





***Revista Chilena de Derecho Privado***  
***Fernando Fueyo Laneri***

N° 5 - 2005

***Revista Chilena de Derecho Privado***  
***Fernando Fueyo Laneri***

DIRECTOR

***Carlos Pizarro Wilson***  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales  
Instructor Universidad de Chile

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 y de Chile

Gonzalo Figueroa Yáñez  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad de Chile y Diego Portales

José Ramón de Verda y Beamonte  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad de Valencia

Christian Larroumet  
Profesor de Derecho Civil  
Université Panthéon-Assas (Paris II)

EDITOR

***Marcelo Rojas Vásquez***

Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri  
Ejército 333, segundo piso. Santiago de Chile  
teléfono: 6762640; Fax: 6762641  
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

REVISTA CHILENA  
DE DERECHO  
PRIVADO

N° 5 - 2005

ISSN 0718-0233

FERNANDO FUEYO LANERI

ARTÍCULOS

Contratos por adhesión: una mirada al caso estadounidense *por Iñigo de la Maza Gazmuri* 9

La resolución de los contratos en el Derecho colombiano *por Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios* 43

Notas sobre el deber de minimizar el daño *por Ramón Domínguez Á.* 73

OPINIÓN PROFESIONAL

Informe en Derecho sobre contrato de almacenamiento de hidrocarburos *por Jorge López Santa-María* 99

Informe en Derecho sobre el interés asegurable. Su relevancia en el seguro *por Osvaldo Contreras Strauch* 119

Un problema de divorcio en materia de Derecho Internacional Privado *por Carlos Pizarro Wilson* 157

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Obligaciones y Responsabilidad civil *por Alejandra Aguad D. y Carlos Pizarro Wilson* 167

Contratos especiales *por Iñigo de la Maza Gazmuri* 179

De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce *por Javier Barrientos Grandon* 193

Derecho de la competencia *por Rafael Mery Nieto* 227

RESÚMENES DE JURISPRUDENCIA 237

ACTUALIDAD LEGISLATIVA 253

RECENSIONES 281

ÍNDICE DE MATERIAS 289

ÍNDICE DE AUTORES 295

SIGLAS Y ABREVIATURAS 301

NORMAS EDITORIALES 307



fundaciónfueyo





# Doctrina







## CONTRATOS POR ADHESIÓN: UNA MIRADA AL CASO ESTADOUNIDENSE\*

*Iñigo de la Maza Gazmuri\*\**

*The concept of adhesion contracts introduces the serpent  
of uncertainty into the Eden of contract enforcement.*

Klos v. Lot Polish Airlines,  
133 F. 3d 164, 168  
(2d Cir. 1997)

### RESUMEN

En las líneas siguientes se explora el tratamiento que han recibido los contratos por adhesión en el Derecho estadounidense. Con este objetivo se examinan, en primer lugar, la nomenclatura, indagando las semejanzas entre los contratos por adhesión del mundo europeo continental y los SFC del mundo anglosajón. En segundo lugar, se revisan algunos de los aportes doctrinarios más relevantes sobre la materia en los Estados Unidos, que contribuyen a comprender la fisonomía del problema. Finalmente, se exponen las principales doctrinas que han utilizado los tribunales estadounidenses para enfrentar el caso de los contratos por adhesión que, como en el caso continental, se enderezan como una defensa de los adherente frente a los abusos de quienes ofrecen este tipo de contratos frente a aquellos que adhieren.

9

### ABSTRACT

In the following lines is explored the treatment received by the adhesion contracts in the American Law. Towards this objective is examined, in the first place, the nomenclature, investigating the similarities among the adhesion contracts of the continental European world and the standard form contracts of the Anglo Saxon world. In second place are reviewed some of the more relevant doctrinarian contributions on the subject within the United States, which contribute to understand the physiognomy of the problem. Finally, in the third place are exposed the main doctrines that have been used by

---

\* Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT N° 1050882 sobre “la eficacia del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión en el ordenamiento jurídico chileno.

\*\* Profesor investigador, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

American Courts to confront the case of the adhesion contracts which, as in the continental case, are straightened as a defence of the adherents in front of the injustice of those that offer this type of contract in front of those that adhere.

## INTRODUCCIÓN

Hasta donde llegan mis noticias, el sino de los contratos por adhesión en sede jurídica ha sido más o menos el mismo en todas partes. Por un lado, aunque se trata de una forma de contratación diversa al modelo clásico del contrato, ha sido reconocida por los diversos ordenamientos jurídicos. Por otro, sin embargo, y como producto de algunas de las diferencias que los alejan de la comprensión clásica del contrato, se han visto sujetos a limitaciones que suelen resultar extrañas en el caso de los contratos libremente negociados. El caso estadounidense no constituye una excepción a lo anterior. La reflexión doctrinaria sobre el fenómeno, empero, resulta peculiar respecto de la reflexión en el mundo apegado a la tradición del Derecho continental.

10 Comienzo deteniéndome –aunque brevemente– en la nomenclatura. En el mundo continental el nombre de esta forma de contratación es: contratos por adhesión; en el caso estadounidense la expresión más utilizada es *standard form contracts*, sin embargo, intentaré mostrar cómo ambas expresiones se utilizan frecuentemente para designar la misma institución.

A continuación, me detengo sobre una relación de algunos desarrollos doctrinarios que, en mi opinión, ayudan a comprender la fisonomía del fenómeno en el caso estadounidense.

Finalmente, me ocupo de las principales doctrinas que han utilizado los tribunales para enfrenar el caso de los contratos por adhesión que, como en el caso continental, se enderezan como una defensa de los adherentes en relación con los abusos de quienes ofrecen este tipo de contratos frente a aquellos que adhieren. A propósito de ellas, examino su regulación e intento ilustrar su funcionamiento con un par de casos por cada una de ellas.

Antes de comenzar, dos advertencias resultarán ventajosas al lector. La primera de ellas es que éste es un trabajo de difusión que debería resultar útil para quien ignora el tratamiento que recibe este fenómeno en el caso estadounidense; pero que no prestará un gran servicio a quien ya lo conoce. La segunda es que el título “una mirada” pretende indicar que no se trata de una exposición exhaustiva del fenómeno –que excedería con generosidad las posibilidades de un estudio como éste y, probablemente, las de su autor– sino que respecto de cada apartado se trata de una “muestra” que debería permitir al lector formarse una primera impresión respecto del fenómeno que le resulte útil para entenderlo; de manera que quedo conforme –y creo que así sucede– si la muestra no es arbitraria, o no demasiado arbitraria al menos.

### 1. *STANDARD FORM CONTRACTS* Y CONTRATOS POR ADHESIÓN

En el caso estadounidense lo más común para designar lo que el Derecho continental señala como contrato por adhesión es SFC, es decir, contratos ofrecidos a través de formatos impresos. No obstante, es frecuente que se utilicen ambas expresiones indistintamente<sup>1</sup>. Luego, la expresión puede ser utilizada para referirse a contratos que se ofrecen como un tómelo o déjelo –*Take it or leave it basis*– y respecto de los cuales el adherente no tiene otra alternativa razonable que no sea aceptar<sup>2</sup>. Por último, se ha empleado la expresión para designar una especie de SFC que reúne las siguientes características:

1. Son presentados al público en formatos impresos estandarizados –*standard printed forms*–;
2. Se ofrecen como un “tómelo o déjelo” y
3. Los adherentes carecen de la oportunidad de negociar los términos debido a las diferencias entre el poder negocial –*bargaining power*– entre éstos y quienes ofrecen el contrato<sup>3</sup>.

En general, la literatura que examino en la siguiente sección refiere a este tercer uso de la expresión y se enfoca a los casos en que el adherente es una empresa o proveedor, y el adherente un consumidor. La razón de lo anterior es que, como examino más adelante, los tribunales por lo general le dan al SFC un tratamiento distinto al del contrato libremente negociado cuando satisface los requisitos del contrato por adhesión en este tercer sentido.

11

## 2. LA MIRADA DE LA DOCTRINA

### a) *Algunas consideraciones preliminares*

Una primera consideración sobre la cual conviene detenerse, es precisamente respecto de la doctrina. De los múltiples usos que se le da a la expresión, aquí la utilizo simplemente para referirme a un grupo de autores que ha reflexionado sobre un fenómeno jurídico –los contratos de adhesión–, aunque de una

<sup>1</sup> Vide David SLAWSON, *Binding Promises The Late 20<sup>th</sup>-Century Reformation of Contract Law*, Ebook, p. 56.

<sup>2</sup> *Ibid*, se puede ejemplificar con el caso de los contratos de suministro eléctrico.

<sup>3</sup> Esta caracterización está tomada de *Rudbart v. North Jersey District Water Supply Commn*, 127 N.J. 34, 352 (1992) donde la Corte Suprema de New Jersey declaró que: “the essential nature of a contract of adhesion is that it is presented on a take it or leave it basis, commonly in standardized printed form, without opportunity for the ‘adhering’ party to negotiate except for a few particulars”.

forma menos homogénea que la que generalmente caracteriza a la doctrina en el Derecho continental<sup>4</sup>.

Advertido lo anterior, lo segundo que me interesa considerar es la elección de los autores que agrupo bajo el rótulo de la doctrina. Desde luego, no se trata de una investigación exhaustiva acerca de todos –o la mayoría de– los autores que han escrito en Estados Unidos sobre contratos por adhesión. Me ha interesado, en cambio, detenerme sobre autores que, o son canónicos en el tema –es el caso, por ejemplo, de Llewellyn, Kessler o Slawson–, o que han introducido enfoques que ayudan a comprender con más precisión el caso de los contratos por adhesión –allí estarían Schwartz, Wilde y Korobkin–, y que ilustran la pluralidad de enfoques que caracteriza actualmente la reflexión dogmática estadounidense.

Una tercera consideración respecto al tratamiento de estos autores, no se trata de un examen sistemático de sus obras, sino, más bien, de algunos de sus trabajos que, en mi opinión, resultan útiles para comprender sus puntos de vista. En el caso de cada uno de los autores, intento describir sintéticamente su mirada respecto al fenómeno y, luego, de forma breve, evaluarla.

### ***b) Los autores***

Introduciendo el concepto

12

Aunque el mundo del *common law* conoció tempranamente este tipo de contratos<sup>5</sup>, el uso de la expresión ‘contrato por adhesión’ parece haber sido introducida en 1917 por Edwin Patterson en un artículo académico sobre contratos de seguros donde sostuvo que en ese tipo de acuerdos la libertad contractual era extremadamente infrecuente<sup>6</sup>. Citando a Demogue, Patterson concluyó que los seguros de vida eran contratos por adhesión<sup>7</sup>. A partir de allí, la expresión ha sido frecuentemente utilizada por la doctrina, así, por ejemplo, Llewellyn y Kessler<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Utilizo la expresión ‘homogénea’ para denotar que en el caso europeo, al menos lo que caracteriza el trabajo de la doctrina es el apego a un cierto método: el dogmático. En el caso estadounidense, en cambio, la doctrina –*legal scholarship*– no precisa –y frecuentemente no lo hace– el apego al método dogmático. *Vide* JESTAZ, Philippe y JAMIN, Cristophe, *La Doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

<sup>5</sup> *Vide* John BURKE, “Reinventing Contract” en *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 10, N° 2, 2003, disponible en <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n2/burke102.html>, visitado el 28 de julio de 2005.

<sup>6</sup> “The Delibery of a Life Insurance Policy”, 33, en *Harv. L. Rev.*, 198, 1919. La curiosidad académica sobre este tipo de negocios había comenzado un par de años antes con un trabajo de Nathan Isaacs controvirtiendo la idea de *sir* Henry Maine, según la cual las sociedades modernas se caracterizaban por un tránsito desde el estatus al contrato, *vide* “The Standardization of Contracts”, 27 *Yale L.J.*, 34, 1917.

<sup>7</sup> (n. 5), p. 22.

<sup>8</sup> Para las citas correspondientes *vide* BURKE (n. 5), p. 73

Karl Llewellyn:  
una primera proposición<sup>9</sup>

Un análisis legal tendría que esperar aún un par de décadas, hasta 1939. El primer académico que se preocupó de la regulación de los contratos por adhesión fue Karl Llewellyn. Su principal idea a este respecto gira en torno a la aceptación –*consent*– del adherente. Sobre lo anterior, sugiere que en el caso de este tipo de negocios existe aceptación específica del adherente únicamente respecto de algunas pocas cláusulas del contrato que han sido negociadas y sobre los contornos más generales del negocio. Respecto del resto del contenido prescriptivo del negocio existe únicamente lo que este autor denomina un *blanket consent*, es decir, una aceptación no específica, sino amplia y vaga que recae sobre los demás términos del contrato en la medida que sean razonables y decentes. En palabras del autor:

“La respuesta, en mi opinión, es ésta: en vez de pensar en ‘aceptación’ a las cláusulas de un contrato impreso, si se trata de una aceptación específica, en este caso simplemente no existe aceptación. Lo que en verdad se ha aceptado específicamente son unas pocas cláusulas negociadas y, en general, la fisonomía de la transacción. Y una cosa más. Esa cosa más es una aceptación presunta y en términos amplios (no específica) respecto de todas las cláusulas razonables y no indecentes que el vendedor haya podido introducir en la forma impresa, que no altere o traicione el significado razonable de las cláusulas negociadas”<sup>10</sup>.

Para explicar esta idea recurre a la analogía de un cheque en blanco, sugiriendo que aquella parte del contrato sobre la cual se prestó esta aceptación no específica equivaldría a que el adherente le entregara al oferente del contrato un cheque en blanco, con la convicción de que ese cheque sólo será utilizado para fines correctos. De allí, entonces, la obligación del oferente de comportarse con decencia y rectitud. Dicho de otra manera, más allá de los términos efectivamente negociados, el adherente sólo entrega su consentimiento entendido

<sup>9</sup> En la relación de las ideas de Llewellyn sigo a RAKOFF, Tod, “Contracts of Adhesion”, en 96 *Harv. L. Rev.* 1173, 1983, pp. 1.198-1.207 y SLAWSON, David, “The New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms”, en 46 *U. Pitt. L. Rev.* 21, 1984, pp. 32-37.

<sup>10</sup> La traducción es mía, el texto original, citado en SLAWSON (n. 9), p. 33 es el siguiente: “The answer, I suggest, is this: Instead of thinking about ‘assent’ to boilerplate clauses, we can recognize that so far as concerns the specific, there is no assent at all. What has in fact been assented to, specifically, are the few dickered terms, and the broad type of the transaction, and but one thing more. That one thing more is a blanket assent (not a specific assent) to any not unreasonable or indecent terms the seller may have on his form, which do not alter or eviscerate the reasonable meaning of the dickered terms”.

en esta forma no tradicional y vaga que, en verdad, importaría algo así como un mandato para el adherente de redactar términos que se conformen a las expectativas que un consumidor razonable albergaría respecto de un contrato de ese tipo<sup>11</sup>.

Pensaba que dentro de los términos no negociados existían aquellos que resultaban razonables y útiles para las partes en la medida que reflejaban el mayor conocimiento del redactor respecto de las peculiaridades del negocio en su calidad de experto y otros que únicamente reflejaban la promoción del interés de la parte que había diseñado el contrato. De allí, entonces, que considerara que un juez suficientemente entrenado, poniendo atención al trasfondo de las prácticas comerciales al interior de las cuales se encontraba el contrato, sería capaz de distinguir unas de otras, dejando subsistir las primeras y eliminando las segundas<sup>12</sup>.

14

Sus opiniones resultaron extremadamente influyentes tanto para los tribunales como para otros comentaristas e, incluso, algunas de ellas pasaron al artículo 2 del *Uniform Commercial Code*<sup>13</sup>. Se trata, sin embargo, de ideas que han suscitado una serie de críticas. Entre ellas, respecto de la forma que toma el consentimiento en este tipo de negocios, Slawson ha sugerido que se equivoca en el hecho de que existan términos negociados directamente, en general no los hay<sup>14</sup>. En relación con los demás términos, aquellos sobre los cuales existiría un *blanket assent*, Slawson sugiere que el término no capta correctamente las expectativas de los consumidores. No se trataría de un cheque en blanco donde la única expectativa sea la de ser tratado con corrección; existirían otras expectativas –las creadas por el oferente a través de la publicidad o, bien, las determinadas por el uso anterior del producto o servicio o las creadas por la comprensión normal de las palabras a través de las cuales se describe, que deben ser respetadas por el oferente al redactar el contrato<sup>15</sup>. Otra línea de críticas, de la mano de Rakoff esta vez, enfatiza la incompreensión por parte de Llewellyn de dos problemas. El primero hace referencia a la confianza del adherente, porque del hecho que un adherente confíe en el oferente no se sigue siempre que el Derecho deba proteger esa confianza<sup>16</sup>. El segundo que advierte Rakoff radica en la idea de Llewellyn según la cual los redactores de los

---

<sup>11</sup> Durante esta sección utilizo frecuentemente la expresión “expectativas razonables”. La explico, sin embargo, en la próxima, a propósito de los mecanismos que han utilizado los tribunales estadounidenses para lidiar con los contratos por adhesión.

<sup>12</sup> *Vide* cita de Llewellyn en RAKOFF (n. 9), p. 1.203.

<sup>13</sup> Vuelvo sobre esto en la sección siguiente.

<sup>14</sup> (n. 9), p. 36.

<sup>15</sup> (n. 9), pp. 34 y 35.

<sup>16</sup> (n. 9), p. 1.201. Un razonamiento similar podría hacerse en el caso chileno respecto, por ejemplo, del dolo bueno.

contratos depositarían en ellos parte de su “sabiduría” en la forma del negocio en el contenido del contrato. La crítica es que aun cuando es posible que quien ofrece el producto o servicio tenga esa sabiduría, quien redacta el contrato es, generalmente, un abogado, cuya función es otorgarle la mayor protección a los intereses de su cliente, aunque sea a costo de perjudicar a los adherentes<sup>17</sup>.

Friedrich Kessler:  
las instituciones hacen la diferencia

En un artículo publicado en 1943 sobre la industria de los seguros<sup>18</sup>, enfocó el tema de los contratos por adhesión poniendo su atención en la estructura de las instituciones que distribuían sus productos y servicios a través de contratos por adhesión. En su opinión, lo característico de estas estructuras es que son capaces de imponer el contenido prescriptivo de los acuerdos a los adherentes toda vez que: o la empresa que ofrece el contrato lo hace en condiciones de monopolio o todas las empresas que ofrecen productos o servicios equivalentes lo hacen bajo las mismas condiciones. En este escenario, sugiere que la libertad contractual, que permite a las empresas legislar de una manera autoritaria, resulta contraria a la justificación moral del contrato, la autonomía de las partes. En sus palabras:

“Al proclamar la libertad contractual, las sociedades garantizan que no existirá interferencia al ejercicio del poder de los empresarios para legislar a través del contrato y, más importante que eso, para legislar en una forma sustancialmente autoritaria. Los contratos por adhesión específicamente podrían entonces llegar a transformarse en instrumentos efectivos en las manos de poderosos industriales y grandes señores comerciantes, permitiéndoles imponer un nuevo orden feudal creado por ellos sobre un vasto número de vasallos”<sup>19</sup>.

15

El principal atractivo de su tesis –una más sociológica o económica que jurídica– es que instala en la discusión doctrinaria estadounidense la idea de que al examinar los contratos por adhesión no puede prescindirse de la naturaleza de una de las partes que participan: la empresa que, en su opinión, se encuentra en condiciones inmejorables para abusar del adherente a través de ellos la imposición de términos injustos para éstos. En mi opinión, Kessler tiene razón en poner atención a la naturaleza y condiciones bajo las que opera quien ofrece

---

<sup>17</sup> (n. 9), p. 1.205.

<sup>18</sup> “Contracts of Adhesion: Some Thoughts About Freedom of Contract”, en 43 *Columb. L. Rev.* 629, 1943.

<sup>19</sup> (n. 18), p. 640.



el contrato. Éste es un insumo sin el cual es simplemente imposible entender la situación de los consumidores frente a los proveedores que distribuyen sus bienes o servicios a través de contratos por adhesión. Sin embargo, como ha sugerido Rakoff, Kessler resulta insuficiente en su comprensión de la empresa<sup>20</sup>. Como se ha advertido, desde su mirada el problema es que:

- a) la empresa goza de poder monopólico o
- b) todas las empresas ofrecen los bienes bajo las mismas condiciones.

Sin embargo, buena parte de los ejemplos que utiliza el propio Kessler refieren a contratos de seguros y el mercado de los seguros resultaba suficientemente competitivo como para invalidar sus conclusiones. Por otra parte, suele aceptarse que las empresas utilizan contratos por adhesión y que en ellos incorporan cláusulas abusivas, pero las causas de ambas cosas no quedan explicadas, como mostraré más adelante, por el recuento de Kessler. En resumen, enfoca hacia un objetivo correcto: la empresa, pero la imagen que obtiene de ella es borrosa y prescinde de la situación de los consumidores. Estas dos líneas han ocupado buena parte de las aproximaciones doctrinarias siguientes.

Arthur Leff:

el contrato como una cosa

16

Probablemente su principal contribución haya sido considerar al contrato por adhesión como una “cosa” –*thing*<sup>21</sup>. Lejos de lo obvio que parece, su aporte resulta revolucionario para la comprensión de los contratos en el caso estadounidense, porque lo que sugiere es que bajo ciertas condiciones lo que denominamos contratos por adhesión simplemente no debe ser tratado como contrato. La razón de lo anterior es que en esta especie de negocios no hay negociación, que es lo propio del proceso contractual, sino que se adquiere el contenido prescriptivo del contrato tal y cómo se adquiere la cosa regulada por el contrato. Lo anterior no significa que deba prescindirse de este tipo de modelo de distribución de bienes y servicios. En su opinión la economía de la distribución masiva de bienes y servicios hace que prescindir de él sea “una respuesta comercialmente absurda”<sup>22</sup>. La sugerencia, entonces, es no tratarlos como contratos, sino como cosas.

---

<sup>20</sup> La traducción es mía, el texto original –(n. 9), pp. 1.218-1.219– es el siguiente: “Society, by proclaiming freedom of contract, guarantees that it will not interfere with the exercise of power by enterpriser to legislate by contract and, what is even more important, to legislate in a substantially authoritarian forms. Standard contracts in particular could thus become effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords, enabling them to impose a new feudal order of their own making, upon a vast host of vassals”.

<sup>21</sup> *Vide* LEFF, Arthur, “Contract as Thing”, en 19 *Am.U. L. Rev.* 131, 1970.

<sup>22</sup> LEFF (n. 21), p. 144.



Cuando utiliza la expresión ‘cosa’ está refiriéndose a lo que en castellano denominaríamos producto. En el caso de los productos sugiere que es frecuente que se regule tanto su calidad como su seguridad; en el caso de los contratos por adhesión lo que debería regularse es el contenido. Esta regulación debería provenir de agencias estatales y no de las decisiones judiciales. La razón de lo anterior radica en la desconfianza que tiene de la competencia de los tribunales para llevar adelante esta tarea<sup>23</sup>.

Para el panorama doctrinario estadounidense la mirada de Leff es extremadamente importante, pues desplaza el eje del problema de los contratos por adhesión desde el Derecho Privado al Público. Ya no se trataría de contratos –y, por lo tanto, de Derecho Privado– en que los riesgos son distribuidos entre las partes a través de su acuerdo, sino que se trataría de mecanismos de distribución masiva de bienes y servicios regulados por agencias administrativas, por lo tanto, un tema de Derecho Público. Aun cuando se trata de un giro copernicano en la comprensión de los contratos por adhesión, el problema de las ideas de Leff es que su diagnóstico del problema no se compadece bien con las soluciones que él mismo entrega. Ésta es, al menos, una crítica persistente a su trabajo<sup>24</sup>, según la cual: del diagnóstico que las herramientas comunes del Derecho Contractual no prestan utilidad para enfrentar los problemas de los contratos por adhesión, no se sigue la deseabilidad de la intervención estatal en los términos de Leff. Al respecto, Slawson ha sugerido que si este tipo de negocios carece de estatus contractual, no se advierte por qué deberían regularse sus términos como si fuera un contrato. Respecto a la desconfianza en los tribunales, la segunda crítica es que su intervención resulta inevitable, al menos, para decidir si existe un contrato y cuál es su contenido prescriptivo<sup>25</sup>.

17

David Slawson:  
el control democrático de los contratos por adhesión

Desde su mirada el primer principio de la democracia es que una persona no puede ser gobernada sin haber prestado su consentimiento, y un contrato es una forma de gobierno privado: disciplina coactivamente la conducta de las partes con posterioridad a su perfeccionamiento<sup>26</sup>. En el caso de los contratos por adhesión el consentimiento se presta únicamente en razón de unos pocos términos; en el caso del resto del contenido, la aceptación formal del adherente no justificaría su imposición coactiva, pues, en verdad, no los ha consentido.

<sup>23</sup> *Vide* LEFF (n. 21), pp. 147-157.

<sup>24</sup> *Vide* por ejemplo, SLAWSON (n. 9), p. 38 y RAKOFF (n. 9), p. 1.208.

<sup>25</sup> Ambas críticas en SLAWSON (n. 9), p. 38.

<sup>26</sup> *Vide* David SLAWSON, “Mass Contracts: Lawful Fraud in California”, 48 *Southern California Review* 1, 1974, pp. 11-14.

Se trataría, más bien, de una regulación emitida por el oferente, similar a las regulaciones de algunas agencias estatales, que no son el resultado del proceso democrático<sup>27</sup>. La justificación del carácter coactivo de los contratos por adhesión no sería la aceptación del adherente, sino que el contenido de estos términos se apeguen a las “expectativas razonables” que tenía el adherente según el contexto de la transacción al momento de la celebración del contrato<sup>28</sup>. Aquella parte del contrato que no ha sido expresamente aceptada por el adherente quedaría sujeta a revisión judicial, como sucede en el caso estadounidense con la *judicial review* respecto de otros mecanismos regulatorios que no han sido validados a través de un proceso democrático<sup>29</sup>.

En su opinión, los jueces debieran revisar los contratos por adhesión en la misma forma en que se crean los precedentes en el *common law*<sup>30</sup>, poniendo especial atención a lo que demanda el interés público, entendiendo que allí resulta necesario reconciliar los intereses de quienes ofrecen sus bienes y servicios a través de este tipo de contratos y los adherentes a este tipo de contratos quienes aspiran a que sus expectativas razonables sean satisfechas a través de la celebración del contrato<sup>31</sup>.

18

Como ha sugerido Rakoff –y aceptado Slawson– probablemente la principal crítica a la posición recién expuesta sea el carácter artificioso de la analogía entre los oferentes y las agencias estatales que producen reglas no sujetas al control democrático<sup>32</sup>. Asimismo, como reconoce Slawson, al señalar que aquella parte que no había sido convenida expresamente por las partes, debía ser interpretada a la luz de las expectativas razonables, resultaba necesario avanzar hacia una definición de contrato que lo justificara<sup>33</sup>, y eso es lo que se propone en un artículo posterior al que ya he aludido<sup>34</sup>; donde avanza un paso más hacia una nueva concepción de contrato en la que aconseja desapegarse

<sup>27</sup> *Vide* David SLAWSON, “Standard Form Contracts and the Democratic Control of Lawmaking Power”, en 84 *Harv. L. Rev.* 529, 1971, pp. 533-561.

<sup>28</sup> SLAWSON (n. 27), pp. 539-547. La justificación del uso de las expectativas razonables quedaría determinada porque como sucede con los ciudadanos respecto de las agencias estatales, el usuario le entregaría una especie de mandato a quien redacta el contrato para regular el contenido de la transacción. Aquí resulta evidente el paralelismo con Llewellyn y su cheque en blanco.

<sup>29</sup> SLAWSON (n. 27), pp. 533-534.

<sup>30</sup> En este sentido Slawson piensa que el instrumento que permitirá a los jueces llegar a soluciones adecuadas es lo que denomina *nonauthoritative standards*, es decir, el conjunto de principios y consideraciones de políticas públicas a que se recurre para justificar una determinada regla jurídica en términos democráticos (n. 27), p. 535.

<sup>31</sup> SLAWSON (n. 27), p. 532.

<sup>32</sup> RAKOFF (n. 9), pp. 1.212-1.213; SLAWSON (n. 27), p. 41.

<sup>33</sup> (n. 9), p. 42.

<sup>34</sup> (n. 9).

de la comprensión de un contrato como un acuerdo de voluntades –el viejo sentido del contrato– y considerar que el contenido del contrato “son” las expectativas razonables: el nuevo sentido<sup>35</sup>.

Todd Rakoff:

la reconstrucción del contrato por adhesión

Su contribución a la literatura jurídica de los contratos por adhesión se inscribe, desde mi punto de vista, en la tradición de Kessler, aunque sofisticada y complementada con proposiciones de carácter regulatorio. Se detiene en explicar cuidadosamente las razones del uso de contratos por adhesión, distinguiendo la situación del oferente –la empresa– y del adherente. Por lo que respecta al primero, sugiere que la utilización de contratos por adhesión se explica desde la empresa por dos razones.

- a) permitir a la empresa controlar con más precisión los riesgos involucrados en transacciones masivas con adherentes<sup>36</sup>.
- b) ya no refiere a la relación de la empresa con los consumidores, sino a su funcionamiento interno. Insinúa que la utilización de contratos estandarizados permite a la empresa promover la eficiencia al interior de una estructura organizacional compleja<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> (n. 9), p. 23.

<sup>36</sup> En este sentido, el autor sostiene que. “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 periodos contables y reduce la necesidad de fondos de contingencia”. (n. 9), p. 1.221.

<sup>37</sup> (n. 9). La siguiente cita lo explica: “[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 su-

Desde el punto de vista del adherente, la celebración del contrato obedecería, básicamente, a la imposibilidad de los adherentes de modificar los términos de la transacción y su incapacidad de comparar los diversos contratos por adhesión que ofrece el mercado en busca de mejores condiciones.

Tras un extenso análisis de los argumentos que podrían justificar esta forma de contratación<sup>38</sup>, llega a la conclusión de que en el caso de los contratos por adhesión lo que requiere justificación no son las excepciones a su exigibilidad, sino más bien su exigibilidad. En otras palabras, para él la exigibilidad –*enforceability*– de los contratos por adhesión no debería ser la regla, sino la excepción<sup>39</sup>. Para justificarlo, desarrolla lo que denomina una nueva doctrina. Sugiriendo:

1. que lo determinante no es el poder de mercado del oferente, sino la posición de las partes –una que redacta y la otra que firma–
2. la necesidad de distinguir al interior de un contrato por adhesión aquellos términos visibles de los invisibles<sup>40</sup>.

Por otra parte, para implementar esto sugiere

3. tipificar algunas reglas supletorias con el objetivo de facilitar la tarea de los jueces al reemplazar las cláusulas invisibles.

20

---

perflua mucha de la necesidad de realizar este control interno y evita los costos de la 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 *status* del empleado mejora. Si todos los términos fueran negociables, se requeriría un grado de entrenamiento y habilidad mucho mayor –y, consecuentemente el *status* y las remuneraciones 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”, (n. 9), p. 1.222.

<sup>38</sup> Entre ellos la creación y distribución de riqueza, consideraciones de poder y libertad y preservación de la libertad cívica (n. 9), pp. 1.230-1.243.

<sup>39</sup> (n. 9), p. 1.246.

<sup>40</sup> Para distinguir unos de otros sugiere que son visibles aquellos términos que podrían haber sido aceptados por el adherente de haberlos conocido, el resto son invisibles. Dicho de otra manera, deben ser tratados como visibles aquellos términos que una persona razonable hubiera aceptado (n. 9), p. 1.252. Para intentar acotar la vaguedad de la definición propone que al determinar la visibilidad de los términos debe prestarse atención al tipo de mercado que se esté examinando. Así, por ejemplo, si son dos actores económicos sofisticados quienes negocian, el juez tendrá buenas razones para suponer que la mayoría de los términos eran visibles.

En resumen, su proposición es la siguiente: existiendo cláusulas invisibles éstas adolecen de una presunción de invalidez y es el oferente quien debe acreditar que dichas cláusulas se encuentran suficientemente justificadas al interior del contrato con una justificación diversa del mero interés en obtener ganancias del oferente.

Su texto resulta especialmente sugerente respecto de su explicación del funcionamiento de la empresa como explicación del uso de los contratos por adhesión y, en menor medida, en razón de la posición de los adherentes, pues se limita a exponer las dificultades que experimentan éstos enfrentados a un contrato por adhesión, sin explicar la causa de estas dificultades. En su dimensión normativa, igualmente resulta sugerente la idea de términos visibles e invisibles y la presunción de invalidez de estos últimos, sin embargo, no se preocupa de explicitar cómo podría defenderse el oferente de esta presunción<sup>41</sup>. Una segunda crítica: si bien explica magníficamente la posición de las empresas, prescinde de explicaciones respecto a la situación de los adherentes, y el examen de la posición de los adherentes resulta tan determinante como el de la posición de la empresa para examinar este problema.

Alan Schwartz y Louis Wilde:  
el problema de la información

A diferencia de los autores y trabajos citado hasta ahora, éstos argumentan, en general, a favor de la obligatoriedad de los contratos por adhesión<sup>42</sup>. La segunda peculiaridad de su trabajo, es que que la justificación de buena parte de sus conclusiones reposan sobre el uso de teoría económica en una forma mucho más decidida –y formal<sup>43</sup>– que cualquiera de los ya examinados.

Comienzan asumiendo que las limitaciones a la imposición de ciertas cláusulas en contratos por adhesión reposan sobre la existencia de problemas de información por parte de los consumidores e intentan clarificar dicha justificación y sus consecuencias regulatorias. El primer paso en esta empresa es distinguir tres imperfecciones diversas respecto de la información<sup>44</sup>:

1. los consumidores carecen de información adecuada respecto de los riesgos distribuidos por las cláusulas del contrato,
2. los consumidores carecen de información que les permita comparar el contrato que están suscribiendo con otros similares para determinar cuál es más ventajoso y
3. los consumidores son incapaces de entender el contrato.

<sup>41</sup> Tomo esta crítica de SLAWSON (n. 1), p. 53.

<sup>42</sup> SCHWARTZ, Alan y WILDE, Louis, "Imperfect Information in Markets for Contract Terms", 69 *Va. L. Rev.* 1387, 1983.

<sup>43</sup> *Vide* los dos apéndices del artículo que estoy examinando, uno sobre símbolos matemáticos y, el otro, que corresponde al análisis formal de la información imperfecta de los consumidores en los mercados financieros. (n. 42), pp. 1.466-1.485.

<sup>44</sup> (n. 42), p. 1.389.

En su análisis, los autores asumen que esta tercera clase de ignorancia no existe y que los adherentes siempre son capaces de comprender lo que el contrato dice. Luego, asumen que la primera clase de imperfección tampoco es demasiado relevante en la medida que los consumidores poseen incentivos para investigar sobre los riesgos del producto o servicio<sup>45</sup>. Por estas dos razones, la imperfección más determinante es la que produce la imposibilidad de comparar las condiciones en que se ofrecen otros contratos similares.

Examinando dos tipos de cláusulas especialmente conflictivas –*warranties* y *security interests*– concluyen que, en general, las empresas ofrecerán a los consumidores lo que éstos están dispuestos a pagar. De esta manera, la “calidad” de un contrato no se explicaría porque las empresas abusan de la ignorancia de los consumidores, sino porque los consumidores no están dispuestos a pagar un precio superior por contratos que los protejan más. Este resultado reposa sobre una serie de asunciones y distinciones tributarias no sólo del razonamiento económico sino, además –aunque con menor intensidad–, de algunos aportes de la psicología cognitiva<sup>46</sup>. Respecto a lo que aquí interesa, una de las asunciones principales –junto a que los consumidores leen y entienden el contrato– es que existe un número más o menos determinante de consumidores que compara las condiciones en que las empresas ofrecen sus contratos. Si el número es suficientemente determinante –y asumiendo que las empresas no son capaces de discriminar los consumidores que comparan de aquellos que no– la empresa ofrecerá a precios competitivos las cláusulas que los consumidores estén dispuestos a pagar. La calidad de la cláusula, entonces, dependerá de la disposición de los consumidores a pagar por ella –cláusulas más favorables se reflejan en un aumento del precio del bien o servicio, cláusulas menos favorables en una disminución–, y no de la ignorancia de los consumidores. ¿Qué sucede, en cambio, si el número de consumidores que compara es extremadamente bajo? En ese escenario la empresa operará como monopolista frente al consumidor, y allí la mejor opción de la empresa no es ofrecer contratos de baja calidad, sino de buena calidad, pero a precios supracompetitivos<sup>47</sup>.

