió negligencia del médico al no percibir los síntomas con el consiguiente diagnóstico errado, nos interesa detenernos en la alteración de la carga de la prueba.

Para la Corte de Concepción corresponde al agente del daño demandado probar la ausencia de culpa o la concurrencia de una causa extraña. El fallo descarta la infección de la paciente como una hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito, ya que no reuniría las condiciones de previsibilidad e irresistibilidad. Sin embargo, si bien las infecciones intrahospitalarias (nosocomiales) son previsible en tasas variables, no son, por el contrario, evitables. Pero acto seguido atribuye la infección, según la normalidad, a una “falla” del operador. Es decir, la infección debe explicarse causalmente a través de una culpa virtual del operador, ya que éste podía evitarla. Ni siquiera los hospitales más modernos del mundo presentan tasas de infecciones cero. De ahí que la infección nosocomial se considere una especie de alea terapéutico o accidente médico. No existe culpa, no

concorre negligencia, sólo que por diversas causas, algunas difusas, en los centros hospitalarios se producen infecciones previsibles, mas no resistibles.

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación al estimar que

“no se aprecia la inversión de la carga de la prueba denunciada por el recurrente, desde que correspondía a la demandada acreditar que el absceso sufrido por la actora se debió a su propia conducta culpable o negligente y no al accionar del dependiente del Servicio demandado”.

Esto es correcto, pues el hecho de la víctima constituye una causal de exoneración, cuya prueba recae en quien la alega. Pero la inversión de la carga de la prueba realizada por la Corte de Concepción estriba en presumir la culpa del operador anónimo. En efecto, una cuestión es el hecho de la víctima y otra distinta la culpa del operador o funcionario. Salvo que se estimara existente una relación contractual entre la paciente y el servicio de salud, en cuyo caso cabría aplicar la presunción dispuesta en el artículo 1547 inciso 3º del *Código Civil*, la prueba de la culpa en el ámbito extracontractual recae en la víctima. Del ojo derecho

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 27 DE ENERO DE 2003, ROL 1175-2003. CORTE SUPREMA, 11 DE AGOSTO DE 2003, ROL 1175-2003.

PALABRAS CLAVE: RESPONSABILIDAD MÉDICA, RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, RESPONSABILIDAD OBJETIVA, CULPA, NEGLIGENCIA, CARGA DE LA PRUEBA.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR EL HECHO DEL DEPENDIENTE

Al incoarse una demanda de indemnización de perjuicios por los pasajeros de un helicóptero Sikorsky en contra del dueño del vehículo de la empresa comodataria y de la compañía minera La Disputada de Las Condes S.A., por los daños causados luego de haberse estrellado su aspa principal contra un cable de energía eléctrica de propiedad de dicha compañía minera, que no había sido debidamente señalado, a lo cual se sumó una mala maniobra del piloto; la Corte de Apelaciones revoca la sentencia de primera instancia y acoge la demanda de indemnización de perjuicios en contra de la compañía minera, teniendo en cuenta que es la propietaria de los cables de guardia y líneas de alta tensión en que se impactó el helicóptero, los cuales transmiten energía eléctrica entre estaciones de esa empresa. Los cables no estaban señalizados con balizas o de otra forma, lo que no los hacía visibles o perceptibles a simple vista. Además, sabía que el terraplén próximo a esos cables era usado por sus contratistas como helipuerto. La misma compañía señaló a su contratista la posibilidad de usar el terraplén como helipuerto, el cual lo comunicó al piloto, quien no advirtió la presencia de los referidos cables contra los que se impactó, cayendo a tierra y provocando grave perjuicio a los pasajeros y la muerte de dos de ellos. Para la Corte de Apelaciones existe un vínculo causal entre

la conducta negligente que se reprocha a la compañía minera y los daños recibidos por los actores, por lo que acoge la demanda indemnizatoria.

El recurso de casación formal por ultrapetita es desestimado por la Corte Suprema al estimar que no existe una variación de la causa de pedir. No se altera la fundamentación jurídica de la acción: artículos 2.284 y 2.314 y siguientes del *Código Civil*; como tampoco su fundamento fáctico, esto es, la caída a tierra del helicóptero que transportaba a los pasajeros demandantes a consecuencia de haberse estrellado con un cable no balizado de propiedad de la compañía minera. Aunque el máximo tribunal estima improcedente la nulidad formal, se acoge de manera tácita la teoría de la individualización, la cual entiende la causa de pedir formada tanto por el elemento fáctico, a saber, los hechos en que se funda la acción, cuanto por el elemento normativo, es decir, las reglas en que aquéllos pueden subsumirse. Por el contrario, no se entiende la causa de pedir según la teoría de la sustanciación, para la cual la causa de pedir está conformada exclusivamente por el elemento fáctico, siendo el tribunal el encargado de calificar jurídicamente los hechos, dando lugar al aforismo *iura novit curia*.

Entre otros vicios de casación en el fondo, la demandada compañía minera denuncia la errónea y falsa aplicación de los artículos 2.314, 2.320, 2.322 y 2.329 del *Código Civil*, pues el recurrente estima que dichas normas hacen recaer la responsabilidad sobre el empresario cuando este incurre en culpa al elegir, vigilar, dirigir o controlar al em-

pleado que directa o indirectamente ha provocado un daño a terceros. Para la recurrente no se establece el necesario vínculo de subordinación entre los agentes que supuestamente actuaron en forma culposa y la hipotética culpa de estos últimos. Sin embargo, la Corte Suprema, reiterando una jurisprudencia bien asentada, señala que

“el recurrente para liberarse de la obligación de indemnizar perjuicios que la sentencia le impone, intenta modificar los hechos que fueron asentados por los jueces en virtud de sus facultades privativas de ponderar el mérito probatorio de los diversos medios de convicción de autos. Es sabido que esos hechos son inamovibles para este Tribunal de Casación”.

CORTE SUPREMA, 5 DE AGOSTO DE 2003, ROL 2578-02.

PALABRAS CLAVE: CASACIÓN EN LA FORMA, ULTRAPETITA, CAUSA DE PEDIR, CULPA INFRACCIONAL, RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR EL HECHO DEL DEPENDIENTE, VÍNCULO DE SUBORDINACIÓN.

RESPONSABILIDAD CIVIL: LAS VÍCTIMAS POR REBOTE POR ACCIDENTE LABORAL NO PUEDEN DEMANDAR LA REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS ANTE EL TRIBUNAL DEL TRABAJO

La acción deducida tendiente a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del trabajador fallecido, a título personal, por el padre de ese tra-

bajador, no es de la competencia de los juzgados laborales, de manera que procede acoger la excepción dilatoria contemplada en el artículo 303 N° 1 del *Código de Procedimiento Civil*. Cabe indicar, además, que, si bien el actor argumenta en su libelo que la responsabilidad que persigue deriva del incumplimiento por parte del empleador de su hijo fallecido del deber de seguridad establecido en el artículo 184 del *Código del Trabajo*; tal mención resulta insuficiente para hacer competente al juzgado del trabajo, ya que ningún nexo de naturaleza laboral lo unió al demandado y no actúa tampoco como sucesor del afectado y porque en el derecho propio que invoca, ningún efecto deriva del contrato que haya podido existir entre la víctima y el empleador.

De manera correcta la Corte Suprema distingue la situación de las víctimas por derivación que invocan su calidad de heredero para obtener la indemnización de los daños causados a su causante, en cuyo caso el tribunal del trabajo tendría competencia de aquella calidad distinta de víctimas por rebote en que siempre corresponde invocar el estatuto de responsabilidad extracontractual, pues, si bien el incumplimiento del contrato en la especie causa el daño, las víctimas por rebote son terceros respecto de esta relación contractual.

CORTE SUPREMA, 26 DE AGOSTO DE 2003, ROL 11-03.

PALABRAS CLAVE: EXCEPCIÓN DILATORIA, COMPETENCIA, TRIBUNALES DEL TRABAJO, ACCIDENTE LABORAL, VÍCTIMAS POR REBOTE.

RESPONSABILIDAD CIVIL: RESPONSABILIDAD DIRECTA Y OBJETIVA DE LA EMPRESA

El fallo tiene interés por diversos planteamientos jurídicos a que se refiere. En primer lugar, cuestiona las restricciones que enfrentan las partes en materia probatoria. En este sentido afirma que

“el legislador en la actualidad, por la complejidad de las relaciones y la enorme información a la que acceden los ciudadanos, no pueden restringir la prueba documental en los procedimientos que establece, a los instrumentos privados emanado de las partes, de terceros que ratifiquen el juicio y documentos públicos, porque ello significa restringir los medios probatorios y dejar prácticamente en la indefensión a las partes”.

Esta afirmación se reviste de argumentación jurídica al interpretar el artículo 795 N° 5 del *Código de Procedimiento Civil* de manera tal que no hace distingo entre los distintos instrumentos, exigiendo sólo la posibilidad de impugnación. En segundo término, la sentencia fustiga la falta de peritajes por personas idóneas que pudieran dejar constancia de la presencia de plomo en la sangre de las pretendidas víctimas.

Otro acápite interesante de la sentencia se relaciona con el daño. El tribunal de alzada de Antofagasta descarta la indemnización del daño emergente y el lucro cesante al no existir ninguna prue-

ba aportada por los demandantes. Esta constatación revela una práctica frecuente en el foro en que no se rinde prueba alguna de los daños demandados con la esperanza de obtener una indemnización cuantiosa por vía del daño moral. Así las cosas el daño moral subsume los otros rubros de daños. La sentencia es profusa en argumentos para justificar la procedencia del daño moral. En este sentido la sentencia afirma que

“el daño moral entendido como un menoscabo de un bien no patrimonial en cuanto afecta la integridad física y psíquica del individuo, se produce indubitablemente por una cantidad de plomo en la sangre, cualquiera sea la cifra, desde que se trata de un elemento químico dañino o tóxico para la especie humana y por lo mismo, quien ocasione este perjuicio, está obligado a resarcirlo, salvo que existan causas que lo exoneren de responsabilidad como el hecho fortuito o la fuerza mayor; o que lo exculpen, cuando se trate de un hecho que la propia víctima y de terceros ajenos que no guarden relación con el autor”.

Se acepta una responsabilidad del empresario directa y objetiva al no permitir la exoneración de responsabilidad sino por causa extraña. A saber, fuerza mayor o caso fortuito, hecho de la víctima o hecho de un tercero.