Desplegado el modelo, sostienen que, en cuanto a políticas públicas, la aproximación regulatoria al problema de los defectos en la información –prohibir ciertas cláusulas o imponer otras– no es un buen remedio al problema. Si

<sup>45</sup> (n. 42), p. 1.391.

<sup>46</sup> Especialmente en el caso de los *security interests*. *Vide* (n. 42), p. 1.431 y ss.

<sup>47</sup> La razón de lo anterior es que la mejor forma que tiene el proveedor de obtener ganancias del consumidor no es imponiéndole cláusulas que un consumidor promedio no desearía, sino que ofreciéndole un contenido del contrato razonable, pero a un precio que los consumidores no estarían dispuestos a pagar en un mercado competitivo. Para una explicación menos formal que la de Schwartz y Wilde, *vide* CRASWELL, Richard, “Freedom of Contract”, en POSNER, Eric, *Chicago Lectures in Law and Economics*. New York, Foundation Press, 2000, p. 83.

existe un número suficiente de consumidores que compare, el remedio no es necesario, pues el mercado se ocupará de expulsar ese tipo de contratos. Si no existe, el problema no será en la calidad de las cláusulas, sino en los precios; de allí, entonces, que como política pública la acción del Estado debiera encaminarse a reducir los costos que enfrentan los consumidores al comparar<sup>48</sup>.

Parte del atractivo de su modelo es que, como suele suceder con los modelos económicos, si todas las asunciones son correctas, generalmente también lo son las conclusiones. El reverso de la moneda, sin embargo, es que si son incorrectas las asunciones, lo mismo sucede con las conclusiones. Dos de las asunciones del modelo –las principales, en mi opinión,– no son correctas. La primera es que los adherentes son capaces de entender el contrato, la segunda es que basta un cierto número de adherentes que sean capaces de comparar los términos de diversos contratos por adhesión ofrecidos por distintas empresas para que la opción más eficiente de la empresa sean contratos de calidad a precios competitivos. Respecto de lo primero, existe una pujante literatura respecto a la imposibilidad de los consumidores de entender los contratos por adhesión<sup>49</sup>. Si el problema es, precisamente, que los adherentes no leen o no entienden los términos del contrato, su modelo queda extremadamente perjudicado. Respecto de lo segundo –y siguiendo en esto a Slawson– no es claro que existan –o, al menos, que sea regla general– mercados competitivos en los términos en que ellos los exponen; esto es, en que los oferentes reaccionen a las demandas que hacen un grupo de consumidores suficientemente informados, modificando los términos de sus contratos o ajustando los precios a la calidad del contrato, por otra parte, no ofrecen ninguna evidencia empírica al respecto<sup>50</sup>.

23

Rusell Korobkin:  
nuestras limitaciones hacen la diferencia.

Su trabajo examina el problema de los contratos por adhesión desde la mirada del *behavioral law and economics*<sup>51</sup> que, en términos generales, consiste en un enfoque que busca aproximar el modelo de conducta humana que utiliza la teoría económica –el maximizador racional– a las conductas que realmente tienen los seres humanos<sup>52</sup>.

Comienza haciendo un rápido recuento de la mirada del análisis económico al problema de los contratos por adhesión, que queda bien retratado en trabajos

<sup>48</sup> (n. 42), p. 1.462.

<sup>49</sup> Voy sobre ella al tratar al próximo autor.

<sup>50</sup> (n. 9), p. 44.

<sup>51</sup> “Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability”, *University of Chicago Law Review*, vol. 70, 2003, p. 1.203.

<sup>52</sup> Para una mirada panorámica a este enfoque *vide* Cass SUNSTEIN (ed), *Behavioral Law & Economics*, New York, Cambridge University Press, 2000.



como los de Schwartz y Wilde. Para él, el problema no está en el acceso a la información, sino en su comprensión. No se encuentra en que los adherentes no tengan acceso a la información, sino es que no logran entenderla<sup>53</sup>. Y si esto es correcto, entonces son incapaces de comparar los distintos contratos ofrecidos en el mercado. Para que los adherentes fueran capaces de comparar los contratos sería necesario que su análisis fuera no selectivo –*non selective*– y compensatorio<sup>54</sup>. Esto es, que el adherente fuera capaz de comparar todos los atributos de los diversos productos y evaluar sus fortalezas y debilidades, asignándoles valores que luego le permitan decidir entre ellos. El problema, sin embargo, es que el proceso de decisión suele verse afectado por problemas de “racionalidad limitada”<sup>55</sup> que obstaculizan severamente este tipo de decisiones. En particular, cuando se trata de asuntos complejos como sucede frecuentemente en el caso de los contratos por adhesión. En ese escenario, la decisión probablemente será selectiva y no compensatoria. Selectiva porque a mayor cantidad de información las personas buscan estrategias que les permitan minimizar los costos de decidir, prestando atención únicamente a algunas características del producto<sup>56</sup>. No compensatoria, porque según alguna evidencia empírica las personas experimentan conflictos cuando se ven forzadas a comparar atributos disímiles de productos diversos los que luego deben ser valorados para discriminar entre ellos<sup>57</sup>.

24 En su visión, las investigaciones empíricas sobre procesos de decisión proveen de suficiente información como para sostener que en contratos por adhesión existen términos que son prominentes –*salient*– y otros que no lo son –*non salient*–. Los primeros son aquellos que los adherentes evalúan, comparan y asignan un precio. Respecto de los segundos nada de esto sucede<sup>58</sup>. Lo anterior resulta extremadamente importante porque si es correcto, significa que el oferente de contratos por adhesión tendrá fuertes incentivos para ofrecer términos prominentes de alta calidad –por ejemplo, bajos precios– y términos no promi-

<sup>53</sup> (n. 51), p. 1.218.

<sup>54</sup> (n. 51), p. 1.220.

<sup>55</sup> En forma sumaria, la racionalidad limitada significa que los seres humanos disponen únicamente de capacidades computacionales limitadas y una memoria seriamente defectuosa, lo cual les impide –o, al menos, obstaculiza seriamente– sus posibilidades de calcular las contingencias a que se puede ver sujeto un contrato. 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, Christine; SUNSTEIN & THALLER, Cass, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, en SUNSTEIN (n. 52), pp. 14-15.

<sup>56</sup> *Vide* KOROBKIN (n. 51), pp. 1.226-1.229.

<sup>57</sup> Un ejemplo utilizado por Korobkin es el de la comparación entre un contrato que contiene una cláusula eximente de responsabilidad y otro que, sin contener esa estipulación, posee contiene una cláusula arbitral, (n. 51), p. 1.231.

<sup>58</sup> (n. 51), p. 1.225.



mentos de baja calidad –por ejemplo, eximentes de responsabilidad, la posibilidad de poner término unilateralmente al contrato, etc.–. En otras palabras, en un entorno competitivo el oferente de contratos por adhesión, la presión del mercado será a ofrecer contratos con una mixtura de términos, aquellos que son prominentes serán tan competitivos como sea posible, aquellos que no lo son, serán de baja calidad<sup>59</sup>. Si esto es correcto, el mercado, lejos de proteger a los adherentes, los perjudica y allí se encuentra la justificación para la intervención del Estado. La pregunta, desde luego, es, ¿cómo debería intervenir el Estado?

Desde su mirada, la intervención del Estado debería realizarse *ex post*, es decir, una vez que el contrato haya sido liberado al mercado, a través de una reformulación de la doctrina de la *unconscionability*. Esa modificación reposa, para el autor, en cuatro principios<sup>60</sup>:

Primero: el carácter prominente o no de la cláusula debería ser la base de la *unconscionability* procedimental a través de la cual debería diferenciarse al interior de un contrato qué cláusulas son prominentes y cuáles no<sup>61</sup>.

Segundo: la *unconscionability* sustantiva debería utilizarse con la finalidad de determinar cuáles de aquellas cláusulas que no son prominentes resultan ineficientes<sup>62</sup>.

Tercero: con el objetivo de evitar falsos positivos –esto es, casos en que los tribunales priven de efecto a una cláusula que es socialmente eficiente–, sugiere establecer una presunción de validez a favor de las cláusulas del contrato, aun cuando no sean prominentes<sup>63</sup>.

Cuarto: para establecer incentivos a los oferentes para que no incorporen términos ineficientes, insinúa que, enfrentado a este tipo de cláusulas, el tribunal debería tener la posibilidad de eliminar la cláusula abusiva o, bien, dejar sin efecto el contrato completo según resulte más beneficioso para el adherente<sup>64</sup>.

Su mirada resulta especialmente útil para comprender la problemática de los contratos por adhesión, en la medida que dota de una base científica a una asun-

<sup>59</sup> (n. 51), p. 1.243. En otra parte me he detenido sobre esto con mayor detalle, *vide* DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, N° 1, Santiago, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2003, pp. 109-147.

<sup>60</sup> Explico esta doctrina en la sección siguiente.

<sup>61</sup> La prueba correspondería al adherente.

<sup>62</sup> (n. 51), p. 1.279. No basta que la cláusula no sea prominente, sino que, además, es necesario que sea socialmente ineficiente. En palabras de Korobkin: “los tribunales deberían examinar si los beneficios de una cláusula de baja calidad para el oferente (*seller*), ya sea como ahorros en la producción, distribución y costos comerciales exceden al valor de una cláusula alternativa para los adherentes (*buyers*). Si es así, la cláusula es eficiente. Si no, la cláusula es ineficiente”, (n. 51), p. 1.283.

<sup>63</sup> (n. 51), p. 1.285.

<sup>64</sup> (n. 51), pp. 1.288-1.289.

ción ampliamente compartida en la doctrina estadounidense, a saber: que los consumidores no son capaces de evaluar correctamente el contenido de los contratos por adhesión. Si está en lo cierto, se siguen de allí varias consecuencias que son extremadamente relevantes para su regulación: no basta que el mercado sea competitivo, porque los consumidores no serán capaces de discriminar la oferta y los oferentes tendrán incentivos para incorporar cláusulas abusivas que les permitan mejorar la calidad de los términos, que son prominentes para los adherentes, en especial el precio. Si esto es correcto, entonces la intervención del Estado aparece ampliamente justificada. El problema, desde luego, es cómo debe intervenir el Estado. Al respecto, me parece que está en lo correcto cuando advierte que es probable que se presente un problema de competencia institucional, esto es, que los órganos estatales –en su mirada, los tribunales– no sean capaces de identificar cuáles cláusulas son eficientes y cuáles no. En relación con su proposición regulatoria, sin embargo, creo que su perspectiva resulta menos atractiva. La razón es que infiere como si las únicas formas en que pudiera intervenir el Estado fuera o, bien, a través de reglas imperativas impuestas a través del proceso legislativo que prohibieran ciertas cláusulas o hicieran obligatorias otras o, bien, a través de los tribunales y modela su solución según las limitaciones que afectan a estos<sup>65</sup>. Sin embargo, existe todavía una tercera opción que no desarrolla suficientemente: los controles administrativos<sup>66</sup>. Es decir, aquellos que realizan agencias estatales distintas de los órganos legislativos y judiciales sobre determinados sectores del mercado. En la medida que esas agencias ganen conocimiento del mercado específico, cuyos contratos se encuentran llamados a regular, es probable que el problema de competencia institucional que lo denuncia desaparezca o –más probablemente– se atenúe de manera considerable.

### 3. DOS DOCTRINAS JUDICIALES<sup>67</sup>, REGULACIÓN Y CASOS

Tradicionalmente, el Derecho estadounidense trató a los contratos por adhesión como si fueran contratos libremente negociados, donde lo relevante es que el consentimiento se hubiera formado de modo correcto. Por lo mismo, la respuesta tradicional de los tribunales fue que si se había expresado el consen-

<sup>65</sup> Específicamente el problema de competencia institucional. Respecto de las agencias legislativas *vide* (n.51), pp. 1247-1252 y respecto de los tribunales *vide* pp. 1.285-1.286.

<sup>66</sup> *Vide* DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, N° 3, diciembre 2004, pp. 35-68.

<sup>67</sup> Aquí utilizo la expresión en doctrina en un sentido diverso al que ya he utilizado, *vide* (n. 4), es decir, como una creación jurisprudencial a propósito de un problema jurídico determinado que se aplica con cierta consistencia en el tiempo y a la cual el trabajo de comentaristas expertos dota de una cierta fisonomía.

timiento a través de la firma, el contrato era obligatorio<sup>68</sup>. De esta manera, las herramientas para impugnar cláusulas abusivas eran las propias del Derecho tradicional de contratos en el *common law*<sup>69</sup>. Una de estas defensas, sin embargo, ha sido especialmente importante, la *unconscionability*, la otra es la doctrina de las expectativas razonables<sup>70</sup>.

En lo que resta de este trabajo examino ambas doctrinas de la siguiente manera: las caracterizo, doy noticia de su regulación e ilustro su funcionamiento a través de un par de ejemplos.

### 3.1 Unconscionability

#### 3.1.1 La doctrina

La *unconscionability*<sup>71</sup> es un antiguo principio del *common law* derivado, aparentemente, del Derecho Romano<sup>72</sup> que se incorporó a instancias de Llewellyn en

<sup>68</sup> Así, por ejemplo, Burke cita a un juez federal según el cual: “Se presume que el que firma o acepta un contrato escrito, no existiendo fraude u otro acto indebido de parte del otro contratante, definitivamente conoce el contenido del contrato y lo acepta, y sobre esto no puede haber prueba para el jurado respecto del hecho que haya o no comprendido el contrato”, “Contact as Commodity a Nonfiction Approach”, 24 *Sexton Hall Legis. J.*, 285, p. 296. La traducción es mía, el texto original es el siguiente: “He who signs or accepts a written contract, in the absence of fraud or other wrongful act on the part of another contracting party, in conclusively presumed to know its contents and to assent to them, and there can be no evidence for the jury as to his understanding of its norms”.

<sup>69</sup> Además de las defensas clásicas como *fraud*, *duress*, *mistake* y *undue influence*, puede consultarse Farnsworth para otras diversas, pero aún construidas desde la teoría clásica del contrato en el *common law*, en *Contracts*, 3ª ed., New York, Aspen Law & Business, 1999, § 4.26, pp. 298-303.

<sup>70</sup> Desde luego, ésta no es la única regulación, existe un nutrido cuerpo de leyes estatales y federales que regula la protección de los consumidores, comenzando por el *Uniform Consumer Credit Code* –que a la fecha sólo ha sido aprobado por nueve estados. Siguiendo a Farnsworth esta legislación –de la cual no es posible hacerse cargo aquí por problemas de espacio– adopta dos enfoques. El primero de ellos consiste en especificar términos que se consideran abusivos y prohibirlos o, bien, requerir obligatoriamente la incorporación de ciertos términos. El segundo enfoque –más popular en el ámbito legislativo que el primero– consiste en exigir al oferente que entregue información adecuada y suficiente al adherente, (n. 69), pp. 316-320. Otra regulación de la que prescindo aquí es la *Uniform Contract Information Transactions*, por dos razones: la primera es que extremadamente poco probable que, en la versión actual –o en una cercana a ésta–, llegue a ser una ley comúnmente aceptada por los estados, y la segunda es que se refiere solo a los contratos que disciplinan transacciones sobre información que se encuentra en formato electrónico, capaz de ser procesada por un computador. *Vide* Deborah S. TUSSEY, “UCITA, Copyright, and Capture”, en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 21, 2004, disponible en <http://ssrn.com/abstract=510342>, visitado el 22 de agosto de 2005.

<sup>71</sup> *Vide* BURKE (n. 68), p. 305.

<sup>72</sup> En una formulación clásica ya de 1750 *lord* Hardwike sostuvo que “un negocio unconscionable es aquél en que, por una parte, ningún hombre en sus casillas y sin ánimo de engañar ofrecería y, por otra, ningún hombre decente aceptaría”. Citado en Matthew S. WININGS,

la Sección 2-302 del UCC<sup>73</sup>. Aun cuando se trata de una doctrina que se aplica tanto a contratos negociados como por adhesión; su actual aplicación, en especial la *unconscionability* procedimental es casi únicamente a contratos por adhesión<sup>74</sup>. Bajo esta doctrina un tribunal puede dejar sin efecto en un contrato<sup>75</sup> todas aquellas cláusulas que, al tiempo de su celebración, fueran *unconscionables*.

Desgraciadamente el UCC no dispone de una definición de *unconscionability*, y los tribunales pueden divergir al respecto<sup>76</sup>, sin embargo, al menos es ampliamente aceptado que puede asumir dos formas: procedimental y sustantiva. La primera de ellas refiere al proceso de negociación y la segunda a su resultado. Respecto de lo primero, la negociación debe llevarse adelante de tal forma que para ese caso concreto no haya existido una opción significativa – *an absence of meaningful choice* – en el proceso de negociación para el adherente<sup>77</sup>. En relación con lo segundo, de lo que se trata es que los términos del contrato sean “suficientemente opresivos para que ninguna persona honesta los hubiera redactado y ninguna persona razonable los hubiera aceptado”<sup>78</sup>. Por regla general, para que la *unconscionability* produzca sus efectos debe presentarse tanto procedimental como sustantivamente<sup>79</sup>.

Existe una multiplicidad de factores para determinar cuándo alguien reclama que el contrato o uno de sus términos es *unconscionable*. En el caso de la *unconscionability* procedimental la mayoría de ellos refiere a los contratos por adhesión<sup>80</sup>. El primero de ellos es específicamente el carácter adhesivo del contrato

---

“The Old, the Ignorant, and the Downright Shameful: A Study of the Parties and Circumstances of Early American Cases that Shaped the Legal Doctrine of Unconscionability”, enero 2005. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=650822>, visitado el 25 de agosto de 2005. La traducción es mía, el texto original es el siguiente: “an unconscionable bargain is one such as no man in his senses and not under delusion would make on the one hand, and as no honest and fair man would accept on the other”.

<sup>73</sup> Siguiendo a Slawson ésa fue la respuesta de Llewellyn al problema de la falta de un consentimiento directo por parte del adherente, (n. 1), p. 142.

<sup>74</sup> *Vide* SLAWSON (n. 9), p. 52.

<sup>75</sup> En el UCC la *unconscionability* está tratada a propósito de la venta, sin embargo, en la actualidad, es ampliamente aceptada su aplicación analógica a otros contratos, *vide* FARNSWORTH (n. 69), p. 308.

<sup>76</sup> *Vide* KOROBKIN (n. 51), p. 1.256.

<sup>77</sup> En sede judicial se ha señalado que existe falta de una opción significativa la que ha sido definida cuando: “the weaker party accepted the terms because he had no reasonable alternative, had no notice of the terms, or was unable to understand the terms or their significance for him”, *vide* Williams v. Walker Furniture Co., 350 F.2d 445 (D.C. Cit. 1965).

<sup>78</sup> Fanning v. Fritz’s Pontiac-Cadillac-Buick Inc., citado en BURKE (n. 68), p. 90.

<sup>79</sup> *Vide* FARNSWORTH (n. 69), p. 313.

<sup>80</sup> En la identificación de los factores sigo a KOROBKIN (n. 51), pp. 1.258-1.273. Prescindo, sin embargo, de uno de ellos, la “sorpresa injusta y la falta de noticia” – *unfair surprise/lack of notice* – que trato a propósito de la doctrina de las expectativas razonables.

que algunos tribunales han equiparado a una negociación sin opciones significativas para el adherente<sup>81</sup>. Un segundo factor estrechamente relacionado al contrato por adhesión son las diferencias en el poder de negociar de las partes –*unequal bargaining power*–. Si una de las partes posee mayor capacidad para negociar que la otra, existen buenas razones para temer que le pueda imponer términos abusivos. Ahora bien, ¿qué quiere decir que el poder de las partes sea desigual? En el caso estadounidense los tribunales han utilizado los siguientes criterios para determinarlo:

1. el poder de mercado del oferente, esto es, si se trata de un mercado monopolístico u oligopólico;
2. el tamaño del oferente, esto es, si el oferente es una gran empresa y el adherente una persona natural existe espacio para presumir un mayor poder negocial;
3. la importancia del bien o servicio cuya prestación se regula a través del contrato por adhesión, como, por ejemplo, sucede en el contrato de trabajo, para invalidar una cláusula arbitral<sup>82</sup>;
4. el monopolio “de situación específica” –*situation-specific monopoly*–, esto es, cuando se incentiva al adherente a realizar gastos para celebrar el contrato sin que éste conozca los términos del contrato, y una vez que ha incurrido en los gastos los términos del contrato resultan accesibles.

Así, por ejemplo, la reserva de un hotel en el que al llegar se le entrega una copia del contrato de adhesión al adherente en el cual aparece una cláusula de prórroga de jurisdicción. Un tercer factor que se ha considerado para evaluar la dimensión procedimental de la *unconscionability* es la pobreza o falta de sofisticación del adherente en relación con el oferente. Por ejemplo, en un caso citado por Korobkin el tribunal decidió que el demandante, quien no había concluido con sus estudios de enseñanza media “was not one who should be expected to... understand the meaning of technical terms”<sup>83</sup> –no era uno del que pudiera esperarse que... hubiera entendido el significado de las expresiones técnicas–. En el caso de la *unconscionability* sustantiva de lo que se trata es de determinar que el contenido del contrato o de algunas de sus cláusulas es “irracionalmente favorable” para aquella parte que la redactó<sup>84</sup>. A diferencia de la *unconscionability* procedimental, en el caso de la sustantiva, los tribunales han trabajado únicamente con estándares, evitando ofrecer formulaciones acerca de cómo determinar si el estándar está o no satisfecho<sup>85</sup>.

Respecto de los efectos de la *unconscionability*, su declaración determina que el tribunal pueda privar de efectos coactivos a la o las cláusulas que se ale-

<sup>81</sup> Para ejemplos de sentencias judiciales, *vide* KOROBKIN (n. 51), p. 1.259, n. 203.

<sup>82</sup> *Vide* KOROBKIN (n. 51), p. 1.263.

<sup>83</sup> (n. 51), p. 1.266, n. 238.

<sup>84</sup> *Vide* FARNSWORTH (n. 69), p. 311.

<sup>85</sup> *Vide* KOROBKIN (n. 51), p. 1.273.

gan o, bien, determinar que el contrato completo debe ser invalidado. Una segunda posibilidad es que el tribunal reformule la cláusula haciéndola menos abusiva para el adherente<sup>86</sup>.

### 3.1.2 La regulación en el UCC

El UCC constituye un intento de uniformar las diversas regulaciones estatales sobre contratos de compraventa y otras transacciones en los Estados Unidos. En la actualidad el UCC ha sido promulgado con ligeras variaciones en todos los estados. Sólo Louisiana ha introducido variaciones sustantivas respecto de la regulación de las ventas. El UCC se encuentra dividido en once artículos<sup>87</sup>, de ellos interesa, para efectos de este trabajo, el artículo 2, que regula las ventas.

Aunque en ninguna parte del artículo aparezca, existe abundante evidencia de que esta forma de contratación fue el principal foco de sus redactores<sup>88</sup>. Respecto de ellos, nada dentro de las cláusulas del artículo 2 dispone que los términos de un contrato deban ser negociados por las partes, sin embargo, de ciertos términos se exigen condiciones especiales; por ejemplo, de las cláusulas que alteren garantías implícitas se exige que la formulación de la cláusula sea especialmente clara –*conspicuous*–, es decir, suficientemente evidente para quien adhiere al contrato<sup>89</sup>. Junto con este control formal, incorpora la *unconscionability* en el § 302 del artículo 2 a propósito de la venta<sup>90</sup> y en el § 108 del artículo 2A a propósito del arrendamiento<sup>91</sup>.

30

<sup>86</sup> *Vide* FARNSWORTH (n. 69), p. 309,

<sup>87</sup> Artículo 1: *General Provisions*; Artículo 2: *Sales*; Artículo 2A: *Leases*; Artículo 3: *Negotiable Instruments*; Artículo 4: *Bank Deposits and Collections*; Artículo 4A: *Fund Transfers*; Artículo 5: *Letter of Credit*; Artículo 6: *Bulk Transfers*; Artículo 7: *Warehouse Receipts, Bills of Lading and Other Documents of Title*; Artículo 8: *Investments Securities*; Artículo 9: *Secured Transactions, Sales of Accounts and Chattel Papers*.

<sup>88</sup> *Vide* EDWARDS, Caroline, “Article 2 of the Uniform Commercial Code and Consumer Protection: the Refusal to Experiment”, en *St. Johns L. Rev.* 78, N° 3, 2004, pp. 685-690.

<sup>89</sup> A este respecto el § 2-316 (2) del UCC dispone que: “Subject to subsection (3), to exclude or modify the implied warranty of merchantability or any part of it the language must mention merchantability and in case of a writing must be conspicuous, and to exclude or modify any implied warranty of fitness the exclusion must be by a writing and conspicuous. Language to exclude all implied warranties of fitness is sufficient if it states, for example, that ‘There are no warranties which extend beyond the description on the face hereof’ ”.

<sup>90</sup> En los siguientes términos: “1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. 2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination”.

<sup>91</sup> En los siguientes términos: “1) If the court as a matter of law finds a lease contract or any clause of a lease contract to have been unconscionable at the time it was made the court



En general, el tratamiento que recibe la *unconscionability* es en ambos casos el mismo. Las principales diferencias son dos:

- a) en el caso del arrendamiento, a diferencia de las ventas, se contienen algunas disposiciones especiales respecto a los honorarios de los abogados y
- b) es que el § 108 contiene reglas de responsabilidad precontractual y poscontractual. No obstante, el *test* de *unconscionability* es el mismo en ambos casos<sup>92</sup>.

### 3.1.3 Algunos casos

En lo que sigue examino dos casos en que se ha aplicado la doctrina de la *unconscionability*. Desde luego, es un número irrisorio como para ilustrar alguna tendencia de los tribunales estadounidenses. La razón de la elección es la siguiente: en el primer caso se trata de una decisión clásica que ha orientado buena parte de las decisiones posteriores respecto de *unconscionability*; el segundo resulta útil por la materia en la que recae: una cláusula arbitral, que es uno de los temas que mayoritariamente ha ocupado la atención de los tribunales estadounidenses en relación con la obligatoriedad de las cláusulas de los contratos por adhesión<sup>93</sup>.

#### Williams v. Walker-Thomas Furniture Company<sup>94</sup>

En 1962 Ora Lee Williams compró un equipo de música en una tienda por departamentos por un valor de US \$514,95, no pagó el precio, sino que se obligó a pagarlo en cuotas bajo las siguientes condiciones:

31

---

may refuse to enforce the lease contract, or it may enforce the remainder of the lease contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. 2. With respect to a consumer lease, if the court as a matter of law finds that a lease contract or any clause of a lease contract has been induced by unconscionable conduct or that unconscionable conduct has occurred in the collection of a claim arising from a lease contract, the court may grant appropriate relief. 3 Before making a finding of unconscionability under subsection (1) or (2), the court, on its own motion or that of a party, shall afford the parties a reasonable opportunity to present evidence as to the setting, purpose, and effect of the lease contract or clause thereof, or of the conduct. 4) In an action in which the lessee claims unconscionability with respect to a consumer lease: a) If the court finds unconscionability under subsection (1) or (2), the court shall award reasonable attorney's fees to the lessee. b) If the court does not find unconscionability and the lessee claiming unconscionability has brought or maintained an action he [or she] knew to be groundless, the court shall award reasonable attorney's fees to the party against whom the claim is made. c) In determining attorney's fees, the amount of the recovery on behalf of the claimant under subsections (1) and (2) is not controlling".

<sup>92</sup> *Vide* BURKE (n. 5), p. 87.

<sup>93</sup> *Vide* KOROBKIN (n. 51), p. 1.274.

<sup>94</sup> En la relación de este caso sigo a Russell KOROBKIN, "A 'Traditional' and 'Behavioral' Law-and-Economics Analysis of Williams v. Walker-Thomas Furniture Company" (noviembre

- La tienda conservaría el dominio de la cosa hasta que su precio hubiera sido pagado completamente.
- Cada uno de los pagos se imputarían a prorrata a la totalidad de las deudas que ella tuviera con la tienda como resultado de los contratos que había celebrado durante los últimos cinco años.

Como resultado, el contrato establecía que la tienda conservaba el dominio de todas las cosas compradas hasta que pagara la totalidad de sus deudas contraídas en el período cubierto. De manera que, incumpliendo el pago de una de las cuotas, la tienda se encontraba legitimada para demandar la restitución de todos los productos adquiridos por Williams, incluso, si lo ya pagado excedía el valor de todo lo ya comprado con excepción del equipo de música.

Un breve tiempo después de haber perfeccionado este contrato Williams dejó de pagar. La tienda demandó la restitución de US \$ 1.800 en productos comprados durante el período acordado. A esa fecha lo único debido por la demandada eran US \$ 164 correspondientes al equipo de música.

Los abogados de Williams alegaron que la cláusula violaba algunas políticas públicas y que, por lo tanto, debía ser privada de coactividad. La Corte de Apelaciones del distrito de Columbia, manifestando abiertamente su simpatía por la demandada, decidió que no existían antecedentes legales que justificaran no exigir el cumplimiento de la cláusula. La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos por el circuito D.C. revisó esta decisión y, en una opinión escrita por el Juez Skelly Wright<sup>95</sup> revocó la decisión de la corte distrital señalando que el tribunal distrital disponía del poder de dejar sin efecto esta cláusula si es que era **unconscionable**.

32

Aun cuando este último tribunal no se pronuncia acerca de si ese caso era o no **unconscionable**, sino que lo remite al tribunal inferior para que lo haga, lo importante de la sentencia es que fija criterios para determinar las dimensiones procedimentales y sustantivas de la **unconscionability**. La siguiente cita da la opinión del juez Wright, la cual es elocuente:

“La unconscionability ha reconocido generalmente la ausencia de una opción significativa de parte de uno de los contratantes junto con términos del contrato que son irracionalmente favorables para la otra parte. La determinación de si existió o no en un caso particular una opción significativa únicamente puede ser determinada en consideración a la totalidad de las circunstancias que rodearon la transacción. En muchos casos, el carácter significativo de la opción es imposibilitado por una

---

20, 2003). UCLA *School of Law, Law & Econ. Research Paper* N° 03-24. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=471961>, visitado el 27 de agosto de 2005.

<sup>95</sup> 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).



severa desigualdad en el poder negociador de las partes. La manera en que se perfeccionó el contrato también resulta relevante: ¿tuvo cada una de las partes, considerando su nivel de educación, una razonable oportunidad de entender los términos del contrato o se encontraban las cláusulas importantes ocultas por un abultado texto en letra pequeña y ciertas prácticas comerciales reñidas con la buena fe? En general, se considera que quien firma un acuerdo sin tener total conocimiento del texto asume el riesgo de haber entrado en un contrato en que se favorezcan los intereses de la otra parte. Pero cuando una parte, que tiene un escaso poder negociador y, por lo mismo, en los hechos, una escasa posibilidad de elegir, firma un contrato comercial que no es razonable sin conocimiento o con escaso conocimiento de sus términos, es altamente improbable que su aceptación, o, aun, su manifestación objetiva de voluntad, haya sido dada respecto de todas las cláusulas. En estos casos la regla común según la cual el contenido del contrato debe ser intangible debe abandonarse y el juez debe considerar si las cláusulas del contrato son tan injustas que deben ser privadas de coactividad.

Al determinar el carácter razonable o la justicia de las cláusulas, debe ponerse atención primordialmente a la relación que existe entre éstas y las circunstancias bajo las cuales el contrato surgió. El *test* no es simple, ni puede ser aplicado mecánicamente. Las cláusulas deben ser consideradas a la luz de las prácticas comerciales generales y de las necesidades comerciales de ese negocio o caso en particular<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> La traducción es mía, el texto original es el siguiente: “Unconscionability has generally been recognized to include an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party. Whether a meaningful choice is present in a particular case can only be determined by consideration of all the circumstances surrounding the transaction. In many cases the meaningfulness of the choice is negated by a gross inequality of bargaining power. The manner in which the contract was entered is also relevant to this consideration. Did each party to the contract, considering his obvious education or lack of it, have a reasonable opportunity to understand the terms of the contract, or were the important terms hidden in a maze of fine print and minimized by deceptive sales practices? Ordinarily, one who signs an agreement without full knowledge of its terms might be held to assume the risk that he has entered a one-sided bargain. But when a party of little bargaining power, and hence little real choice, signs a commercially unreasonable contract with little or no knowledge of its terms, it is hardly likely that his consent, or even an objective manifestation of his consent, was ever given to all the terms. In such a case the usual rule that the terms of the agreement are not to be questioned should be abandoned and the court should consider whether the terms of the contract are so unfair that enforcement should be withheld.

In determining reasonableness or fairness, the primary concern must be with the terms of the contract considered in light of the circumstances existing when the contract was made. The test is not simple, nor can it be mechanically applied. The terms are to be considered ‘in the light of the general commercial background and the commercial needs of the particular trade or case’”.

Circuit City Stores, Inc. v. Saint Clair Adams

El 23 de octubre de 1995, Saint Clair Adams llenó una postulación para trabajar en Circuit City Stores. La postulación incluía una cláusula arbitral que obligaba a los empleados a someterse a un arbitraje obligatorio en caso de cualquier conflicto. Entre otras múltiples especificaciones de la cláusula arbitral se disponía una limitación de responsabilidad y un acuerdo de división de costos del arbitraje entre empleado y empleador. La postulación disponía que si el postulante no aceptaba los términos de la cláusula arbitral su postulación simplemente no sería tomada en cuenta por el empleador.

En noviembre de 1997, Adams demandó a Circuit City y a tres empleados de la empresa por acoso sexual y hostigamiento laboral, pidiendo daños compensatorios, punitivos y morales. Circuit City solicitó al tribunal que se inhabilitara en razón de la existencia de una cláusula arbitral. La corte distrital dio lugar a la solicitud de la demandada<sup>97</sup>. Esta decisión, sin embargo, fue revocada por la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>98</sup>. La decisión fue reenviada a la *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* para emitir una nueva decisión que privó de efectos a la cláusula arbitral por considerarla **unconscionable**

En opinión de la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito<sup>99</sup> la cláusula de arbitraje era procedimentalmente **unconscionable** toda vez que constaba en un contrato por adhesión, en las palabras del tribunal:

34

“[la cláusula arbitral] es procedimentalmente **unconscionable** porque se trata de un contrato por adhesión redactado por la parte que posee mayor poder negociador, que relega a la otra parte a optar únicamente entre adherir a los términos del contrato sin modificarlos o rechazar completamente el contrato... Circuit City, que posee un poder negociador considerablemente mayor que casi cualquiera de sus empleados o postulantes, redactó el contrato y lo usa como una cláusula estándar de arbitraje respecto de todos sus empleados. El acuerdo es un prerrequisito para emplearse y no se permite a los postulantes modificar sus términos, deben tomar el contrato o dejarlo”<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> 194 F.3d 1070.

<sup>98</sup> Circuit Stores, Inc. v. Adams (99-1379) 532 U.S. 105, 2001.

<sup>99</sup> Disponible en <http://www.lawmemo.com/docs/9/circuitcity.htm>, visitado el 28 de agosto de 2005.

<sup>100</sup> La traducción es mía. El texto original es el siguiente: “The DRA is procedurally unconscionable because it is a contract of adhesion: a standard-form contract, drafted by the party with superior bargaining power, which relegates to the other party the option of either adhering to its terms without modification or rejecting the contract entirely. Id. at 145- 46 (indicating that a contract of adhesion is procedurally unconscionable). Circuit City, which possesses considerably more bargaining power than nearly all of its employees or applicants, drafted the

Respecto de la dimensión sustantiva de la *unconscionability* la Corte señaló que el desequilibrio entre las prestaciones de las partes en perjuicio del adherente quedaba determinado por las severas limitaciones que enfrentaba el adherente en razón de su derecho a reclamar perjuicios.

### 3.2 Las expectativas razonables

#### 3.2.1 La doctrina

La doctrina de las expectativas razonables tiene sus orígenes en el Derecho de seguros y su primera sistematización es en buena parte tributaria de la obra de Robert Keeton, quien intentó explicar una serie de decisiones judiciales que privaban de efectos a cláusulas en contratos de seguros<sup>101</sup>. A comienzos de la década del sesenta, algunos tribunales comenzaron a privar de efectos a algunas cláusulas incorporadas en contratos de seguros señalando que ellas no se compadecían con las expectativas razonables del asegurado<sup>102</sup>.

Según Keeton: “La expectativas razonables objetivas de los adherentes y quienes puedan ser beneficiarios del seguro respecto de los términos del contrato de seguros serán honradas, aún cuando un detenido estudio del contenido de la póliza hubiera conducido a negar lugar a dichas expectativas”<sup>103</sup>.

Con arreglo a esta formulación, la teoría de las expectativas razonable no sólo constituye una herramienta para interpretar los términos de un contrato por adhesión o eliminar algunas de sus cláusulas sino que, además, permite incorporar al contrato contenidos que las partes no han estipulado<sup>104</sup>.

Respecto a esta doctrina dos son las preguntas en torno a las cuales se enderezan las principales querellas dogmáticas. La primera refiere a su ámbito de aplicación, la segunda es, ¿qué debe entenderse por expectativas razonables?

Acerca de lo primero, la doctrina surgió a propósito de los contratos de seguros, sin embargo, con el tiempo la doctrina ha promovido una aplicación amplia para cualquier tipo de contrato por adhesión, no ostante, esta aplicación general no ha sido una constante en las decisiones de los tribunales<sup>105</sup>.

---

contract and uses it as its standard arbitration agreement for all of its new employees. The agreement is a prerequisite to employment, and job applicants are not permitted to modify the agreement's terms—they must take the contract or leave it”.

<sup>101</sup> *Vide* BURKE (n. 68), p. 300.

<sup>102</sup> *Vide* SLAWSON (n. 1), p. 104.

<sup>103</sup> Citado en SLAWSON (n. ), p. 45. La traducción es mía, el texto original es el siguiente: “The objectively reasonable expectations of applicants and intended beneficiaries regarding the terms of insurance contracts will be honored even though painstaking study of the policy provisions would have negated those expectations”.

<sup>104</sup> *Vide* BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, p. 168.

<sup>105</sup> *Vide* SLAWSON (n. 1), p. 49.

En lo tocante a lo segundo, el *test* de las expectativas razonables funciona en dos partes. En primer lugar, se trata de determinar si se trata de un contrato negociado o no. Si éste era el caso entonces el tribunal debe determinar si las cláusulas impugnadas defraudaban las expectativas razonables del adherente. La determinación es dejada a la discreción de cada tribunal<sup>106</sup>. Al respecto, una de las cuestiones más discutidas es si para determinar cuáles eran las expectativas razonables debe acudirse a criterios objetivos o subjetivos, esto es: ¿deben considerarse las expectativas de un consumidor promedio puesto en la situación del contratante o, bien, las del contratante particular puesto en la situación concreta? Desde la mirada de Keeton debía optarse por la primera de estas dos opciones y, pese a las críticas que ha recibido<sup>107</sup>, éste fue el enfoque que utilizó el *Restatement (Second) of Contracts* al incorporar la doctrina, aunque con algunos matices<sup>108</sup>. No obstante, no ha impedido que los tribunales utilicen el criterio subjetivo<sup>109</sup>.

### 3.2.2 La regulación: el *Restatement (Second) of Contracts*

El *Restatement* constituye una sistematización del Derecho de contratos declarado por los tribunales, intentando aclarar aquellos casos en que las decisiones son incompletas, contradictorias entre sí o confusas<sup>110</sup>. Fue publicado por el *American Law Institute* y aun cuando no ha sido promulgado como ley por ningún Estado, los tribunales lo utilizan frecuentemente en sus decisiones<sup>111</sup>.

La Sección 211 refiere a los contratos por adhesión –*Standardized Agreements*–. La sección se encuentra dividida en tres subsecciones<sup>112</sup>. La subsección que interesa aquí es la segunda. Una mirada a ella muestra que el *test* que exige la sección para que las cláusulas sean oponibles al adherente es que éstas se ajusten a las expectativas razonables, pero no del adherente sino del oferente, en los siguientes términos: “En aquellos casos donde la otra parte tenga razones

<sup>106</sup> Aquí sigo a BURKE (n. 5), p. 90.

<sup>107</sup> Sobre ellas puede consultarse BALLESTEROS GARRIDO (n. 104), pp. 197-202.

<sup>108</sup> Vuelvo sobre el *Restatement* en la sección siguiente.

<sup>109</sup> Ballesteros Garrido cita a este respecto un estudio de White sobre las sentencias del Tribunal Supremo de Arizona que, según su opinión, es el que ha utilizado más sistemáticamente la doctrina, concluyendo que utilizaría un criterio subjetivo (n. 104), p. 202.

<sup>110</sup> SLAWSON (n. 1), p. 60.

<sup>111</sup> *Vide* BURKE (n. 5), p. 93.

<sup>112</sup> El texto es el siguiente: “(1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing. (2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing. (3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.

para creer que aquella que manifestó dicha voluntad no lo hubiera hecho si hubiera sabido que el contrato (*writing*) contenía una cláusula (*term*) determinada, dicha cláusula no forma parte del contrato”<sup>113</sup>.

Como se advierte, el *test* no se aplica a las expectativas razonables del adherente, sino a las de quien se encuentra preparando el contrato. El *Restatement* no refiere a la doctrina de las expectativas razonables como fue revisada más arriba<sup>114</sup>; de hecho, la subsección 1 debilita su uso en la medida que dispone que las distintas cláusulas de un contrato por adhesión se entienden incorporadas a él –a través de la aceptación del adherente– en la medida que quien lo acepta tiene razones para creer que está aceptando un contrato por adhesión<sup>115</sup>.

En los comentarios a la sección 211, sus autores indicaron que el objetivo de la subsección 3 era incluir una defensa para los adherentes frente a las cláusulas bizarras u opresivas respecto de las cuales la resistencia del adherente fuera –o pudieran ser– conocida<sup>116</sup>. No obstante, ha sido una práctica frecuente por parte de algunos tribunales estadounidenses utilizar la subsección 3 para justificar la aplicación de la doctrina de las expectativas razonables<sup>117</sup>.

### 3.2.3 Algunos casos

Nuevamente utilizo aquí dos casos. Una vez más no me interesa mostrar tendencias jurisprudenciales, sino, en el primer caso, un ejemplo particularmente claro del adecuado funcionamiento de la doctrina de las expectativas razonables y, en el segundo, un ejemplo igualmente claro, de una comprensión defectuosa por parte de los tribunales.

#### Wheeler v. St. Joseph Hospital

El día 27 de abril de 1971 David Wheeler ingresó al St. Joseph Hospital, para realizarse un angiograma y estudios de cateterización relacionados con una insuficiencia coronaria, con anterioridad a los exámenes sufrió un infarto cerebral que lo dejó parapléjico. Antes de ingresar al hospital había firmado un formulario de admisión en el que se contenía una cláusula arbitral. En marzo de 1972 demandó al hospital por los daños que había sufrido, alegando que los servicios del hospital habían sido defectuosos. En su defensa, el hospital sostu-

<sup>113</sup> Traducción propia, para la versión en el idioma anterior *vide* (n. 112).

<sup>114</sup> De hecho no podía hacerlo, la formulación de Keeton es de fines de 1970 y la redacción de la sección 211 de sus comienzos.

<sup>115</sup> *Vide* SLAWSON (n. 1), p. 55, especialmente su transcripción de los comentarios de Braucher, el principal redactor.

<sup>116</sup> *Vide* SLAWSON (n. 1), p. 56.

<sup>117</sup> *Vide* SLAWSON (n. 1), p. 56, señalando que así lo han hecho las cortes supremas de Arizona, Iowa y Massachussets y BURKE (n. 5), p. 94 ejemplificándolo con el caso *Lauvetz v. National Car Rental*.

vo que existía una cláusula arbitral que el paciente había aceptado en su formulario de ingreso.

En lo que interesa –la sentencia de la Corte de Apelaciones de California<sup>118</sup>– se pronunció sobre la validez de la cláusula arbitral. Al hacerlo, determinó que el formulario firmado por Wheeler constituía un contrato por adhesión, señalando, a continuación, que ese solo hecho no afectaba la validez de la cláusula arbitral. Lo que resultaba, en cambio, determinante era si la existencia de una cláusula arbitral podía haber formado parte de las expectativas razonables de un adherente, puesto en la situación de Wheeler al momento de firmar el formulario de ingreso. Sobre esto el tribunal señala:

“Vista desde la perspectiva del paciente, la cláusula arbitral es, desde luego, subsidiaria al objeto de este tipo de negocio, el intercambio de servicios médicos por el pago de una suma de dinero. Después de aceptar los procedimientos médicos, quien contrata dichas prestaciones puede asumir razonablemente que para él no existen otras obligaciones distintas de pagar el precio. En la ausencia de una cierta guía por parte de la entidad médica, el paciente no tendría porque tener idea alguna acerca de la cláusula arbitral, sin perjuicio de que conste en el formulario. Tampoco la entidad médica debiera esperar que el paciente leyera o entendiera una extensa cláusula de arbitraje”<sup>119</sup>.

38

Más adelante, el tribunal sugiere que el hecho de que la cláusula conste en el contrato no es suficiente, aun cuando sea en términos conspicuos y claros; toda vez que la situación de estrés y ansiedad que enfrenta un paciente al ingresar a un hospital determina que se trate de una experiencia traumática en la cual la entidad hospitalaria difícilmente podría esperar de manera razonable que el paciente leyera las cláusulas del formulario. Junto con lo anterior, señala que para que una cláusula de esta naturaleza resultara oponible al paciente, sería necesario que el hospital respetara ciertos requisitos procedimentales, por ejemplo, que un empleado del hospital informara explícitamente la existencia de la cláusula, diera al paciente una explicación sobre ella y le informara de las opciones disponibles.

---

<sup>118</sup> Wheeler v. St. Joseph Hospital (1976) 63 CA3d 345.

<sup>119</sup> La traducción es mía, el texto original señala lo siguiente: “The arbitration provision, viewed from the perspective of the patient, is indeed subsidiary to the primary exchange of medical services for an undertaking of payment. After consenting to medical procedures, the contract purchaser of medical services may fairly assume that no obligations other than that of payment are imposed. Absent some guidance by the medical entity, the patient has little reason to know anything at all about arbitration, let alone that the tendered document requires it. Nor should the medical entity ordinarily expect a patient to read or even to understand a broad arbitration clause”.



**Lauvetz v. National Car Rental**<sup>120</sup>

Lauvetz y Osborne, dos sujetos de vacaciones en Alaska, arrendaron un vehículo a National Car Rental, el contrato fue firmado por el primero, quien indicó al segundo como conductor autorizado. Lauvetz adquirió, además, un contrato-seguro. Una de las cláusulas de este último disponía que el vehículo no sería usado: “por un conductor bajo la influencia de tóxicos, drogas o cualquier otra sustancia que disminuya las habilidades para conducir”<sup>121</sup> y, más adelante, que cualquier uso prohibido del automóvil por el contrato de seguro lo dejaría sin efecto. Ninguno de los dos leyó el contrato.

Tres días más tardes, Lauvetz, conduciendo el automóvil, intoxicado, chocó contra otro vehículo. National Car Rental demandó a ambos sujetos por daños compensatorios y punitivos. La sentencia del tribunal inferior declaró que la cláusula que dejaba sin efecto el contrato de seguros era válida<sup>122</sup>. La Corte Suprema, aludiendo a la sección 211 del *Restatement (Second) of Contracts* revocó la sentencia, señalando que los adherentes no quedan vinculados por aquellas cláusulas de un contrato de seguros que se encuentran más allá del rango de sus expectativas razonables<sup>123</sup>. La Corte Suprema de Alaska aclaró que las expectativas razonables no quedan determinadas por la claridad de los términos del contrato, sino por “si el comprador del contrato de seguro razonablemente creía que la protección del seguro se encontraba sujeta a ciertas restricciones”<sup>124</sup>. En opinión de la Corte, el hecho de que el seguro utilizara la expresión “completo” significaba que el adherente podría haber creído que simplemente no existían exclusiones, aun si el daño era causado por su culpa.

39

**3.3. Unconscionability y expectativas razonables**<sup>125</sup>

Las doctrinas de la *unconscionability* y las expectativas razonables poseen semejanzas evidentes<sup>126</sup>. En primer lugar, ambas se utilizan para controlar cláusulas abusivas en contratos por adhesión. En segundo lugar, ambas ponen aten-

<sup>120</sup> Tomo la relación del caso de BURKE (n. 5), p. 153 y ss.

<sup>121</sup> La traducción es mía. El texto original dispone lo siguiente: “by any driver under the influence of intoxicants, drugs, or any other substance to impair driving ability”.

<sup>122</sup> 828 P.2d 162 (1991).

<sup>123</sup> En el original: “(los clientes) are not bound to unknown terms which are beyond the range of reasonable expectation”.

<sup>124</sup> La traducción es mía, el texto original es el siguiente: “whether the purchaser of the damage waiver reasonably expected the waiver to be subject to any exclusions”.

<sup>125</sup> Aquí sigo a SLAWSON (n. 1), pp. 143-144. Sin embargo, el *test* del *Restatement* y de las expectativas razonables ha sido empleado mayoritariamente sólo respecto de los contratos de seguro. *Vide* KOROBKIN (n. 51), p. 1.271.

<sup>126</sup> Para una comparación entre ellas, *vide* Maxwell v. Fidelity Financial Services, Inc., 184 Ariz. 82, 907 P2d 51, 1995 Ariz. Lexis 107.

ción en la desmejorada situación del adherente frente al oferente. Sin embargo también poseen diferencias:

- a) respecto del ámbito de aplicación no se discute que la *unconscionability* se aplica a los contratos por adhesión en general, en cambio, en el caso de las expectativas razonables se discute si su aplicación es general o sólo se aplica en el caso de los contratos de seguros por adhesión<sup>127</sup>.
- b) respecto a las condiciones de aplicación es posible, aunque no probable, que una cláusula no sea *unconscionable*, sin embargo, no se apegue a las expectativas razonables del consumidor.
- c) respecto de los efectos de la aplicación de la doctrina, en el caso de las expectativas razonables la o las cláusulas que defraudan las expectativas razonables, es reemplazada precisamente por éstas. En el caso de la *unconscionability* no es claro, en cambio, cómo debería el tribunal llenar el vacío que deja la cláusula que es declara *unconscionable*.

#### A MANERA DE CONCLUSIÓN

40

Me parece que un trabajo como éste puede resultar útil por al menos dos razones. La primera y más evidente es que permite a los lectores interesados en la experiencia comparada dar una mirada al caso estadounidense que ilustre razonablemente el tratamiento que han recibido los contratos por adhesión por parte de la doctrina y los tribunales. La segunda es que la experiencia estadounidense puede resultar útil, en lo que refiere a la doctrina, para quienes nos dedicamos a pensar problemas jurídicos; en lo referente a la actividad de los tribunales, para aquellos que se dedican a litigar casos y a quienes los resuelven.

En la cuestión de la doctrina, el tratamiento que han recibido los contratos por adhesión en el caso estadounidense muestra que respecto de ciertas instituciones conviene ensanchar los límites del método dogmático incorporando otras miradas. Así, en el caso de los contratos por adhesión el aporte de sociólogos, economistas e, incluso, sicólogos ha resultado especialmente útil para explicar satisfactoriamente los contornos del fenómeno. No se trata, por cierto, que estos discursos desplacen a aquél propio de los juristas, sino, más bien, de que lo complementen, arrojando luz sobre aspectos que la mirada de los abogados suele relegar a la opacidad y que, sin embargo, resultan imprescindibles al pensar el diseño de normas que los disciplinen. Enseguida –esta vez respecto de los litigantes y los jueces– las doctrinas judiciales y la forma en que los tribunales resuelven pueden ser útiles para pensar problemas propios de la legislación del consumidor en temas de contratos por adhesión. Así, por

---

<sup>127</sup> *Vide* KOROBKIN (n. 51), p. 1.271.



ejemplo, la doctrina de la *unconscionability*, en su dimensión procedimental, resulta extraordinariamente útil para pensar la aplicación del control de forma que contienen los artículos 12A, 17 y 32 de la ley 19.946 sobre protección del consumidor. En su dimensión sustantiva, puede resultar también útil para dotar de contenido al “desequilibrio importante” al que refiere la letra g) del artículo 16 de dicha ley. Igual cosa sucede en relación con las expectativas razonables. En el caso de la letra g), uno de los factores a que debe atender el juez para determinar la existencia de un desequilibrio importante es la finalidad del contrato ¿Qué debe entenderse por finalidad del contrato? Una respuesta –adecuada desde mi punto de vista– es considerar que la finalidad queda determinada por las expectativas que el consumidor razonablemente podría haberse hecho respecto del contrato.



## LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO COLOMBIANO \*

*Fabrizio Mantilla Espinosa* \*\*  
*Francisco Ternera Barrios* \*\*\*

### RESUMEN

En este artículo, los autores emprenden el análisis de las normas jurídicas sobre la resolución de los contratos por incumplimiento que ha interpretado la jurisprudencia colombiana partiendo de los textos del *Código Civil* y del *Código de Comercio*. Así, mediante la metodología del Derecho Comparado, “La resolución de los contratos en el derecho colombiano” se proponen identificar las principales confusiones teóricas y desacuerdos de aplicación práctica que se han presentado en el vecino país, en torno a este importante tema. Este análisis resulta siempre de interés para el jurista chileno, deseoso de adentrarse en el estudio del Derecho Privado en los países latinoamericanos que adoptaron el *Código* de Bello.

43

### ABSTRACT

In this article the authors carry out the analysis of the juridical norms of resolution of contracts by default that Colombian jurisprudence has interpreted starting from the texts of the *Civil Code* and *Commerce Code*. So, by means of the methodology of comparative law, “The resolution of the contracts in the Colombian Law” proposes to identify the main theoretical confusions and disagreements of practical enforcement that have appeared in this neighbouring country around this important issue. This analysis is always interesting for the Chilean jurist that wishes to immerse himself in the study of the private law within the countries that adopted the Bello *Code*

---

\* Todas las citas de textos en francés son traducciones libres de los autores.

\*\* Profesor de la Universidad del Rosario (Colombia). DEA en Derecho Privado General (París II).

\*\*\* Profesor de la Universidad del Rosario (Colombia). DEA en Derecho Privado General (París II).

## INTRODUCCIÓN

En el *Código Civil* colombiano, ampliamente inspirado en el *Código* de Bello, el artículo 1.546<sup>1</sup>, consagra el régimen general de la resolución de los contratos, en términos prácticamente idénticos a los del artículo 1.489 del *Código Civil* chileno<sup>2</sup>; en dicha disposición se establece que los contratos bilaterales pueden resolverse, en caso de incumplimiento, por uno de los contratantes<sup>3</sup>.

Ahora bien, antes de comenzar con nuestro análisis de la norma, es importante que hagamos un par de precisiones terminológicas respecto de lo que entendemos por “contrato”, por “contratos bilaterales” y por “resolver”<sup>4</sup>.

La palabra ‘contrato’ la utilizamos para referirnos a una “institución jurídica” regulada mediante normas *institutivas, consecualistas y de extinción*. *Las normas institutivas* determinan las condiciones de existencia del contrato: el acuerdo de voluntades aparente entre dos o más personas para crear, modificar o extinguir vínculos jurídicos (arts. 1.495 C.C. col y 864 C.Co. col. y 1.438 C.C. ch.). *Las normas consecualistas* establecen los distintos vínculos jurídicos que implica la existencia del contrato: derechos de crédito, obligaciones, potestades, sujeciones, etc.<sup>5</sup>. Y, finalmente, *las normas de extinción* determinan las formas de terminación de los ejemplos de la *institución* llamada “contrato” y, por ende, de los vínculos jurídicos que aquella implica. En este orden de ideas, cuando hablamos de “extin-

<sup>1</sup> Art. 1.546: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

<sup>2</sup> Tanto el texto chileno como el colombiano se encuentran ubicados en el libro cuarto del *Código Civil*, consagrado a la teoría general de los contratos; lo cual significa que, en principio, le es aplicable a todas las convenciones, salvo que, en los regímenes particulares se consagren excepciones específicas.

<sup>3</sup> De forma similar, el artículo 870 del *Código de Comercio* dispone: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios”.

Es importante resaltar que de las diferencias de redacción que existen entre las dos disposiciones legales, la jurisprudencia colombiana no parece haber interpretado ninguna diferencia sustancial.

<sup>4</sup> “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”, WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Editorial Crítica, 1988, p. 61, proposición 43.

<sup>5</sup> “El término ‘instituciones del derecho’, [...] debe ser entendido como el término que designa aquellos conceptos jurídicos que son regulados por conjuntos de normas institutivas, consecualistas y de extinción, y que viven durante un lapso de tiempo, a partir del acaecimiento de un acto o de un evento institutivo hasta que se presente un acto o un evento extintivo. Hago una distinción entre institución propiamente dicha (contrato, *trust*, etc.) y los ejemplos de la institución (*un* contrato, *un trust*, etc...)”. MACCORMICK, Neil *et* WEINBERGER, Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Bruxelles / Paris, Ed. Story Scientia / LGDJ, 1992, p. 56.

<sup>6</sup> *Vide* HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Editorial Fontamara, Colección BÉFDP, 1997.

ción del contrato”, nos referimos, exclusivamente, a *normas jurídicas extintivas*, es decir, aquellas disposiciones que establecen las condiciones en que *un* contrato dejará de existir y de producir efectos jurídicos.

Por “contratos bilaterales” entendemos aquellas convenciones cuyas *normas consecualistas* establecen obligaciones recíprocas en cabeza de las partes (arts. 1.496 C.C. col. y 1.439 C.C. ch.)<sup>7</sup>.

En el significado de la palabra ‘resolución’, que constituye el principal tema de análisis de este ensayo, nos detendremos un poco más, y trataremos de determinar de forma más o menos precisa qué queremos expresar al decir que un contrato se “resuelve”<sup>8</sup>. Una de las múltiples acepciones de esta palabra, en el lenguaje ordinario, es ‘deshacer’, ‘destruir’<sup>9</sup>; pero, en el lenguaje particular del Derecho Civil colombiano, ¿qué se entiende por “destruir un contrato” vía *resolución*? Un contrato, en principio, no es una entidad material, como un automóvil y, por ende, no se destruye como se destruyen los automóviles. Un contrato es un *hecho institucional*, creado mediante convención social<sup>10</sup>, y estructurado a través de normas jurídicas<sup>11</sup>. Así, pues, un contrato se resuelve cuando se le da aplicación a la *norma jurídica extintiva de resolución*. Pero, ¿esto qué implica?, en otras palabras, ¿cuáles son los efectos de la resolución de los contratos?

La aplicación de la norma jurídica de resolución implica la extinción del contrato y de los vínculos jurídicos que éste conlleva; pero con una particularidad bien importante: *la retroactividad*. En efecto, a la resolución se le suele reconocer<sup>12</sup>, al igual que a la nulidad (arts. 1.746 C.C. col. y 1.687 C.C. ch.), efectos retroactivos, es decir, que, en virtud de su declaratoria, las partes deberán proceder a las restituciones mutuas, *como si* no hubiera existido convención. Esto es lo que se conoce con el nombre de *ficción jurídica*<sup>13</sup>. No se puede negar que antes de la resolución existía el ejemplo concreto de la *institución* “contrato”,

<sup>7</sup> Art. 1.496 C.C. El contrato es *unilateral* cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y *bilateral*, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Consúltese al respecto SERIAUX, Alain, *La notion de contrat synallagmatique. In Mélanges Ghestin*, Paris, Ed. LGDJ, 2001, pp. 777-788.

<sup>8</sup> Un estudio más completo y detallado sobre la resolución de los contratos por incumplimiento, en TERNERA BARRIOS, FRANCISCO, *Los derechos reales y personales*, Bogotá, Ediciones Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2005, p. 245 y ss.

<sup>9</sup> Vide REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 2001, t. I, p. 1.958.

<sup>10</sup> Vide SEARLE, John, *Mente, lenguaje y sociedad*, Madrid, Editorial Alianza / Ensayo, 2001, p. 103 y ss. y SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Editorial Paidós Básica, 1997.

<sup>11</sup> “Buena parte de la dificultad, en lo que atañe a la terminología jurídica, se origina en el hecho de que muchas de nuestras palabras sólo eran aplicables originariamente a cosas físicas; de modo que su uso en conexión con relaciones jurídicas es, hablando estrictamente, figurativo o ficticio”, HOHFELD (n. 6), p. 36.

<sup>12</sup> Vide, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 18 de agosto de 1987 M.P. Alberto Ospina Botero. G.J., t. CLXXXVIII, N° 2.423, pp. 107 a 116.

<sup>13</sup> “[...] [L]as ficciones legales son recursos empleados para extender ciertas consecuencias jurídicas a entidades distintas de aquellas para las cuales fueron originalmente previstas. La

empero, el legislador autoriza a actuar “como si nunca lo hubiera habido” y, de lo anterior, deduce que las partes deben quedar en el mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido **el** contrato resuelto<sup>14</sup>. La **ficción** consiste en suponer que nunca existió un contrato que, evidentemente, sí existió antes de la aplicación de la norma de resolución, y los efectos jurídicos que se desprenden de la **ficción** son clarísimos: dejar los patrimonios de las partes en el estado en el que se encontrarían si no hubiese habido convención.

Sin embargo, en ciertas hipótesis no es viable aplicar los efectos retroactivos de la resolución, como en el caso de ciertos contratos de tracto sucesivo en los cuales al menos una de las partes no podría proceder a las restituciones correspondientes –por ejemplo, en la hipótesis de la resolución de un contrato de arrendamiento–. En este supuesto, obviamente, no proceden tales restituciones. En estas hipótesis la **norma extintiva** no implica la **ficción** que permite la retroactividad, y se entiende que las obligaciones ejecutadas con anterioridad a la terminación correspondieron al cumplimiento de un contrato que sólo se extinguió en el momento de su resolución<sup>15</sup>. Al respecto, consideramos importante hacer una pequeña precisión terminológica: parte de la doctrina, principalmente francesa<sup>16</sup>, se sirve del vocablo ‘résiliation’ para designar la resolución del contrato cuando opera sin efectos retroactivos. No obstante, en el Derecho colombiano hay que tener especial cuidado con esta palabra, pues en la jurisprudencia se suele utilizar este mismo término para referirse a la extinción del contrato por consentimiento mutuo (arts. 1.602 y 1.625 C.C. y 1.545 y 1.567 C.C. ch.)<sup>17</sup>, lo cual, eventualmente, podría generar problemas interpretativos debidos a la **ambigüedad**<sup>18</sup>.

---

función básica de las ficciones es establecer que, en ciertos casos, determinadas cuestiones deben ser tratadas, mediante asimilación, según las reglas previstas para otras cuestiones”. MENDONÇA, Daniel, “Estudio preliminar”, en, KELSEN, Hans; FULLER, Lon y ROSS, Alf, **Ficciones jurídicas**, México, Editorial Fontamara, Colección BÉFDP, 2003, p. 17.

Sobre las ficciones jurídicas, recomendamos consultar: PERELMAN, Chaïm **et** FORIERS, Paul, **Les présomptions et les fictions en droit**. Travaux du centre national de recherches de logiques, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1974.

<sup>14</sup> C.S.J. Cas. Civ. (n. 12).

<sup>15</sup> **Vide** LARROUMET, Christian, **Les obligations. Le contrat**, Paris, Ed. Economica, 2003, pp. 817-820.

<sup>16</sup> **Op. cit.**, pp. 612- 615. Sin embargo, otro sector de la doctrina se sirve también de la misma palabra para referirse tanto a la facultad excepcional de terminación unilateral de un contrato, sin que haya mediado incumplimiento, como a la terminación por mutuo acuerdo. **Vide** MAZEAUD, M M. **et** CHABAS, François, **Leçons de Droit Civil. Obligations**, Paris, Ed. Montchrestien, 1991, pp. 855-863 y MALAURIE, Philippe **et** AYNES, Laurent, **Droit civil. Obligations**, Paris, Ed. Cujas, 1998, pp. 435-438.

<sup>17</sup> **Vide** C.S.J. Cas. Civil. 9 de febrero de 2004, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente N° 7577 y C.S.J. Cas. Civ. 05 de noviembre de 1979 M.P. Alberto Ospina Botero. G.J., t. CLIX, N° 2400, pp. 314 y 315. Al respecto, consúltese también: CANOSA TORRADO, Fernando, **La resolución de los contratos. Incumplimiento y mutuo disenso**, Bogotá, Editorial Doctrina y Ley Ltda., 2005, pp. 70-72.

<sup>18</sup> “No es cierto que todas las palabras son usadas, en todos los contextos, para connotar las mismas propiedades. Si uno de mis hijos me pregunta: ‘¿Qué quiere decir ‘radio’?’, no tengo más

La resolución de un contrato, y sus efectos retroactivos, en principio, afectan también a terceros. Expliquémoslo mediante un ejemplo sencillo: Alejandro e Ignacio celebran un contrato de compraventa, en virtud del cual el primero se obliga a transferirle al segundo la propiedad de la cosa X, y el segundo, a su vez, se compromete a pagarle un precio por ésta. Alejandro, muy juiciosamente, cumple con su obligación, pero Ignacio incumple la suya. Alejandro consigue que el contrato se extinga mediante la aplicación de la norma de resolución. Como ya lo vimos, esto implica la **ficción** que consiste en considerar que nunca hubo contrato entre las partes. Así las cosas, Ignacio tendría en su poder una cosa que pertenece a Alejandro –quien nunca se la transfirió en ejecución de ninguna obligación contractual– y, por ende, éste podría exigirle su restitución. Ahora, invitemos a nuestra historia a un nuevo personaje, el famoso tercero: Alberto. Cuando Alejandro le exige a Ignacio la restitución, éste le informa que antes de la resolución del contrato él la había transferido a Alberto. Si continuáramos con el desarrollo lógico de la aplicación de los efectos retroactivos de la resolución deberíamos decir: se entiende, en virtud de la resolución, que el contrato entre Alejandro e Ignacio nunca existió y, por consiguiente, Alejandro nunca realizó la transferencia de dominio en ejecución de ninguna obligación contractual. Y si Ignacio nunca fue dueño de la cosa X, nunca pudo haberla transferido a Alberto. Por lo tanto Alberto se encontraría en posesión de una cosa que le pertenece a Alejandro, quien bien podría reivindicarla<sup>19</sup>.

47

Vemos cómo nos encontramos frente a dos intereses contrapuestos que, en principio, parecen ambos dignos de protección: el de Alejandro, de recuperar la cosa por la cual nunca le pagaron, y el de Alberto, de conservar la cosa que adquirió de manos de quien, en cierto momento fue su dueño. Ante este dilema, el legislador decidió optar por una vía intermedia: en unas hipótesis protege los intereses de Alejandro y en otras los de Alberto. En ciertos casos, se sigue con el principio de la retroactividad y, por ende, Alberto debe restituirle la cosa cuya propiedad nunca adquirió<sup>20</sup>. En otros, si el juez infiere que Alber-

---

remedio que contestarle con otra pregunta: ‘¿En qué frase u oración?’. Porque en algunas significará algo así como ‘aparato eléctrico que sirve para escuchar música y noticias’; en otras ‘metal descubierto por los esposos Curie’; en otras ‘la mitad del diámetro’; en otras, cosas tan poco precisas como las que indicamos al hablar del radio de acción de cierta influencia política, o del radio céntrico de la ciudad. [...] [E]l significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y la situación humana dentro de la que son usadas. Claro está que el contexto y la situación, en la generalidad de los casos, disipan toda posibilidad de confusión. [...] Los problemas de este tipo son analizados y estudiados bajo el rótulo de ‘ambigüedad de los lenguajes naturales’”. CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1994, pp. 28-29.

<sup>19</sup> En nuestro ejemplo dejamos de lado las relaciones contractuales entre Ignacio y Alberto, en donde se presentaría un incumplimiento del primero frente al segundo, ya que no pudo transferirle el dominio de la cosa X.

<sup>20</sup> C.S.J. Cas. Civ. (n. 12).

to fue adquirente de *buena fe* exenta de culpa, entraría a operar otra *ficción jurídica* que dispondría que adquirió la propiedad de la cosa X de manos de Ignacio *como si* éste hubiese sido dueño; y, dentro de esta perspectiva, Alejandro no podría reivindicarla, e Ignacio estaría obligado a restituírle su equivalente en dinero. Esta solución es aplicable tanto en el caso de bienes muebles (arts. 1.547 C.C. col. y 1.490 C.C. ch.), como en el caso de inmuebles (arts. 1.548 C.C. col. y 1.491 C.C. ch.)<sup>21</sup>, siempre dentro de los parámetros impuestos por el artículo 955 del *Código Civil* colombiano (art. 898 C.C. ch.)<sup>22</sup>.

Después de haber hecho estas precisiones preliminares sobre la resolución, podemos emprender un breve análisis concerniente a su naturaleza jurídica (i) y a la aplicación de la norma que la consagra (ii).

## I. LA NATURALEZA JURÍDICA

48

Es importante precisar que, mediante la ambigua expresión “naturaleza jurídica”<sup>23</sup>, no pretendemos hacer referencia a una supuesta “esencia”, a un significado real e innato de las normas estudiadas –lo cual no creemos que exista–. Nuestro único objetivo, en esta primera parte del ensayo, es tratar de precisar las diferencias y los *parecidos de familia*<sup>24</sup> que existen entre la resolución y algunas otras instituciones jurídicas (A), para luego entrar a analizar la posibilidad de explicar las normas extintivas de resolución mediante una sola teoría general (B).

### A

Como lo vimos anteriormente, la norma de resolución del contrato permite su extinción cuando se presenta la inejecución de una obligación contractual. Dicho de otro modo, la resolución sanciona una vicisitud que se presenta en el período de ejecución de la convención. Esta precisión es fundamental para establecer nuestra primera diferenciación.

<sup>21</sup> C.S.J. Cas. Civ. 28 de julio de 1970. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G.J. cxxxv, N<sup>os</sup>. 2.330, 2.331 y 2.332, pp. 69-70.

<sup>22</sup> En este mismo sentido de protección a terceros de buena fe se encuentran orientados los artículos 947 inc. 2, 1931 inc. 2 (derogado y sustituido por la ley 45 de 1930 arts. 1 y 2) y 1.940 del *Código Civil* colombiano y los artículos 890 inc. 2 y 1.882 del *Código Civil* chileno.

<sup>23</sup> Sobre los distintos sentidos atribuidos a la expresión “naturaleza jurídica” recomendamos consultar: CARRIÓ (n. 18), pp. 101-103.

<sup>24</sup> “[...] Pues si los miras no verás por cierto algo que sea común a *todos* sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. [...] No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión ‘parecidos de familia’; pues es así como se superponen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etc., [...]”. WITTGENSTEIN (n. 4), pp. 87 y 89.



i). La resolución frente a la nulidad (arts. 1.740 a 1.756 C.C. col., 899 y 900 C. Co. col. y 1681 a 1697 C.C. ch.)