Por otra parte se establece una obligación de seguridad en el ámbito extracontractual. En consonancia con lo an-

terior, la sentencia recoge una interpretación objetiva del artículo 2.329 del *Código civil*. Para la Corte de Antofagasta el citado precepto permite imponer la responsabilidad del empresario sin necesidad de acreditar el dolo o la culpa, porque es el victimario quien debe demostrar que concurre alguna causa de justificación o de exculpación. En subsidio la sentencia, quizá precaviendo la casación, da por acreditada la culpa o negligencia de la empresa, al no paralizar las actividades contaminantes que significaron el daño padecido por los menores. Existiría una culpa infraccional al no cumplir con el decreto del Servicio de Salud de Antofagasta N° 3.407 del 12 de noviembre de 1993 relativo al manejo de minerales. El daño moral, como es usual, se aprecia prudencialmente por el tribunal. En este caso, se indemniza el daño físico como un rubro particular entre los perjuicios. En efecto, la sola presencia de plomo en la sangre constituye un daño moral indemnizable. Cabe observar que la causalidad no recibió un análisis detallado en la sentencia. Habrá que esperar la resolución de la Corte Suprema, que deberá pronunciarse en sede de casación. Es de esperar que el recurso de casación no sea declarado inadmisibile, pues, al menos de la parte demandante ya fue declarado desierto.

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, 31 DE ENERO DE 2003, ROL 15.265.

PALABRAS CLAVE: RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO, RESPONSABILIDAD OBJETIVA, OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD, PRESUNCIÓN DE CULPA, DAÑO MORAL, CONTAMINACIÓN, PLOMO.

RESPONSABILIDAD CIVIL: LUCRO CESANTE POR ACCIDENTE DEL TRABAJO

Un trabajador mientras desempeñaba sus labores de auxiliar de aseo recibió el impacto de un ducto de ventilación, sufriendo tec cerrado complicado y hemorragia vitrea con desprendimiento de retina, lo que significó una incapacidad laboral del 70%. El trabajador fue sometido a una serie de intervenciones quirúrgicas, habiendo permanecido cuatro meses hospitalizado. Al haber determinado el tribunal de 1ª instancia la negligencia de la demandada al no tomar las medidas necesarias de seguridad para impedir el aciago accidente se procede a indemnizar el lucro cesante y daño moral. La sentencia de 1ª instancia señala “que respecto del lucro cesante, es decir, de la pérdida sufrida por la víctima de la ganancia o utilidad que habría obtenido de mantener su plena capacidad laboral, la que ha sido limitada por el accidente sufrido, se tendrá en consideración que el actor tenía 24 años de edad a la fecha en que ocurrieron los hechos y, además, considerando la suma que fijada a título de pensión –\$ 135.914–, la fecha hasta que reúna los requisitos para jubilar, la remuneración pactada al tiempo en que ocurrieron los hechos, equivalente a \$199.209, proyectada hasta los 65 años de edad del actor, se accederá a esta pretensión en la suma indicada en la parte resolutive (30.000.000). Que el daño moral sufrido por el actor resulta evidente, el que este tribunal avalúa prudencialmente en la suma de \$40.000.000”. Esta sentencia fue confirmada por la Décima Sala de la Corte

de Apelaciones de Santiago. La Corte Suprema declara inadmisibles los recursos de casación en el fondo interpuestos por la demandada al carecer de patrocinio de abogado habilitado.

La presente sentencia determina la procedencia del lucro cesante consecuencia de las lesiones graves causadas al trabajador. Para determinar su cuantía se tiene en cuenta la remuneración del trabajador al momento de producirse el hecho dañoso y se proyecta dicha indemnización hasta la edad de jubilación del trabajador, procediendo a deducirse el ingreso por concepto de pensión por invalidez (*Vide* ELORRIAGA DE BONIS, Fabian, “El lucro cesante...”, en *Derecho de daños*, Santiago, Lexisnexis, 2002, p. y ss.).

4º JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO, 8 DE NOVIEMBRE DE 2002, ROL 2307-2002. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 DE SEPTIEMBRE DE 2003, ROL 6979-2002.

PALABRAS CLAVE: LUCRO CESANTE, DAÑO MORAL.

RESPONSABILIDAD CIVIL: DAÑO MORAL

Al efectuar una anómala maniobra la querellada por cuasidelito de homicidio fue declarada culpable de este ilícito y, en el ámbito civil, se estimó que “siendo un hecho notorio que la muerte de..., causó a su padre, sufrimientos, angustia y dolor, elementos básicos del daño moral, se acogerá la demanda civil, respecto de este rubro y sólo en cuanto se condenará a doña..., a la suma de tres millones de pesos, por concepto de daño

moral". La Corte de Apelaciones aumentó la indemnización a quince millones de pesos.

El sólo interés del fallo, es mostrar, a través de la jurisprudencia que se expondrán en esta sección, las variaciones que presenta el *quantum* del daño moral. Esto podrá ayudar a una cierta uniformidad en los criterios y cuantía del daño moral. En el presente caso se trata de una víctima por rebote, es decir, el padre del occiso demanda un daño moral propio, el cual fue avaluado en tres millones de pesos por el tribunal de 1ª instancia, siendo aumentada la indemnización a quince millones. Además, la sentencia presume el daño moral, al considerarlo un hecho notorio.

34º JUZGADO DEL CRIMEN DE SANTIAGO, 7 DE JUNIO DE 2000, ROL 5075-1. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 1 DE SEPTIEMBRE DE 2003, ROL 48.375-2000.

PALABRAS CLAVE: DAÑO MORAL, MONTO.

RESPONSABILIDAD CIVIL: DAÑO MORAL Y LUCRO CESANTE

En la ciudad de Arica, la demandante ingresó al supermercado Ekono a comprar y mientras se desplazaba por uno de los pasillos resbaló a causa de aceite esparcido en el suelo, sufriendo un fuerte impacto en la cabeza y varias contusiones. Debido al accidente fue intervenida por dos fracturas, permaneciendo hospitalizada por tres días. El tribunal de primera instancia accede a la indemnización de perjuicios por responsabili-

dad extracontractual. En cuanto al lucro cesante se tiene en consideración que la actora debió guardar reposo por un lapso aproximado de dos meses. Para fijar la cuantía se consideraron

“los ingresos que mensualmente debía percibir según contrato y que alcanzaba a \$742.448, por los dos períodos indicados”. A esta suma no se le practicó ninguna deducción, ignorando el pago probable de la respectiva Isapre. En cuanto al daño moral se fijó en \$500.000. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Arica elevará dicha suma a \$5.000.000. Teniendo presente que “para que la demandante logre una completa recuperación, si es que se logra, implica cumplir con tratamientos largos y onerosos que deben ser cubiertos de alguna forma con la indemnización que se fije y, al respecto, estos sentenciadores tienen presente que ese mismo tratamiento para lograr su recuperación óptima, conlleva necesariamente un trastorno, no solo de orden físico, sino también psíquico por la permanente preocupación de asistir a las sesiones pertinentes y la inseguridad de obtener una total y completa recuperación, debe ser resarcida, razón por la cual se elevará la indemnización por concepto de daño moral”.

Sólo cabría mencionar que la sentencia del tribunal de alzada incurre en

una impropiedad al señalar dentro del rubro del daño moral los tratamientos largos y onerosos, puesto que los gastos que genere la terapia de rehabilitación de la demandante no pueden considerarse un daño moral, sino que se trata de un daño material.

3º JUZGADO CIVIL DE ARICA, 28 DE ENERO DE 2003, ROL 26.352-02, CORTE DE APELACIONES DE ARICA, 19 DE MAYO DE 2003, ROL 8926.

PALABRAS CLAVE: DAÑO MORAL, LUCRO CESANTE

TRADICIÓN: TÍTULO TRASLATIVO DE DOMINIO Y TRADICIÓN DE BIENES RAÍCES.

En nuestro derecho los actos o contratos no son los medios idóneos para adquirir el dominio de los bienes, sino, además, se exige la existencia de un modo de adquirir, que en el presente caso es la tradición del inmueble vendido, el que se encontraba sometido al régimen de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Conforme lo disponen los artículos 686, 724 y 728 del *Código Civil*, la inscripción es el único medio de adquirir la posesión de los bienes raíces inscritos y es ésta la forma en que se efectúa la tradición de dichos bienes, de forma tal que mientras dicha inscripción no se cancele en la forma indicada en el segundo de dichos preceptos, no se adquiere la posesión por una parte, ni se pierde la misma, por la otra.

Precisamente, el artículo 730 del *Código Civil* se pone en la situación del que enajena una cosa de la cual no es due-

ño, supuesto en el cual, incluso, el poseedor inscrito pierde la posesión que detenta frente a esta nueva y competente inscripción. En efecto, y, aun, estimándose que el vendedor no tenía el dominio de la propiedad vendida a la demandante al momento de efectuarse la compraventa de ella, al no haber precedido la inscripción por parte de la demandada a su nombre y, por el contrario, al efectuarse la competente inscripción a nombre del actor, éste adquirió la posesión de dicho inmueble en virtud de la inscripción. En estas condiciones, no cabe duda sobre la posesión del demandante sobre el inmueble cuyo dominio se discute; toda vez que con la inscripción de dominio practicada en su favor –que da cuenta y publicita su posesión– y el ánimo de señor y dueño con que se ha comportado el actor, se puede tener por establecida la posesión en los términos a que se refiere el artículo 700 del *Código Civil*.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, 23 DE OCTUBRE DE 2002, ROL 2802-1999, RECURSO DE CASACIÓN RECHAZADO. CORTE SUPREMA, 4 DE AGOSTO DE 2003, ROL 4895-2002.

PALABRAS CLAVE: MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO, TRADICIÓN, REIVINDICATORIA, POSESIÓN INSCRITA, POSESIÓN MATERIAL.

TRANSACCIÓN Y CONCILIACIÓN JUDICIAL.