La nulidad del contrato permite su **extinción** en términos muy similares a los de la resolución<sup>25</sup>. En efecto, si un contrato no cumple con las condiciones establecidas, principalmente, en el artículo 1.502 del **Código Civil** colombiano (art. 1.445 C.C. ch.), el sujeto normativo<sup>26</sup> puede solicitar al juez que declare su nulidad, lo cual implica su “destrucción” con **efectos retroactivos**, de forma análoga a lo establecido para la resolución.

Vemos cómo las similitudes entre la nulidad y la resolución parecen limitarse a sus consecuencias jurídicas: extinción del contrato con efectos retroactivos. Sin embargo, en las hipótesis de nulidad por ausencia de objeto (arts. 1.517 y 1.518 C.C. col. y 1.460 y 1.461 C.C. ch.) y por ausencia de causa (arts. 1.524 incs. 1 y 3 y C.C. col. y 1.467 incs. 1 y 3 C.C. ch.) estos **parecidos de familia** se extienden también a ciertas condiciones de aplicación de las normas. Expliquémoslo más claramente: los artículos 1.517 y 1.518 del **Código Civil** colombiano exigen que un contrato, en su período de formación, tenga un objeto existente o que se espera que exista, bajo ciertas condiciones. En el caso contrario, la otra parte puede demandar la nulidad del contrato por falta de objeto. Sirvámonos de un ejemplo: Fabricio y Francisco celebran un contrato de franquicia en virtud del cual el primero, entre otras cosas, se obliga frente al segundo a permitirle la utilización de su nombre comercial “Empanadas Araucanas de Fabricio” y de su receta secreta de **Empanadas de Pino**. Empero, Fabricio nunca ha explotado ningún nombre comercial, ni tiene la menor idea sobre la preparación de empanadas. Por consiguiente, esto no puede ser considerado un verdadero **Know How**, susceptible de ser licenciado mediante contrato de franquicia. Así las cosas, la obligación de Fabricio se hallaría desprovista de objeto y, por ende, Francisco podría solicitar la nulidad del contrato. Pero,

49

<sup>25</sup> Es importante hacer una precisión terminológica: el legislador parece denominar dicha **norma extintiva**, nulidad y rescisión (por ejemplo, en los arts. 1.348, 1.682 inc. 3 y 1.691 C.C. ch.); sin embargo, el vocablo ‘rescisión’ es muy ambiguo, y puede prestarse para confusiones, ya que el **Código Civil** parece atribuirle distintos significados que no siempre coinciden con aquél que nosotros retuvimos de la palabra ‘nulidad’. Así, por ejemplo, se sirve del vocablo ‘rescisión’: en el supuesto de la presunción de muerte por desaparecimiento, para hacer referencia a la invalidación del decreto de posesión definitiva en el caso de reaparecimiento (arts. 93 y 94 C.C. ch.); en la hipótesis específica de la extinción del contrato de compraventa por lesión enorme (arts. 1.888 a 1.896 C.C. ch.) y, lo que resulta aún más ambiguo, en algunas disposiciones el legislador utiliza ‘rescisión’ como sinónimo de ‘resolución’ (art. 1.489 C.C. ch.) (ejemplo: arts. 1.852, 1.860, 1.932, 1.978 y 2.271 C.C. ch.). Así las cosas, en aras de la claridad, nosotros preferimos no utilizar el vocablo ‘rescisión’ y servinos, exclusivamente, de las palabras ‘nulidad’ y ‘resolución’.

<sup>26</sup> El otro contratante en caso de nulidad relativa (arts. 1.743 C.C. col. y 1.684 C.C. ch.) o el mismo juez de oficio, o cualquier interesado en caso de nulidad absoluta (arts. 1.742 C.C. col. y 1.683 C.C. ch.).

además, la obligación de este último, de pagar un precio, se encontraría desprovista de causa. En efecto, Francisco se comprometió a pagar por un **Know How**, la causa de su obligación es el objeto de la obligación de contratante, y si éste no existe, su obligación también se hallará desprovista de causa. En este orden de ideas, dicho contrato podría anularse tanto por falta de objeto –de la obligación de Fabricio– como por falta de causa –de la obligación de Francisco<sup>27</sup>.

La hipótesis de la resolución es similar. Un contrato se puede resolver cuando una de las partes incumple su obligación; lo cual implicaría, en principio, que el objeto de la obligación incumplida sí hubiera existido en el momento de la formación de la convención, pero que, en el período de ejecución, se hubiera dejado insatisfecho a su acreedor, debido al incumplimiento<sup>28</sup>. En este orden de ideas, y expresándolo en términos muy simples, podemos afirmar que la nulidad por falta de objeto –y por falta de causa– implica una insatisfacción del acreedor, que se manifiesta desde el período de formación del contrato; mientras que la resolución operaría por una insatisfacción del acreedor, que se presenta en el período de ejecución.

50 Sin embargo, esta división entre el período de formación y el de ejecución de los contratos no es tan evidente, no podemos pretender trazarla con un bisturí. Existen límites imprecisos, difusos, que nos hacen dudar sobre el hecho de que una situación corresponda a uno o al otro período de la convención o, incluso, respecto de ciertas situaciones que bien podrían corresponder a ambos<sup>29</sup>. “Por ejemplo, si una persona se obliga a cumplir con una prestación, que, desde el momento mismo del acuerdo de voluntades, no estaba en medida de cumplir, el acreedor de esta prestación puede, ya sea obtener la nulidad del contrato [...], por ausencia de causa de su propia obligación al momento de la celebración del contrato, ya sea obtener la resolución del contrato, [...], por la inejecución de las obligaciones de la otra parte”<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Vide LARROUMET (n. 15), p. 546.

<sup>28</sup> “Un agente en una ocasión dada, se abstiene de hacer una determinada cosa si, y sólo si, **puede hacer** esta cosa, pero de hecho **no la hace**”. Georg Henrik VON WRIGHT, *Norma y acción*, Madrid, Editorial Tecnos, 1979, p. 62.

<sup>29</sup> “Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. [...] Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. (“Es indudable que un automóvil es un vehículo”). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no (“La palabra ‘vehículo’, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?”). Herbert L.A HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1998, pp. 157 y 158.

<sup>30</sup> LARROUMET (n. 15), pp. 464- 465.

ii). La redacción misma del artículo 1.546 del *Código Civil* colombiano (art. 1.489 C.C. ch.) puede conducir a graves confusiones.

En efecto, dicho texto denomina la resolución del contrato “condición resolutoria”, lo cual, a primera vista, podría dar a entender que ésta es una variedad de la “condición resolutoria de la obligación” (arts. 1.536 C.C. col. y 1.479 C.C. ch.)<sup>31</sup>. Sin embargo, entre la “resolución” y la “condición resolutoria” existen, por lo menos, dos grandes diferencias: en primer lugar, la resolución es una *norma de extinción* de la *institución* denominada contrato, y la condición resolutoria se refiere a la extinción de una obligación contractual (arts. 1.625 N° 9 C.C. col. y 1.567 N° 9 C.C. ch.), lo cual no implica, necesariamente, la terminación de la convención. Y, en segundo lugar, la resolución obedece a la estructura obligacional misma del contrato, opera cuando se presenta un hecho específico *interno*: el incumplimiento de una obligación contractual; mientras que la condición resolutoria opera por el acaecimiento de un hecho *externo* al contrato<sup>32</sup>, hecho a cuya ocurrencia las partes decidieron sujetar la existencia de la obligación<sup>33</sup>. En nuestra opinión, las similitudes que existen entre la resolución y la condición resolutoria, principalmente en lo que respecta a sus efectos retroactivos, no son suficientes para pretender explicar las dos normas mediante una única abstracción<sup>34</sup>.

iii). Distinción de la resolución de las normas de indemnización de perjuicios contractuales –*responsabilidad contractual*–

El hecho de que los mismos textos que consagran la resolución (arts. 1.546 C.C. col., 870 C.Co. col. y 1.489 C.C. ch.) hagan referencia expresa a la posibilidad de pedir indemnización de perjuicios, no implica que la resolución del contrato y la responsabilidad contractual sean lo mismo. En efecto, la resolución es una norma que permite al contratante que no ha incumplido extinguir el contrato cuando la otra parte ha incurrido en un *incumplimiento grave*. Ahora, la resolución, al igual que la nulidad, tiene *efectos retroactivos*, es decir, que, una

<sup>31</sup> *Vide* en este sentido: C.S.J. Cas. Civ. (n. 21), p. 67.

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, las partes pueden establecer como condición resolutoria (art. 1.479 C.C. ch.) de una obligación cualquiera, nacida de un contrato de suministro, un eventual cambio en las condiciones del mercado o, incluso, el matrimonio de una persona determinada.

<sup>33</sup> Consúltese, en el mismo sentido LARROUMET (n. 15), pp. 799-801.

<sup>34</sup> “Es una ilusión la de que a cada palabra le corresponde un significado y sólo uno; la gran mayoría de ellas tiene una pluralidad. También es ilusoria la creencia de que el uso de una misma palabra para denotar objetos diversos presupone necesariamente –salvo los casos de mera homonimia– que todos esos objetos tienen una propiedad o un conjunto de propiedades en común, que integran o componen una entidad que la palabra nombra. El hecho de que estamos usando una misma palabra no garantiza que nos estamos refiriendo a la misma cosa”. CARRIÓ (n. 18), p. 94.

vez terminado el contrato, las partes deben proceder a las restituciones mutuas de forma tal que queden en el mismo estado en que estarían si la convención nunca se hubiese celebrado<sup>35</sup>. Mientras que la expresión “responsabilidad contractual” se refiere a la norma que establece la obligación de reparar un daño causado a una parte en un contrato, por la inejecución de una obligación contractual en cabeza de su contratante. Así las cosas, no sólo puede haber responsabilidad contractual sin resolución y resolución sin responsabilidad sino que, además, las restituciones mutuas, consecuencia de la resolución, no corresponden a la noción de daño. La existencia de un perjuicio sufrido por el acreedor insatisfecho no es una condición de la resolución<sup>36</sup>. Adicionalmente, vale la pena aclarar que el incumplimiento, condición de la resolución, es muy distinta a la culpa, condición de la responsabilidad civil, en el supuesto de un incumplimiento de obligaciones de medios. En efecto, el incumplimiento es una noción objetiva: el no haber realizado la conducta prescrita por el contrato; lo cual no implica, necesariamente, una culpa. Mientras que la culpa tiene una connotación subjetiva: el haber procedido de forma negligente o imprudente, actuando de manera distinta de como lo hubiese hecho un sujeto hipotético, colocado en las mismas circunstancias del contratante. En este orden de ideas, la palabra ‘culpa’ es utilizada para *expresar* una desaprobación, un reproche de una conducta específica, lo cual depende de una *forma de vida*<sup>37</sup> particular de una sociedad determinada. La culpa implica, entonces, un *juicio de valor*<sup>38</sup>.

## B

Cierta doctrina<sup>39</sup> ha tratado de explicar la resolución de los contratos mediante la teoría general de la *causa de la obligación*. Veamos, brevemente, en qué con-

<sup>35</sup> Consúltese al respecto: C.S.J. Cas. Civ. 19 de octubre de 1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Jurisprudencia y Doctrina 01/2000 pp. 8 a 10.

<sup>36</sup> *Vide* por ejemplo, los artículos 1.984 inc. 2 del *Código Civil* (art. 1.925 C.C. ch.) y 973 del *Código de Comercio*. Asimismo, LARROUMET (n. 15), pp. 808 a 810.

<sup>37</sup> “Verdadero y falso es lo que los hombres *dicen*, y los hombres concuerdan en el *lenguaje*. Ésta no es una concordancia de opiniones sino de forma de vida”, WITTGENSTEIN (n. 4), p. 217, proposición 241.

<sup>38</sup> *Vide* MANTILLA ESPINOSA, Fabrizio y TERNERA BARRIOS, Francisco, “La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en revista *Actualidad Jurídica*, N° 11, Concepción / Santiago, Universidad del Desarrollo, 2005, pp. 213-230.

Para profundizar al respecto, *vide*: HARE, Richard Mervyn, *El lenguaje de la moral*, México, Ed. UNAM, 1975; HARE, Richard Mervyn, *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, Barcelona, Editorial Ariel Filosofía, 1999, pp. 115-159; HART, Herbert L.A., *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. In Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1962, pp. 1-64.

<sup>39</sup> CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations*, Paris, Ed. Dalloz, 1927, pp. 195-358 y LARROUMET (n. 15), pp. 799-826.

siste su razonamiento: en materia de contratos, la palabra ‘causa’ es utilizada para designar dos nociones distintas, la primera, la “causa de la obligación”, es decir, aquellos móviles que normalmente se presentan en todos los contratos pertenecientes a una misma categoría; en los contratos a título gratuito, la intención liberal; en los contratos a título oneroso (art. 1.440 C.C. ch.), la existencia de una contrapartida, la cual será el objeto de la obligación del otro contratante en los contratos bilaterales y, en el supuesto de los contratos unilaterales (art. 1.439 C.C. ch.), una contrapartida exterior –y generalmente anterior– al contrato, si el contrato es consensual o si el contrato es real (art. 1.443 C.C. ch.), la entrega material de la cosa. Sin embargo, estos motivos no son analizados como móviles particulares, circunstanciados y subjetivos de los contratantes, sino como categorías generales, objetivas y preterminadas iguales para todos los contratos particulares pertenecientes a una misma categoría. “[...] [L]a causa de la obligación es una noción abstracta que no varía de acuerdo ni con la personalidad, ni con vaivenes de la voluntad de los contratantes, sino que depende de la calificación del contrato celebrado”<sup>40</sup>.

Y la segunda, la “causa del contrato”, es decir, aquellos motivos particulares de los contratantes–los cuales pueden variar de un contrato a otro hasta el infinito– que son susceptibles de control en un caso bien determinado: cuando estos móviles sean ilícitos o inmorales, es decir, cuando estén prohibidos por la ley o contraríen el orden público o las buenas costumbres.

Vemos cómo el artículo 1.524 del *Código Civil* colombiano (art. 1467 C.C. ch.) parece consagrar tanto la “causa de la obligación”, en sus incisos primero y tercero (al exigir la existencia de una causa, así no se haya expresado en el contrato), como la “causa del contrato”, en sus incisos primero y segundo (al exigir su conformidad con el orden público y las buenas costumbres).

Ahora bien, en los contratos bilaterales, la noción de “causa de la obligación” se manifestaría a través de diferentes normas jurídicas, tanto en el período de formación como en el de ejecución de la convención<sup>41</sup>. En este orden de ideas, esta interdependencia, este equilibrio entre las obligaciones de las partes, sería protegido mediante las acciones de nulidad y de rescisión por lesión enorme, durante el período de formación, y por la excepción de contrato no cumplido y la resolución, durante el período de ejecución.

Tratemos de recrear la situación, dentro de esta óptica, con nuestro ejemplo inicial: Alejandro se obligó para con Ignacio a entregarle la cosa X, porque

<sup>40</sup> MAZEAUD, Denis, “La cause”, *in Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004, p. 455.

<sup>41</sup> “Vista desde un ángulo funcional, la causa de la obligación establece un mínimo de equidad en el contrato, concretamente, en los contratos bilaterales, los cuales constituyen su campo de elección, ya que ésta protege a cada contratante frente a un compromiso adquirido, ya sea en el evento de ausencia total de contrapartida, ya sea en el caso de que exista una contrapartida aparente o meramente ilusoria”, MAZEAUD (n. 40), p. 456.

éste, a su vez, se comprometió a pagarle el precio; si Ignacio no le paga a Alejandro la obligación de este último se encontraría desprovista de causa y, por consiguiente, podría solicitar la resolución del contrato<sup>42</sup>.

Además, para poder sostener que el incumplimiento de la obligación de un contrato trajo como consecuencia el privar de causa a la obligación de la otra parte, dicho incumplimiento debe poderse considerar como grave<sup>43</sup>. ‘Grave’ es una palabra vaga<sup>44</sup> que le permite gran libertad al juez en el momento de determinar su aplicación para cada caso específico<sup>45</sup>; sin embargo, no debemos perder de vista que la gravedad del incumplimiento debe siempre analizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada contrato. En este orden de ideas, la Corte Suprema colombiana sostiene:

“[s]e impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuncia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora que él consintió, etcétera”<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Nuestro tribunal supremo, en varias sentencias, parece servirse de este mismo razonamiento para explicar la resolución. *Vide* por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. (n. 17), pp. 306-316., C.S.J. Cas. Civ. 12 de agosto de 1974 M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. N<sup>os</sup> 2378-2389, pp. 199-206, y C.S.J. Cas. Civ. 17 de abril de 1954 M.P. Eduardo Rodríguez Piñeres. G.J., t. LXVII, N<sup>o</sup> 2140, pp. 363-364.

<sup>43</sup> Si bien en el artículo 1.546 el *Código Civil* colombiano (art. 1467 C.C. ch.) no se hace referencia a la “gravedad” del incumplimiento, en regímenes particulares como el del arrendamiento (arts. 1.984 C.C. col. y 1.926 C.C. ch.), la compraventa (arts. 1.909, 1.911, 1.915 y 1.925 C.C. col. y 1.852, 1.854 y 1.858 C.C. ch.) y el suministro (art. 973 C.Co. col.) el legislador sí lo exige expresamente.

<sup>44</sup> “Ya sabemos lo que quiere decir ‘joven’ o ‘calvo’. No se trata aquí de un problema de ambigüedad. El problema es este otro: carece de sentido preguntarse a qué precisa edad se deja de ser joven, o cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo, o cuánto hay que medir para ser alto. [...] El uso vigente de la palabra no nos suministra una guía segura, positiva o negativa, para clasificar los casos dudosos, porque ella es deliberadamente usada con imprecisión. Tales vocablos cumplen una función importantísima en los lenguajes naturales y también en el lenguaje del derecho. Hablamos corrientemente de plazo razonable, de error sustancial, de culpa o de injuria grave, de peligro inminente, de velocidad excesiva, etc. [...] Para aludir a este fenómeno se habla de la ‘vaguedad de los lenguajes naturales’”. CARRIÓ (n. 18), pp. 31-32.

<sup>45</sup> “Los lenguajes naturales contienen palabras *vagas* [...] [E]l uso de una palabra tal como de hecho se la emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. [...] Dichas palabras son periféricamente indeterminadas. Para incluir o excluir el caso marginal es menester tomar una decisión”, CARRIÓ (n. 18), p. 137.

<sup>46</sup> C.S.J. Cas. Civ. 11 de septiembre de 1984 M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J., t. 176, número 2415, p. 237.



De acuerdo con la posición del máximo tribunal colombiano, la **gravedad del incumplimiento** no puede analizarse de forma absoluta, sino para cada caso en concreto, determinando las circunstancias específicas que para la situación en cuestión lleven a determinar que la inejecución, efectivamente, frustró las expectativas del acreedor insatisfecho. Sostener que una clase de incumplimiento es **grave** para todos los casos y en todas las hipótesis no sería más que un sinsentido<sup>47</sup>.

Es precisamente en este orden de ideas que está orientada la norma que regula la resolución del contrato de suministro (art. 973 inc. 1 C.Co. col.)<sup>48</sup>:

“El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos”.

Vemos cómo la alusión a la interdependencia de las obligaciones –mediante la noción de causa de la obligación–, en principio, parecería servir de explicación teórica general de la norma de resolución; pero, ¿hasta qué punto esta explicación es suficiente? En otras palabras, ¿la referencia a la causa de la obligación nos permite siempre justificar la existencia de la norma resolutoria? Y, lo que es aún más importante, ¿es ésta realmente necesaria?

55

Con el fin de responder a estas interrogantes, debemos analizar dos grandes objeciones que, en principio, se le podrían formular a dicha teoría:

- i) “no todos los contratos bilaterales consagran la posibilidad de extinción mediante la norma de resolución”
- ii) “algunos contratos que no son bilaterales pueden **resolve** en los mismos términos”.

<sup>47</sup> “[...] En lugar de decir: ‘Esta es la carretera correcta hacia Granchester’, podría decirse perfectamente: ‘Esta es la carretera correcta que debes tomar si quieres llegar a Granchester en el menor tiempo posible’. [...] La carretera correcta es aquella que conduce a una meta arbitrariamente determinada, y a todos nos parece claro que carece de sentido hablar de carretera correcta independientemente de un motivo predeterminado. Veamos ahora lo que posiblemente queremos decir con la expresión ‘la carretera absolutamente correcta’. Creo que sería aquella que, al verla, **todo el mundo** debería tomar por **necesidad lógica**, o avergonzarse de no hacerlo. Del mismo modo, el bien absoluto, si es un estado de cosas descriptible, sería aquel que todo el mundo, independientemente de sus gustos e inclinaciones, realizaría **necesariamente** o se sentiría culpable de no hacerlo. En mi opinión, tal estado de cosas es una quimera”, WITTGENSTEIN, Ludwig, *Conferencia sobre ética*, Barcelona, Ed. Paidós, 1990, pp. 36-38.

<sup>48</sup> En este mismo sentido parece estar orientado el artículo 73 de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería de 1980.

i) “No todos los contratos bilaterales pueden resolverse”

En efecto, en el contrato de renta vitalicia<sup>49</sup> el artículo 2.294 del *Código Civil* colombiano (art. 2.271 C.C. ch.), en caso de incumplimiento del deudor de la renta, excluye expresamente la posibilidad de que el acreedor opte por la resolución del contrato. Respecto de esta disposición analizaremos brevemente, en primer término, su validez como argumento en contra de la teoría general de la resolución basada en la causa y, en segundo término, su pertinencia como excepción.

En primer término, afirmar que el hecho de que, a manera de excepción, no se permita la resolución en la renta vitalicia desvirtúa la teoría general de la resolución basada en la interdependencia entre las obligaciones de las partes es, por decir lo menos, bastante exagerado. En efecto, la gran mayoría –si no son todas– de las normas jurídicas generales no son universales<sup>50</sup>, es decir, se aplican a todos los casos salvo ciertas excepciones que el legislador establece por diferentes motivos; así, por ejemplo, el artículo 947 del *Código Civil* colombiano (art. 890 C.C. ch.), en su inciso primero, dispone que todos los bienes muebles pueden reivindicarse, y en su inciso segundo exceptúa a aquellos que fueron adquiridos en feria, tienda o almacén; el artículo 874 inciso segundo del *Código de Comercio* colombiano establece que las obligaciones contraídas en divisas se cubrirán en moneda colombiana, salvo si la ley, a manera de excepción, permite, para ciertos casos, que se haga en moneda extranjera, como sucede en materia de hidrocarburos, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 9 de 17 de enero de 1991 artículo 16.

La gran diversidad y complejidad de las situaciones sociales reguladas por las normas jurídicas suelen exigir la consagración de excepciones a las reglas generales, lo cual no implica, en principio, la inexistencia de la regla general.

En segundo término, dichas excepciones, establecidas por el legislador, obedecen a razones de diferente índole: proteger al tercero adquirente de buena fe –en el caso de la reivindicación de muebles–, estimular la inversión extranjera en materia de hidrocarburos –en el caso del pago en divisas– o tratar de proteger el

<sup>49</sup> Art. 2.287. La *constitución de renta vitalicia* es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una *renta* o *pensión* periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos [2] personas o de un tercero.

Sobre la renta vitalicia, *vide* BÉNABENT, Alain, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Paris, Ed. Montchrestien, 1997, pp. 555-566.

<sup>50</sup> “La generalidad es lo opuesto a la especificidad y consiste en una cuestión de grado. La universalidad se opone, en cambio, a la particularidad y no consiste en una cuestión de grado. Las dos prescripciones ‘Uno no debería decir nunca mentiras’ y ‘Uno no debería decir nunca mentiras a los compañeros de trabajo’ son ambas igualmente universales en el sentido de que *cualquier* acto que caiga bajo la descripción de ‘mentiras’ o ‘mentiras a los compañeros de trabajo’ [...] queda prohibido por la prescripción correspondiente. Pero la primera es mucho más general, mucho menos explícita que la segunda”, HARE (n. 38), p. 106.



azar propio del contrato de renta vitalicia –en el caso de la exclusión de la resolución–. Ahora bien, en la hipótesis de la renta vitalicia, la pregunta es: ¿resulta pertinente dicha excepción a la regla general? En otras palabras, ¿es digno de protección el azar del contrato de renta vitalicia? Y si esto es así, ¿la exclusión de la resolución es un mecanismo efectivo para alcanzar este fin?<sup>51</sup>

Tratemos de responder a estas interrogantes sin adentrarnos demasiado en juicios de valor. En principio, la protección del azar propio de dicho contrato parece bastante justificable (art. 1.441 C.C. ch.). En efecto, si una persona se obliga a pagar a otra una renta como contrapartida de una prestación que recibió, y si la contingencia de ganancia o pérdida consiste en la incertidumbre respecto del tiempo en que pagará dicha renta –durante la vida de una persona–, mal podríamos permitirle al deudor de la renta que, mediante el incumplimiento premeditado y calculado, consiga la resolución del contrato; en el momento en que se percate de que continuar con el pago implicará un costo superior al beneficio que recibió como contraprestación<sup>52</sup>. Sin embargo, la exclusión de la resolución no parece ser el mecanismo idóneo para conseguir este fin. Expliquémoslo de forma concisa: no es cierto que mediante su incumplimiento el deudor de la renta consiga resolver el contrato y, de esta manera, excluir la contingencia de ganancia o pérdida. Y esto por una razón simple: el único que puede solicitar la resolución es el acreedor insatisfecho, de él depende si opta por ésta o por la ejecución forzosa (arts. 1.489 inc. 2 y 1.553 C.C. ch.). Así, la prohibición de la resolución no está privando al deudor de ninguna prerrogativa que tuviera para extinguir el contrato, en caso de concretarse la contingencia de pérdida.

Esta primera objeción no sirve, entonces, ni para controvertir el campo de aplicación general de la norma resolutoria –en los contratos bilaterales–, ni mucho menos para desvirtuar su justificación a través de la interdependencia de las obligaciones, ni, tampoco, parece apoyarse en normas que efectivamente consigan los objetivos que persiguen.

## ii) “no sólo los contratos bilaterales pueden *resolve*”

A pesar de que, para determinar el campo de aplicación de la resolución, el artículo 1.546 del *Código Civil* colombiano (art. 1.489 C.C. ch.) hace referencia expresa a los contratos bilaterales, ciertas disposiciones nos pueden llevar a pensar que algunos contratos unilaterales también pueden *resolve*. Analicemos la situación: el artículo 1.496 del *Código Civil* colombiano (art. 1.439 C.C.

<sup>51</sup> “La función de las leyes no es la de declarar simplemente principios morales o de justicia. Las leyes tienen funciones directivas y deben conseguir los objetivos que pretenden, en ese caso son efectivas”, CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, México, Editorial Fontamara, Colección BÉFDP, 1997, p. 62.

<sup>52</sup> *Vide* ARLIE, Didier, *La résolution de la rente viagère*, Paris, RTD, civ., 1997, pp. 855-892.

ch.) establece que un contrato es unilateral “[...] cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna [...]”. Ahora bien, en términos muy generales, haremos referencia a dos hipótesis de contratos unilaterales: la primera: por medio de un contrato consensual a título oneroso<sup>53</sup> una sola de las partes se obliga a cumplir con una prestación que tiene por objetivo extinguir una obligación externa al contrato y, generalmente, anterior<sup>54</sup>. La segunda: ciertos contratos reales (art. 1.443 C.C. ch.)<sup>55</sup>, como la prenda (art. 2.386 C.C. ch.), el comodato (art. 2.174 C.C. ch.), la anticresis (art. 2.437 C.C. ch.) el depósito (art. 2.212 C.C. ch.) y el mutuo (art. 2.197 C.C. ch.), en los cuales, aun durante el período de ejecución, una de las partes no asumió obligación alguna<sup>56</sup>.

La pregunta es: ¿en caso de incumplimiento por parte del contratante que asumió obligaciones, la otra parte sólo podrá exigir la ejecución forzosa? En principio, no parece haber ninguna razón práctica que justifique esta diferencia de régimen respecto de los contratos bilaterales. Adicionalmente, en ciertas hipótesis, la facultad del acreedor de resolver el contrato parece ser indispensable para garantizar la defensa de sus intereses económicos; por ejemplo, en el caso en que el detentor de la cosa la use sin tener derecho o le dé una destinación diferente al uso contractual; ¿no podría el depositante o el deudor prendario resolver el contrato en el supuesto en el que el depositario (art. 2.220 C.C. ch.)<sup>57</sup> o el acreedor prendario (art. 2.395 C.C. ch.), sin su autorización, usaran la cosa? En el contrato de comodato, para la misma hipótesis, el artículo 2.202 del *Código Civil* colombiano (art. 2.177 C.C. ch.) le confiere al comodante la facultad de recuperar inmediatamente la cosa y de exigir reparación de per-

<sup>53</sup> Dejamos fuera de nuestro análisis los contratos unilaterales a título gratuito, como las donaciones sin cargas (art. 1.386 C.C. ch.).

<sup>54</sup> *Vide* LARROUMET (n. 15), pp. 445-448.

<sup>55</sup> Sobre los contratos reales, sus orígenes romanos, su adopción por parte del *Código Civil* francés, y las críticas concernientes a la permanencia de estas estructuras arcaicas en el Derecho moderno, *vide* GAZZANIGA, Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Ed. PUF, 1992, pp.153-154; CARBONNIER, Jean, “Variations sur les petits contrats”, *in Flexible droit*, Paris, Ed. LGDJ, 1998, pp. 303-307; LARROUMET (n. 15), pp. 523-529; Cour Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 de marzo de 2000. JCP, II, 10296, Paris, 2000, pp. 753-757 y PIEDELIEVRE, Stéphane, *Vers la disparition des contrats réels?*, Paris, Dalloz, Chr., 2000, pp. 482-484.

<sup>56</sup> Dejamos, igualmente, por fuera de nuestro análisis aquellos contratos reales que, a pesar de haber nacido unilaterales, dieron lugar, durante el período de ejecución, a obligaciones en cabeza del contratante que, en principio, no se había obligado; por ejemplo, el caso del depósito gratuito (arts. 2.215 a 2.248 C.C. ch.) que, debido a los gastos en que incurre el depositario en la conservación de la cosa, termina generándole al depositante la obligación de reembolsar expensas (art. 2.235 C.C. ch.). Estos contratos son conocidos, en la doctrina, como “bilaterales imperfectos”.

<sup>57</sup> O en la hipótesis en que el depositario haya roto los sellos o forzado las cerraduras del bulto que contiene la cosa dada en depósito (arts. 2.223 y 2.224 C.C. ch.).

juicios. ¿Qué es esto si no una resolución del contrato? Ahora, siempre cabría la posibilidad de argumentar que se trata de un caso especial de “destrucción” del contrato que puede ejercer directamente el comodante, en la hipótesis del incumplimiento del comodatario, pero que no puede ser denominado “resolución”, debido a que esta última se encuentra circunscrita a los contratos bilaterales. La verdad es que si ésta es la explicación que se da de dicha disposición, estaremos hablando de la misma figura jurídica –independientemente de la palabra que se quiera utilizar para designarla–<sup>58</sup>: **una norma que confiere a las partes la facultad de extinguir la convención si su contratante incumplió su obligación.**

En nuestra opinión, la resolución, como norma de extinción del contrato por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, no necesita referencia alguna, ni a la justicia conmutativa, ni a las categorías de contratos –bilaterales o unilaterales–, ni al equilibrio entre los vínculos obligacionales, ni a la interdependencia de las obligaciones, ni mucho menos a la abstracta y vaporosa teoría de la causa.

Creemos necesario adoptar una visión jurídica más “realista”, para así apreciar el Derecho, partiendo de las situaciones específicas que se desprenden de las relaciones socioeconómicas y de su regulación mediante normas jurídicas particulares, y no a través de abstractas teorías generales que no sirven para dar cuenta de la especificidad y variedad de la realidad social<sup>59</sup>. Dentro de esta perspectiva, en nuestro parecer, la mera referencia al incumplimiento grave de una obligación contractual basta para justificar la resolución de los contratos.

59

<sup>58</sup> Sobre esta clase de seudodesacuerdo entre los juristas, *vide* CARRIÓ (n. 18), pp. 97-98.

<sup>59</sup> “[E]l derecho romano es todo lo contrario de un derecho lógicamente construido sobre principios *a priori*. En última instancia, éste se basa en una serie de *observaciones*, observaciones en diversos sentidos de la vida real, fuente de opiniones discordantes, que se confrontan *diálécticamente*. La obra de los juristas romanos es esencialmente realista. [...]. Los *principios* de la llamada Escuela Moderna del Derecho Natural y, más tarde, aquellos de los pandectistas son opuestos a los principios de los juristas romanos. Estos romanistas pretendieron hacer del derecho romano una ‘ciencia’, un sistema de reglas fijas, siendo que aquél constituía una búsqueda, un arte. Los romanistas construyeron esta ciencia a partir del individuo, de los “derechos subjetivos” y de las libertades de las cuales, por hipótesis, gozaría el hombre en estado de naturaleza. Mientras que los Romanos tomaron de entrada lo real de las relaciones sociales. Toda la doctrina jurídica fue encerrada dentro de una red de conceptos individualistas, los cuales fueron considerados como los únicos racionales, según las enseñanzas de Kant. Se quiso someter a esto al derecho romano mismo. Y es al interior de estas categorías que éste nos es transmitido por nuestros manuales”. VILLEY, Michel, *Le Droit romain. Coll. Que sais-je?*, Paris, Ed. PUF, 1993, pp. 43, 117-118.

<sup>60</sup> *Vide* por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 2 de junio de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea. G.J., t. LXXXVIII, N° 2198, pp. 130-134 y C.S.J. Cas. Civ. 14 de agosto de 1951. M.P. Pedro Castillo Pineda. G.J. pp. 55-63.

## II. LA APLICACIÓN DE LA NORMA

El artículo 1.546 del *Código Civil* colombiano consagra la opción que tiene el contratante insatisfecho de solicitar la resolución o la ejecución forzosa –ambas con indemnización de perjuicios–. Ahora bien, dicho texto no consagra, de forma general, una tercera posibilidad, que consistiría en demandar los meros perjuicios, de manera análoga a lo establecido por el artículo 1.610 del *Código Civil* colombiano (art. 1.553 C.C. ch.), en el caso del incumplimiento de obligaciones de hacer. Tradicionalmente, el máximo tribunal colombiano ha sostenido que la acción indemnizatoria era accesoria a las acciones de resolución y de ejecución forzosa y que, por consiguiente, no podía interponerse de forma autónoma<sup>60</sup>. Sin embargo, en un importante fallo<sup>61</sup>, la Corte Suprema colombiana parece haber cambiado de posición al respecto. En efecto, de acuerdo con la nueva interpretación del texto legal, el artículo 1.546 del *Código Civil* serviría de norma general para demandar la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, sin que sea necesario solicitar ni la ejecución forzosa ni la resolución de la convención.

Frente al incumplimiento del deudor, dicha disposición legal consagra varias opciones que son potestativas del acreedor; al respecto, el máximo tribunal colombiano sostiene:

60

“[...] [C]on arreglo al esquema de la condición resolutoria tácita se consagra en Colombia el derecho potestativo y alternativo del acreedor cumplidor, a pedir el cumplimiento o la resolución del contrato incumplido por su contratante, sin que medie –*ex lege*– regulación expresa en punto del derecho a variar la pretensión primigeniamente escogida, *a fortiori*, sin contemplar explícitamente requisito alguno para el ejercicio del *jus variandi* [...]. No obstante, huelga resaltar que dicho *jus variandi*, como todo derecho subjetivo, es relativo, de modo que la potestad de variar o migrar de una pretensión a la otra está limitada, entre otras causas, por el acerado deber a cargo del acreedor de no incurrir en ejercicio abusivo del mismo [...]”<sup>62</sup>.

Además, es importante precisar que la posibilidad de resolver la convención –como potestad del acreedor contractual– se transfiere del cedente al cesionario en virtud de la cesión de créditos contractuales<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> C.S.J. Cas. Civ. 3 de octubre de 1977. M.P. Ricardo Uribe Holguín. G.J., t. CLV, N° 2396, pp. 320-335.

<sup>62</sup> C.S.J. Cas. Civ. 22 de octubre de 2003. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *Jurisprudencia y Doctrina* 12, 2003 p. 2.327.

<sup>63</sup> Al igual que la excepción de inejecución –que el deudor cedido le puede interponer al cesionario-acreedor–, y que la potestad de pedir la nulidad relativa. Sobre este punto el máxi-

Aclarado lo anterior, cabe preguntarse sobre la posibilidad de excluir, mediante una cláusula del contrato, la potestad de optar por la resolución. Según cierta doctrina<sup>64</sup>, en el momento de celebrar el contrato, las partes no pueden renunciar a pedir la resolución, ya que ésta es una mera facultad, y mientras no se produzca el incumplimiento, no nace el derecho específico y, por ende, sólo podría ser objeto de renuncia en dicho momento<sup>65</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, éste no es un argumento válido, puesto que el hecho de que las condiciones de existencia del derecho específico no se hayan presentado no es óbice para la renuncia previa de la facultad; así, por ejemplo, es comúnmente admitido el principio de renunciabilidad previa, mediante cláusulas limitativas o exonerativas, respecto de la responsabilidad civil, en el contrato mismo, es decir, antes de la ocurrencia del daño –el cual, en principio, consolidaría el derecho a la indemnización–<sup>66</sup>.

Si no es debido a la imposibilidad de renuncia previa cuando el derecho no ha nacido, ¿por qué, entonces, se prohibirían dichas cláusulas respecto de la resolución? La respuesta parece simple: por la misma razón por la cual se consideran inválidas en materia de nulidad (arts. 1.526 y 1.950 C.C. col. y 1.469 y 1.892 C.C. ch.) y se restringen, mediante el control de *cláusulas abusivas*, en materia de responsabilidad civil: para proteger a un contratante de eventuales abusos por parte del otro contratante<sup>67</sup>. Esto es lo que se conoce en doctrina como *orden público de protección*<sup>68</sup>.

---

mo tribunal colombiano ha sido bastante claro. *Vide*, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. (n. 21), pp. 71-72; C.S.J. Cas. Civ. 26 de septiembre de 1941. M.P. Liborio Escallón. G.J. LII, pp. 402-407; C.S.J. Sala de Casación 23 de octubre de 1915. M.P. Germán Pardo. G.J. xxv, N<sup>os</sup> 1278 y 1279, p. 177, y C.S.J. Sala de Casación 9 de mayo de 1914. M.P. Manuel José Angarita. G.J. xxiv, N<sup>os</sup> 1215 y 1216, pp. 82-87.

Sin embargo, cierta doctrina nacional parece aún no admitir esta posición. *Vide* HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, t. I, pp. 445-447 y GÓMEZ ESTRADA, César, *De los principales contratos civiles*, 3<sup>a</sup> ed., Bogotá, Ed. Temis, 1999, pp. 157 a 159.

<sup>64</sup> LARROUMET (n. 15), p. 807.

<sup>65</sup> Adicionalmente, como sustento para dicho argumento, se hace referencia a la invalidez de las cláusulas que excluyen la acción de nulidad (arts. 1.526 C.C. col. y 1.469 C.C. ch.) y de rescisión por lesión enorme (arts. 1.950 C.C. col. y 1.892 C.C. ch.).

<sup>66</sup> Al respecto, recomendamos consultar: PIZARRO WILSON, Carlos, *Étude critique de la responsabilité contractuelle en droit positif chilien*, thèse pour le doctorat en droit privé, sous la direction de M. Larroumet, Université Paris II (Panthéon - Assas), 2003, inédite, p. 98 y ss. y PIZARRO WILSON, Carlos, “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho chileno”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 6, N<sup>o</sup> 2, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, pp. 117-141.

<sup>67</sup> *Vide* RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 295-300.

<sup>68</sup> *Vide* TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Ed. Dalloz, 1996, p. 294 y ss. y FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, *L'ordre public. In 1804 - 2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, pp. 473-494.

Ahora bien, en el caso de renuncia a la acción de nulidad, la prohibición parece bien justificada; ¿pero podemos decir lo mismo en el caso de la resolución? Nosotros, en principio, creemos que no, pues las hipótesis son bien distintas. En efecto, si se renunciara a la posibilidad de pedir la nulidad relativa, el contratante perdería toda acción con respecto al incumplimiento de las condiciones del artículo 1.502 del *Código Civil* colombiano (art. 1.445 C.C. ch.), mientras que la renuncia a la acción de resolución sólo implicaría la pérdida de una de las dos posibilidades del acreedor insatisfecho y, por consiguiente, restaría la otra: la ejecución forzosa (art. 1.489 C.C. ch.).

Es importante dejar en claro que no conocemos ningún fallo de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el cual se autoricen de forma clara y expresa dichas cláusulas de renuncia<sup>69</sup>; sin embargo, no es menos importante resaltar el hecho de que tampoco tenemos conocimiento de ninguna sentencia que las prohíba. Además, la doctrina nacional más representativa las aprueba explícitamente<sup>70</sup> y en la práctica, en nuestro país, son muy comunes<sup>71</sup>.

La norma resolutoria, en cuanto a su aplicación en el Derecho colombiano, tiene, por regla general, un carácter judicial (A); sin embargo, existen ciertos casos excepcionales de resolución extrajudicial (B).

#### A. La regla general: la resolución judicial

62

Los artículos 1.546 del *Código Civil* (art. 1.489 C.C. ch.) y 870 del *Código de Comercio* colombiano han sido, tradicionalmente, interpretados como los textos que consagran un régimen general de resolución, mediante declaración judicial, para

<sup>69</sup> Empero, en algunos fallos, la Corte deja entrever su validez, siempre y cuando la renuncia sea expresa. *Vide* por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 29 de mayo de 1942. M.P. Isaías Cepeda. G.J. LIV, N<sup>os</sup> 1889 y 1890, pp. 120-121 y C.S.J. Cas. Civ. 16 de diciembre de 1941 M.P. Juan Martínez. G.J. XXXIX, N<sup>o</sup> 1883, pp. 424-425.

<sup>70</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Ed. Temis, 1998, pp. 568-569 y VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil*, Bogotá, Ed. Temis, 1998, t. III De las Obligaciones, p. 133.

<sup>71</sup> Para evitar abusos al respecto, se podría ejercer un control a través de la noción de “cláusulas abusivas”. Empero, es necesario precisar que en el Derecho colombiano, el régimen jurídico general del control de las cláusulas abusivas ha venido siendo determinado por los jueces mismos. Del análisis del estado actual de nuestro Derecho Positivo se puede concluir que, por un lado, nuestra jurisprudencia no parece tener criterios claros y objetivos para establecer cuándo una cláusula es “abusiva” y que, por otro lado, existe una gran incertidumbre respecto de las sanciones jurídicas que se aplican a los contratos que contengan cláusulas consideradas “abusivas”. Por consiguiente, resulta indispensable adoptar en nuestro país una ley general que establezca de forma clara y precisa el régimen jurídico del control de las cláusulas abusivas. *Vide* CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, “La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo”, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, N<sup>o</sup> 9, septiembre de 2000, pp. 41-92 y RENGIFO GARCÍA (n. 17), pp. 187-366.



los contratos bilaterales. En esta misma dirección se han entendido otras disposiciones análogas del **Código Civil** que se encuentran en algunos regímenes particulares; por ejemplo, los artículos 1.930, en el contrato de compraventa (art. 1.873 C.C. ch.) y 1.983, en el arrendamiento de cosas (art. 1.925 C.C. ch.). Sin embargo, la consagración de un régimen general de resolución judicial, como el colombiano –inspirado directamente del artículo 1.184 del **Código Civil** francés–, no es una tendencia generalizada en el Derecho Privado contemporáneo, así los derechos alemán (§ 326 BGB), suizo (arts. 107 y 108 del **Código de las Obligaciones**) e italiano (art. 1.454 del **Código Civil**) consagran regímenes legales, más o menos, generales de resolución extrajudicial.

La regla general de la resolución judicial, al parecer, conoció su origen en el Derecho Canónico<sup>72</sup>. Los canonistas consideraron que, una vez incumplida la promesa por uno de los contratantes, se pierde para éste el derecho de exigir la prestación recíproca prometida por su contraparte –*fragenti fidem non est fides servanda*–. Y, haciendo extensivo este mismo razonamiento, determinaron que al contratante cumplido no solamente le asistía la facultad de no ejecutar su prestación prometida –*exceptio non adimpleti contractus*–, sino, además, la potestad de demandar al juez la terminación del contrato –*resolución*–<sup>73</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 1.546 del **Código Civil** (art. 1.489 C.C. ch.), la resolución de la convención sólo puede ser solicitada por el contratante que no ha incumplido. En efecto, esta *norma extintiva* es un mecanismo que sanciona el incumplimiento contractual, y no una prerrogativa que permita al contratante incumplido terminar un contrato cuyas obligaciones, por una u otra razón, no va a seguir ejecutando<sup>74</sup>. Sin embargo, la posibilidad de resolver el contrato en la hipótesis de incumplimientos mutuos aún no ha sido consagrada –mediante analogía– por la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>75</sup>.

63

<sup>72</sup> La práctica romana parece haber concebido sólo la resolución expresamente pactada en el contrato de compraventa, el denominado “pacto comisorio”. *Vide* C.S.J. Cas. Civ. (n. 17), N° 2400, pp. 309-313; C.S.J. Cas. Civ. (n. 21), pp. 66-67 y GAZZANIGA (n. 55), pp. 137-205.

<sup>73</sup> “El concepto de derecho subjetivo presupone, pues, que el titular del derecho tiene también una facultad respecto de la persona obligada, esto es, que está abierta para él la posibilidad de hacer valer su derecho iniciando una demanda. Se presupone al mismo tiempo que ninguna otra persona puede iniciar procedimientos. [...] Esta potestad, por supuesto, no consiste en ninguna fuerza mística conferida por el orden jurídico al sujeto del derecho; significa simplemente que la maquinaria jurídica es puesta en movimiento de acuerdo con la voluntad de aquél. Es como si el titular del derecho, al iniciar un juicio, apretara un botón que pone en marcha esa maquinaria”, ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1997, p. 218.

<sup>74</sup> *Vide* CSJ, S. Civil, exp. 5319, 7 de marzo de 2000. M.P. Silvio Trejos; Cas. Civ. (n. 17), N° 2400, pp. 313-314 y CSJ, S. Civil, 23 de marzo de 1943, M.P. Hernán Salamanca. G.J., t. LV, pp. 70-71.

<sup>75</sup> Un brillante análisis al respecto en GAMBOA SEPÚLVEDA, Mario, “La condición resolutoria tácita y la excepción de contrato no cumplido en caso de mutuo incumplimiento en nuestro Código Civil y en la jurisprudencia comparada”, en *Tendencias modernas del derecho civil. Propuestas de reforma a la legislación civil*, Bogotá, Ed. Temis, 1989, pp. 295-314.

Fabrizio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios

### **B. La excepción: la resolución extrajudicial**

A pesar de que, en nuestro sistema, la regla general para extinguir un contrato, mediante resolución, requiere sentencia judicial, el legislador colombiano también reglamentó ciertas hipótesis de resolución extrajudicial, sobre las cual explicaremos brevemente las denominadas cláusulas resolutorias (i) y algunos regímenes especiales de resolución para ciertos contratos (ii).

- i) En el contrato de compraventa, los artículos 1.935 a 1.938 del **Código Civil** colombiano (arts. 1.877 a 1.880 C.C. ch.) consagran expresamente la posibilidad de que las partes pacten convencionalmente la resolución extrajudicial, por el no pago del precio, más conocida como **pacto comisorio**<sup>76</sup>.

Ahora bien, vale la pena hacer la precisión de que en la hipótesis en que las partes se limiten a estipular que el no pago del precio dará lugar a la resolución (art. 1.935 C.C. col.), el tribunal supremo colombiano entiende que los contratantes sólo repitieron expresamente lo dispuesto en los artículos 1.546 del **Código Civil** y 870 del **Código de Comercio**<sup>77</sup>. Empero, cuando las partes acuerdan que el incumplimiento de la obligación de pagar el precio genera **ipso facto** la resolución del contrato (arts. 1.937 C.C. col. y 1.879 C.C. ch.), en principio, nos encontraríamos frente a un verdadero ejemplo de resolución extrajudicial, ya que el mero hecho del incumplimiento extinguiría el contrato. Ésta es la solución de origen romano, aceptada, desde hace mucho tiempo, por el legislador y la jurisprudencia en distintos países europeos<sup>78</sup>.

Sin embargo, el artículo 1.937 del **Código Civil** colombiano dispone: “Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso

<sup>76</sup> Sobre el particular vale la pena hacer una pequeña precisión terminológica: la palabra ‘pacto comisorio’ además de usarse para designar la cláusula resolutoria suele utilizarse para hacer referencia a la estipulación que permite al acreedor prendario apropiarse directamente del bien dado en prenda. Ahora, esta última estipulación contractual se encuentra expresamente prohibida por el artículo 2.422 inciso 2 del **Código Civil** colombiano (art. 2.397 C.C. ch.).

El hecho de que la palabra ‘pacto comisorio’ designe tanto la cláusula resolutoria como la cláusula de apropiación del bien dado en prenda, no implica que estas dos cláusulas sean lo mismo. Y, obviamente, la **ineficacia** del “pacto comisorio de la prenda” no afecta al “pacto comisorio resolutorio”.

<sup>77</sup> **Vide** por ejemplo, C.S.J. Cas. Civ. 7 de abril de 1954, M.P. Eduardo Rodríguez Piñeres. G.J. t. LXVII, números 2138 y 2139, p. 31.

<sup>78</sup> **Vide** en el Derecho francés, LARROUMET (n. 15), pp. 820-826; MOUSSERON, Jean Marc, **Technique contractuelle**, Paris, Ed. Francis Lefebvre, 1999, pp. 654-655; en el Derecho alemán, FERRAND, Frédérique, **Droit privé allemand**, Paris, Ed. Dalloz, 1997, pp. 360-361; ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, “Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, en **Anuario de derecho civil**, t. LV, Madrid, 2002, f. 14, pp. 1.177-1.186; en el Derecho italiano, TRIMARCHI, Pietro, **Istituzioni di diritto privato**, Milano, Ed. Giuffrè, 1991, p. 372 y en el Derecho español, DIEZ-PICAZO, Luis, **Fundamentos del derecho civil patrimonial**, Madrid, Ed. Civitas, 1996, t. II Las relaciones obligatorias, p. 722.



facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda”. Esta norma consagra una especie de plazo de gracia<sup>79</sup>, lo cual, en principio, no nos merece ningún comentario. Pero, la referencia utilizada por el legislador para comenzar a contar dicho plazo: “la notificación judicial de la demanda”, sí amerita algunos comentarios. Comencemos con una pregunta: ¿de cuál demanda? Si, supuestamente, la resolución es extrajudicial. Y ahora intentemos buscar una respuesta: el problema es que, en nuestro ordenamiento jurídico, la estipulación de un pacto comisorio no parece implicar la consagración de un régimen de resolución *ipso facto*, sin declaración judicial, sino, simplemente, de un régimen de resolución judicial con una pequeña particularidad: se le confiere la potestad al deudor incumplido de pagar dentro de un plazo de gracia (art. 406 C.P.C. col.). Ésta parece ser la interpretación que tradicionalmente ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia<sup>80</sup> y doctrina<sup>81</sup>.

En nuestra opinión, esta interpretación del *pacto comisorio* lo priva de su principal efecto: establecer una resolución extrajudicial *–ipso ipso–* y, adicionalmente, resulta perjudicial para los intereses del acreedor, ya que, al consagrar un *plazo de gracia*, no sólo dificulta la resolución del contrato sino que, además, conlleva grandes incertidumbres sustanciales y procesales.

Expliquémoslo mediante un ejemplo: José y Alejandro celebran un contrato de compraventa con *pacto comisorio*. Alejandro, el comprador, incumple el pago; José, el vendedor, lo demanda –y pide como pretensiones:

- i) que se declare el incumplimiento
- ii) que se resuelva el contrato
- iii) que se condene a indemnizar perjuicios y
- iv) que se condene en costas–.

Alejandro, en ejercicio de su potestad, paga dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda. El juez, entonces, deberá dictar sentencia declarando que no hubo incumplimiento (art. 406 C.P.C. col.). Sin embargo, si entre el plazo original y la fecha de pago dentro del *plazo de gracia* se causaron perjuicios, ¿podría el juez continuar con el proceso para condenar a la indemnización?, ¿o debe José iniciar un nuevo proceso ordinario para el

<sup>79</sup> “*Plazo de favor*. Plazo fijado por el juez [...] o por la ley [...], que retarda la ejecución de la obligación, mediante derogación al efecto obligatorio del contrato que no lo estipula, y en consideración a la dificultad de ejecución por parte del deudor; también es llamado plazo de gracia”. CAPITANT, Henri et CORNU, Gérard, *Vocabulaire Juridique*, Paris, Ed. PUF, 1987, p. 782.

<sup>80</sup> C.S.J. Cas. Civ. 26 de junio de 1935, M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. G.J. t. XLII, pp. 180-187.

<sup>81</sup> *Vide* por ejemplo, LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal colombiano*, Bogotá, Ed. Dupré, 2004, t. II Parte especial, pp. 75-80 y GÓMEZ ESTRADA, César, *De los principales contratos civiles*, Bogotá, Ed. Temis, 1999, p. 111 y ss.

resarcimiento?<sup>82</sup>, ¿podría condenarse en responsabilidad contractual si no hubo incumplimiento?, ¿la sentencia proferida en el primer proceso no podría ser utilizada como excepción de cosa juzgada? Vemos cómo aún existen al respecto muchas dudas que no han sido resueltas por nuestra jurisprudencia<sup>83</sup>.

En el Derecho colombiano no resulta claro si esta interpretación del **pacto comisorio**, en caso del incumplimiento de la obligación de pagar el precio de la compraventa, le es aplicable a las otras obligaciones nacidas del contrato o a las cláusulas resolutorias pactadas en otros contratos diferentes de la compraventa<sup>84</sup>. No sobra precisar que en la práctica comercial, en nuestro país, es muy común encontrar contratos –no sólo de compraventa– con cláusulas resolutorias, en virtud de las cuales los contratantes declaran resueltas las convenciones sin necesidad de sentencia judicial<sup>85</sup>.

En nuestra opinión, es de vital importancia que se le dé una nueva interpretación al **pacto comisorio** –y a las demás cláusulas resolutorias–; una nueva interpretación que le permita prestar una verdadera utilidad práctica que regule las situaciones de hecho que se presentan en los contratos mercantiles y que, sobre todo, evite las incertidumbres y dudas que mencionamos anteriormente<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Es importante tener en cuenta que la posibilidad de demandar la mera indemnización de perjuicios, de forma autónoma, con base en el artículo 1.546 del **Código Civil**, sigue siendo controvertida en Colombia. Hasta el momento no tenemos conocimiento de ninguna sentencia reciente en donde nuestro tribunal supremo reafirme la posición adoptada en su fallo del 10 de octubre de 1977.

<sup>83</sup> Para una aproximación al tema, desde el punto de vista de la doctrina, recomendamos consultar LÓPEZ BLANCO (n. 81), pp. 76-77.

<sup>84</sup> Según tenemos entendido, en el Derecho chileno el artículo 1.879 del **Código Civil** (art. 1.937 C.C. col.) ha sido objeto de una interpretación similar a la realizada en el Derecho colombiano. Sin embargo, respecto de las otras hipótesis de cláusulas resolutorias, en vuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en el Derecho colombiano, parece existir actualmente una posición clara.

“Es un problema que ha dado mucho quehacer, pero que hoy en día debe considerarse ya superado, siendo las siguientes las conclusiones: 1. Puede estipularse la resolución ipso facto en cualquier contrato, y aun en la misma compra-venta en otras obligaciones que no sean del pago del precio, y para ello puede utilizarse cualquier expresión. Basta con que quede claramente establecido que no es necesaria la intervención judicial; 2. Ello deriva de la voluntad de las partes y no de la norma del Art. 1.879, que es limitativa, y, en consecuencia, se aplica únicamente para el caso previsto, y 3. La estipulación de las partes debe respetarse, y, en consecuencia, la resolución se produce de pleno derecho, tal como ellas lo han querido y por el solo hecho del incumplimiento; la sentencia judicial se limitará a constatar la resolución ya producida”. ABELIUK MANASEVICH, René, **Las obligaciones** Bogotá - Santiago, Ed. Temis S.A. - Editorial Jurídica de Chile, 1993, t. I, p. 427.

<sup>85</sup> En Colombia, parte de la doctrina, principalmente procesalista, no sólo niega la eficacia de las cláusulas de resolución extrajudicial sino que, además, por razones bastantes cuestionables, sostiene la inconveniencia de cualquier resolución que no sea declarada por sentencia judicial. **Vide** CANOSA TORRADO (n. 17), pp. 368-376.

<sup>86</sup> Parte de la doctrina nacional comparte nuestras críticas. **Vide** por ejemplo, OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA (n. 70), pp. 567-568.

- ii) Si bien es cierto que, en ausencia de pacto comisorio, el régimen de resolución de los contratos aplicable es el de los artículos 1.546 del *Código Civil* y 870 del *Código de Comercio*, esto no significa que para “todos” los casos se requiera la sentencia judicial extintiva del contrato, puesto que el legislador colombiano, expresamente, para ciertos contratos específicos, consagró regímenes especiales de resolución. Por nuestra parte, no intentaremos hacer un estudio exhaustivo de dichos regímenes, y sólo nos limitaremos a hacer un par de comentarios, muy someros, respecto de dos de los ejemplos más claros y representativos: el régimen de terminación automática del contrato de seguro (art. 1.068 C.Co. col.), por un lado, y el régimen de resolución de la compraventa internacional de mercaderías consagrado en la convención de Viena de 1980, por otro lado<sup>87</sup>.

#### La resolución automática del contrato de seguro<sup>88</sup>

El contrato de seguro es un régimen contractual especial<sup>89</sup> y, en este orden de ideas, su reglamentación, respecto de ciertos aspectos, se aparta del régimen general aplicable a los contratos de Derecho Privado. Precisamente, el régimen especial del contrato de seguro establece una terminación automática del contrato (art. 1.068 C.Co. col.), por el incumplimiento del asegurado respecto de su obligación de pagar la prima o los certificados o anexos que se expiden con fundamento en ésta<sup>90</sup>. Esta resolución opera sin necesidad de declaración judicial y, en principio, es inmodificable por las partes<sup>91</sup>. En ausencia de estipulación expresa del plazo –legal o convencional–<sup>92</sup>, el tomador deberá pagar den-

67

<sup>87</sup> Además, para el contrato de suministro, el legislador mercantil parece haber consagrado también una resolución extrajudicial (art. 973 C.Co. col.) –y así opera en la práctica–. Sin embargo, no conocemos jurisprudencia de la Corte Suprema que la reconozca expresamente.

<sup>88</sup> Vide ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 145-150.

<sup>89</sup> Los contratos especiales son aquellos que se practican de forma tan generalizada que su carácter repetitivo ha permitido organizarlos en categorías específicas. Al respecto vide BÉNABENT (n. 49), p. 1 y Fabricio MANTILLA ESPINOSA y CLAVIJO PATIÑO, Luis Eduardo, “El error del asegurador en el contrato de seguro”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, vol. 5, N° 2, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2003, p. 224 y ss.

<sup>90</sup> De acuerdo con la modificación impuesta por la ley 45 de 1990, no se necesita ninguna comunicación del asegurador para que proceda la terminación automática del contrato. Vide C.S.J. Casación del 26 de octubre de 2001. M.P. Jorge Castillo Rugeles, exp. 5942. Sin embargo, en materia de contratación estatal, la garantía prestada por el contratista, que consiste en una póliza expedida por una compañía de seguros, no expira por falta de pago de la prima (art. 25 N° 19 ley 80 de 1993).

<sup>91</sup> El artículo 1.068 del *Código de Comercio* es de orden público (arts. 16 C.C. col. y 1.162 C.Co. col.).

<sup>92</sup> El plazo debe indicarse en la carátula de la póliza (art. 1.068 C.Co.). Existe, pues, una obligación de publicidad de la sanción por la mora en el pago de la prima.

tro del mes siguiente, contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o de los certificados anexos expedidos con fundamento en ella (art. 1.066 C.Co. col.). La prima es el precio del riesgo asumido por el asegurador y su pago constituye el cumplimiento de la prestación debida por el acreedor<sup>93</sup>. Así las cosas, una vez transcurrido el plazo respectivo, sin que la prima hubiese sido pagada, se configura la mora del tomador, produciéndose, automáticamente, la resolución del contrato de seguro.

Como sucede en las hipótesis de contratos a ejecución sucesiva, cuyos efectos no pueden retrotraerse, esta norma sólo implica la extinción de la convención a partir del momento de la resolución. En este orden de ideas, el siniestro acaecido con anterioridad a la terminación automática del contrato de seguro da origen a la obligación del asegurador, en los términos del art. 1.054 C.Co.<sup>94</sup>. En suma, la “terminación automática” es una resolución –*norma extintiva*– que no opera de forma retroactiva; por consiguiente, hasta su extinción, la convención existió, y, por ende, de ella nacieron vínculos jurídicos que deben respetarse.

Por último, debemos precisar que el contrato de seguro también puede terminarse, sin declaración judicial, por los siguientes motivos: el defecto de la notificación de los cambios del estado del riesgo (art. 1.060 C.Co. col.), el defecto del aviso al asegurador de un seguro coexistente (art. 1.093 C.Co. col.), la contratación de seguros sobre las cuotas o deducibles a cargo del asegurado (art. 1.103 C.Co. col.) y la inhabilitación legal del asegurado (en el seguro de responsabilidad profesional, art. 1.130 C.Co. col.). No obstante, en todos estos eventos, la extinción del contrato parece obedecer, más bien, a una verdadera sanción del comportamiento negligente o mal intencionado del asegurado o del tomador que al incumplimiento de una verdadera obligación contractual, máxime si tenemos en cuenta que el asegurado bien podría no ser el tomador del seguro –quien es la parte en el contrato, según el artículo 1.037 del *Código de Comercio*– y, por ende, sería un mero tercero en cuyo patrimonio, en principio, no podrían haber nacido obligaciones contractuales para con el asegurador<sup>95</sup>.

#### La resolución automática de la convención de Viena

El convenio de Viena, sobre la compraventa internacional de mercaderías<sup>96</sup>, se refiere a la resolución del contrato en diversas disposiciones y, en principio,

<sup>93</sup> El pago debe realizarse de manera íntegra para que produzca el efecto extintivo de la obligación (arts. 1.626 y 1.627 C.C. col. y 1.568 y 1.569 C.C. ch.), a no ser que se haya establecido un pago fraccionado de la prima (art. 1.069 C.Co. col.).

<sup>94</sup> *Vide* C.S.J. Cas. Civ. 19 de noviembre de 2002, exp.7001, M.P. Jorge Santos Ballesteros, y Alejandro VENEGAS FRANCO, *Cuestiones de seguros*, Bogotá, Ed. Colombo, 1996, p. 100.

<sup>95</sup> *Vide* AUBERT, Jean-Luc, “A propos d’une distinction renouvelée des parties et des tires”, *RTD civ.*, Paris, 1993, pp. 263-278.

<sup>96</sup> En Colombia, la convención fue aprobada por el Congreso de la República, mediante ley 518 del 4 de agosto de 1999 y entró en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 2002.

está concebida como una *norma extintiva*, con efectos retroactivos, de un contrato de compraventa internacional<sup>97</sup>. Adicionalmente, la resolución, prevista por la convención, procede de manera automática, es decir, sin que se necesite una decisión del juez o del árbitro<sup>98</sup>.

Además, la convención no exige un incumplimiento simple, sino un incumplimiento calificado: un incumplimiento *esencial*<sup>99</sup>. Ya sea por parte del vendedor, (art. 49 C.V.), ya sea por parte del comprador (art. 64 C.V.)<sup>100</sup>. Es importante resaltar que el convenio exige que el daño haya sido *previsible* (art. 25 C.V.)<sup>101</sup>, lo cual nos muestra ciertos *parecidos de familia* con las normas de responsabilidad civil contractual<sup>102</sup>; sin embargo, no debemos servirnos de estas similitudes entre las dos normas para tratar de explicarlas mediante una única abstracción. La resolución del contrato es una norma que sanciona el incumplimiento de una obligación convencional, y no una norma de indemnización de perjuicios<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> Consúltense un análisis completo sobre el particular en LARROUMET, Christian, “Sanciones del incumplimiento de las obligaciones de las partes”, en *Compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Bogotá, Ediciones Pontificia Universidad Javeriana, Colección Seminarios N° 15, 2003, pp. 459-485.

<sup>98</sup> Ahora, el juez o el árbitro podrán revisar el fundamento de la declaración unilateral de la resolución, realizada por el acreedor insatisfecho y, eventualmente, invalidarla.

<sup>99</sup> El artículo 73 de la convención dispone: “1) En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega. 2) Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable. 3) El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato”.

<sup>100</sup> La vaguedad misma de la palabra ‘esencial’ le permite al juez o al árbitro una gran libertad de apreciación de la gravedad del incumplimiento y, por ende, de la procedencia o no de la resolución.

Ahora bien, si se otorga un plazo suplementario para el cumplimiento de una obligación y el deudor incumple o declara que no cumplirá dentro del plazo suplementario fijado, el acreedor podrá resolver el contrato sin que, necesariamente, se trate de un incumplimiento esencial (arts. 49 y 64 C.V.).

<sup>101</sup> El artículo 25 de la convención dispone: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

<sup>102</sup> Artículos 1.613 y 1.616 *Código Civil* colombiano (arts. 1.556 y 1.558 C.C. ch.).

<sup>103</sup> Lo cual no excluye que el juez o el árbitro puedan, además, condenar a la reparación de perjuicios al deudor incumplido, como sucede en el régimen general (arts. 1.546 C.C. col., 870 C.Co. col. y 1.489 C.C. ch.).

Antes de terminar estos comentarios someros, vale la pena hacer mención a una norma bien especial del convenio: la **resolución por anticipación** (art. 72 C.V.), que permite al acreedor resolver automáticamente el contrato, en el supuesto de que antes del vencimiento del plazo de ejecución, resulte claro que el deudor incurrirá en un incumplimiento **esencial**<sup>104</sup>. Vemos claramente el papel preventivo de esta norma, la cual le permite al acreedor extinguir el contrato sin necesidad de esperar el acaecimiento de un incumplimiento inminente<sup>105</sup>.

#### A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido ver, en el Derecho Privado colombiano encontramos varios textos legales que consagran distintas disposiciones sobre la extinción de los contratos por incumplimiento de sus obligaciones. Partiendo de estas **formulaciones normativas** la jurisprudencia y la doctrina han interpretado distintas **normas** de resolución de las convenciones<sup>106</sup>. Dentro de esta óptica, la jurisprudencia colombiana ha podido precisar, por ejemplo, la noción de **incumplimiento grave** como condición de aplicación de la resolución.

70

Sin embargo, aún encontramos importantes desacuerdos entre los juristas colombianos con respecto a la materia. De forma tal vez un poco simplista, podemos afirmar que estos desacuerdos son de dos clases principales: en primer lugar, confusiones conceptuales –que son, en resumidas cuentas, meras confusiones lingüísticas– que llevan a la jurisprudencia y la doctrina a elaborar complicadas teorías para tratar de establecer un concepto único de resolución que no sólo se encuentre perfectamente delimitado respecto de las otras figuras jurídicas con las cuales presenta **parecidos de familia**, sino que, además, explique de forma abstracta todas las hipótesis en las cuales se utilizan las palabras ‘resolución’ o ‘resolver’. Y, en segundo lugar, desacuerdos de actitud, los cuales obedecen a verdaderos enfrentamientos entre intereses, creencias y sentimien-

<sup>104</sup> Vide PELICHET, Michel, *La vente internationale de marchandises et le conflit de lois*, Académie de droit international de la Haye, 1987, t. I, p. 168.

<sup>105</sup> Aunque esta figura es de origen anglosajón –*anticipatory breach of contract*–, en la legislación colombiana contamos con ciertas **normas preventivas** que presentan grandes similitudes con la resolución por anticipación. Vide por ejemplo el artículo 1.169 del *Código de Comercio*, el cual dispone: “Quien prometa dar en mutuo puede abstenerse de cumplir su promesa, si las condiciones patrimoniales del otro contratante se han alterado en tal forma que hagan notoriamente difícil la restitución, a menos que el prometiente mutuario le ofrezca garantía suficiente”.

Además, los artículos 1.882 inciso 4 del *Código Civil* y 926 del *Código de Comercio* (art. 1.826 inc. 4 C.C. ch.), a pesar de no ser **normas extintivas** del contrato, también presentan claros **parecidos de familia** con esta especie de resolución del convenio de Viena.

<sup>106</sup> Sobre la diferencia entre las formulaciones normativas y las normas que de éstas se interpretan, recomendamos consultar: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993.



tos divergentes; como es el caso del debate relativo al carácter extrajudicial o judicial de la resolución, debate que refleja la existencia de dos posiciones distintas –y difícilmente conciliables– respecto del papel del juez como controlador, mediato o inmediato, de la ejecución de los contratos por parte de los particulares<sup>107</sup>.

Por nuestra parte, no pretendemos elaborar una teoría general de la resolución de los contratos por incumplimiento en el Derecho colombiano ni exponer de forma coherente y sistemática la normativa que, en nuestro país, se ha interpretado a partir de los textos del *Código* de Bello. Nuestro único objetivo es tratar de presentar algunos de los aspectos relevantes del Derecho Privado colombiano y, sobre todo, identificar los principales desacuerdos que se han presentado alrededor de las normas de resolución de los contratos en Colombia. En nuestra opinión, éste es el primer paso que hay que dar para evitar sinsentidos que conducen a graves problemas en la aplicación práctica de las normas jurídicas.

Digámoslo con las palabras del gran filósofo austriaco: “Lo que quiero enseñar es: cómo pasar de un sinsentido no evidente a uno evidente”<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Sobre los distintos desacuerdos que existen entre los juristas, consúltese un brillante análisis en CARRIÓ (n. 18), pp. 91-128.

<sup>108</sup> WITTGENSTEIN (n. 4), p. 321, proposición 464.





## NOTAS SOBRE EL DEBER DE MINIMIZAR EL DAÑO\*

*Ramón Domínguez Águila\*\**

### RESUMEN

Un aspecto no tratado en la doctrina y jurisprudencia nacional, es el deber de la víctima de impedir el agravamiento del perjuicio, ya sea que el daño tenga su origen en un incumplimiento contractual o en un ilícito civil. El principio de reparación integral del daño podría entenderse como un obstáculo al deber de la víctima de minimizar su propio daño. Sin embargo, existen argumentos económicos, morales y lógicos que justifican aceptar este deber. La revisión del Derecho Comparado, del *common law* y continental muestra que existen fundamentos plausibles para aceptar este principio en la responsabilidad civil. Si bien el *Código Civil* no consagra una regla precisa que permita aceptarlo, lo cierto es que la causalidad puede esgrimirse como el fundamento técnico de la obligación de minimizar el daño a cargo de la víctima.

73

### ABSTRACT

An aspect not analysed in the national doctrine and jurisprudence is the duty of the victim to avoid the aggravation of the damage, be it that it has its origin in a contractual noncompliance or in a civil illicit. The principle of integral reparation of the damage could be understood as an obstacle to the victim's duty of reducing to a minimum its own damage. Notwithstanding, exist economic, moral and logical arguments that justify to accept this duty. The revision of comparative law of the common law and continental shows that exist plausible fundamentos to accept this principle in civil responsibility. Even if the *Civil Code* doesn't consecrate a precise rule that allows its acceptance it is true that the causality could be used as the technical fundament of the obligation to reduce the damage in charge of the victim.