LA CONCILIACIÓN JUDICIAL NO CONSTITUYE TRANSACCIÓN

Al celebrar una compraventa el comprador entrega el bien raíz en arrien-

do al vendedor quedando pendiente un saldo del precio. Al existir rentas impagas, el comprador inicia un juicio de término de contrato de arrendamiento al cual se pone término mediante conciliación judicial acordando las partes un pago único a favor del arrendatario por el saldo del precio de la compra-venta y la restitución del inmueble. Habiéndose presentado demanda de indemnización de perjuicios contra el arrendatario y en subsidio la acción *in rem verso* por enriquecimiento ilícito, el tribunal de primera y segunda instancia rechaza la demanda principal y subsidiaria aplicando la *exceptio non adimpleti contractus*, reconociendo el derecho legal de retención a favor del demandado y estimando no probado el enriquecimiento ilícito. Al mismo tiempo, acoge la demanda reconvenicional aplicando a la conciliación judicial las reglas de la transacción, procediendo a la corrección del error de cálculo, según lo previsto en el artículo 2.458 del *Código Civil*. La Corte Suprema anula la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco procediendo a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo al estimar que la norma del artículo 2.458 del *Código Civil* en la cual el actor reconvenicional funda su pretensión de “corregir” el supuesto “error de cálculo” de la conciliación, no es aplicable a la especie, pues dicha disposición está referida a la transacción, esto es, al contrato definido en el artículo 2.446 del *Código Civil* y no a la conciliación que se produce en el juicio de conformidad con las disposiciones de los artículos 262 a 268 del *Código de Procedimiento Civil*. El Tribunal de Casación

establece que, a mayor abundamiento, tampoco podría “corregirse” la conciliación referida, toda vez que ésta no contiene ningún dato aritmético que permita sostener a los jueces del fondo que existe un error de cálculo.

La pregunta que resuelve la presente sentencia radica en la posibilidad de aplicar a la conciliación las reglas de la transacción. Esta última constituye un contrato especial regulado en el *Código Civil*. En otros términos, debemos considerar la conciliación un acuerdo diverso a la transacción y aplicarle nada más la teoría general del contrato con independencia del régimen jurídico de la transacción. Una dificultad para aplicar las reglas de la transacción a la conciliación deriva de la definición del art. 2.446 del *Código Civil*, pues esta norma considera transacción al acuerdo extrajudicial. Si bien la conciliación no coincide precisamente con un contrato de transacción, ambos contratos no difieren necesariamente. Una conciliación puede constituir una transacción y en este caso deberá regirse por las reglas del contrato de transacción. El elemento fundamental para estimar la conciliación como una transacción, radica en la presencia de concesiones recíprocas. A pesar de que no aparece recogido este elemento en la definición entregada por el artículo 2.446 del *Código Civil*, la doctrina exige su presencia para estimar un acuerdo constitutivo de transacción (*vide* JARROSSON, Ch., “Les concessions réciproques dans la transaction”, en D. 1997, p. 267 y ss.). En consecuencia, en la especie la conciliación acordada por las partes, en el juicio de arrendamiento bajo el alero de las reglas procesales

de la conciliación, debe estimarse una genuina transacción. Sin embargo, de esto no se deriva la existencia del error de cálculo denunciado por la demandante. Por el contrario, el pago de la suma de dinero estipulada en el acuerdo no contiene ningún error de cálculo, siendo improcedente la corrección, pues según señala la propia sentencia no contiene ningún dato aritmético que permita

sostener a los jueces del fondo que ha habido un error de esa especie.

CORTE SUPREMA, 6 DE AGOSTO DE 2003, ROL 4008-03.

PALABRAS CLAVE: COMPRAVENTA, ARRENDAMIENTO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, DERECHO LEGAL, DE RETENCIÓN, CONCILIACIÓN, TRANSACCIÓN, ERROR DE CÁLCULO.

Actualidad legislativa

LEY N° 19.903

por Rafael Mery

SOBRE PROCEDIMIENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS POSESIONES EFECTIVAS DE LA HERENCIA Y ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA PROCESAL, CIVIL Y TRIBUTARIA SOBRE LA MATERIA (PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL* DE 10 DE OCTUBRE DE 2003)

La ley N° 19.903 viene a sustituir el actual procedimiento de otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia intestada, sacando del conocimiento de los tribunales de justicia esta materia y entregándose a un órgano administrativo, cual es el Servicio de Registro Civil e Identificación.

La motivación que está detrás de esta iniciativa legal, la que se desprende del Mensaje del Ejecutivo contenido en el proyecto, responde a la necesidad de mejorar un procedimiento caro y engorroso, liberando al Poder Judicial de la carga de trabajo que importa el conocimiento y tramitación de las posesiones efectivas y contribuir a facilitar la regularización de la propiedad raíz, principalmente respecto de parte de la población de menores recursos que, al enfrentarse a un procedimiento costoso no inician el proceso voluntario de posesión efectiva.

La ley N° 19.903 contempla un procedimiento administrativo, seguido ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, por medio del cual cualquier persona que invoque la calidad de heredero podrá solicitar la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de su causante, la que se otorgará por resolución fundada del director regional del referido servicio. Para ello, la ley contempla un formulario estándar de solicitud, el cual podrá tramitarse electrónicamente, además de acompañar un inventario de los bienes existentes al fallecimiento del causante, y para cuya presentación no se requiere patrocinio de abogado; cuestión que reduce los costos significativamente, toda vez que el principal gasto de este trámite judicial lo representaban los honorarios de los abogados y la dificultad de monitorear el correcto avance del proceso, producto de la divergencia en la información disponible entre el cliente y su abogado.

Cumpliendo los requisitos de su presentación, la posesión efectiva será otorgada a todos los que posean la calidad de heredero de conformidad con los registros del Servicio de Registro Civil e Identificación, aun, cuando no hayan sido incluidos en la solicitud y sin

perjuicio del derecho a repudiar la herencia de acuerdo con las reglas generales, cuestión que la diferencia sustancialmente del antiguo procedimiento. En conformidad a la nueva normativa la posesión efectiva se otorga al solicitante y a los herederos que aparezcan en la respectiva solicitud. Sin embargo, si bien esto parece un avance del legislador en cuanto a incorporar a todos los herederos que tengan derecho sobre los bienes del causante, en la práctica –cuestión que sólo podremos confirmar una vez que entre a regir la ley *en comento*– pueden producirse importantes problemas al momento de intentar disponer de los bienes de la sucesión al haber incluido como heredero a una persona de quien no se tiene noticia por mucho tiempo.

316

Al igual que en la antigua tramitación, la resolución que concede la posesión efectiva de la herencia debe ser publicada, en día 1 o 15 de cada mes, en un diario regional, además de una publicación en cada una de las oficinas del Registro Civil e Identificación. Efectuada la publicación, el director regional ordenará la inscripción de la resolución en un registro nacional de posesiones efectivas que se creará para tales efectos, además de emitir un certificado con el cual los interesados podrán requerir las inscripciones especiales que correspondan.

Con todo, la tramitación de la posesión efectiva estará afecta al pago de un derecho equivalente a 1,6 unidades tributarias mensuales para aquellas sucesiones cuya masa de bienes exceda las quince unidades tributarias anuales y no supere las cuarenta y cinco, y aque-

llas que excedan dicho monto, estarán afectas al pago de un derecho equivalente a 2,5 unidades tributarias mensuales.

Pues bien, frente a este nuevo procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia se hace necesario evaluar si el diseño que contempla se condice con los objetivos que están en la motivación del Ejecutivo al momento de legislar sobre la materia.

Lo primero que cabe señalar, es que aparece como correcta la intención de desjudicializar una gestión que ocupa gran parte del trabajo ordinario de los Tribunales de Justicia. Sin embargo, ciertas cuestiones –problemáticas desde un punto de vista jurídico– requerirán de un conjunto de expertos con los que deberá contar el Servicio de Registro Civil e Identificación; toda vez que puede ocurrir que la calidad de heredero no conste de un simple certificado y se requiera de un análisis jurídico más complejo como consecuencia de derechos de representación, transmisión, acrecimiento o sustitución que puedan estar inmersos en un caso específico. En efecto, situaciones como éstas podrían poner en movimiento tanto al órgano administrativo como al jurisdiccional, haciendo –a fin de cuentas– más costoso el trámite.

Por otra parte, y esta vez en segundo lugar, debemos preguntarnos si el modelo diseñado por esta ley responde al propósito de un procedimiento simplificado y menos costoso. En relación con lo primero, esto es, a la simplificación del trámite, efectivamente la ley contempla un procedimiento que en su diseño parece simple, pero sus

resultados deberán evaluarse después de su implementación. Con todo, debe recordarse que el procedimiento antiguo que se incoaba ante los Tribunales de Justicia también aparece como un procedimiento simple en su diseño, pero que se ve entorpecido por la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Por su parte, en relación con los costos, parece ser que efectivamente se trata de un procedimiento más barato, sin perjuicio que igualmente contempla ciertos requisitos que podrían hacer encarecer al mismo, como es la confección del inventario de los bienes, el que debiendo ser valorizado puede llevar a requerir, para su elaboración, la contratación de los servicios de un abogado o profesional similar; cuestión que puede no sólo limitarse a este punto en particular sino a la preparación de la solicitud y apoyo durante todo el procedimiento. Lo que si es correcto, es sostener que efectivamente este nuevo procedimiento ahorra recursos de las rentas generales, internalizando en

los solicitantes la casi la totalidad de los costos, toda vez que se cobra un derecho para las herencias cuya masa de bienes supera las quince unidades tributarias anuales. Esto es un avance y favorece el trabajo del Poder Judicial al desjudicializar cuestiones que no importan conflictos que deban ser resueltos por un juez.

Así, entonces, independiente de algunos detalles que deberán ir develándose y mejorándose en el transcurso de la implementación de este nuevo procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia que comenzará a regir seis meses después de su publicación en el *Diario Oficial*.

La ley N° 19.903 representa una innovación y avance significativo, poniendo a disposición de las personas un procedimiento que debiera ser más rápido, más barato, y debiera contribuir, a fin de cuentas, a regularizar la propiedad raíz, elemento fundamental para el desarrollo de un país..

LEY 19.904

por Javier Barrientos

SOBRE PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA, PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL* DE 3 DE OCTUBRE DE 2003

La ley 19.904 de 3 de octubre de 2003 ha introducido una reforma en sede de capacidad en relación con las personas que sufren de discapacidad auditiva, pretendiendo con ello dar mayor coherencia al sistema jurídico privado con los principios constitucionales que garantizan la igualdad de todas las personas en el ejercicio de sus derechos y dar cuerpo a la concepción constitucional de un Estado que está al servicio de la persona humana, y cuya finalidad es promover el bien común y procurar que todos y cada uno de los miembros de la sociedad logren su mayor desarrollo espiritual y material posible.

Diversos son los aspectos de interés que se derivan de la reforma legal al *Código Civil*, limitándonos aquí a dar noticia de algunos de ellos y a realizar unas mínimas observaciones:

a) *Eliminación de la incapacidad absoluta de los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito*: se ha reformado el inciso primero del artículo

1.447 del *Código Civil* eliminándose la incapacidad absoluta de los “sordomudos que no pueden darse a entender por escrito”, restringiéndola ahora únicamente a los “sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente”.

En realidad, la nueva redacción ha operado unos curiosos efectos: a) ha restringido la incapacidad de los sordomudos al eliminar la exigencia de “darse a entender por escrito” y sólo exigir el que “no puedan darse a entender claramente”, admitiendo, en consecuencia, el lenguaje de señas y otras eventuales formas de comunicación; b) ha “ampliado” la incapacidad absoluta a los sordos, pues antes de la reforma ninguna persona sorda quedaba comprendida en la incapacidad, pues ella afectaba sólo a quien era “sordo” y “mudo”, aunque este efecto se subsana, en gran medida, si se trata de una persona sorda que pueda hablar o escribir.

b) *Adecuación del Código Civil a la reforma anterior*: como consecuencia de la nueva incapacidad absoluta definida en el inciso primero del *Código Civil*, han resultado modificadas las siguientes instituciones:

1. *Curaduría general*: se ha modificado el texto del artículo 342, de

- manera que la curaduría general ahora afecta a los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente y por la misma razón se ha puesto como nueva rúbrica del título XXVI del libro primero del *Código Civil*, la siguiente: “Reglas especiales relativas a la curaduría del sordo o sordomudo”, y se han modificado los artículos 469, 470, 471 y 472 para introducir en ellos la nueva expresión: “sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente”.
2. *Curatela testamentaria*: también ha resultado modificada la curatela testamentaria, reglada en el artículo 355, al señalarse que el padre o madre puede nombrar curador al sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente.
 3. *Indignidad para suceder*: la indignidad para suceder que el artículo 970 refería simplemente al que, siendo llamado a suceder *abintestato*, no había pedido que se nombrara tutor o curador al “sordomudo” ahora queda definida respecto del “sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente”.
 4. *Inhabilidad para testar*: modificándose el número cinco del artículo 1.005 se sustituye la inhabilidad para testar de “todo el que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente”, por la de: “todo el que no pudiese expresar su voluntad claramente”.

5. *Testamento nuncupativo*: se ha sustituido el artículo 1.019 del *Código Civil* por uno nuevo, cuyo inciso primero señala lo siguiente:

“El ciego, el sordo o el sordomudo que puedan darse a entender claramente, aunque no por escrito, sólo podrán testar nuncupativamente y ante escribano o funcionario que haga las veces de tal”,

agregándose en el inciso tercero que:

“Tratándose del sordo o del sordomudo, la primera y la segunda lectura deberán efectuarse, además, ante un perito o especialista en lengua de señas, quien deberá, en forma simultánea, dar a conocer al otorgante el contenido de la misma”,

y en el inciso cuarto que: “Deberá hacerse mención especial de estas solemnidades en el testamento”.

Esta reforma implica abrir la posibilidad de testar al sordomudo que puede darse a entender claramente, vinculándose expresamente dicha posibilidad, con la utilización del lenguaje de señas. Sin embargo, no resulta del todo explicable que también el “sordo que puede darse a entender claramente” sea obligado a testar obligatoriamente de manera nuncupativa. Veamos:

¿Qué se dirá de las personas sordas que son capaces de hablar y de escribir y que no conocen el lenguaje de señas porque, por ejemplo, son capaces de leer los labios? Naturalmente el testamento nuncupativo y la intervención del “especialista en lenguaje de señas” no cumplen en este caso la finalidad perseguida por el derecho. ¿No resultaría razonable que ellas también pudieran otorgar testamento cerrado?, lo que la redacción del nuevo inciso primero del artículo 1.019 pareciera vedarles.

6. *Suspensión de la prescripción ordinaria*: se ha modificado en número primero del artículo 2.509 para señalar que la prescripción ordinaria se suspende en favor de:

“Los menores; los dementes; los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente; y todos los que estén bajo potestad paterna o bajo tutela o curaduría”.

c) *¿Repudiación de la herencia por el curador del mayor de edad?*: la ley 19.904 no ha modificado el inciso segundo del artículo 192, cuyo texto permanece con la siguiente redacción:

“El curador del mayor de edad que se encuentre en interdicción por demencia o sordomudez, necesitará autorización judicial para poder repudiar”.

¿Significará acaso que el curador del mayor de edad que se encuentre en interdicción por simple sordera y que no pueda darse a entender claramente, no requiere de autorización judicial para repudiar? Quizá también debió darse una nueva redacción a este inciso.

Finalmente, la misma ley ha introducido algunas reformas a la ley de Matrimonio Civil:

- a) *Impedimentos para contraer matrimonio*: en el artículo 4 de la ley de Matrimonio Civil se ha substituído la redacción de su número 3, que decía que no podían contraer matrimonio: “Los que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad claramente”, por el siguiente: “Los que no pudieren darse a entender claramente”.
- b) *Manifestación e información del matrimonio*: se ha introducido un nuevo inciso en el artículo 12 de la ley de Matrimonio Civil para reglar la manifestación e información en el matrimonio cuando los contrayentes o uno de ellos fueren sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente:

“Si uno de los que intentaren contraer matrimonio o ambos fueren sordos o sordomudos que no pudieren expresar su voluntad por escrito, la manifestación del matrimonio y la información que les entregue el oficial del Registro Civil se efectuará o recibirá, en su caso, por intermedio de una o más personas que puedan entenderse con ellos por

medio de la lengua de señas, por signos, o que comprendan a los sordos o sordomudos. Estas personas deberán ser hábiles para ser testigos en el matrimonio”.

c) *Actuaciones del matrimonio*: se ha incorporado un nuevo inciso al artículo 17, cuyo tenor es el siguiente:

“Se aplicará a las actuaciones del matrimonio lo dispuesto en el inciso final del artículo 12, en caso de que uno o ambos con-

trayentes se encontraren en la situación a que se refiere dicho inciso”.

Esta ley, sin duda alguna, representa un avance en cuanto a la superación de formas de discriminación, aunque no pareciera ser suficiente. Probablemente haber optado por la expresión “que no puedan darse a entender claramente” continúe representando un obstáculo para la plena integración de las personas con discapacidad auditiva.

LEY 19.866

por Carlos Pizarro

QUE REFORMA LA LEY 18.101 SOBRE ARRENDAMIENTOS DE PREDIOS URBANOS, PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL* DE 11 DE ABRIL DE 2003

Antes de realizar unos breves comentarios respecto de la modificación a la ley 18.101 sobre arrendamientos de predios urbanos, quisiera dar una sumaria noticia de la evolución de la legislación en esta materia.

La legislación especial de arrendamiento de predios urbanos ha sido en gran parte asistemática, siendo determinada por la realidad y no por los criterios jurídicos más idóneos. Además, en segundo término, a partir del año 1975 con la dictación del DL 964, se intenta liberalizar el mercado para promover el arrendamiento. Es decir, a partir del año 1975 y con más énfasis en la ley 18.101 y la actual reforma, podemos constatar que las políticas legislativas en la materia se orientan a disminuir los costos de transacción que implica el contrato de arrendamiento de predios urbanos. Con esto quiero decir que a través de una legislación más liberal se busca disminuir las externalidades negativas, costos no

contratados, que enfrentaba el arrendador al amparo de la legislación anterior. Se impulsa un supuesto equilibrio contractual que permita a las partes definir el contenido del contrato sin dar preeminencia a consideraciones de índole social hasta eliminar todos los vestigios del antiguo régimen basado en el contrato dirigido. De manera tal, que podemos concluir que la reforma a la ley 18.101 se encuentra acorde con las políticas legislativas a partir del DL 964 de 1975 e impulsa una normativa conteste con el sistema económico de libre mercado.

La idea que subyace a la reforma consiste en sostener que la ley 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, si bien liberalizó el mercado aun más que el DL 964, que mantenía restricciones a la libertad contractual, contemplaba, todavía, costos o externalidades negativas que resultaba necesario eliminar. La ley 18.101 mantenía reglas que dificultaban y obstaculizaban el mercado del arriendo inmobiliario, de manera tal, que producía una disminución de la inversión en este ámbito. La actual modificación considera que no existen razones de política social que hagan necesario mantener resguardos excesivos a favor de los arrendatarios

y, por el contrario, resultaba necesario reformar la ley 18.101 con la finalidad de dar cabida a un mercado más transparente y, sobre todo, más expedito en consonancia con el sistema económico aplicado por el gobierno.

Al considerar excesiva la protección del arrendatario se introduce una reducción del plazo de desahucio, pues dicho término permitía deterioros en el inmueble y retraso en el pago de las rentas y los servicios. Esto justifica la modificación de los plazos de desahucio que contemplaban los artículos 3 y 4 de la ley 18.101.

Según dispone el nuevo artículo 3 de la ley 18.101:

“En los contratos en que el plazo del arrendamiento se haya pactado mes a mes y en los de duración indefinida, el desahucio dado por el arrendador sólo podrá efectuarse judicialmente o mediante notificación personal efectuada por un notario.

En los casos mencionados en el inciso anterior, el plazo de desahucio será de dos meses, contado desde su notificación, y se aumentará en un mes por cada año completo que el arrendatario hubiera ocupado el inmueble. Dicho plazo más el aumento no podrá exceder, en total de seis meses.

El arrendatario desahuciado podrá restituir el bien raíz antes de expirar el plazo establecido en este artículo y, en tal caso, estará obligado a pagar la renta de arrendamiento sólo hasta el día de la restitución”.

A su turno, el nuevo artículo 4, inciso primero, señala:

“En los contratos de plazo fijo que no exceda de un año el arrendador sólo podrá solicitar judicialmente la restitución del inmueble y, en tal evento, el arrendatario tendrá derecho a un plazo de dos meses, contados desde la notificación de la demanda”.

Como se sabe, el fundamento de las normas que contemplan los plazos de desahucio ha sido siempre el evitar las presiones ilícitas a que se puede ver expuesto el arrendatario y evitar que el arrendador pueda aumentar las rentas unilateralmente utilizando como poder de negociación el posible y expedito desahucio del arrendatario. La razón esgrimida para reducir los plazos de desahucio parece incorrecta. En efecto, la dificultad para recuperar la propiedad, no tiene relación con los plazos de desahucio, sino con la dilación de los juicios y lo engorroso del procedimiento. En la práctica jurisprudencial, la recuperación del inmueble tiene lugar en caso de litigio con posterioridad al plazo establecido de desahucio o restitución. De manera tal que lo que impide una recuperación expedita del inmueble no son los plazos legales de desahucio o restitución, sino la dilación del proceso.