---

\* El presente artículo forma parte de la investigación que lleva a cabo el autor, junto con la profesora Carmen Aída Domínguez Hidalgo, dentro del proyecto FONDECYT 1040351-04.

\*\* Doctor en Derecho, profesor titular de Derecho Civil, Universidad de Concepción.

## 1. INTRODUCCIÓN

La norma general que rige el sistema indemnizatorio extracontractual es que la víctima debe recibir reparación de todo el daño que se le ha causado. Es el denominado principio de reparación integral o de equivalencia entre el daño y la reparación: *restitutio in integrum*. Aunque tal principio no es absoluto y ha venido siendo discutido en Derecho Comparado<sup>1</sup>; lo cierto es que continúa siendo parte esencial del sistema de responsabilidad y de acuerdo al cual la víctima no debe recibir más que el daño sufrido; pero tampoco menos. No solamente se ve en él una razón de justicia que está en la base del otro principio general de responsabilidad, contenido entre nosotros en los arts. 2.314 y 2.329<sup>2</sup>, sino, además, se entiende que es la consecuencia lógica de la idea de causalidad: el autor responde de todo el daño causado por su hecho. Sin embargo, en numerosas oportunidades, luego de sufrirse el daño, la víctima puede estar en situación de mitigarlo mediante alguna actividad suya que resulta evidente y lógica. Cuando así sucede, la cuestión es la de saber si ese factor habrá de tenerse en cuenta por el juez, al tiempo de apreciar el monto de la reparación, de modo que el demandado no deba pagar por todo el daño causado primitivamente, sino sólo por aquél que la víctima no puede mitigar o evitar mediante su propia actividad.

74

La cuestión no sólo se plantea en la responsabilidad extracontractual sino, también, en la contractual, porque si en ésta el principio de los arts. 1.556 y 1.558 del *Código Civil*, manda indemnizar todo daño emergente y lucro cesante directo previsto, si sólo hay culpa del deudor o, incluso, imprevisto en caso de dolo, también hay lugar para imaginar que el acreedor pueda, en múltiples ocasiones, disminuir el daño con una simple actividad o diligencia suya.

Los ejemplos son simples de imaginar: si por culpa del deudor que no cumple cabalmente con su deber de construcción, el techo de una bodega cae, resulta natural que las mercaderías allí existentes se dañen; pero tal vez el acreedor, producida la caída del techo, habría podido llevar parte de la mercadería aún no dañada, a otro lugar para ponerla a salvo, de modo que el deudor no tenga que indemnizar por aquéllas que resultaron averiadas por la lluvia una vez que el techo cayó. Una persona es víctima de un daño corporal; pero una intervención quirúrgica sin riesgo mayor, permite reparar en mucho las dis-

---

<sup>1</sup> Se ha podido observar que existen numerosos casos en que la indemnización es efectivamente lucrativa para la víctima y otros en que no existe proporcionalidad entre el daño y la reparación porque ni siquiera hay posibilidad de medición económica del daño, como se da en los variados casos de daño moral.

<sup>2</sup> En lo que concierne al art. 2.329 es verdad que en él se fundamenta Alessandri para su idea de presunción de responsabilidad por el hecho propio; pero bastará leerlo en su inciso primero y tener en cuenta la nota de Bello al art. 2.493 del *Proyecto* de 1853 para constatar que en él lo que se consagra es precisamente el principio general de responsabilidad civil que viene desde Grocio y luego de Domat en los derechos de influencia francesa.

minuciones físicas sufridas. Y podrían multiplicarse los ejemplos. Pothier, aunque tratando de los daños indirectos y, por lo mismo, no reparables, aludía al caso de aquel deudor que, obligado a entregar unos bueyes al acreedor, no lo hacía. Si había dolo, ¿debería el deudor pagar por la falta de cultivo de las tierras que sin los bueyes, el acreedor no podía arar? Responde Pothier:

“Tampoco deberá cargar, según opino, con el resarcimiento al menos por entero de los perjuicios provenientes de haber quedado sin cultivo mis tierras, pues si bien estos perjuicios tienen un origen más inmediato en el dolo del vendedor, no eran sin embargo tan inevitables, que no hubiese podido obviarlos buscando otros bueyes para arar y trabajar mis tierras, o cediéndolas a un colono”<sup>3</sup>.

Es lo cierto, sin embargo, que no existe regla alguna en el *Código Civil* que exija a la víctima tomar las medidas para minimizar o evitar su daño; y es por ello, propio preguntarse si se está obligado a minimizar el daño propio y si debe el juez tener en consideración la omisión del deudor al tiempo de fijar el monto de la reparación.

## 2. LA CUESTIÓN EN EL *COMMON LAW*

75

Nunca ha existido dudas en el derecho del *common law*, al menos en el estado-unidense, que el deudor no deba estar obligado a minimizar su daño. La cuestión se plantea allí a propósito de la denominada regla de las consecuencias evitables –*avoidable consequences rule o mitigation of damages rule*– cuando se trata de fijar la extensión que debe darse a la reparación. El principio es que

“al demandante que fue dañado por una conducta del demandado que puede ser objeto de acción, se le niega ordinariamente la recuperación de todo *ítem* de daño especial que habría podido evitar con actos razonables, incluyendo los gastos razonables en que ha incurrido después que la conducta accionable tuvo lugar”<sup>4</sup>.

Así, entonces, el demandado no es responsable de los daños que el demandante pudo razonablemente evitar, como tampoco, y con mayor razón, de los que efectivamente evitó.

<sup>3</sup> POTHIER, Roberto, *Obligations, Ouvres completes*, M. Bugnet, 1861, t. 2, n.167.

<sup>4</sup> DOBBS, Dan B., *Remedie the Law remedies-Damages, Equity and restitutions*, St. Paul, Min.,n 1973, p. 186. Sobre las “avoidables consequences”, SPEISER, S.M.; KRAUSE, Ch. y GANS, A.W., *The American law of torts*, New York, Rochester, 1986, t. 3, cap. 8, par. 8.3.

El origen de la regla parece ser antiguo en Estados Unidos, al punto que se cita, incluso, una sentencia de 1677 que ya la aplicaba, a propósito de una persona que perdió sus caballos por haber tenido que esperar al demandado a quien debía entregarle unas mercancías. Los caballos que estaban sudorosos por el trayecto, se enfriaron con la lluvia durante la espera y por ello murieron. Pero el demandado no fue condenado por la pérdida de esos animales, porque el demandante pudo haberlos retirados del carro a otro lugar mientras esperaba al demandado, evitando su enfriamiento<sup>5</sup>. En la actualidad, la regla se ha convertido en un principio muy general, indiscutido, al punto que un autor hace ya más de cincuenta años escribió que “este principio está tan bien reconocido que la cita de casos sería superflua”<sup>6</sup>. Se aplica tanto en demandas por daños a la propiedad como a daños a la persona, en materia contractual<sup>7</sup> y tiene un aspecto negativo como uno positivo. Por el primero, el demandante no puede obtener reparación de los daños que pudo razonablemente evitar y, por el segundo, puede obtener que se le restituyan los gastos que significó la minimización de sus daños, aunque no haya sido en ello exitoso<sup>8</sup>.

El art. 2-715 del UCC contiene el principio de la mitigación del daño en forma expresa a propósito de la venta, pues por él

76

“Los daños subsecuentes que resultan del incumplimiento del vendedor, comprenden: a) Toda pérdida que resulta de necesidades generales o particulares que el vendedor debía conocer al momento de la celebración del contrato y que no podían ser razonablemente evitados ni por la conclusión de un contrato de reemplazo, ni por otro medio...”

y otras disposiciones del mismo *Código*, como los artículos 2-708, 2-713. También está reconocido por el *Restatement Second on Contracts*. De conformidad con el par. 350 la víctima del incumplimiento contractual no puede obtener el pago de daños e intereses por las pérdidas que habría podido evitar sin incurrir en cargas o gastos injustificados o sin que resulte para ella una cualquiera humillación. Y el *Restatement of Torts* 2d., par. 918 también lo contiene.

Se distingue claramente de la doctrina de la *contributory negligence*, es decir, de lo que entre nosotros denominamos culpa de la víctima, porque ésta interviene al momento en que el daño se origina, mientras que aquélla trata de la conducta subsecuente de la víctima. Mientras la primera, de acuerdo con la

<sup>5</sup> FARNSWORTH, A., *On contracts*, Boston, Little, Brown & Co., 1990, par. 12, 12.

<sup>6</sup> SEAVEY, Warren A., “Nuisance: contributory negligence and other mysteries”, 65 *Harv. L. Rev.*, 1952, p. 989.

<sup>7</sup> Sobre ello, GOTES, Ch. y SCOUT, R.E., “The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation”, *Virginia L. Rev.*, 1983, 967.

<sup>8</sup> Así en *Cardamon v. Iowa Lutheran Hospital*, 256 Iowa 506, 128 N.W. 2d. 226 (1964).

doctrina común, cierra al demandante la posibilidad de accionar por todo el daño sufrido, la segunda sólo impide recobrar los daños que la víctima pudo impedir.

Uno de los fundamentos del principio es económico, porque debe evitarse todo despilfarro, de forma que habrá de considerarse el costo de la sustitución del daño en función con el valor de éste<sup>9</sup>. Además, aunque se diferencia del principio de la *contributory negligence* y que manda tener en cuenta la culpa concausal de la víctima, como acaba de señalarse, obedece, sin embargo, a la misma idea de que el demandante debe tomar el cuidado debido para la protección de sus intereses personales. Por ello se le aplica el *standard* del hombre razonable bajo las mismas circunstancias<sup>10</sup>. Y es por lo mismo que se ha resuelto, por ejemplo, que si una persona razonablemente prudente se habría sometido a una intervención quirúrgica, los daños que ésta habría aliviado no son indemnizables<sup>11</sup>.

En Inglaterra, aunque la regla tiene antecedentes desde el siglo XVII, manifestaciones claras de él se encuentran en la jurisprudencia del siglo XIX. Es entonces que se consagró de modo muy claro el principio que

“los demandantes tienen derecho a ser indemnizados por el monto íntegro del perjuicio que han sufrido con ocasión del incumplimiento del contrato; al mismo tiempo, el incumplidor no debe quedar sujeto a una pérdida complementaria proveniente del hecho que los demandantes no han hecho lo que debían hacer como hombres razonables”<sup>12</sup>.

77

La regla es constante en casos posteriores, en que claramente se ha resuelto que “el demandante tiene el deber de actuar razonablemente y de minimizar el daño tanto cuando pueda razonablemente hacerlo”<sup>13</sup>. Pero, además, el principio aparece consagrado positivamente en la Sale of Goods Act de 1979 en los arts. 50 y 51.

### 3. OTROS DERECHOS

La obligación de minimizar el daño también es acogida en otros derechos, incluso, ajenos al *common law*. Así, el *Código Civil* de Québec de 1991, en su art. 1.479 dispone que: “La persona que es obligada a reparar un daño no responde

<sup>9</sup> DOBBS (n. 4), p. 188.

<sup>10</sup> PROSSER, W & KEETON, W., *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ª. ed., St. Paul, Min, 1984, p. 158.

<sup>11</sup> Verrett v. McDonough Marine Service, 5<sup>th</sup> Cir. 1983, 705 F. 2d 1437, 1444.

<sup>12</sup> James L.J. en Dunkirk Colliery Co. v. C. Lever (1879) 9 Ch. D.20.

<sup>13</sup> L.J. Sellers en Charter v. Sullivan (1957) 2. Q.B. 117,134.

de la agravación del perjuicio que la víctima podía evitar”. Pero en verdad, ese principio, general a toda responsabilidad, sea contractual o extracontractual, no hace sino recoger lo que ya era una práctica admitida por la jurisprudencia y la doctrina<sup>14</sup>.

En Alemania, el *Código Civil* no contiene una afirmación clara del principio; pero el art. 254, luego de establecer la necesidad de considerar el efecto de la culpa de la víctima en la fijación de la cuantía de la indemnización, en el inciso segundo, agrega que: “Esto vale, incluso, si la culpa del perjudicado se limita a la circunstancia de que ha omitido llamar la atención del deudor sobre el riesgo de un daño de consideración no corriente, el cual – riesgo– no conocía ni debía conocer el deudor, o de que ha omitido evitar o aminorar el daño”. Así, entonces, el hecho de no tomar medidas para aminorar el daño constituye culpa de la víctima; porque la omisión de la diligencia del perjudicado puede consistir no solamente en que él contribuya a causar el daño en su nacimiento, como también en cuidar su aminoración<sup>15</sup>; y la jurisprudencia hace uso de la regla si, por ejemplo, la víctima se niega a un tratamiento médico después del daño, o a aceptar un nuevo empleo, en casos muy semejantes a aquellos en que en Inglaterra se aplicaría el principio de minimización del daño<sup>16</sup>.

78

En Bélgica la cuestión es aún más notable porque sin la existencia de una regla legal que consagre el principio de la obligación de la víctima de mitigar su daño, la jurisprudencia, luego de los desarrollos doctrinarios, la ha acogido y una obra clásica en ese derecho, ha fundado la regla del modo que sigue: “habiéndose producido el acto dañoso está conforme al espíritu del derecho que la parte lesionada actúe como buen padre de familia, para limitar, en cuanto sea posible el daño”<sup>17</sup>.

También el *Código* italiano, en el art. 1.227, luego de regular el efecto de la culpa concausal del acreedor en forma semejante a nuestro art. 2.330, agrega, en el inciso segundo: “El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria” y el art. 2.056 ordena tener en cuenta esa regla para la evaluación del daño en materia de hechos ilícitos, con lo cual aquella norma rige tanto en materia contractual como en materia extracontractual. Y esta disposición del inciso segundo del art. 1.227, según la doctrina “no atiende al curso causal, sino a una conducta obligatoria del dañado, que debe activarse para evitar la agravación del daño, de acuerdo

<sup>14</sup> MICHAUD, A., “Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract”, en *RDG*, 1984, p. 293; L. FARIBAULT *et al.*, *Traité du droit civil du Québec*, Québec, Wilson et Lafleur, 1948, t. 7 bis, p. 770.

<sup>15</sup> ENNECCERUS, L., *Derecho de Obligaciones*, Bosch, 1954, Barcelona, 1954, t. 1, p. 80.

<sup>16</sup> Así, MARKESINIS, Basilis S. y HUBERATH, Hannes, *The German Law of torts. A comparative treatise*, 4ª. ed., Oxford, 2002, p. 110.

<sup>17</sup> PIRSON, R. y DE VILLE, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, t. 1, N° 220.

a un criterio de diligencia ordinaria, según las circunstancias del caso”<sup>18</sup> y que determina la exclusión del daño que no ha sido evitado por la víctima no diligente como, por ejemplo, si la parte lesionada se niega o impide la curación médica a tiempo o un análisis tempestivo lo que determina la agravación de las consecuencias dañosas<sup>19</sup>. La jurisprudencia italiana hace frecuente y copiosa aplicación del principio<sup>20</sup>.

En España, aunque no existe regla general sobre el punto, sí hay normas especiales, como el art. 17 de la ley del Contrato de Seguro y alguna jurisprudencia ha hecho aplicación de la obligación de minimizar el daño en otras materias<sup>21</sup>.

Otras legislaciones menos conocidas contienen también el principio, como ciertos códigos de países árabes y africanos e, incluso, la reciente legislación sobre contratos en China.

Por último, cabe destacar, por su importancia internacional, la convención de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre venta internacional de mercaderías, cuyo art. 77 previene que:

“La parte que invoca la contravención del contrato debe tomar las medidas razonables, vistas las circunstancias, para limitar la pérdida, comprendiéndose en ésta el lucro cesante que resulta de la convención. Si deja de hacerlo, la parte incumplidora puede demandar una reducción de la indemnización por los daños y perjuicios igual al monto de la pérdida que habría debido ser evitada”.

79

La regla suscita problemas interpretativos que no son del caso tratar aquí<sup>22</sup>. Pero lo que interesa para nuestro propósito es destacar que contiene el principio de minimizar el propio daño, aunque la doctrina ha entendido que no consagra

<sup>18</sup> PETTI, G. Battista, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, Torino, Utet, 1999, p. 412. En el mismo sentido, VISINTINI, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, Cedam, 1999, p. 600 y ss.; ROSSELLO, C., *In danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padua, Cedam, 1990, en especial p. 63 y ss. y “Il danno evitabile con l’ordinaria diligenza”, en VISINTINI, G. (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milan, Giuffrè, 1999, p. 53 y ss.

<sup>19</sup> PETTI, B. (n. 18).

<sup>20</sup> Para una referencia jurisprudencial, VISINTINI (n. 18), p. 605 y ss. También, CRISCUOLI, G., “Il dovere di mitigare il danno subito”, en *Riv. Dir. Civ.*, 1972, p. 553 y ss.

<sup>21</sup> Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre 1994; 19 de junio 1981, sala sexta; 15 de julio de 1987, referidas por YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 498 y ss. Alude también a este deber, DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 845.

<sup>22</sup> Sobre ello, WITZ, C., “L’obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions intrnacionales: l’exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale”, *Petites Affiches*, N° 323, 20 de noviembre de 2002, p. 50 y ss.



propiamente una obligación en tal sentido que dé lugar ni a responsabilidad contractual ni a una acción de cumplimiento en especie, sino, más bien, una carga que pesa sobre el acreedor, cuya violación permite al deudor solicitar una reducción de la indemnización por el daño causado<sup>23</sup>. Por otra parte, como se sabe, los textos internacionales son frecuentemente considerados fuentes de principios generales en el comercio internacional y de allí que el alcance de aquella regla es, en la práctica, mayor que el proporcionado por su solo texto. Desde luego, en los usos y principios generales del Derecho Internacional y que forman la denominada *lex mercatoria* el deber de mitigar el daño es cuestión admitida<sup>24</sup>.

#### 4. DERECHO FRANCÉS

80

En Francia, la situación es distinta: no existe hasta la fecha, sentencia alguna que haya recogido expresamente la obligación de la víctima de minimizar el daño. Y la doctrina reconoce que si ella tiene amplia acogida en otros derechos “sigue siendo ampliamente desconocida por el derecho francés”<sup>25</sup>. Incluso, la Corte de Casación, en dos sentencias recientes, ha negado expresamente la existencia de tal obligación en el Derecho francés<sup>26</sup>. En la primera, la Corte invalida una sentencia de una Corte de Apelaciones que había reducido el monto de la indemnización a la víctima de un accidente de la circulación, que no había aceptado la invitación de sus médicos, de someterse a un tratamiento que sanaría los defectos físicos con que había quedado luego del accidente; utilizando, para ello, la noción de culpa de la víctima. El tribunal supremo francés decide claramente: “Considerando que el autor de un accidente está obligado a reparar todas sus consecuencias dañosas; que la víctima no está obligada a limitar su daño en interés del responsable” y en razón de ello, casa la sentencia recurrida. Y deberá advertirse, como lo hace un comentarista de la sentencia, que pudiendo haber recurrido al argumento usado otras veces<sup>27</sup>, de que el

<sup>23</sup> Así, AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, N° 173, Paris, LGDJ, 1990.

<sup>24</sup> Sobre ello HANOTIAU, B., “Régime juridique et portée de l’obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international”, en *RDAI*, 1987, p. 393.

<sup>25</sup> P. JOURDAIN, P., “Rapport introductif”, en *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage*, coloquio bajo la dirección de Martine Behar-Touchais, en *Petites Affiches*, 30 de noviembre de 2002, p. 3. En el mismo sentido, PRADEL, X., *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité* N° 72, Paris, LGDJ, 2004 y más extensamente sobre la materia, REIFEGERSTE, Stéphan, *Pour une obligation de minimiser le dommage, Aix-Marseille*, Paris, 2002.

<sup>26</sup> Civ. 2ª. 19 de junio de 2003, Dibaoui c/ Fland y otros, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2003, j. 716, obs. P. Jourdain y Consorts Llalementand c/ Decrept y otros, D. 2003.2326, nota J.P. Chazal.

<sup>27</sup> Civ. 2ª. 19 de marzo de 1997, *Bull. Civ. II*, N° 86, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1997, j. 676 obs. J. Messtre. El nuevo art. 16.1 agregado al *Código Civil* francés por ley de 29 de julio de 1994 incorpora

cuerpo humano es inviolable y que, por lo mismo, nadie está obligado a someterse a tratamientos médicos que impliquen intervenciones en él, la Corte simplemente prefiere plantear la existencia de una regla general: nadie está obligado a minimizar su propio daño. En el segundo caso, una mujer, víctima de un accidente del tránsito, demandaba la reparación del daño consistente en la pérdida de su establecimiento de panadería, al no poder asegurar su explotación por el hecho del accidente. La Corte de Apelaciones no acogió la demanda por ese concepto, pues entendió que ella habría podido entregar, mientras tanto, la explotación a una tercera persona, de tal modo que no había relación causal entre el accidente del tránsito y la pérdida del establecimiento comercial. La Corte de Casación censura esa decisión y la invalida, de nuevo bajo el argumento que la víctima no tiene obligación de minimizar su daño en provecho del autor, de modo que si, a consecuencia del hecho causal, quedó aquejada de una incapacidad permanente, había una relación causal entre la pérdida de su establecimiento y el accidente. Más aún, siendo dueña de ese establecimiento, nadie puede imponerle su entrega para ser explotado por un tercero.

Es verdad que algunos autores han querido encontrar en determinadas sentencias la aplicación del principio a que venimos refiriéndonos; pero se trata, más bien, de fallos que persiguen la moderación del daño<sup>28</sup>, sin aludir ni consagrar el principio en cuestión. En otras situaciones se ha resuelto que la víctima que luego de un accidente se niega a someterse a tratamientos que no son ni peligrosos ni dolorosos, incurre en culpa y, por lo mismo, debe ser reducida la indemnización del daño sufrido por aplicación del principio exonerador parcial de la culpa concurrente<sup>29</sup>.

Por otra parte, en las situaciones aludidas, interviene no la obligación de minimizar el daño, sino el sistema francés de reparación que manda al juez apreciar el daño al momento de la sentencia y no al tiempo en que ocurrieron los hechos dañosos, con lo cual el sentenciador está obligado a examinar lo que haya ocurrido entre esos dos momentos y, por lo mismo, la conducta mantenida por la víctima no sólo al producirse el daño sino, también, con posterioridad a su ocurrencia<sup>30</sup>. Es verdad que, en definitiva, por este procedimiento técnico, el deber de mitigar el propio daño penetra en el Derecho francés.

---

expresamente ese principio: "Cada uno tiene derecho al respeto de su cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial".

<sup>28</sup> Así, las sentencias citadas por LAUDE, Anne, "L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français?", en *Petites Affiches*, 30 de noviembre de 2002, p. 56

<sup>29</sup> Así, Crim. 30 de octubre de 1974, D. 1975.178, nota R. Savatier; J.C.P. 1975 II. 18038, obs. L. Mougeon; *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1975, 713, obs. G. Durry. Otros casos en REIFEGERSTE (n. 25), N° 241.

<sup>30</sup> El principio según el cual el juez, para evaluar el daño, ha de colocarse al momento de la sentencia, es antiguo en Francia y se aplica tanto en materia contractual como en materia extracontractual. En verdad nació en esta última; pero luego se extendió a la responsabilidad

En general, aunque algunos autores se manifiestan más bien proclives a admitir la consagración del principio sobre la minimización del daño<sup>31</sup>, la acogida es tibia, porque la tradición del principio de la reparación integral pesa en el derecho francés, por mucho que éste sea, según los doctrinadores francos, más un ideal que una realidad<sup>32</sup>. Para la doctrina tradicional, el principio de la reparación integral se vería afectado por la obligación de mitigar el daño. Léon Mazeaud escribía hace sesenta años, a ese respecto que “se objeta que correspondía a la víctima reparar ella misma el daño desde su realización. Pero de ese modo se hace pesar sobre la víctima la obligación de reparar” y ésta según el ilustre autor, estaba en su derecho al esperar simplemente que el autor ejecutara su obligación de indemnizar<sup>33</sup>.

## 5. EL DERECHO CHILENO

Desde luego, tal como ocurre en el Derecho francés, no existe regla alguna que contenga el principio de mitigación del daño con alcance general.

### 5.1

82 Sin embargo, en materia de seguros y tal como ocurre en la mayoría de los derechos extranjeros, la obligación de mitigar el daño es antigua. Aunque el **Código de Comercio** no contiene una regla clara, el art. 556 N° 4 impone al ase-

---

contractual, desde la sentencia de la Cass. Com., 16 de febrero de 1954, D. 1954, 534, nota Rodière. Aunque alguna doctrina entendía que el momento para evaluar el daño debía ser el del nacimiento de la acción, es decir, al producirse el daño, la Corte de Casación en sentencia de 23 de marzo de 1942, D. 1942. 118; *Gaz. Pal.* 1942.1.224; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1942, p. 289, sentó el principio que la fecha es la de la sentencia. Sobre ello, LE TOURNEAU, Ph. y CADIET, L., **Droit de la responsabilité et des contrats**, N° 2652 y ss, Paris, Dalloz Actino, 2002; VINEY, G. y JOURDAIN, P., “Les effets de la responsabilité”, en **Traité de droit civil**, bajo la dirección de J. Ghestin, N° 66 y ss., 2ª ed. Paris, LDGJ, 2001. De allí que haya que tener en cuenta, por ejemplo, la evolución del estado de la víctima desde el accidente, es decir, tanto su mejora, como su agravación.

<sup>31</sup> DURRY, G., “Est-on obligé de minimiser son propre dommage”, en **Risques** N° 57, marzo 2004, p. 111 y ss.; JOURDAIN (n. 25), N° 232, p. 3 y ss. y el mismo autor en obs. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2003, j. 716 y ss., quien prefiere “no oficializar el principio”, VINEY, G., “Rapport de synthèse”, en **Petites Affiches**, N° 232, cit. p. 66 y ss.

<sup>32</sup> Sobre ello, VINEY y JOURDAIN (n. 30), N° 57 y ss.; JOURDAIN, P., “Les dommages-intérêts alloués par le juge”, en **Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles**, p. 263, dirección de M. Fontaine y G. Viney, Bruselas, Bruylant-LGDJ, 2001; STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L., **Obligations. Responsabilité délictuelle**, N° 1.456 y ss. 4ª. ed., Paris, LITEC, 1991.

<sup>33</sup> MAZEAUD, Léon, “L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance”, en **JCP.**, 1942, I, 275. Los mismos conceptos son más tarde reproducidos en MAZEAUD, H.L. y J., **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile**, 6ª ed., por F. Chabas, Paris, Méntchrestien, 1978, t. 3, N° 2420-12.

gurado la obligación de “tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada, o para conservar sus restos”.

De acuerdo con esa norma, una vez ocurrido el siniestro, el asegurado tiene la obligación de limitar las consecuencias que él ha producido y, por lo mismo, de limitar los daños hasta donde sea posible<sup>34</sup>. Entre esas medidas, deberá cuidar que los restos de la cosa asegurada queden debidamente resguardados desde que, en la mayoría de los casos, será posible obtener de ellos algún valor que pueda imputarse a la indemnización y, además, conservando los restos del bien dañado es posible reconstruirla o repararla. Es evidente que será el asegurador el beneficiado con el cumplimiento de esos deberes por parte del asegurado y, por lo mismo, es aquél quien debe rembolsar los gastos que la mitigación del daño ocasione (art. 556 inc. final). Y se recordará que esas reglas son aplicables también al seguro marítimo de acuerdo con el art. 1.158 del *Código de Comercio* y de allí que el art. 1.180 N° 2 imponga al asegurador el pago de los gastos en que el asegurado haya incurrido para evitar que el objeto asegurado sufra un daño “o para disminuir sus efectos”, siempre que el daño evitado o disminuido esté cubierto por la póliza.

Este deber de mitigar el daño en el seguro está comúnmente impuesto en la mayoría de las pólizas usadas en Chile y registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros. Por ejemplo, la de incendio (Pol. 1 90 006), cláusula decimoséptima, dice:

“2) Salvataje de los objetos asegurados.

Tan pronto se declare un incendio, el asegurado debe emplear todos los medios que estén a su alcance para evitar su propagación o extensión y salvar los objetos asegurados.

Si con este motivo hubiera necesidad de trasladar los objetos asegurados de un lugar a otro, la compañía indemnizará en conformidad a lo señalado en la letra c) de la cláusula primera de las condiciones generales de esta póliza.

El asegurado, sin la autorización escrita de la compañía o del liquidador que se designe, no podrá remover u ordenar la remoción de los escombros que haya dejado el siniestro”.

La póliza de robo con fuerza en las cosas (Pol. 1 94 021), cláusula decimoséptima tiene una cláusula semejante y lo mismo la póliza de seguro para todo riesgo de construcción (Pol. 1 92 140), artículo decimosexto.

---

<sup>34</sup> Así, BAEZA PINTO, S., *El seguro*, ed. actualizada por J. Achurra, Santiago, Jurídica, 1994, N° 67.

## 5.2

Pero esas normas responden a las particularidades del seguro y existen en la generalidad de los derechos comparados. No parece posible extraer de ellas un principio general que imponga el deber de minimizar el daño a la víctima, de modo que éste, de existir, habrá de encontrar su fundamento en principios generales de la responsabilidad.

## 5.3

84

La doctrina no ha examinado, entre nosotros, la obligación de minimizar el daño y el principio no aparece en las obras clásicas sobre la responsabilidad civil. Sin embargo, casi al pasar y sin mayor fundamentación, a propósito de la influencia de la culpa de la víctima en la determinación del daño reparable, se ha podido afirmar que: “La hay asimismo si la víctima omite hacer lo necesario para precaverse del daño o para aminorar sus consecuencias pudiendo hacerlo”<sup>35</sup>. El decano Alessandri, que es el autor de esa afirmación, cita en su apoyo a los autores belgas Pirson y de Villé, así como a Demogue y a Planiol y Ripert. En cuanto a los primeros, ya hemos dicho que en Bélgica desde antiguo, la doctrina ha sido favorable a la aceptación del principio de la obligación de mitigar el propio daño. En cuanto a Demogue, es una excepción en la doctrina francesa, pues es, según quienes han estudiado el principio, el primero en haberse interesado en él<sup>36</sup>. En efecto, el ilustre autor trata directamente de esta obligación en materia contractual en su tratado de las obligaciones<sup>37</sup> y es fundándose en su opinión que se hace la misma afirmación en Planiol y Ripert<sup>38</sup>.

Otro autor, frente a la cuestión de saber si debe considerarse la conducta de la víctima que se niega a someterse a un tratamiento médico para aminorar el daño, se limita a reproducir los términos en que se resuelve la cuestión en la obra de Mazeaud y Tunc; es decir, a distinguir entre el caso en que ese tratamiento le sujeta a riesgos o si no le impone mayores consecuencias, admitiéndose en este último evento, que si la víctima no se sujeta a ellos, incurriría en culpa que debe considerarse al apreciar el daño<sup>39</sup>.

En suma, la obligación de minimizar el daño aparece a propósito del efecto que tiene, en la apreciación del daño, la culpa concurrente de la víctima. Pero

<sup>35</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Universitaria, 1943, N° 479.

<sup>36</sup> Así, REIFEGERSTE (n. 25), N° 142.

<sup>37</sup> DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, Paris, Arthur Rousseau, 1931, t. 6, N° 3 y ss.

<sup>38</sup> PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, edición en español, La Habana, Cultural, 1940, t. 6, N° 569.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1999, p. 412, que cita a MAZEAUD, H. L. y TUNC A., t. 2, vol. 2, pp. 72 y 73, es decir, la versión en castellano de la obra en su 5ª. ed.

es evidente que tal conclusión, extraída al pasar de la doctrina francesa, tiene una objeción en que los autores no han reparado: la culpa de la víctima tiene influencia causal, lógicamente, en la medida en que haya intervenido como hecho que concurre a causar el daño, es decir, antes que éste se produzca, pues ésa es la regla que resulta de nuestro art. 2.330; pero la obligación de mitigar el daño nace una vez que éste ya se produjo, de tal forma que la culpa de la víctima no interviene aquí en su causación inicial, sino una vez producido el daño. Si algunos autores franceses han podido entender que la culpa de la víctima ha de considerarse, no obstante, para apreciar el daño, es porque en su derecho, como ya se dijo, el principio aceptado es que el juez, para apreciar el daño, ha de situarse al momento en que el juez dicta su sentencia. Pero entre nosotros, la doctrina y la jurisprudencia, siguiendo la doctrina antigua francesa, hoy abandonada, entienden que el juez ha de situarse al momento en que se produce el hecho ilícito o en que el daño se produce o consume, aunque tratándose del daño moral, fije la reparación al momento de la sentencia<sup>40</sup>.

Tan sólo H. Corral Talciani, alude directamente al deber de mitigar el daño y lo funda, siguiendo a Díez Picazo, en el deber de obrar de buena fe<sup>41</sup>.

## 6. LOS OBSTÁCULOS A LA ADMISIÓN DEL DEBER DE MINIMIZAR EL DAÑO

85

El principio en estudio nos parece evidente desde un punto de vista lógico, moral y económico. Lógico, porque no se comprendería la razón de permitir que la víctima permanezca pasiva frente al daño que se le causa, bajo el pretexto que, en definitiva, el autor deberá compensarle. Moral, porque todos tenemos también la obligación de cautelar por nuestros propios intereses, sean ellos patrimoniales o extramatrimoniales, es decir, tenemos un deber de cuidado propio para actuar en sociedad. Y económico, porque es evidente que la utilidad general manda que se eviten los daños y si ello no es posible, que al menos se reduzcan en su dimensión.

Pero si la imposición a la víctima de un deber de mitigar el daño parece así natural, aunque no aparezca impuesto por normas positivas generales, es preciso examinar su fundamento para poder determinar si efectivamente es exigible en nuestro derecho.

<sup>40</sup> Así, ALESSANDRI (n. 35), N° 475, que se basa en la doctrina francesa de su época, sostiene que es el momento en que se produce el hecho ilícito. Siguiéndolo a él, la doctrina posterior aplica la misma conclusión: RODRÍGUEZ GREZ (n. 40), p. 344 y ss. que precisa, sin embargo, que el momento debe ser aquél en que se consume el ilícito; J.L. Díez Schwerter entiende que es al momento en que los daños se produjeron, en *El daño extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1997, p. 184 y ss. con abundante jurisprudencia sobre el punto.

<sup>41</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Jurídica, 2003, p. 340.



Ahora bien, tradicionalmente, en aquellos derechos que no lo admiten como deber constante y general, se han esgrimido algunas razones que impedirían su adopción y que son plenamente aplicables entre nosotros.

### 6.1

Desde luego, el principio general de la reparación integral del daño aparece como opuesto a la obligación de minimizar el daño. Ese principio es aceptado en nuestro Derecho sin mayor examen y como dogma absoluto por la doctrina. Siguiendo al Derecho francés, se entiende que: “debe indemnizarse todo el daño que sea consecuencia directa del hecho ilícito”<sup>42</sup>. Y si es así, resulta que una vez producido el daño la carga de su reparación integral debe pesar sobre el autor y no debería la víctima tener obligación alguna de aliviar la carga del hechor<sup>43</sup>. Si además de soportar el daño, tuviese que hacer lo necesario para mitigarlo, resultaría que contrariamente al principio de la reparación integral, se haría pesar sobre ella un deber hacia el responsable.