Mediante la reforma de los plazos de desahucio y restitución se beneficia al arrendador. Sin embargo, resulta equivocado justificar la reducción de los plazos en atención a una supuesta excesiva protección del arrendatario.

Los problemas vinculados a la restitución del inmueble tienen que ver con la existencia de un procedimiento engoroso al cual la reforma intenta poner remedio.

Por otra parte, la reforma intenta lograr una mayor celeridad en el procedimiento. Este es el objetivo principal de la reforma introducida por la ley 19.866. En efecto, nadie desconoce que los juicios de arrendamientos se habían convertido en procedimientos engorrosos, en los cuales existían importantes incentivos para litigar y dilatar el juicio por parte del arrendatario. Resultaba imperioso dar una mayor agilidad al procedimiento. Para estos efectos se introducen importantes reformas a la ley 18.101.

En primer lugar, en los contratos cuyo plazo haya sido pactado mes a mes y de duración indefinida el desahucio podrá ser judicial o por notificación personal efectuada por un notario. Esta segunda posibilidad se orienta a desjudicializar el desahucio. Sin embargo, en caso de negativa del arrendatario a restituir la propiedad deberá igualmente iniciarse un procedimiento de restitución. El problema no radica en la posibilidad del desahucio sin intervención del juez, sino en la negativa del arrendatario a restituir la propiedad. Por ende, el desahucio notarial no debiera tener mayor impacto.

En segundo lugar, la modificación al artículo 6 permite en caso que el arrendatario abandone el inmueble sin proceder a la restitución del mismo, que el arrendador solicite la entrega al tribunal competente sin forma de juicio y bastando la certificación del aban-

dono por un ministro de fe. Este último debe levantar acta del estado del inmueble, la cual deberá ser remitida al tribunal.

En tercer lugar, se introducen importantes modificaciones al artículo 8 de la ley 18.101, que establece el procedimiento aplicable a los juicios de desahucio, terminación del arrendamiento, restitución de la propiedad por cumplimiento del plazo, restitución de la propiedad por extinción del derecho del arrendador, de indemnización de perjuicios que intente el arrendador o el arrendatario, y otros que versen sobre las demás cuestiones derivadas de estos contratos.

La reforma establece un procedimiento oral, sin perjuicio que las partes puedan presentar minutas escritas. Una vez presentada la demanda, la resolución del tribunal fijará la audiencia para el quinto día hábil después de la última notificación.

La notificación de la demanda, según disponía el artículo 8, debía efectuarse conforme al artículo 553 inciso primero del *Código de Procedimiento Civil*. Sin embargo, la reforma agrega que

“para los efectos de lo dispuesto en el artículo 44 del mismo *Código*, se presumirá de pleno derecho como domicilio del demandado el que corresponde al inmueble arrendado”.

No tiene relevancia si el arrendatario ocupa actualmente el inmueble, la notificación es válida al efectuarse en dicho domicilio. Se trata de una cláusula

de estilo utilizada en los contratos de arriendo celebrados por intermedio de corredores de propiedades y que ahora queda establecida en la ley.

La audiencia tendrá lugar con la parte que asista y deberá llamarse a conciliación una vez practicada la relación verbal de la demanda y la contestación. En la misma audiencia, en caso de no llegarse a conciliación, el juez deberá fijar los puntos de prueba y se procederá a la recepción de la misma. Se trata, por lo tanto, de una audiencia de discusión, conciliación y prueba, reconociendo al demandado la posibilidad de reconvenir. Si el arrendatario reconviene, el arrendador podrá contestar en la misma audiencia o solicitar que una nueva audiencia dentro de los cinco días siguientes, para proceder a la contestación de la demanda reconventional y la recepción de la prueba que se ofrezca.

La reforma al procedimiento resulta justificada, por una parte, no perjudica ni desmejora la situación del arrendatario y, por otra, posibilita una mayor agilidad del procedimiento que permita evitar las demoras en la restitución de los inmuebles arrendados. El arrendador podrá obtener la restitución de la propiedad con un menor costo para él y para el sistema judicial, al tener que disponer de menos recursos para las audiencias en los juicios de arrendamiento que se reducirán considerablemente.

En el evento que el tribunal estime que no existen puntos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deban ser acreditados, citará de inmediato a oír sentencia.

Además, en caso de que el demandado pretenda indemnizaciones y haga

valer el derecho legal de retención en conformidad al artículo 1937 del *Código Civil*, dicha demanda deberá realizarse en la misma audiencia y el juez resolverá en la sentencia definitiva.

También se reduce el plazo de suspensión que permite el artículo 13 de la ley aplicable a los juicios de arrendamiento y de comodato precario. El antiguo artículo 13 contemplaba un plazo máximo de seis meses, el cual fue reducido a treinta días.

El legislador redujo, además, el plazo para intentar nuevamente las acciones en caso de rechazo del desahucio o la restitución. Actualmente podrá intentar las acciones habiendo transcurrido el plazo de seis meses desde que ha quedado ejecutoriada la sentencia.

La introducción de un nuevo artículo 23 bis permite al arrendador que pretenda hacer efectivo el derecho legal de retención solicitar a cualquier funcionario policial en conformidad al artículo 598 del *Código de Procedimiento Civil* impedir que se saquen del inmueble los objetos de la propiedad arrendada, lo que podrá extenderse por un plazo máximo de dos días, salvo que una vez transcurrido el plazo el arrendador exhiba copia autorizada de la orden de retención emanada del tribunal competente.

Por último, se agrega un numerando tercero al artículo 24, el cual establece la sanción de multa al arrendador que injustificadamente se negare a otorgar al arrendatario la autorización para abandonar el inmueble y retirar sus muebles, o el recibo que acredite el pago de la renta de arrendamiento.

Un tema pendiente y que afecta, esta vez a los arrendatarios, es la garantía al

momento de celebrarse el contrato de arrendamiento. Resulta bien difícil obtener la restitución del denominado "mes de garantía". Además, éste no siempre se restituye reajustado. No pocas veces el arrendador o corredor de propiedades imputa gastos con la finalidad de restituir sólo una parte de la garantía.

En suma, una reforma necesaria ante las distorsiones que se habían generado en el procedimiento aplicable al arrendamiento de predios urbanos. Habrá que esperar, sin embargo, su aplicación y efectividad en los Tribunales de Justicia.

Recensiones

JAVIER BARRIENTOS GRANDON, *El pago de lo no debido en el derecho chileno*, Santiago, Lexisnexis, 2003.

Hace rato que Javier Barrientos ha sobrepasado con éxito su vocación originaria de historiador del derecho, para incursionar, también, en algunos temas importantes del derecho civil. Este nuevo libro que acaba de publicar es un ejemplo de lo que estamos señalando. Su obra es, además, la primera producción chilena destinada con exclusividad al estudio completo del pago de lo no debido, pues hasta hoy sólo algunas memorias de prueba con un reducido valor doctrinario, habían abordado monográficamente este tema.

Para mí, el pago de lo no debido fue siempre una figura un tanto difusa, entre los cuasicontratos, la equidad y el enriquecimiento sin causa.

Debo confesar que la figura que he calificado de “difusa” no es tan sólo el pago de lo no debido sino todos los cuasicontratos y el propio enriquecimiento sin causa, figuras que pienso no han encontrado todavía un espacio preciso donde asentarse definitivamente. Es sabido que el *Código* no define

los cuasicontratos por lo que son, sino por lo que no son, atropellando, de esta manera, una de las reglas básicas de cualquier definición. No se define a un perro diciendo que no es un gato. No obstante, Andrés Bello define los cuasicontratos en el art. 2.284 del *C.C.* diciendo que no son convenciones, que no son ilícitos (delitos o cuasidelitos) y que no son fuentes legales de las obligaciones (ley) ¿Qué son en verdad? El legislador guarda silencio.

He sostenido en otra ocasión que Bello no tenía muy claras sus propias ideas en esta materia, y que marchaba casi a tientas cuando redactó el título de los cuasicontratos: en el proyecto de 1846-1847 incluyó dentro de ellos tan sólo al pago de lo no debido y a la agencia oficiosa, en tanto en el proyecto de 1853 agregó, además, los cuasicontratos de comunidad y de vecindad, para concluir eliminando esta última figura, pero conservando la comunidad en el Proyecto Inédito.

Incluso, en el art. 2.285 señaló que los tres cuasicontratos referidos son los “principales”, dejando abierta la puerta a la existencia de otros cuasicontratos, aun a la existencia de cuasicontratos innominados. Barrientos nos enseña en esta obra que algunos juristas de la

época, que Bello conoció, incluían en la palabra ‘otros’ las relaciones de tutela entre tutor y pupilo y la aceptación de una herencia o legado.

Nótese que el art. 1.437 del *C.C.*, que enumera las fuentes de las obligaciones, señala que una de estas fuentes es “un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos (...)”, no atreviéndose Bello a afirmar que la aceptación de una herencia o legado sea en verdad un cuasicontrato, pero ubicándola en el mismo lugar de éstos.

La oscuridad del tema se acrecienta si se considera que en la época en que Bello estaba redactando el *Código Civil*, muchos autores encontraban tres fundamentos diferentes a los cuasicontratos: la equidad, la voluntad presunta o, bien, sencillamente la ley que así lo ordena, como lo sostuvo más tarde Arturo Alessandri.

El libro de Javier Barrientos se torna apasionante cuando el autor se introduce en estos fundamentos de los cuasicontratos (con especialización en el pago de lo no debido, objeto de la obra). Desde sus orígenes en el derecho romano, Barrientos nos va señalando cómo fue recibida la figura en el derecho español e indiano y en el iusnaturalismo, hasta lo que él denomina (presiento que con alguna animadversión o, a lo menos, con alguna molestia): “la recepción de doctrinas extranjeras”, entre ellas la francesa, la que reconoce sus raíces en Pothier y luego en Delvincourt y Troplong, para concluir en Planiol. Esta línea “afrancesada” fue la que en Chile defendió Alessandri y que –de una ma-

nera u otra– hemos continuado algunos civilistas de fines del siglo xx, como Stitckin, De la Maza, Meza Barros, Abeliuk, Fueyo, Peñailillo y el que esto escribe. Es que Javier Barrientos, brillante profesor y estudioso de la historia del derecho, es en verdad un purista del derecho indiano y tiende a no gustar de fuentes que considera un tanto espurias.

En el libro que se comenta se explica cómo nuestro *Código* mejoró a su antecesor francés y solucionó algunos problemas que no habían sido tratados en éste. La obra ahonda en la noción de pago de lo no debido contenida en el *Código* chileno, así como en los elementos constitutivos de esta figura.

Son tres los elementos que la obra estudia con detención y profundidad:

- a) la existencia de un pago;
- b) que el pago sea indebido y
- c) que el pago se haya hecho por error, a todo lo cual destina capítulos diferentes, para concluir estudiando los efectos del pago de lo no debido, esto es, la acción de repetición que corresponde al que pagó lo que no debía.

Es interesante señalar que dicha acción de repetición es muy parecida, sino idéntica, a la *actio de in rem verso*, propia del enriquecimiento sin causa, con lo cual vuelve a plantearse la semejanza entre ambas figuras.

La obra de Javier Barrientos es maciza, documentada, completa, y constituye un esfuerzo muy serio de poner luz en un lugar oscuro hasta ahora de la civilística nacional.

RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW*, 2ª ED., THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, CHICAGO, 2001.

A estas alturas, pocas dudas caben que la persona del juez Richard A. Posner es una de las figuras más destacadas del mundo jurídico estadounidense, tanto por su respetada labor de juez como por su brillante trabajo académico. El profesor Posner es uno de los juristas más citados en trabajos académicos, una voz respetada en el mundo intelectual alrededor del mundo y merecedor de importante premios, dentro de los cuales destaca su reciente reconocimiento con el *John Sherman Award* durante el último aniversario de la *Antitrust Division* el pasado 6 de noviembre de 2003.

Su trabajo académico incluye una prolifera lista de alrededor de veinticuatro libros publicados –donde destacan su texto clásico *Economics Analysis of Law*–, y más de 250 artículos en revistas especializadas, por lo que recensionar una de sus obras siempre implica el riesgo de no estar al día con sus últimas publicaciones.

Cabe advertir que el juez Posner es identificado comúnmente con el análisis económico del derecho, considerándose como su principal exponente y promotor. Sin embargo, aunque ésta no sea la oportunidad, debemos advertir que no es un fiel representante, ni de la cultura jurídica estadounidense – como se sabe es una cultura de abogados y no de jueces, y menos aún de académicos–, ni tampoco es un representante fiel de todo el desarrollo que

ha tenido en los últimos años el análisis económico del derecho. En efecto, Posner es identificado con la corriente más fuerte, radical y conservadora dentro del análisis económico del derecho, en contraposición con una más moderada, donde se sitúan autores como G. Calabresi, M. Polinsky, R. Cooter o B. Ackerman, aunque este último reconoce no pertenecer a esta escuela.

Dentro de sus últimos libros, destaca la segunda edición de su clásica introducción al derecho de la competencia, *Antitrust Law*, cuya recensión presentamos a continuación.

En su primera edición de *Antitrust Law. An Economic Perspective* (1976), Richard Posner introdujo una novedosa perspectiva en el derecho de la competencia, incorporando en su estudio y aproximación los principios de la economía. En efecto, el libro de Posner transformó el derecho de la competencia en un conjunto de principios económicos que deben inspirar la legislación de libre competencia, lo que hace necesaria y oportuna su revisión, toda vez que Chile está enfrentando un proceso de implementación de una nueva legislación e institucionalidad en esta materia.

Con esta segunda edición, el juez Posner pone al día y amplía su aproximación a los nuevos desarrollos económicos y legales que atraen la atención del derecho de la competencia.

Así, comienza su libro con una revisión –en términos comprensibles para lectores sin una formación económica previa, como el mismo advierte– de la teoría económica del monopolio, resaltando sus costos y beneficios y reconociendo que el monopolio, pero no

en todas las circunstancias, reduce la eficiencia económica.

Por su parte, en el capítulo 2 de su libro, realiza una completa revisión de la doctrina y el derecho de la competencia estadounidense, la cual comienza con la *Sherman Act* e ilustra con una serie de cuadros estadísticos sobre el número de casos que se han llevado ante el Departamento de Justicia, así como las características de las sanciones que se han impuesto desde 1890 hasta la fecha.

Luego de revisar lo anterior, continúa llevando al lector por un vasto viaje por los principales pasajes del derecho de la competencia: fijación de precios, fusiones, intercambio de información entre competidores, restricciones verticales, y algunas otras prácticas anticompetitivas, como los precios predatorios, abuso de posición dominante y boicot, entre otras.

La descripción que hace de las prácticas anticompetitivas desde una perspectiva económica se complementa con una reseña de importantes casos de la jurisprudencia norteamericana en esta materia.

Ahora bien, el impacto que tuvo su primera edición de *Antitrust Law*, difiere sustancialmente de lo que produce esta nueva edición, toda vez que el lenguaje económico que ocupó para estudiar las cuestiones relativas a la libre competencia es un lenguaje compartido, por lo que el especial valor de esta segunda edición se encuentra en su actualización a partir de cuatro progresos introducidos (o revitalizados) por la Escuela PosChicago, a saber:

- (1) la aplicación de la teoría de juego,
- (2) la teoría de los *raising rivals' costs*,

- (3) el estudio de los efectos competitivos unilaterales de fusiones horizontales y

- (4) las nuevas perspectivas sobre barreras de entrada.

No sólo la revisión de estos nuevos aportes teóricos al estudio de la libre competencia constituye una contribución relevante del trabajo del juez Posner sino, también, el análisis que hace de las importantes interrogantes que ha planteado el desarrollo de la llamada “nueva economía” al derecho de la competencia. En relación con esto, dedica un capítulo completo a analizar los efectos de la “nueva economía” en el derecho de competencia, constituyéndolo en una novedad respecto de su primera edición. Así, el capítulo octavo de esta segunda edición aborda las prácticas de exclusión que se presentan en la “nueva economía”, centrandó su atención en tres industrias principales: la del *software*, la de provisión de servicios de internet y aquella que proporciona el equipamiento y los servicios de comunicaciones que sirven de soporte para las dos primeras.

Además del estudio de los efectos de la “nueva economía”, presenta tres ideas ambiciosas para mejorar la administración y la aplicación del derecho de la competencia, como son:

- (1) la simplificación del marco institucional,
- (2) el ajuste de los remedios y recursos disponibles para las conductas atentatorias a la libre competencia, y
- (3) el límite que debe existir a los posibles juicios que se pretendan seguir en esta materia.

En definitiva, el texto de Posner es una de las mejores y más lúcidas introducciones al derecho de la competencia, la que combina el desarrollo teórico de la ciencia económica con los avances del derecho en esta materia y cuya lectura aparece necesaria en momentos como los actuales donde el diseño institucional en materia de libre competencia esta cambiando como en el caso de Chile. Con esta reforma –y especialmente con la incorporación del nuevo Tribunal de Defensa de la Competencia– es posible esperar que aumente la rapidez y calidad de los pronunciamientos en materias de competencia, cuestión fundamental para el funcionamiento de la economía, donde los avances teóricos y la complejidad creciente de las relaciones comerciales irán planteando nuevos desafíos a los organismos encargados de defender la competencia. Es por ello, entonces, que leer a Posner pueda ayudarnos a avanzar en nuestro diseño institucional y contribuir a definir con claridad y precisión técnica los principios sobre los cuales se sustenta el derecho de la competencia chilena.

Como afirma Posner, “el derecho de la competencia está aquí para que- darse”,

“y la pregunta práctica es cómo administrar mejor el sistema de libre competencia más racional, más precisamente, de modo más expedito, más eficientemente”.

Ésta es la invitación que hace Richard Posner, invitación que la formula con un estilo claro, brillante, preciso y agudo, toda vez que su lectura,

más allá de ilustrarnos en una forma magnífica y directa, ausente de falsa densidad, acerca de las cuestiones técnicas y complejas que envuelve el derecho de la competencia, nos permite gozar de la pluma de un gran escritor.

Javier Barrientos Grandon, *Curso de historia del derecho*, Santiago, Lexis-nexis, 2003.

En uno de sus ensayos, Montaigne – uno de los primeros escritores con conciencia absoluta de su individualidad y, por tanto, uno de los primeros escritores modernos– sostiene que, entre todos los libros, prefiere los de historia. El hombre y la mujer, cuyo conocimiento persigo, dice Montaigne, aparecen en los libros de historia más reales y más enteros que en ningún otro género, en ellos se exhibe la diversidad y la verdad de sus cualidades internas, la variedad de sus medios y los accidentes que les amenazan. Casi cien años después, en los inicios del siglo XVIII, Vico sugirió que en la historia podía ser alcanzada la verdad porque la historia, a fin de cuentas, la hacemos quienes la narramos.

¿De dónde proviene esa fascinación casi hipnótica por la historia, esa tendencia, casi perversa, a asistir una vez más a lo que, para bien o para mal, ya ha ocurrido de manera irremediable? ¿Por qué, como lo hace el profesor Javier Barrientos, cuyo libro comentamos, nos preocupamos, por ejemplo, por la historia del derecho, por descubrir los íntimos meandros de la evolución institucional?

Lo que ocurre es que la historia no consiste, como solemos creer, en una fascinación por el pasado, en una obsesión, a fin de cuentas inútil, por lo que fue, sino que, cosa distinta, la historia consiste en una fascinación por el presente, por lo que somos, por lo que hemos llegado a ser. De ahí proviene, quizá, esa extraña necesidad que nos asiste a los hombres y las mujeres de contar o de narrar lo que nos ha pasado. Al contar, al intentar explicarlo a otro, logramos finalmente comprenderlo, integrarlo a nuestro conjunto de significaciones; después de eso, claro está, ya no somos los mismos de antes: cuando contamos lo que nos ha ocurrido, cuando narramos lo que vivimos, cuando hemos logrado interpretarlo, logramos, finalmente, incorporarlo sin violencia a lo que somos y después de eso somos distintos. La historia, al igual que una confianza, es, pues, una forma de terapia, una especie de cura por la palabra que nos permite incorporar a nuestro conjunto de significaciones aquello que, en un principio, carecía de todo sentido y parecía, en cambio, una ruptura. Lo que pasó –y que mediante la palabra y la memoria intentamos recuperar– nunca vuelve de la forma en que originalmente lo vivimos: el recuerdo está, a fin de cuentas, infectado por lo que somos hoy día y, por eso, no es posible recordar los hechos con la distancia absurda de quien cree, simplemente, reconstruirlos; la verdad es, en cambio, que al recordarlos los construimos, los hacemos de nuevo, y, por esa vía, alcanzamos, incluso tímidamente, una nueva identidad. Por eso la historia tiene algo de esa revista que Buñuel le daba a leer a su madre

desmemoriada: siempre nos sorprende como si la leyéramos por primera vez.