86

Pero además de los límites que tiene este principio<sup>44</sup>; en verdad, sostener que el principio de la reparación integral se opone a la obligación de mitigar el daño resulta, en buena medida, una petición de principios, desde que el obstáculo proviene no tanto de aquél, sino del hecho que se entienda que el daño reparable es el existente al momento en que se produce, puesto que si ha de considerarse el daño al momento en que se aprecia por el juez al sentenciar, la intervención de la víctima resulta siendo impuesta por la consideración que ha de darse a su conducta en la producción del daño. El principio de la reparación integral parece, en términos generales, aceptable; pero queda aún precisar a qué daño se refiere y si deben considerarse las posibles variaciones del daño posteriores a su producción; con lo cual el obstáculo no proviene sino de una mera afirmación, que es perfectamente discutible, como es la de que el juez

<sup>42</sup> CORRAL TALCIANI (n. 41), p. 336; ALESSANDRI (n. 35), N 460; RODRÍGUEZ GREZ (n. 39); DIEZ SCHWERTER (n. 40), p. 159 y ss. y es enunciado por la jurisprudencia, por ejemplo, Corte Suprema, 10 de enero de 1985, *Rev. de Der.*, t. 83, sec. 4<sup>a</sup>, p. 4; 27 de octubre de 1983, *Rev. de Der.*, t. 80, sec. 4<sup>a</sup>, p. 121. Por nuestra parte, hemos señalado que ese principio es más bien el enunciado de un cierto propósito; pero no la constatación de lo que sucede en la realidad: DOMÍNGUEZ, A., “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 188, 1990, p. 135.

<sup>43</sup> El principio de reparación integral se ha visto como obstáculo a la admisión de la obligación general de minimizar el daño en la doctrina y jurisprudencia francesa, según ya se dijo: VINEY y JOURDAIN (n. 30), N° 59; DURRY (n. 31), p. 111.

<sup>44</sup> Hasta el punto que, tratándose del daño moral, la fijación de beremos y aun límites de la reparación es cada vez más frecuente en el Derecho Comparado. Así, recientemente la reforma austriaca del Derecho de Torts contiene importantes límites al monto de las indemnizaciones por “non economic loss”. Sobre ello, GOLDRING, J., “Civil liability Law Reform in Australia: the ‘King of Torts’ is Dead”, en *Uniform Law Review*, N° 3, 2005, p. 447 y ss.



haya de situarse para determinar la indemnización, al momento en que el daño se ha producido.

## 6.2

Justamente, el segundo obstáculo que pudiera presentarse en nuestro sistema de responsabilidad, se relaciona con el momento en que debe situarse el juez para apreciar el daño. Ya hemos señalado que, con variantes, la doctrina general de los autores y la jurisprudencia, es que esa apreciación se hace al momento de la producción del daño. Pero curiosamente, tratándose del daño moral, la solución es diversa puesto que, entonces, la doctrina jurisprudencial constante es que la apreciación la hace el juez al momento de la sentencia<sup>45</sup>. La justificación de la diferencia es pobre: se dice que tratándose del daño patrimonial hay elementos materiales que permiten establecer el daño, mientras que en materia de daño moral se trata de una apreciación subjetiva y entregada al criterio razonable del juez.

Claro está que si para la apreciación del daño material el juez ha de estarse al tiempo de la producción del daño, resulta difícil justificar que aquél pudiera tener en consideración lo ocurrido entre ese momento y el de la dictación de la sentencia; y, por lo mismo, reducir la reparación porque la víctima no ha usado de su diligencia para impedir su agravación o disminuir sus efectos luego de producido el perjuicio, con lo cual lo que ocurra con el daño después de su producción sólo podría ser materia de un juicio diverso.

En verdad, la distinción no tiene justificación alguna. El hecho que para el daño material haya elementos objetivos que permiten establecer su entidad, lo que no sucede para el daño moral, no es fundamento para la distinción sobre el momento en que haya de situarse el juez para apreciar la indemnización del daño. Desde luego, una cosa es el establecimiento del daño y otra diversa es determinar su reparación. Por tanto, el hecho que para el daño material existan elementos objetivos para establecer y medir su entidad no determina que por ello, para establecer su reparación y la medida de la indemnización, no haya el juez de considerar lo que ocurra a aquel daño entre el momento de su producción y el de la sentencia que ordena su reparación. Por lo demás, la tal diferencia entre el daño patrimonial y el no patrimonial o moral no es evidente. En efecto, existen numerosas categorías de daños no patrimoniales cuyo establecimiento es también objetivo, o al menos debería serlo, como ocurre con el daño puramente corporal y, sin embargo, jamás nuestros tribunales han dudado de hacer su apreciación al momento de la sentencia.

<sup>45</sup> Sobre esa jurisprudencia constante, DIEZ SCHWERTER (n. 41), p. 258 y ss. y también, DOMÍNGUEZ A., R. y DOMÍNGUEZ B., R., "Comentario de jurisprudencia, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 191, 1992, p. 173.

Ramón Domínguez Águila

De este modo, el momento de la apreciación del daño para efectos de fijar la indemnización no debería ser obstáculo para atender a la obligación de minimizar el daño en nuestro Derecho. La indemnización se fija al momento de la sentencia y tanto es así que nunca han dudado los jueces en considerar la depreciación monetaria producida entre el momento en que el daño se causó y aquél en que se dicta la sentencia para los efectos de la indemnización del daño patrimonial. No se observa, entonces, que la distinción entre daño patrimonial y no patrimonial imponga una diferencia en el momento de la apreciación del daño que sea un obstáculo a la admisión del deber de mitigar el propio daño.

## 7. EL FUNDAMENTO DE UNA OBLIGACIÓN DE MINIMIZAR EL DAÑO

Resta por determinar el fundamento de la obligación que pesaría sobre la víctima, de minimizar el daño, porque de él depende, en definitiva, la admisión en términos generales de ese deber, más allá de los casos en que se ha admitido por vía legal.

### 7.1 Razones económicas

88

Desde luego, existen evidentes razones económicas que exigen la existencia del deber de minimizar el daño. Es un medio de evitar costos económicos innecesarios, desde que el acreedor o víctima, puede, mediante su actividad, obtener, a pesar del hecho del deudor o causante del daño, todo o buena parte del beneficio esperado o reducir la pérdida sufrida.

La razón económica está particularmente presente en el derecho del *common law* y en especial en su Derecho contractual. Como se sabe, y no es necesario abundar aquí sobre la cuestión, en él, la función del contrato es especialmente económica y, por lo mismo, están presentes en su concepción la búsqueda de eficiencia y las necesidades del mercado, como bien lo destaca el análisis económico del Derecho. Allí se admite, incluso, la tesis de la ruptura eficiente del contrato<sup>46</sup>, y por ello, la obligación de minimizar el daño encuentra en el *common law*, especialmente el estadounidense, tierra fértil.

Sin ir tan lejos y ateniéndonos al concepto clásico de contrato entre nosotros, resulta evidente, de todas formas, que más allá de la idea de intercambio de voluntades, hay en el contrato la búsqueda de fines económicos y, por ende,

---

<sup>46</sup> La *efficient breach* pone el acento precisamente en el interés que el contrato tiene para el mercado, de forma que es posible tolerar una violación de él, si ello está conforme con mayores utilidades o menores costos. Sobre ello, RUDEEN, B. y JUILHART, P., "La théorie de la violation efficace", en *Rev. Internat. de Dr. Comparé* 1986, p. 1.015 y ss.

han de tenerse en cuenta las consideraciones de eficiencia y de minimizar los costos de los intercambios.

Si el acreedor se enfrenta a un incumplimiento contractual, no resulta socialmente aceptable, porque es contrario al uso racional de los recursos, que pudiendo reducir los efectos del incumplimiento, sea por medio de una sustitución, sea empleando recursos mitigadores, no lo haga, bajo el pretexto que el deudor le debe los perjuicios. Si ello requiere gastos especiales, lógico será que se consideren en la liquidación de los daños, hasta el punto que puedan sumarse a la indemnización debida, porque favorecen al deudor que, en razón de los mismos, no estará obligado al pago de daños mayores. Esa razón es la que está detrás de las normas legales que determinan el deber de minimizar los daños en materia de seguros y ese mismo fundamento económico puede generalizarse.

Pero si ello parece casi lógico en materia contractual, fuera del contrato el análisis es más delicado y discutible, aunque aún allí, ha de estar presente la idea de evitar gastos inútiles.

## 7.2 Razones morales

Para fundar el principio de minimizar el daño se han esgrimido variados principios que tienen en común, la apelación a ciertos deberes morales impuestos particularmente en materia contractual. Así, es posible retener la exigencia de una conducta coherente impuesta en la actual concepción del contrato, que lo concibe más como un medio de colaboración que de enfrentamiento de intereses opuestos. Ese deber de coherencia, sobre el cual se ha escrito profusamente, en particular a propósito de su manifestación en la doctrina del acto propio (*venire contra factum proprium*)<sup>47</sup> y que exige que las partes mantengan un comportamiento razonable que no implique contradicciones que se opongan al deber de colaboración o cooperación<sup>48</sup>, aunque no contenido en regla general alguna en nuestro Derecho, ha sido, sin embargo, ampliamente acogido por la jurisprudencia nacional, incluso, fuera de las esfera contractual<sup>49</sup>. Pues bien, sería

89

<sup>47</sup> Así, entre otros, y para limitarnos a escritos en español, BORDA, A., *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000; COLERIO, J., "La doctrina de los propios actos, la prueba conducente y el principio de congruencia", en *Derecho procesal en vísperas del s. XXI*, Buenos Aires, 1997; AMADEO, J.L., *Doctrina de los actos propios*, Buenos Aires, La Ley, 1986; DIEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963; PUIG BRUTAU, J., *Estudios de derecho comparado, la doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951 y en Chile, EKDAHL ESCOBAR, M.F., *La doctrina de los actos propios*, Santiago, Jurídica, 1989.

<sup>48</sup> Que la doctrina viene anotando desde hace años. Por ejemplo, BETTI, E., *Teoria generale delle obbligación*, Milán, Giuffrè, 1953, t. 1, p. 1 y ss.

<sup>49</sup> Por ejemplo, Corte Suprema, 20 de septiembre de 2004, *Gaceta Jurídica*, 291, sent. 6, p. 116; 9 de mayo 2001, *Rev. de Der.*, t. 98, sec. 1<sup>a</sup>, p. 99; Corte de Valparaíso, 29 de septiembre de 2004, *La Semana Jurídica*, N° 219, p. 8.

inaceptable que el acreedor que omite actos que permitan reducir su daño o agravarlo, pretendiera, luego, indemnización por la totalidad del perjuicio sufrido. Y parecidas razones pudieran invocarse para la responsabilidad extracontractual<sup>50</sup>.

Pero más generalmente es posible aludir a todos los deberes de lealtad derivados del principio de la ejecución del contrato de buena fe previsto en el art. 1.546<sup>51</sup>, desde que, como lo señala un autor, “una nueva cultura contractual gana terreno desde hace algunos años”<sup>52</sup>. Y desde esta misma perspectiva, la equidad y el principio de buena fe también son soportes de la obligación de minimizar el daño, particularmente esta última, que, de acuerdo con el art. 1.546 tiene el papel de complementar la obligación contractual<sup>53</sup>, de forma que el acreedor, no obstante, haber sido objeto de un incumplimiento por su contra parte, sigue estando obligado a comportarse de buena fe y, por lo mismo, a observar una conducta diligente que minimice el daño sufrido.

### 7.3

90 Pero es indudablemente en el plano de la causalidad y dentro de ella en el papel de la culpa de la víctima que puede encontrarse más exactamente un fundamento técnico y general de la obligación de minimizar el daño. En nuestro Derecho, con una norma original para su época, el *Código Civil* contiene la regla del art. 2.330, que impone al juez la obligación de reducir la apreciación del daño si la víctima se expuso imprudentemente a él. Se consagra allí, lo que la doctrina más actual denomina “principio de la autorresponsabilidad”<sup>54</sup>. La doctrina, al tratar de la culpa de la víctima<sup>55</sup> lo hace comúnmente en su papel de causa exclusiva o concausa del daño, es decir, interviniendo antes o al mo-

<sup>50</sup> Se ha sostenido, por ejemplo, que el *venire contra factum proprium* es el fundamento de la obligación del asegurado de mitigar el daño: Así, en SÁNCHEZ CALERO, Fernando (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 2ª. ed., Madrid, 2000.

<sup>51</sup> Sobre ellos, entre otros estudios, MAZEAUD, D., “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?”, en *Mélanges Terré* Paris, Dalloz, 1999; PICOR, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LDGJ, 1989. Más recientemente, MONATERI S., D'Angelo, *Buona fede e giustizia contrattuale modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Milán, 2005.

<sup>52</sup> MAZEAUD, D., “Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin”, en JAMIN, Ch. y. MAZEAUD, D. (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003, p. 135 y ss.

<sup>53</sup> Sobre este papel, DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, Paris, Arthur Rousseau, 1924, t. 4, p. 8 y ss.

<sup>54</sup> Usado en especial por los autores italianos, por ejemplo, PUGLIATTI, S., *Responsabilità civile* Milán, 1968, t. 2, p. 9 y s.; BETTI (n. 18), p. 149 y ss.; o también “Responsabilidad negativa”, N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile* Nápoles, Jovene, 1973, p. 235.

<sup>55</sup> Por ejemplo, y recientemente, MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2003.

mento de la producción del daño. Pero aquí se trata de examinar el papel de ella una vez producido el daño y como causa de su agravación o producción total. En otros términos, si bien la víctima no interviene en la causalidad inicial del daño, su conducta omisiva, al no hacer lo necesario para minimizarlo, interviene en el daño final y esa conducta es claramente culpable, desde que no hace lo que un hombre prudente haría. Se trata de un *novas actus interveniens*, que rompe la relación causal entre el hecho del demandado que inicialmente causa todo el daño y el daño final. Si el demandado debe estar obligado a reparar un daño, sólo debe serlo de aquél que es la consecuencia necesaria de su conducta activa o de su omisión; pero al intervenir la conducta de la propia víctima, que habría podido impedir sea la agravación, sea todo el daño final, ésta dirime en parte el nexo causal. Ésta es, entre otras, la doctrina seguida en la jurisprudencia y en los autores belgas<sup>56</sup>, como también por alguna doctrina en España<sup>57</sup> y en buena medida, la justificación de la doctrina de las *avoidables consequences* del Derecho estadounidense ya aludida.

No existen en nuestro Derecho los argumentos que en otros se han propuesto para no dar a la culpa de la víctima el carácter de eximente parcial de responsabilidad por no ser la causa de todo el daño, desde que el art. 2.330, de modo expreso, abandona al respecto las consecuencias de una aplicación total de la equivalencia de las condiciones. Existe, entonces, argumento de texto que libera a nuestro Derecho de aquella dificultad aún existente en otros medios. Pero, además, el hecho de no minimizar el daño es un acto culpable en contra del autor, porque obliga a éste a una reparación que pudo ser menor. Ya en obra clásica de los hermanos Mazeaud, se decía que la culpa de la víctima es “sin duda una culpa contra ella misma; pero es también una culpa frente al demandado, puesto que participando a la realización del daño, ella perjudica a éste, obligado a reparar”<sup>58</sup>.

Tales son, en síntesis, algunos de los más serios fundamentos para aceptar la existencia de un deber de minimizar el daño impuesto a la víctima, sea en la responsabilidad contractual, sea en la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio que se haya podido aducir otros, relativos al abuso de derecho, por ejemplo.

---

<sup>56</sup> Sobre esa doctrina y jurisprudencia REIFEGERSTE (n. 18), N° 315 y 316. El procurador general Hayoit de Termicourt ha indicado justamente que cuando la víctima no minimiza el daño, la agravación “es debida en todo o parte a la negligencia o a la inercia de la víctima y no tiene por causa el hecho ilícito”: conclusiones en Cass. Belga, 8 de mayo de 1952, I. 570, en especial p. 575.

<sup>57</sup> Así, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1993, t. 2, p. 689.

<sup>58</sup> MAZEAUD, H. L. y J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6ª ed., Paris, 1970, t. 2, N° 1677-2.

## 8. LOS DEBERES IMPUESTOS A LA VÍCTIMA

Los autores han discutido si se trata de una real obligación o, más bien, de un deber de mitigar el daño. En verdad, los excesos en que a veces se incurre en la doctrina de precisión terminológica no terminan por llevar a buen puerto, pues de lo que se trata en este caso, es saber qué es lo que se impone, en definitiva a la víctima al hablarse de una “obligación” o de un “deber” de mitigar el daño. Y, desde este punto de vista, el contenido de este deber –término, que preferimos para evitar las objeciones que el empleo de la noción técnica de obligación acarrea– debe ser apreciado desde varios aspectos, puesto que, tratándose de un deber de obrar diligentemente, la conducta que se impone a la víctima dependerá de las circunstancias del daño producido y, aun, si hay o no contrato.

Así, la víctima puede estar obligada a tomar medidas conservativas, medidas de reparación y, aun, medidas de sustitución, como resulta, por lo demás, de las diversas reglas que, en materia de seguros, donde existe ya una tradición en la materia, de ventas internacionales y en textos civiles ya han sido citadas a propósito de la admisión de este deber en el Derecho Comparado.

**8.1 Medidas conservativas**

92

A veces, medidas de conservación de una cosa ya dañada pueden ser necesarias para no agravar el daño y, aun, para mitigarlo. La convención de Viena de 11 de abril de 1980, en sus artículos 85, 86, 87 y 88 se refieren a ellas. En materia de seguros es común que el asegurado, una vez producido el siniestro, por ejemplo, el incendio de mercaderías, deba ordenar la vigilancia de lo que queda para evitar hurtos, o deba adoptar medidas para impedir que los bienes dañados sean deteriorados por el agua, o deba transportar los bienes a, otro lugar, etc. ...<sup>59</sup>; como se ha visto, incluso, en el texto de las pólizas comunes. Y en materia extracontractual también es posible imaginar situaciones en que la víctima diligente deba tomar medidas parecidas<sup>60</sup>.

**8.2 Medidas de reparación**

Son también obvias en numerosas situaciones, tanto contractuales como extracontractuales. Por ejemplo, en un contrato de construcción la ley, en el art. 2.003

<sup>59</sup> Así, los casos de jurisprudencia española citados en SÁNCHEZ CALERO (n. 50), p. 305.

<sup>60</sup> Del mismo modo, situaciones tomadas de la experiencia belga, DALCQ, R.O., “L’obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle”, en *RDAI*, N° 6, 1987, p. 363: tomar cuidado de mercaderías perecibles luego de un accidente del vehículo que las transporta; señalización de los vehículos dañados para evitar en la noche nuevo accidente, etcétera.



Nº 3 impone al constructor el deber de reparar los vicios de construcción; pero sería propio de la diligencia razonable que el dueño de la obra, ante problemas surgidos por esos vicios, tome ella misma medidas para mitigar su daño, sin esperar que intervenga el constructor con riesgo de agravar el daño en el intermedio.

Pero es tratándose de daños corporales que las medidas de reparación han sido más tratadas, por ser un ámbito en que ellas pueden, efectivamente, atenuar el daño producido y, aun, repararlo íntegramente; pero a la vez ellas recaen sobre intervenciones en el cuerpo humano, cuya inviolabilidad es reconocida y garantizada por la Constitución (art. 19 Nº 1). En algunos derechos, como ocurre en Francia, la inviolabilidad del cuerpo humano aparece consagrada expresamente en el *Código Civil*. El art. 16.1, luego de la reforma del 1994 (ley Nº 94-653 de 29 de julio de 1994) lo dice expresamente. El art. 15 de *Código Civil* de Brasil de 2002 prescribe que: “Nadie puede ser constreñido a someterse, con riesgo de la vida, a tratamiento médico o intervención quirúrgica”.

Resulta, entonces, discutible la aplicación del principio de mitigación del daño en esta materia; desde que la víctima bien podría invocar aquellos principios de inviolabilidad del cuerpo humano para negarse fundadamente a seguir tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas.

En esa eventualidad, como se dijo, alguna jurisprudencia en Francia había venido resolviendo que si nadie puede ser obligado a someterse a una intervención quirúrgica, la negativa infundada de la víctima que comprometa sus chances de curación o de mitigación del daño, debería ser considerada al momento de la evaluación del daño. De este modo, debía distinguirse entre simples tratamientos médicos sin riesgo mayor y no invasivos y aquellos otros de carácter quirúrgico. Entre éstos, aquellos que implicarían un riesgo serio y aquellos que no ofrecen, de acuerdo con la experiencia común, tal riesgo. En suma, habría que distinguir entre una negativa abusiva y una con fundamentos<sup>61</sup>. Como escribía el ilustre decano R. Savatier: “no nos parece posible, bajo pretexto que los jueces están en la imposibilidad de constreñir a un enfermo que se resiste a someterse a cuidados que le sanarían –punto, en general exacto– de deducir de allí que se encuentran en la imposibilidad de reconocer una culpa de su parte, para negarse a sancionar esta culpa frente al tercero a quien ella perjudica”<sup>62</sup> El juez no puede obligar a la víctima a realizar un acto que

<sup>61</sup> Por ejemplo, Cass. Crim., 3 de julio de 1969, *JCP*, 1970, II, 16447, nota Savatier desestima recurso en contra de sentencia de Corte de Grenoble que estimó fundada la negativa de la víctima por los riesgos que implicaba una operación que disminuiría su invalidez. Y el criterio constante de la Corte de Casación había sido ese sentido (sentencias citadas por R. Savatier en la nota precedente).

<sup>62</sup> SAVATIER (n. 61). En el mismo sentido, VINEY y JOURDAIN (n. 30), Nº 123; CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, Nº 51.



ella se niega a hacer; pero eso no lo deja sin armas frente a tal comportamiento y de él puede deducir que si la negativa es abusiva, debe ser considerada al momento de avaluar el daño y el carácter abusivo en esta materia, depende de la naturaleza del tratamiento o de la intervención a que ella debe someterse. Si bien esa doctrina no era uniforme, pues había sentencias y autores que se mantenían en el principio de imposibilidad de vulnerar el cuerpo humano y de deducir de ello consecuencias en contra de la víctima<sup>63</sup>, la mayoría acogía el anterior predicamento. Ya hemos señalado que jurisprudencia reciente opta por no considerar la obligación de mitigar el daño; pero por nuestra parte, aceptando la existencia de este deber, nos parece que el criterio precedente resuelve adecuadamente la cuestión de las medidas que debe adoptar la víctima para disminuir o superar su daño en caso de perjuicios corporales.

También en Estados Unidos, como ya se dijo, se opta por considerar si el tratamiento que reduciría el daño es uno que una persona razonable y prudente aceptaría y según ello, reducir la indemnización si la víctima se niega a él<sup>64</sup> y si la intervención quirúrgica es importante y si tiene o chances de éxito<sup>65</sup> o, aun, si es o no muy dolorosa<sup>66</sup>.

Esas soluciones son plenamente aceptables para nuestro Derecho, desde que, en el fondo, no hacen sino aplicar el juicio objetivo de acto culpable a la conducta omisiva de la víctima. Desde luego, que si ésta se niega a seguir los consejos médicos o los contraviene y con ello agrava su daño, con mayor razón su indemnización será reducida.

94

### 8.3 Medidas sustitutivas

Es particularmente en el caso de la responsabilidad contractual en que es posible concebir medidas de sustitución que mitiguen el daño causado por el incumplimiento del deudor como, por ejemplo, la celebración de otro contrato que cumpla el fin económico perseguido. Sería el caso del arrendador que, frente a la ruptura unilateral del contrato por el arrendatario antes de la llegada del plazo, pudiendo convenir otro arrendamiento rápidamente y sin mayores dificultades, se mantiene en el derecho que le acuerda el art. 1.955. No haber tomado la medida sustitutiva implica una infracción del deber de mitigar el daño. O en un contrato de construcción, no porque el art. 2.003 N° 3 imponga al construc-

<sup>63</sup> Así, CARBONNIER, J., nota bajo Trib. Civ. Lille, 18 de marzo de 1947, D. 1947, 507 y las sentencias citadas por DOLL, P.J., "Des conséquences pécuniaires du refus par la victime de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures", en *JCP*, 1970, I, 2351.

<sup>64</sup> *Verret v. MacDonough Marine Service*, 5th. Circ. 1983, 705 F. 2d 1437, 1444.

<sup>65</sup> *Stara v. Shell Oil Co.* 5th. Circ. 1971, 450 F. 2d. 994.

<sup>66</sup> *Medina v. Robinson*, Del Super. 1959, 157, A. 2d. 254.

tor la responsabilidad por los daños causados por la ruina de un edificio, el dueño de la obra podrá permanecer pasivo frente a deterioros que una medida suya de sustitución disminuya el daño. Los ejemplos pueden multiplicarse. Por lo demás, la idea de un contrato de sustitución aparece en el art. 75 de la convención de Viena ya citada. Y la posibilidad de un contrato de sustitución aparece evocada en el art. 1.553 N° 2 del *Código Civil*.

#### 9. EL COSTO DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO

Si el deudor o el causante del daño debe repararlo en su integridad y esa obligación resulta aliviada por la víctima que adopta las medidas para mitigar el perjuicio que sufre, la reparación será, en definitiva, menor con provecho para aquél. Resulta, entonces, lógico que el mayor costo que implican las medidas sea de conservación, de reparación o de sustitución sean puestos de cargo de quien es beneficiado. De allí que, por ejemplo, en materia de seguros, como ya se observó, él sea impuesto al asegurador y el mismo principio debe extenderse a otros contratos y, aun, fuera del ámbito contractual. Esos gastos, en definitiva, implican un aumento del daño sufrido y, por ende, han de ser soportados por quien causó inicialmente el perjuicio.





# Opinión profesional





## INFORME EN DERECHO SOBRE CONTRATO DE ALMACENAMIENTO DE HIDROCARBUROS

### **Jorge López Santa-María**

Doctor por la Universidad de París (única en 1968).

Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Chile

Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Adolfo Ibáñez

#### I. ANTECEDENTES

El 27 de noviembre de 2001 TERQUIM S.A. cotizó por fax a Shell S.A.C. e I. lo siguiente: Recepción desde buque y almacenamiento de tolueno en un estanque de 1.200 m<sup>3</sup> de capacidad, ubicado en el terminal marítimo de TERQUIM en el puerto de San Antonio, por un período de un año, renovable de mutuo acuerdo, incluyendo servicios y condiciones indicadas en documento adjunto. El contrato regirá a partir de la recepción del primer lote de tolueno. La referencia es **Cotización Arriendo de Estanque**. Por fax de la misma fecha **Shell aceptó la cotización** antes señalada, en la cual también se había indicado la tarifa mensual y la circunstancia de que los pagos se harían sucesivamente luego de treinta días de la emisión de las facturas.

El 3 de diciembre de 2001, TERQUIM envió a Shell dos originales del contrato respectivo, numerado 471101. Este contrato nunca fue aceptado expresa y formalmente por Shell, pero sí tácitamente.

A partir de la llegada a puerto de la nave B/T **Lia-Lievoli**, el 5 de diciembre de 2001, según la primera factura emitida por TERQUIM el día 21 del

mismo mes y año, entró en aplicación práctica la convención entre las partes litigantes.

TERQUIM emitió, al menos, las dieciocho facturas que he examinado, fechadas 12 de diciembre de 2001, 8 de enero de 2002, 5 de febrero de 2002, 20 de marzo de 2002, 4 de abril de 2002, 4 de mayo de 2002, 14 de junio de 2002, 5 de julio de 2002, 5 de agosto de 2002, 5 de septiembre de 2002, 7 de octubre de 2002, 5 de noviembre de 2002, 30 de diciembre de 2002, 1 de enero de 2003, 3 de febrero de 2003, 3 de marzo de 2003, 1 de abril de 2003 y 1 de mayo de 2003. Todas fueron pagadas. Al inicio del contrato eran emitidas a nombre de la sociedad COPEQUIM C.A., domiciliada en Caracas, Venezuela, Sin embargo, desde la factura 0009843, del 30 de diciembre de 2002, TERQUIM comenzó a emitirlas a nombre de Shell Chile S.A.C. e I. (Además existen otras facturas, también a nombre de Shell, y pagadas por esta sociedad, por conceptos diversos al arriendo del estanque. **V.g.**: por análisis del tolueno y por ajuste de la tarifa).

En todas, las dieciocho facturas antes individualizadas con su fecha, figura como detalle o leyenda: **Arriendo de 1.200 m<sup>3</sup> para almacenaje de tolueno.**

Las épocas del almacenaje por supuestos varían.

A partir de fines de mayo de 2003, en virtud de los problemas surgidos entre TERQUIM y Shell, varias nuevas facturas por arriendo del estanque quedaron impagas, siendo devueltas a la empresa que las había emitido. La restitución de estos documentos la efectuó Shell, según se lee en la contestación a la demanda, y luego TERQUIM cesó en su conducta de emisión de facturas por los meses en que el contrato había quedado renovado automáticamente, a la espera de la solución judicial de la controversia.

En conformidad a la cláusula segunda de la convención N° 471101 (la cual, aunque Shell no la firmó, sí tuvo aplicación práctica, como lo demuestra, por ejemplo, el hecho referido de la emisión y pago de dieciocho facturas denominadas arriendo de un mil doscientos metros cúbicos para almacenaje de tolueno):

“El contrato regirá a partir de la fecha de la llegada de la nave **Lia-Lievoli**, ETA 06.12.01 y será válido por el período de un año (12 meses) renovable por períodos iguales de 1 año, si ninguna de las partes manifiesta lo contrario mediante notificación por escrito con, a lo menos, 30 días de anticipación a la fecha de expiración del mismo”.

La convención, fechada el 3 de diciembre y que empezó a regir el 5 de diciembre de 2001 (pues la M/N habría llegado un día antes de lo previsto al puerto de San Antonio), para no que-

dar automáticamente prorrogada por un segundo año, el 5 de diciembre de 2002, debió ser desahuciada por Shell, o notificada TERQUIM por escrito de que Shell no deseaba perseverar en ella, a más tardar el 5 de noviembre de 2002.

***Ello no ocurrió.***

Sólo el 20 de marzo de 2003, Shell, vía correo electrónico, comunicó a TERQUIM su voluntad de suspender a partir del primero de abril siguiente, el uso del estanque que “actualmente tenemos en arriendo” (sic), para el almacenaje de tolueno. Más adelante, el 30 de abril de 2003, Shell informó a TERQUIM su decisión de poner fin al contrato. A lo cual esta última empresa respondió que la convención ya estaba renovada hasta diciembre del año entonces en curso. Por lo tanto, TERQUIM, en virtud de la prórroga de la convención en ejecución desde el 5 de diciembre de 2001, se transformó en acreedor de la retribución, precio o renta del contrato hasta la expiración del segundo año de su vigencia.

II. ASPECTOS  
DEL PERÍODO DE DISCUSIÓN

En la demanda de indemnización de perjuicios del juicio de la referencia, se sostiene por la actora TERQUIM, en sus consideraciones de derecho, que existió un contrato de arrendamiento del estanque para guardar el producto o hidrocarburo denominado tolueno; contrato que se perfeccionó por la aceptación tácita de la oferta por Shell, pues toda la conducta observada por Shell así lo demuestra. La voluntad tácita vale lo mismo que la expresa, sal-



vo que la ley o la convención dispongan lo contrario, no es el caso de este arrendamiento, que es un contrato consensual. Apoya la demandante su planteamiento, a mayor abundamiento, en el principio de la buena fe contractual, para lo cual estimó útil citar la primera edición de mi libro<sup>1</sup>. Dicho principio se encuentra preferentemente desarrollado en los números 60 al 63.6.

Habiendo Shell unilateralmente puesto término anticipado al contrato, prorrogado hasta el 5 de diciembre de 2003, debe pagar las rentas pendientes, en conformidad a los artículos 1.945 y 1.955 del *Código Civil*, más intereses y costas.

En la contestación a la demanda, especialmente en el N° 12, Shell niega la existencia del contrato de arrendamiento, sosteniendo que se habrían celebrado dos contratos sucesivos, el primero por un año hasta diciembre de 2002 entre TERQUIM y COPEQUIM, y el segundo desde diciembre de 2002 hasta mayo de 2003 entre TERQUIM y Shell (N° 13 c y d). Shell califica estos actos jurídicos como contratos de depósito, regidos por los artículos 2.211 y 2.215 del *Código Civil*. Vale decir, como contratos reales, en los cuales el acuerdo de voluntades o consentimiento no basta, ya que es imprescindible “que haya entrega real y efectiva de la cosa”. Consecuencialmente, Shell pide el rechazo de la demanda, con costas, y, en subsidio, para el evento que se decida

que se celebró un solo contrato, en diciembre de 2001 entre TERQUIM y Shell, que se declare que la voluntad tácita fue insuficiente para su perfeccionamiento, pues tal contrato es un depósito, contrato nominado y real, reglamentado en el artículo 2.211 y siguientes del *Código Civil*. Tal contrato se cumplió y terminó, por lo cual no cabe indemnizar perjuicios por concepto de rentas de almacenamiento de mercaderías o tolueno nunca recibido por la actora.

Para los fines de este informe no es pertinente intentar resumir el contundente escrito de réplica, ni tampoco la dúplica del 2 de agosto de 2004. Lo que no impedirá alusiones a estas presentaciones en las páginas que siguen.

Antes de concentrarme estrictamente en lo que se me ha solicitado, dejo constancia de que es acertada la tesis de la parte demandante, en el sentido de que se celebró un contrato único entre TERQUIM y Shell, para la recepción y almacenaje del tolueno en un estanco de 1.200 m<sup>3</sup>. No puede prosperar la postura de la demandada, que distingue un primer contrato entre TERQUIM y COPEQUIM, y otro segundo contrato entre TERQUIM y Shell, por cuanto esta argumentación habría requerido, forzosamente, que la demandada manifestase, de algún modo idóneo, que inicialmente no actuaba por cuenta propia o por sí misma, sino que en nombre y representación de la sociedad COPEQUIM, domiciliada en Venezuela. No he encontrado indicio alguno, en los escritos y documentos que revisé, de tal manifestación o declaración. Shell siempre actuó a su propio nombre y nunca sobre la base de la representación, contemplada en el artícu-

<sup>1</sup> *Los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, Parte General. La 4ª ed. de 2005, ampliada y revisada, en dos volúmenes, está hoy en prensa, también en la Editorial Jurídica de Chile.

lo 1.448 del **Código Civil**. Si Shell hubiera sido representante de COPEQUIN, su deber insoslayable era revelarlo a TERQUIM, pues la representación no se presume. Es cierto, sin embargo, que el representante puede actuar a nombre propio, principalmente en el caso del mandato sin representación. Pero si de esta manera acontece, todos los efectos jurídicos se radican en su patrimonio y no en el del representado. Es lo que se colige irredargüiblemente de los artículos 2.151 del **Código Civil** y 255 del **Código de Comercio**. Por eso el profesor David Stitckin escribió, en su célebre obra, en forma textual:

“En otros términos, el mandatario que contrata en su propio nombre no actúa en representación del mandante, no se aplica el artículo 1448 del Código Civil y los contratos que celebra tienen fuerza de ley para las partes contratantes que son el mandatario y el tercero. Así se ha fallado. El mandante es una persona extraña a esos actos y contratos...”<sup>2</sup>.

### III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO CELEBRADO

#### 1

En la única clasificación tripartita de los contratos formulada por el **Código Civil**, el artículo 1.443 prescribe:

<sup>2</sup> *El mandato civil*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975, N° 198.

“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

En los contratos reales es imprescindible la entrega de la cosa –*datio rei*– para el nacimiento del contrato. Son muy pocos los contratos que desde el Derecho Romano hasta hoy mantienen este carácter: el depósito civil, el comodato, el mutuo, la prenda civil, la anticresis son siempre contratos típicos o nominados. Sólo en el caso del mutuo la entrega es propiamente una tradición que permite al mutuario adquirir el dominio de lo que recibe –o, en el caso de la *traditio a non domino*, devenir poseedor, pudiendo adquirir por usucapión–. En los otros contratos reales indicados la entrega no es tradición, pues quien recibe es mero tenedor, reconoce dominio ajeno y se obliga a restituir la misma cosa recibida.

Por regla general, la entrega de una cosa determinada en razón de un contrato forma parte de la fase del cumplimiento del mismo, pero no de su formación o conclusión. Es lo que ocurre en la compraventa, por ejemplo, con la obligación del vendedor de dar la cosa al comprador. Sólo en los escasos contratos reales reconocidos por el legislador, el perfeccionamiento del contrato, en virtud de texto legal expreso, presu-

pone que una de las partes le pase manualmente la cosa a la otra.