De todos los aspectos que posee la historia, entonces, sin duda el más sorprendente es su contemporaneidad. Al contrario de lo que nos gusta creer, la historia no se refiere, en verdad, a lo que ya pasó y que hemos dejado atrás definitivamente, sino, por el contrario, la historia se refiere a lo que está ocurriendo y que nos acompaña como si fuera una sombra. Esto es lo que Habermas, en un ensayo reciente, ha denominado la relación entre la autocomprensión política, por una parte, y la conciencia histórica, por la otra, la relación entre el modo en que nos concebimos hoy día como comunidad y el modo en que comprendemos nuestro pasado: a fin de cuentas, sugiere Habermas, lo que somos hoy día, el modo o manera en que nos concibamos como comunidad política, determina, hasta cierto punto, nuestra conciencia histórica, motivo por el cual, sugiere el propio Habermas, la historia hoy día tiene un auditorio doble, dos tipos de interlocutores, a saber: el gremio de los historiadores, que juzgarán cuán adecuadas al sistema de fuentes son nuestras averiguaciones, y el público general, que juzgará, por su parte, cuánta justicia hace nuestra reconstrucción del pasado a los actuales ideales, a la comprensión que tenemos hoy día de nosotros mismos.

Sobre todo, y en especial en lo que respecta al derecho y a su historia, se trata de la actual comprensión que tenemos de nosotros mismos; porque, como lo sugiere en esta obra el profesor Javier Barrientos, siguiendo alguna idea de Bourdieu, el derecho equi-

vale a un campo de creación cultural que es indiscernible de la creación de universos simbólicos que nos sitúan en el mundo y que distribuyen a los seres humanos en la escala invisible del prestigio y del poder y que, en vez de considerar a la realidad humana como un dato preexistente que persiste incólume a las instituciones, crea esa misma realidad, la modela y la erige para que nos acompañe como si fuera una sombra. No hay nada, entonces, de anacrónico en la historia y la imagen del historiador como un sujeto enamorado de telarañas, vuelto hacia el pasado, buscando obsolescencias, es una imagen que a algunos historiadores les gusta cultivar, es cierto; pero se trata de una imagen a fin de cuentas falsa, y el observador que, por descuido o inadvertencia, se la toma en serio, incurre en una simple ignorancia que confunde, por decirlo así, las obsesiones del anticuario o las del coleccionista de rarezas, con las preocupaciones intelectuales del historiador.

Confundir las obsesiones del anticuario con las preocupaciones intelectuales del historiador, no tendría, claro está, nada de malo si se tratara, simplemente, de una ignorancia más, una de esas formas del error a las que debiéramos estar ya acostumbrados. Pero cuando, haciendo pie en esa ignorancia, se pretende que la historia, y en particular la historia del derecho, es una disciplina prescindible, una preocupación secundaria en la formación del abogado, que debiera dejar libre el campo a otras disciplinas que se suponen más urgentes y más vinculadas, como suele decirse hoy día, al perfil de la profesión, se está in-

curriendo en un exceso que podría causar daño a la enseñanza del derecho en Chile. Porque saber derecho como cosa distinta, desde luego, de conocer norma y de ser capaz de hacer malabarismo con ellas supone estar provisto de la capacidad de comprender la íntima continuidad que existe entre las actuales reglas vigentes en el ordenamiento y un conjunto de instituciones que, poco a poco, evolucionaron en el tiempo, acomodándose a la circunstancia y a las demandas de hombres y mujeres. Si hay un fondo de verdad en el conservadurismo, sin duda debe ser éste: que las instituciones que se han modelado lentamente con el transcurso de los años y del tiempo, son portadoras de un lento aprendizaje de ensayos y de errores que ninguna voluntad deliberada podría, con ventaja, sustituir.

Pero la historia del derecho no sólo tiene la función, nada despreciable, a decir verdad, de revelarnos las verdades intelectuales del conservadurismo (contribuyendo así, de paso, a una visión más ajustada de nuestra propia comunidad política) sino que, todavía, y cuando se trata de eso que se ha llamado la Escuela Chilena de Historia del Derecho y de la cual el profesor Javier Barrientos es uno de los más notables y brillantes expositores -tiene todavía la virtud de despejar un conjunto de opiniones que, con la porfía del lugar común, se han instalado en la cultura jurídica chilena impidiéndole comprenderse a sí misma. La más generalizada de esas opiniones es la de que en el origen del derecho nacional existe una ruptura, más que una continuidad con el pasado indiano.

Seguramente como un resultado de una orientación más libresca y ensayística que genuinamente historiográfica, una orientación que se deja hechizar unilateralmente por los actuales ideales de la comunidad política, una parte de quienes enseñan, o han enseñado, historia del derecho en Chile, han sugerido que el derecho chileno, tanto en el ámbito público como privado, se erige desde una ruptura radical con el pasado, como si la revolución de la independencia fuera una revolución política en el sentido de Hanna Arendt, es decir, como si fuera un intento de comenzar *ex nihilo* las bases de un nuevo orden social. El acento en los ideales de la codificación, por ejemplo, es una muestra de ello, como cuando se trata a Andrés Bello como si fuera un reformador social que confiaba ciegamente en la voluntad centralizada del Estado, y no, como fue, y como sugirió Góngora alguna vez, un intelectual más bien ideológico, consciente que ninguna institución jurídica o social podía erigirse desde la mera voluntad. Ver al derecho, en suma, como inevitablemente atado al ideal republicano, en vez de apreciar en él a una institución antiquísima, evolutiva, que debajo de los cambios de poder y de los regímenes políticos sigue evolucionando con una continuidad que abrumba y a la que es imprescindible ponerle atención, puede halagar nuestra actual conciencia política, pero puede, al mismo tiempo, hacernos cometer errores de envergadura. Porque sólo si le ponemos atención advertiremos, me parece a mí, que en nuestra cultura judicial, por ejemplo, hay más continuidad con el Estado prorrepblicano, con

eso que se llama derecho indiano, que con los ideales que inflamaron la imaginación de las elites independentistas del diecinueve y si comprendemos eso, creo yo, podremos dar todavía un paso más, consistente en apreciar alguna de las virtudes de que esas antiguas instituciones, junto con sus defectos, es cierto, son también portadoras.

El profesor Javier Barrientos con el libro que ahora comento –pero también en otros que le han precedido y que, sin duda, le seguirán– ha hecho aportes imprescindibles para una mejor comprensión histórica de nuestras instituciones en la línea que vengo señalando, contribuyendo tanto a despejar la idea que la historia del derecho es un anacronismo relativamente inútil, como la idea que la historia del derecho es un relato sin fin de los ideales republicanos. A vuelo de pájaro recuerdo aquí sus estudios sobre cultura jurídica chilena y latinoamericana, que nos permiten asomarnos a las ideas y a los libros que, poco a poco, fueron forjando esa trama de ideas y prejuicios que configuraron la conciencia jurídica de las elites de los siglos XVIII y XIX e, indirectamente, nuestra actual cultura legal; sus estudios sobre la relación entre el derecho común y el derecho propio, que permiten asistir con conciencia culta a la formación de las ideas jurídicas que acompañaron más tarde al surgimiento de los estados nacionales; sus monografías sobre fuentes del *Código Civil*; o sus análisis sobre algunas instituciones del derecho civil, como el enriquecimiento injusto o el pago de lo no debido, todos los cuales son una muestra –que, estoy seguro, en pocos años más será pequeña– del trabajo

intelectual del profesor Barrientos. En medio de ese trabajo intelectual, este curso de historia del derecho objeto de esta recensión es una muestra equilibrada de amor a la docencia y, a la vez, de vocación historiográfica, uno de esos gestos intelectuales tan propios de quien reúne en sí, de manera simultánea, la vocación de investigar y de aprender y la compulsión por enseñar y por guiar

a las nueva generaciones; la vocación de asomarse al pasado no para mezclarse con el polvo y la pátina de lo viejo, sino la vocación de asomarse al pasado para así, diría yo, contribuir a que quienes se harán cargo del futuro, es decir, los alumnos, lo hagan con una conciencia más lúcida y más ajustada de lo que inevitablemente son.

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ

Índice de materias

ÍNDICE DE MATERIAS

(LOS NÚMEROS REMITEN A LAS PÁGINAS RESPECTIVAS)

- Accidente, 307
- Acciones, 223
 - Reivindicatoria, 283
- Alimentos, 269, 272
 - Usufructo, 272
- Anestesista, 192
- Arbitraje, 209, 211
- Autonomía, 140
- Arrendamiento, 323
 - Desahucio, 324
- Bilateralidad de la audiencia, 210
- Bienes, 269
- Buena fe, 120-121, 213, 268
- Casación, 301
 - Ultrapetita, 304
- Causalidad, 256
- Cláusulas abusivas, 109
 - Contractual, 246
 - Definición, 121
 - Penal, 246
 - Radiales, 291
- Regulación, 120
- Clínica, 195, 200, 259
- Comercio
- Marítimo, 209
- Competencia, 291
- Comunidad, 159
 - De bienes, 158
- Concubinato, véase uniones de hecho
- Conciliación, 309-311
- Constitución, 149
- Consumidor, 126
- Costos de transacción, 113, 116
- Contrato
 - Arrendamiento, 323
 - Compraventa, 266, 309-310
 - Contrato por adhesión, 109
 - Características, 111
 - Justificación, 112
 - Contrato típico, 113
 - Especiales, 265
 - Hotelería, 261
- Promesa, 245
 - Transacción, 309-311
- Cosas, 269
 - Apropiables, 269-270
- Inapropiables, 269
- Comerciables, 271
- Cuenta corriente, 159
- Culpa, 188, 251
 - Anónima, 254, 262
- Cúmulo, véase responsabilidad
- Curatela, 320
- Daño, 307-308
 - Lucro cesante, 307-308
 - Daño moral, 308
- Demarcación, 283
- Derecho
 - Alimentos, 272
 - Comparado, 230
 - Competencia, 291
- Marítimo, 210, 212
 - Real, 269
 - A la identidad, 285
- Directiva, 120
- Discapacidad, 319
- Eficiencia, 143
- Empresa, 115
- Enriquecimiento injusto, 170-176
- Equidad, 220

- Equipo médico, 184, 193
- Error, 267
 - Sustancial, 267
- Escritura pública, 245
- Estipulación a favor de otro, 185
- Familia, 150
 - Extramatrimonial, 151
- Matrimonial, 151
- Filiación, 285
- Heredero, 245
- Herencia, 315
 - Repudiación, 321
- Indignidad, 320
- Indivisibilidad, 245
 - Convencional, 247
- Información, 126
- Instrumentos, 301
- Interpretación, 218, 226, 248
- Libertad contractual, 140
- Lucro cesante, 307
- Matrimonio
 - Información, 321
 - Manifestación, 321
 - Promesa, 167
- Regímenes económicos, 154
 - Mercado, 135
- Modos de adquirir el dominio, 14, 18, 273
- Monopolio, 122
- Obligaciones, 245
 - De garantía, 267
- Opas, 223
 - Mecanismo, 228
 - Condiciones, 233
 - Control, 234-238
- Pacto, 155
- Pago
 - Indebido, 333
- Posesión
 - Efectiva, 317
- Prescripción, 203, 271, 323
- Propiedad, 228
- Prueba, 215
 - Carga, 304
 - Instrumentos, 303
 - Privados, 304
 - Sana crítica, 291
- Reforma procesal penal, 197
- Reivindicatoria, 285
- Responsabilidad
 - Civil, 245
 - Contractual, 184
 - Concurrencia, 185
 - Cúmulo, 185
 - Del empresario, 249, 305
 - Directa, 259, 307
 - Extracontractual, 167
 - Médica, 181, 259, 304
 - Auxiliar médico, 184
 - Objetiva, 264, 307
 - Penal, 260
 - Por el hecho ajeno, 181
 - Contractual, 187, 202
 - Responsabilidad civil, 167
 - Tercero civilmente responsable, 260
 - Unificación, 203
- Servicio médico legal, 260
- Servidumbre, 283
- Sociedad
 - Tácita, 162
 - Affectio societatis*, 166
- Solidaridad, 189
- Sordomudos, 319
- Testamento
 - Inhabilidad, 320
- Título, 96
 - Error, 278
- Tradicón, 11 y ss., 273, 309
 - Consentimiento, 41
 - Capacidad, 47, 105
 - Cosas, 63
 - Incomerciables, 63
 - Incorporales, 33, 64, 65
 - Entrega, 67
 - Error, 48-55, 104, 278
 - Definición, 19, 59
 - Entrega, 19
 - Intención, 23, 24
 - Mandatario, 42
 - Posesoria, 31, 36, 55-59
 - Ratificación, 78
 - Título, 25, 45
 - Validez, 26, 36, 107

Transacción, 309-310
Uniones de hecho, 149
 Convivientes, 160
 Ruptura, 169

Usufructo, 269, 272, 281
Vicios redhibitorios, 265
Víctimas por rebote, 304-305
Vínculo de subordinación, 255

Siglas y abreviaturas

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AC	Aranzadi Civil
ACPA	Anticybersquatting Consumer Protection Act (Ley de protección al consumidor contra la ciberocupación)
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i> (Madrid)
ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
AGB-Gesetz	Ley alemana sobre condiciones generales de la contratación
AMCHAM	The Chilean American Chamber of Commerce
art.	artículo
arts.	artículos
BGB	<i>Código Civil</i> alemán
BIRPI	Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle
BOCG	<i>Boletín Oficial del Congreso de los Diputados</i>
BOE	<i>Boletín Oficial de Estado</i>
Bull. Civ.	<i>Bulletin civil Cour de Cassation Française</i>
C.	Código
Cas.	Casación
Cas. civ	Casación civil
Cass.civ	Cassation civil
CC.	<i>Código Civil</i>
CCo.	<i>Código de Comercio</i>
C.c.	<i>Código Civil</i>
CcTLDs.	Country Code Top Level Domains (Dominios Internacionales o Territoriales de Nivel Superior)
CCU	Compañía Cervecerías Unidas
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
cfr.	Confróntese
Civ.	Civil

Cod. Iust.	<i>Código de Justiniano</i>
conf.	Confróntese
cons.	Considerando
coord.	Coordinador(a) a veces coordinación
CPC.	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
CVP.	Protección de la Propiedad Industrial
ed.	Edición, a veces editor, editorial
D.	Decreto
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
DNS.	Domain Names System (Sistema de Nombres de Dominio)
DP	Recueil Périodique et critique mensuel Dalloz (años anteriores a 1941)
DPI	Departamento de Propiedad Industrial
DS	Decreto supremo
f.	Fascículo
FM	Fallos del Mes
<i>Gaz. Pal</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>GJ.</i>	<i>Gaceta Jurídica</i> (Santiago de Chile)
GtIs-Mov.	Memorandum of Understanding on the generic top-level domain name of the Internet Domain Name System
gTLDs.	Generic Top Level Domains (Dominios Genéricos de Nivel Superior)
IAHC	International ad Hoc Committe
<i>Ibid. Ibidem</i>	Ahí en ese mismo lugar
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Corporación de Internet para la Asociación de Nombres y Números)
Inc.	inciso
itp.	Interpolado
<i>Inst.</i>	<i>Instituciones</i>
IP.	Internet Protocol
IR	Informations rapides (del Recueil Dalloz)
IRSA	Inversiones y Rentas S.A.
ISP	Proveedores de Servicios de Internet
JC	Jurisprudencia Constitucional
JCP	<i>Juris Classeur Périodique (Semaine juridique)</i>
JUR	Jurisprudencia
n.	nota
Nº	número
NICChile	Network Information Center Chile. Departamento de Ciencias de Computación Universidad de Chile
nr.	número

nrs.	números
OMPI	Organización Mundial para la Propiedad Industrial
OPA	Oferta Pública de Adquisición de Acciones
<i>op. cit.</i>	obra citada
p.	página
PAC	Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda
POC	Policy Oversight Committe
pp.	páginas
pr.	principio-prólogo
<i>RDJ.</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago de Chile</i>
Rec.	recurso
RJ	Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)
S.A.	Sociedad Anónima
sec.	sección
secc.	sección
SOFOFA	Sociedad de Fomento Fabril
<i>somm.</i>	sommaire
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
sTLDs	Special Top Level Domains (Dominios Especiales de Nivel Superior)
t.	tomo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TAPI	Tribunal Arbitral de Propiedad Industrial
TLD	Top Level Domains (Dominios de Nivel Superior)
UDRP	Uniform Dispute Resolution Policy
v.	vuelta
v. gr.	verbigracia

Normas editoriales

NORMAS EDITORIALES

Los colaboradores de la *Revista Chilena de Derecho Privado* recibirán un ejemplar de ella y veinte separatas de su artículo, el cual deberá ser enviado a la Secretaría de Redacción de la revista, y ceñirse a las siguientes normas de redacción:

1. Sólo se publicarán trabajos originales e inéditos. El idioma oficial de la revista es el español. Los artículos que estén escritos en inglés, francés, italiano o portugués se publicarán en español y se consideran inéditos aquellos que ya hayan sido publicados en los anteriores u otros idiomas y se traduzcan por primera vez al español.
2. Los trabajos se remitirán a la Secretaría de Redacción, originales, mecanografiados a interlineado simple, sin espacio entre párrafo y párrafo (o sea, después de punto aparte), con notas a pie de página, todo en tipografía *Times New Roman*, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas, en hoja tamaño carta, y acompañándose del correspondiente disquete, en formato Word.
3. Cada trabajo deberá ir acompañado con un resumen de no más de doscientas palabras.
4. Los artículos indicarán, bajo su título, el nombre del autor y la universidad o institución a la cual pertenezca.
5. En el primer llamado a pie de página el autor señalará la dirección precisa de la universidad, centro de investigación o institución a la cual está incorporado.
6. El cuerpo de los estudios se dividirá en secciones numeradas con romanos con rúbrica centrada y separada del cuerpo de su discurso. Éste podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto (1.), en lo posible no rubricados. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final [a), b), c), etcétera].
7. Las citas siempre se editarán a pie de página. En aquellos casos en que sólo se envíen los originales mecanografiados ellas deberán incluirse correlativamente al final del texto del artículo, para su debida ubicación a pie de página durante la edición.

8. La *revista* incluye una “Tabla de Abreviaturas” a la que podrá adecuarse el autor, aunque podrá presentar la suya propia, haciendo el llamado correspondiente.
9. Las citas de manuales y monografías se hará del modo siguiente: apellido del autor en **VERSALES**, seguido de una coma (,) y el nombre del autor en letras redondas y a continuación una coma (,) y luego el título de la obra en *cursivas*; tras ello el lugar, la editorial, fecha de edición y la página (p.) respectiva. Si la obra consta de más de un volumen, se indicará el citado en número arábigo después de la fecha de edición.

Ejemplo: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno*, Santiago de Chile, 1935, vol. IV, p. 234.

10. Las citas de artículos publicados en *revistas*, *misceláneas* o *escritos reunidos* se efectuarán de la siguiente forma: apellido del autor en **VERSALES**, seguido de una coma (,) y del nombre del autor en letras redondas; tras ello el título del estudio entre comillas (“ ”) y la palabra en seguida del título de la revista o publicación en *cursiva*, indicación del volumen en número arábigo seguido de una coma (,) lugar y fecha de edición y la indicación de la página (p.) o páginas (pp.).

Ejemplo: REMY, Phillippe, “Planiol: un civiliste à la Belle Epoque”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, enero-marzo, 2002, pp. 31-45.

11. Al citar una obra o artículo ya citado se utilizará el siguiente sistema: apellido del autor en **VERSALES** seguido, entre paréntesis , la letra n. (nota) y el número de la nota en la que hubiera citado por primera vez el artículo o trabajo.

Ejemplo: BARROS ERRÁZURUZ (n. 23), p.54.

Se terminó de imprimir
en el mes de diciembre de 2003
en Versión Gráfica
Santiago de Chile

FORMULARIO DE SUSCRIPCIÓN

REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO
FERNANDO FUEYO LANERI

NOMBRE: _____
DIRECCIÓN: _____
COMUNA: _____
CIUDAD: _____ PAÍS: _____
TELÉFONO: _____ FAX: _____
PROFESIÓN: _____
RUT: _____ E- MAIL: _____

TIPO DE SUSCRIPCIÓN

NUEVA RENOVACIÓN 1 AÑO 2 AÑOS

Adjuntar cheque cruzado a nombre de Universidad Diego Portales por la suma de \$ _____ por _____ suscripción (es).

TIPO DE DOCUMENTO

BOLETA FACTURA

SUSCRIPCIÓN	1 AÑO (2 REVISTAS)	2 AÑOS (4 REVISTAS)
Nacional	\$ 30.000	\$ 50.000
Estudiantes	\$ 15.000	_____
América*	US\$ 95	US\$ 125
Europa y otros*	US\$ 125	US\$ 155

* Incluye gastos de envío.