El profundo carácter formalista del Derecho antiguo, muy comprensible históricamente y destacado por el célebre jurista Rudolf von Ihering (1818-1892)<sup>3</sup>, con palabras emblemáticas, que no es del caso aquí reproducir ni profundizar, explica el apareamiento de los contratos reales. Empero, a la sazón, son numerosos los detractores de este tópico jurídico, quienes postulan lisa y llanamente las metamorfosis de los contratos reales, convirtiéndolos en consensuales bilaterales. A vía de ejemplo cito al cate drático argentino Jorge Mosset Iturraspe:

“Impugnamos, de acuerdo con una fuerte corriente doctrinaria, la razón de ser de la categoría de los contratos reales, que si bien hallaba justificación en el Derecho romano... se encuentra hoy huérfana de todo sustento... Es en el Código suizo de las Obligaciones donde tiene amplia acogida la doctrina revisionista que postulamos. Este Código sujeta los antiguos contratos reales a la regla común y sostiene que ellos se forman por efecto del simple consentimiento. La entrega de la cosa, por consiguiente, forma parte de la fase ejecutiva y no ya del período formativo del contrato”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> *El espíritu del Derecho Romano*.

<sup>4</sup> *Teoría general del contrato*, Rosario, Ediciones Jurídicas Orbir, 1970, pp. 65-66 y 68.

Los contratos solemnes, en los cuales es necesario cumplir la formalidad objetiva prevista por el legislador para que el contrato tenga nacimiento, son mucho más frecuentes que los contratos reales. La formalidad *ad solemnitatem* a veces es una escritura pública o, bien, una escritura privada o una autorización judicial, o testigos, etc.; pero siempre el incumplimiento de la misma arrastra la nulidad absoluta del acto jurídico –o su inexistencia, según los pocos partidarios chilenos de esta sanción–.

Los contratos consensuales son, sin duda alguna, la regla general. No se necesita un texto legal, como en los contratos reales y solemnes, para que determinado contrato tenga carácter consensual. Simplemente se perfeccionan por el solo consentimiento entre el oferente o policitante y el aceptante. Obviamente existen no pocos contratos consensuales que, sin ser solemnes ni reales, requieren el cumplimiento de otros formalismos –de prueba, de publicidad, habilitantes, convencionales–, pero cuya inobservancia no conlleva nulidad absoluta, sino que consecuencias diferentes que varían según el caso del cual se trate. La forma más frecuente que requieren los contratos consensuales civiles, es la indicada en el artículo 1.709, inciso primero, del *Código Civil*. Su incumplimiento produce la inadmisibilidad de la testifical, con las salvedades del artículo 1.711 del mismo cuerpo normativo. Pero también hay contratos enteramente consensuales, en que es totalmente válida la expresión transcrita, según la cual se perfeccionan por el solo consentimiento. Esto ocurre con bastante frecuencia en dos ámbitos:

- El de los llamados contratos manuales, en que ni siquiera hay conciencia de que se está contratando, como en la situación de un apostador que coloca fichas en una máquina tragamonedas o de un comprador que adquiere un refresco en una máquina.
- Y en muchos contratos mercantiles, por ejemplo, entre sociedades anónimas, una de las cuales se obliga a suministrar materias primas a otra sólo en virtud de un llamado telefónico o de un cruce de palabras durante una reunión de negocios.

Incluso las acciones extracambiarías de los bancos contra sus ex clientes suelen derivar de contratos importantes, como la apertura de crédito, en que fueron suficientes unas pocas frases verbales. Todavía más, como se verá, hay ocasiones en que basta el silencio para el perfeccionamiento de un contrato consensual.

## 2

El contrato que celebraron TERQUIM y Shell y que empezó a regir el 5 de diciembre de 2001, al cual me referí en los apartados I y II, fue y es un contrato consensual. Ninguna norma legal le confiere carácter solemne, ni real. Las partes lo denominaron, en reiteradas ocasiones, **arrendamiento de un estanque para almacenar tolueno**. Si es así, nadie jamás ha sostenido que semejante locación sea contrato solemne o real. Si no es así, las únicas posibilidades que me parecen dignas de atención son que el contrato sea un depósito mercantil, el

cual es consensual. O bien, un contrato atípico o innominado, que a falta de ley que lo regule, no puede sino ser consensual. Este contrato es entera o propiamente consensual, ya que ni siquiera está sujeto a formalidades **ad probationem**, pues siendo ambas partes sociedades anónimas es inconcuso su carácter mercantil. No existen en Chile sociedades anónimas civiles. De acuerdo con la teoría de lo accesorio, los actos de las sociedades anónimas son comerciales. Es inaplicable el art. 1.709-1 del **Código Civil**, lo mismo que el 1.708, en razón de lo establecido por el art. 128 del **Código de Comercio**.

Antes que me refiera a la formación del consentimiento mediante expresión de la voluntad negocial por Shell, no de manera expresa, sino que tácita o por intermedio del silencio, me detendré en la **calificación contractual** en general, y en la del contrato de autos en especial.

## 3

La calificación de un contrato consiste en establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los tipos que regula la ley o en otro que, no estando considerado por ella, sea expresión de la libertad contractual de las partes, operándose sobre la base de la esencia misma de los hechos que configuran el acto y no necesariamente a partir de la denominación que los contratantes pudieran haber empleado. Con cierta frecuencia la calificación del contrato es una difícil operación jurídica, como lo demuestran, por ejemplo, los problemas derivados de la irrup-

ción del contrato de *leasing* en el tráfico jurídico<sup>5</sup>; y de los contratos para la comercialización de la fruta chilena en el extranjero. El profesor José Joaquín Ugarte Godoy ha calificado, recientemente, a los contratos entre el productor y el exportador como asociación o cuentas en participación, rehusando, entre otras, la hipótesis de la compra-venta<sup>6</sup>.

El recurso de casación en el fondo otorga la posibilidad de que la Corte Suprema reemplace la sentencia de los jueces de instancia, en cuanto contenga errores de Derecho. Errores en lo relativo a la aplicación e interpretación tanto de las leyes como de las demás normas jurídicas a los hechos establecidos soberanamente por ellos. Queda, entonces, la interrogante: una vez indubitado el hecho de que las partes celebraron un contrato, ¿qué leyes pueden ser violadas al calificarlo, o sea, al establecerse la naturaleza jurídica que esencialmente le corresponda?

Por cierto, que toda errónea calificación de los contratos, desde que involucra un vicio en una cuestión de

Derecho, autoriza a la parte agraviada para deducir el recurso de casación en el fondo contra la sentencia en que se cometiera el desatino. Ahora bien, ¿qué leyes puede sostener el recurrente que han resultado infringidas?

El esclarecimiento de la cuestión es importante, pues en el *escrito* del recurso tienen que expresarse en qué consiste el o los errores de Derecho de que adolece la sentencia recurrida y el modo cómo influye(n) en lo dispositivo de ella. La omisión de estos antecedentes lleva la inadmisibilidad del recurso (arts. 772 y 782 del *Código de Procedimiento Civil*, reformados por la ley N° 19.374).

Una errónea calificación viola:

a) Necesariamente la ley del contrato. Es decir, el artículo 1.545 del *Código Civil*.

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes. La ley del contrato queda involucrada en la expresión 'ley', que utiliza el art. 767 del *Código de Procedimiento*. Si se califica desafortunadamente un convenio se incurre en transgresión de la ley del mismo, ya que siendo obligatorio no sólo para las partes, sino que también para el juez, éste sólo puede calificar el contrato del modo que esencialmente corresponde, y si no lo hace se habrá apartado de lo que dicha ley configura.

b) La ley que define el contrato nominado. *V.gr.* si las partes conviniere en un mutuo, y se trataba efectivamente de tal contrato, y la calificación del juez ve en él una compraventa, se habrá vio-

<sup>5</sup> Sobre el *leasing* en España, a la luz de la ley y de la jurisprudencia recientes, y las complicaciones que ha encontrado la calificación de este contrato. Cfr. el trabajo del catedrático de Derecho Civil, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del leasing financiero", en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Ed. Civitas, 1996, 3 tomos.

<sup>6</sup> "El contrato usado en Chile para la comercialización de fruta en el extranjero. Su verdadera naturaleza jurídica", en *Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes*, N° 6, Santiago, 2002, pp. 207-245.

lado el artículo 2.196 del **Código Civil** que define el mutuo.

- c) La ley que define el contrato que la equivocada calificación suponga celebrado.

Es preciso, al igual que en el caso anterior, que se trate de un contrato nominado o típico. En el mismo ejemplo, se viola el art. 1.793 del **Código Civil**, que define la compraventa, desde que se está aplicando falsamente esta norma a hechos que reclaman la aplicación de otra (el art. 2.196).

- d) La gran trascendencia que la calificación de un contrato envuelve, radica en la circunstancia de que por ella se determina toda la legislación supletiva aplicable al contrato, en lo que no fue directamente previsto por los contratantes.

Ahora bien, supuesto que las partes celebraron un contrato y no se detuvieron a precisar el estatuto por el cual se regirían las situaciones susceptibles de presentarse en el futuro, si dicho convenio es mal calificado, el juez viola todas las disposiciones legales que se habrían debido aplicar al contrato efectivamente celebrado, en el carácter de supletorias de la voluntad de las partes. Y viola también las disposiciones propias del contrato que la errónea calificación estima celebrado, desde que ellas, al tener que reglamentar efectos no previstos por las partes, resultan falsamente aplicadas a situaciones que, en verdad, reclaman la vigencia de otras normas.

- e) Si el contrato celebrado es innominado o atípico, de acuerdo con el mismo artículo 1.545 del **Código Civil**, también es una ley para las partes, o sea, tiene plena fuerza obligatoria. El contrato atípico no plantea problema particular de obligatoriedad, puesto que respecto al número de los contratos éstos son ilimitados, sin que pueda siquiera imaginarse un **numerus clausus**. La dificultad de los contratos atípicos es otra: ¿cómo quedan regulados sus efectos, si las partes no previeron las dificultades sobrevinientes? Vale decir, que la aporía es determinar la legislación supletiva por la cual se rigen.

Todo contrato se rige por las normas establecidas por el legislador para las Obligaciones –incluidas las normas que conciernen a los actos jurídicos y a los contratos en general–. Frente a las controversias específicas que engendran los contratos, dichas normas suelen ser insuficientes. Los contratos típicos se rigen, además, por las reglas particulares que configuran la reglamentación legislativa de cada uno de ellos. En estas reglas particulares, si nada diverso han previsto las partes, es habitual que el sentenciador encuentre la norma que, aplicada a los hechos, le permitirá dirimir la disputa.

La dificultad se presenta en los contratos atípicos, si las partes no han sido previsoras, estableciendo reglas de creación autónoma para las controversias que después acaezcan, pues la ausencia de reglamentación legal particular conduce a un limbo. No hay norma, ni le-



gal ni contractual, que resuelva la dificultad. El criterio que muchas veces se ha impuesto, para superar este inconveniente, es el de la asimilación del contrato atípico al contrato o contratos típicos más parecidos, a fin de aplicarle al primero las reglas legales de los últimos.

Esta asimilación o encasillamiento del contrato atípico en uno o más contratos típicos es una operación que se reduce a *calificarlo*, es decir, a establecer su naturaleza jurídica. La principal importancia de la calificación de un contrato reside, como se indicó, en que por ella se determina la legislación supletoria o supletiva de la voluntad de las partes, que deberá aplicarse a todo lo no previsto por los contratantes. En el caso del contrato atípico, asimilado éste al o a los contratos típicos que más se le asemejen, en definitiva, la normativa supletoria resultará de los modelos reglados a priori por el legislador.

Si la equidad y la analogía son los dos elementos clásicos que sirven para integrar o zanjar las lagunas del Derecho, en el estado actual de la elaboración chilena en torno al contrato atípico, tanto doctrinal como jurisprudencial, parecería que la primera es enteramente desplazada por la segunda. Las lagunas contractuales en los contratos atípicos se dirimen recurriendo a las normas de los contratos más parecidos, es decir, por analogía.

Pero si el contrato del cual se trata resulta ser atípico puro, sin conexiones directas con alguno de los contratos regulados por el legislador, lo que es rarísimo, no quedaría otro remedio que acudir a la equidad para resolver las dificultades entre los contratantes.

## 4

A la fecha del arribo de la nave B/T *Lia-Lievoli* al puerto de San Antonio, al inicio de diciembre de 2001, comenzó a regir el contrato N° 471101 entre TERQUIM y Shell, por el cual, acorde al texto de numerosas facturas giradas por la primera sociedad y pagadas por la segunda, TERQUIM arrendó un estanque de mil doscientos metros cúbicos para almacenaje de tolueno a Shell. Otros documentos y correspondencia entre las partes corroboran que ellas mismas denominaron al contrato *arrendamiento* de un estanque de acero para almacenar tolueno: Un ejemplo es el correo electrónico de Shell, del 20 de marzo de 2003, al que ya me referí.

Aunque es cierto que el título que los contratantes den a la convención que celebran puede ser errado, por lo cual la calificación del contrato la efectúa el órgano jurisdiccional atendiendo más a la naturaleza del acto que a las palabras empleadas por las partes, verbalmente o por escrito; no es menos importante destacar que la interpretación auténtica es la reina de todas las interpretaciones.

“En la hermenéutica de los contratos, la inteligencia, el sentido que le dan los contratantes es el faro más seguro para conocer la voluntad”<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, 1937, t. XII, N° 1291, p. 20. Reimpresión por Editorial Jurídica de Chile, t. VI, 1992, igual número y página.



Y lo destaca el artículo 1.564, inciso tercero, del **Código Civil**, al establecer que las cláusulas de un contrato se interpretarán “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.

No hay duda que la aplicación práctica del contrato, materia del litigio de la referencia, lleva a calificarlo como locación o arrendamiento. Otra regla legal de interpretación contractual refuerza lo dicho. Me refiero a lo del inciso segundo del artículo 1.564 del **Código Civil**: Las cláusulas de un contrato pueden interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. En efecto, mediante otro contrato, el N° 371298, del 14 de diciembre de 1998, TERQUIM puso a disposición de Shell un estanque de acero de mil doscientos metros cúbicos de capacidad de almacenaje, ubicado en el puerto de San Antonio. En la cláusula cuarta de este contrato, se estipuló textualmente:

“Terquim facturará por el servicio de almacenaje, el que incluirá las maniobras indicadas en el punto tercero, el equivalente a US\$ 10.957 POR EL ESTANQUE ARRENDADO, durante el período de tiempo indicado en el punto segundo”.

El arrendamiento de diciembre de 2001, contrato N° 471101, a pesar de haber sido concluido entre dos sociedades anónimas se rige por el **Código Civil**, pues el **Código de Comercio** no regula este contrato particular, limitándo-

se a mencionarlo en su art. 3 N° 1 y a remitirse al **Código** de Bello en los arts. 2 y 96. Al definirlo el **Código Civil**, artículo 1.915, distingue el arrendamiento del goce de una cosa, del arrendamiento de ejecución de una obra material (arts. 1.996 al 2.005) y del arrendamiento de servicios inmateriales (arts. 2.006 al 2.012). Salta a la vista que el contrato materia del pleito no ha tenido por fin que el arrendador –TERQUIM– confeccione una obra material en calidad de artífice o, bien, de constructor, ni tampoco que deba prestar un servicio inmaterial. Por lo tanto, si el contrato es un arrendamiento, como lo llamaron los propios contratantes, se trata de un simple arrendamiento de cosa (arts. 1.916 y ss.), o sea, de la locación del estanque de acero de propiedad de TERQUIM para que en él Shell almacenase el tolueno.

La circunstancia de que TERQUIM haya mantenido el control del estanque en el terminal de productos químicos del puerto de San Antonio (molo sur), no es incompatible con el arrendamiento del goce de una cosa, aunque en general esto es infrecuente. Así, igualmente, cuando se arrienda un **box** o cochera de un edificio destinado al estacionamiento de automóviles, es obvio que el propietario del inmueble, que suele ser una sola persona respecto a todos los espacios, mantiene la tuición, supervigilancia y el control del bien raíz.

Según el contrato, las obligaciones esenciales de TERQUIM y de Shell, han sido, respectivamente, poner a disposición de la contraparte el estanque de acero al carbono, de 1.200 m<sup>3</sup> de capacidad, para el almacenaje de tolueno, y

pagar la tarifa o renta acordada. Sin embargo, TERQUIM, además, tomó a su cargo la realización de las maniobras que indica la cláusula cuarta:

- a) Supervisión de la conexión de los elementos de TERQUIM –ductos flexibles– a las naves y a las cañerías de acero inoxidable que conducen el producto al estanque respectivo. Dichas cañerías cuentan con un sistema neumático de barrido y limpieza, accionado tanto con aire como con nitrógeno.
- b) Conducción del producto a través de las cañerías hasta el (los) estanque(s) de almacenamiento.
- c) Limpieza y barrido de cañerías, una vez terminado el bombeo del producto.
- d) Almacenaje del producto.
- e) Control administrativo del producto ingresado, almacenado y entregado.
- f) Carguío de camiones de lunes a viernes entre 08:00 y las 17:00 horas.
- g) Lavado del (los) estanque(s) al finalizar el contrato.

### 5

Tales obligaciones accesorias, recién transcritas, no desvirtúan la posibilidad que el contrato pueda continuar siendo calificado como arrendamiento de cosa. Pero también proporcionan al sentenciador la posibilidad o alternativa de juzgar que el contrato N° 471101 tiene carácter innominado. En uno o en el otro caso no hay duda alguna respecto al carácter consensual de este contrato.

Parece ilustrativo presentar ahora algunos extractos del trabajo del decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, doctor Atilio Aníbal Alterini, escrito junto con el maestro Roberto López Cabana, trágicamente fallecido el año de la edición de esta aportación<sup>8</sup>.

### 6

Junto a los contratos típicos, y con notable expansión en la realidad moderna, son cada vez más numerosos los contratos atípicos, esto es, lo que carecen “de una regulación legal específica”. Tales contratos pueden ser:

- a) puros o *sui generis* cuando sus cláusulas no se corresponden con las de los contratos típicos –por ejemplo, *franchising factoring sponsoring*– y
- b) complejos, cuando toman algunas cláusulas propias de contratos típicos...

Algunos contratos atípicos son realizados habitualmente en la vida negocial, en respuesta “a una exigencia práctica legítima, a un interés social duradero”. Es decir, tienen la denominada tipicidad social, siendo frecuente que se les atribuya una designación identificatoria, como –por ejemplo– hotelería o garaje.

El *Proyecto* (argentino) de *Código Civil* de 1998 sólo incluye unos pocos nue-

<sup>8</sup> El trabajo se denomina “Contratos atípicos”. Está publicado ALTERINI, Atilio Aníbal (Argentina); DE LOS MOZOS, José Luis (España) y SOTO, Carlos Alberto (Perú) (dir.), *Contratación contemporánea*, Bogotá, Ed. Temis, 2000, p. 351 y ss.

vos contratos típicos, lo cual condice con el criterio de que la atipicidad da lugar al amplio juego de las libertades de contratar y contractual, y evita encorsetar las figuras en moldes rígidos. En igual sentido, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) consideraron que, en uso de la libertad de contratar o autodecisión y de la libertad contractual o autorregulación, las partes, si deciden contratar, pueden elegir el tipo contractual, hacer una adaptación especial de este tipo o utilizar una figura atípica.

La tradición legislativa argentina, orientada por Vélez Sarsfield, incorpora al **Código Civil** la teoría general de las obligaciones y la parte general de los contratos. Este núcleo de las relaciones obligatorias asegura la armonía del sistema, permite que la solución de las cuestiones novedosas, resultantes de los cambios de circunstancias, pueda ser resuelta con el propio **Código** y no a sus espaldas.

En este orden de ideas, la primera directiva para la interpretación de los contratos atípicos debería ser la aplicación de los criterios de la teoría general de la obligación y del contrato. Sin embargo, es problemático si, para regular los contratos atípicos, son aplicables prioritariamente tales normas generales relativas a obligaciones y contratos, o si lo son las correspondientes a los contratos típicos que pudieren ser afines.

El criterio para la regulación de los contratos atípicos en la doctrina clásica remitía subsidiariamente a los contratos típicos con los cuales aquellos tuvieren mayor analogía.

En la actualidad, se reconoce la preeminencia de las normas generales relativas a obligaciones y contratos, según resulta, por ejemplo, del **Código Civil** de Québec de 1994 (art. 1.377). Este criterio ha sido seguido por el **Proyecto de Código Civil** de 1998.

Dentro de las normas generales tienen prevalencia las imperativas.

El **Proyecto de Código Civil** de 1998 prevé, en el artículo 913, que: “Los contratos atípicos están regidos, en el siguiente orden:

- a) Por la voluntad de las partes;
- b) Por las normas generales sobre contratos y obligaciones;
- c) Por las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles entre sí y se adecuen a su finalidad”.

7

Aunque las opciones precedentes podrían estimarse suficientes, las partes litigantes han considerado otra. A saber, el contrato de autos sería un depósito. Shell ha esgrimido esta calificación a fin de argumentar que como el depósito es un contrato real, desde que cesó la entrega material de tolueno a TERQUIM, para su almacenamiento en el estanque sito en el puerto de San Antonio, se acabó la relación contractual y, por ende, nada adeuda a la actora, dueña del estanque. (Escrito de contestación a la demanda, con cargo el 29 de junio de 2004, numeral II.1.).

Es efectivo, como se dijo en el punto III.1. de este informe, que el **depósito civil** es un contrato real. Empero, TERQUIM, en las páginas 40 a 46 de su

réplica, califica el contrato que en lo principal considera un arrendamiento de cosa, en subsidio como contrato de **depósito mercantil**, el cual tiene carácter consensual y no real. Como también ya se dijo, la calificación del contrato es una *quaestio iuris*<sup>9</sup> y, por lo mismo, no existen problemas de congruencia procesal al haber sido esta hipótesis soslayada en la demanda inicial, planteándose sólo en la réplica, ya que, como es bien sabido, el Derecho lo sabe el juez: *iura novit curia*.

En el número 3.2., páginas 13 a 15 de la dúplica, Shell sostiene que si se califica al contrato como depósito mercantil, igual que si fuese civil el contrato es real y no consensual como pretende TERQUIM. Se lee en este memorial de Shell: “En suma, poco importa si el depósito es civil o mercantil: en ambos casos para que se constituya se requiere la entrega de la cosa...”.

A mi parecer, es bastante forzado o poco natural buscarle a la convención sobre la cual se litiga el carácter de contrato de depósito. Las partes, sociedades de envergadura, con abogados muy conocidos e ilustrados, por algo calificaron el contrato como arrendamiento. Si los complementos particulares de la convención llevan a la conclusión de que el contrato en ciertos aspectos se aparta de la locación, lo lógico es optar por la calificación del contrato como atípico o innominado. Esto es lo normal, como lo pone de manifiesto el texto antes citado de los

egregios profesores trasandinos Alterini y López Cabana.

Si por cualquiera razón se terminare calificando el acto como contrato de depósito, estimo evidente que se trataría de un **depósito comercial o mercantil**, pues lo celebraron dos sociedades anónimas. Acorde al artículo 1, inciso dos, de la ley 18.046, “la sociedad anónima es siempre mercantil”; y sus actos casi nunca son civiles, en razón de la llamada teoría de lo accesorio. El supuesto depósito lo celebró Shell para complementar su actividad consistente en la compra y ulterior reventa de tolueno. El contrato es, por consiguiente, acto mercantil a la luz de ambos incisos del artículo 3 N° 1 del **Código de Comercio**. **Además es consensual y no real**, lo cual se encuentra corroborado por los artículos 807, 808, 245 y 96 del **Código de Comercio**. Serie legal que cierra el artículo 2.123 del **Código Civil**, según lo expuesto en la página 41 y siguientes de la réplica.

El acto jurídico numerado 471101 no tiene el carácter de contrato real. Este carácter es muy excepcional y requiere texto legal expreso. Sólo se explica por razones históricas y sobre la base del conservadurismo jurídico, que conduce a seguir repitiendo ideas y dogmas antiguos, en lugar de hacer un esfuerzo creativo por renovar los viejos modelos adaptándolos a las circunstancias de los tiempos actuales. La gran celeridad que distingue al tráfico comercial contemporáneo, para no hablar de la globalización, repudia la hipótesis de que sea indispensable o *sine qua non*, para que dos sólidos comerciantes queden válidamente obligados, la *datio rei*

<sup>9</sup> Detalles sobre la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, en mi libro (n. 1), t. 2, N° 87 y N° 89.3.

o entrega física y material del producto o tolueno al que se refiere el acuerdo de voluntades.

llenado un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil”.

IV. LA EXTERIORIZACIÓN DE LA VOLUNTAD NEGOCIAL.  
LA VOLUNTAD TÁCITA Y EL SILENCIO CIRCUNSTANCIADO

1

El **Código Civil** prescribe, indicando los requisitos de los negocios jurídicos, que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: “2º. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”. Pero el **Código** de 1855, hasta el día de hoy, omite regular la formación del consentimiento, a pesar de constituir la exigencia principal de las convenciones. Esta laguna fue subsanada por los artículos 97 a 106 del **Código de Comercio** del año 1865, normas que constituyen Derecho común, aplicables, por lo mismo, a los actos jurídicos en general. Sobre estas disposiciones del título I del libro II del **Código de Comercio**, en el **Mensaje** de S.E. el Presidente de la República, don José Joaquín Pérez, al Congreso Nacional, se expresó:

“En este mismo Título se trata de un asunto tan difícil como importante, omitido en la Ordenanza y aún en el Código Civil... el Proyecto ha dado soluciones satisfactorias a las cuestiones principales e incidentes que ofrece la materia; y de este modo ha

Para que la voluntad del o de los sujetos del acto jurídico tenga relevancia decisiva en el nacimiento o formación del mismo es imprescindible que se exteriorice, pasando de realidad psicológica interna de la persona a realidad sensible, objetivamente comprobable por la contraparte interlocutora o por terceros y, en especial, por los jueces.

La exteriorización de la voluntad puede ser expresa o tácita. Además, según la mayoría de los operadores jurídicos, existen casos en que el silencio tiene valor de manifestación de voluntad, ora como aceptación, ora como rechazo, repudiación o negativa.

En los contratos es necesario que el acto de aceptación de la oferta del peticitante se materialice expresa o tácitamente o, bien, excepcionalmente merced al silencio. Esta aceptación pura y simple determina por sí sola la conclusión de los contratos consensuales, como el celebrado entre TERQUIM y Shell y referido precedentemente. En cambio, en los contratos solemnes el consentimiento desnudo no basta, pues es imprescindible que se cumpla la formalidad **ad solemnitatem** dispuesta por el legislador. Tampoco es suficiente en los contratos reales, ya que su nacimiento requiere de la entrega de la cosa sobre la cual recae el consentimiento (**datio rei**).

## 2

La aceptación de la propuesta de una convención, por así requerirlo una norma legal determinada, a veces tiene que ser expresa y directa, sin que pueda colegirse de ciertas conductas o antecedentes inequívocos, como ocurre en las demás situaciones, en que es admisible la manifestación tácita de la voluntad negocial. La aceptación expresa, en ocasiones, es sólo un gesto, como afirmar con la cabeza, o es verbalmente formulada ante testigos. Lo habitual es que conste por escrito.

En el *Código Civil* existen muchos casos, tanto de actos unilaterales como bilaterales, en los cuales sólo es permitida la voluntad expresa. Es fácil comprobarlo con la sola lectura de los artículos 1.032 (testamentos privilegiados); 1.090 inciso 2 (modo con cláusula resolutoria); 1.465 (condonación del dolo pasado); 1.635 (novación por cambio del deudor); 1.733 inciso 1 (subrogación de inmueble a inmueble en la sociedad conyugal); 2.347 (contrato de fianza); etc. Otro tanto acontece fuera del *Código Civil*, *v.g.*, en la situación tipificada en el artículo 140 del decreto ley N° 2.222, ley de Navegación del año 1978. En la reforma a la ley del Consumidor N° 19.496, que consta en la ley N° 19.955<sup>10</sup>, al artículo 3 letra a. se añadió la frase: “El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”. Estos actos incluyen los contratos que indica el nuevo artículo 2 de la Ley 19.496.

<sup>10</sup> *Diario Oficial*, 14 de julio de 2004.

## 3

La regla general es que la voluntad pueda exteriorizarse tácitamente. O sea, que el intérprete pueda decidir que sí hubo voluntad negocial determinada, sobre la base de ciertos antecedentes acreditados que permitan deducirla de modo irrefutable o, al menos, razonablemente convincente. Esta regla suele hallarse consagrada en normas legales, pero no es indispensable que así ocurra. Es suficiente para la eficacia jurídica de la voluntad negocial tácita con la circunstancia de que no exista una norma imperativa que requiera voluntad expresa.

Artículos del *Código Civil* que admiten la manifestación tácita de la voluntad son, por ejemplo, 1.241, en relación con el 1.230 (aceptación tácita de las herencias); 1.516 (renuncia tácita de la solidaridad pasiva por el acreedor); 1.654-1 (remisión o condonación tácita de una deuda); 1.693 y ss. (saneamiento de la nulidad relativa por ratificación tácita); 1.904 (aceptación tácita de la cesión del crédito nominativo); 1.956-3 (tácita reconducción del arrendamiento de un bien raíz); 2.123 y 2.124 (voluntad tácita de celebrar el contrato de mandato tanto por el comitente como por el apoderado); 2.164-1 (revocación tácita del mandato). En materia de prescripción, añado los artículos 2.494 y 2.518-2.

El artículo 103 del *Código de Comercio*, refiriéndose a la voluntad tácita en la constitución de los contratos en general, categóricamente manda lo siguiente: “La aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa”.



Sin necesidad de norma legal particular, la formación del consentimiento de un contrato consensual –como un arrendamiento del goce de una cosa o, bien, en cualquier contrato innominado, o en el depósito mercantil– perfectamente puede reposar en la exclusiva voluntad tácita del aceptante (Shell). Como dice el profesor Avelino León Hurtado:

“La voluntad se manifiesta de ordinario por una acción directa al fin perseguido [manifestación expresa] o por un comportamiento o actitud que la supone [manifestación tácita]... La manifestación de voluntad es tácita o implícita cuando se deduce de circunstancias o hechos que conducen necesariamente a ella y que no podrían tener otra significación. Estos hechos deben ser pues concluyentes, es decir, que conduzcan a la voluntad tácita y no a otra diversa”<sup>11</sup>.

La Corte de Casación de Francia, en fallo de la Sala Civil del 21 noviembre de 1995, decidió que la aceptación es susceptible de tenerse por acreditada, incluso, a falta de previsión legislativa, si existe un comportamiento que permita suponerla. Así, si una persona se instala en el bien que otra le proponía arrendar, de ello resulta la aceptación del contrato de locación<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, N° 28, p. 27.

<sup>12</sup> LARROUMET, Christian, *Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Ed. Economica, 2003, t. III, N° 254.

Refiriéndose al silencio como manifestación de voluntad suficiente y vinculante, Arturo Alessandri Rodríguez acertadamente escribió:

“Para que este problema se plantee, es esencial que haya realmente silencio, que la persona de quien se trata no manifieste su voluntad con relación a un acto jurídico en forma alguna, ni de palabra, ni por signos, ni por actos o hechos de los cuales pueda inducirse una voluntad tácita. Jurídicamente el silencio supone la ausencia de toda manifestación de voluntad, aún tácita, la completa inacción o pasividad del sujeto”.

De ahí que no exista silencio,

“ni en el caso de la tácita reconducción, contrariamente a lo que creen algunos autores, ni en el del artículo 2124 del Código Civil: en ambos casos hay voluntad tácita”<sup>13</sup>.

En igual sentido, la E. Corte Suprema resolvió que hay voluntad tácita, consintiendo el acreedor en la enajenación del inmueble embargado –artículo 1.464 N° 3 *Código Civil*–, si él tiene conocimiento del remate que va a efectuarse en otro juicio pendiente y no sólo no deduce oposición sino que participa en

<sup>13</sup> “Valor jurídico del silencio”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 38, 1941, Primera Parte, p. 133 y ss.



ese remate interviniendo como postor; haciendo ofertas en él<sup>14</sup>.

Jacques Flour y Jean-Luc Aubert, destacados catedráticos franceses, literalmente escriben:

“La aceptación tácita supone un acto del cual razonablemente se puede inducir la voluntad de contratar. **El más característico de estos actos es la ejecución del mismo contrato propuesto**”<sup>15</sup>.

#### 4

Si el destinatario de la oferta contenida en el borrador del contrato comienza a cumplirlo, como fue el caso de Shell, *v.gr.*, al pagar diversas facturas emitidas por TERQUIM, la única y exclusiva posibilidad de que su comportamiento no hubiese desembocado en la constitución del contrato habría tenido que exteriorizarse en una formal **protesta o reserva**, lo que, sin embargo, no tuvo lugar.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic, citando a quien fuera célebre profesor de varias universidades germanas, Andreas von Thur, manifiestan:

“Todo aquel que realice un acto del que pueda inferirse la existencia de una determinada voluntad o que dé base para sen-

tar una presunción jurídica en ese sentido, debe cuidarse, si no es esa su intención, de dejar constancia de su verdadera voluntad; levantando **protesta**: es decir, notificando a la otra parte o a un tercero o extendiéndola por escrito en un documento, su intención efectiva”<sup>16</sup>.

El propio **Código Civil**, en no pocas ocasiones excluye la voluntad negocial en virtud de haberse formulado protesta o reserva. Así ocurre en los casos de los artículos 1.244 (la enajenación de un efecto hereditario es acto de heredero, implicando aceptación tácita de la asignación universal, salvo protesta); 1.516-2; 1.637 (reserva en el contrato de novación); 1.659-1; 2.209; etcétera.

#### 5

No es necesario, pues, recurrir a la doctrina del silencio para entender que el contrato consensual numerado 471101, de diciembre de 2001, quedó válidamente formado entre TERQUIM y Shell, pues para ello basta la voluntad tácita de Shell, la cual se colige o induce sin dificultades de la conducta que observó, en especial al cumplir tal contrato.

#### 6

En cambio, respecto a la prórroga automática de dicho contrato, por un segundo año, estimo pertinente el apoyo

<sup>14</sup> Sentencia de casación en el fondo del 6 de enero de 1920, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 13, Segunda Parte, sección primera, p. 405 y ss.

<sup>15</sup> *Les Obligations*, Paris, Ed. Colin, 1975, vol. 1: L'Acte Juridique, N° 155.

<sup>16</sup> *Tratado de Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, t. 2, Parte Preliminar y General, N° 1253, p. 195.

Jorge López Santa-María

que brinda la doctrina del silencio con valor de manifestación de voluntad. Sobre este particular el escrito de réplica, páginas 57 y ss., me parece muy valioso, aunque en mi opinión cuando en el mismo se menciona la reconducción del contrato, preferiría considerarla como renovación o prórroga automática, por acuerdo de las partes<sup>17</sup>. Más aún, durante el referido segundo año, Shell continuó dando aplicación práctica al contrato, todavía ahora con facturación a su nombre.

En efecto, el silencio de una persona, que, en principio carece de relevancia jurídica, pues equivale a la nada, excepcionalmente vale como manifestación de voluntad en tres series de casos:

- a) Cuando el legislador así lo dispone de manera directa. Es lo que acontece, por ejemplo, respecto a la celebración del mandato, en el caso del inciso primero del artículo 2.125 del *Código Civil*.

“Las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación”.

Y también en la situación de la repudiación de las asignaciones por causa de muerte, cuando el asignatario se mantiene en silencio durante todo el plazo judicial para deliberar: Una vez constituido en mora de declarar si acepta o repudia, “se entenderá que repudia” (artículos 1.232 y 1.233 del *Código Civil*).

- b) En las hipótesis del llamado silencio circunstanciado.

“El silencio obliga al destinatario de la oferta: 4º. Cuando entre las partes existían relaciones habituales de negocios, porque, en estos casos, por existir confianza en la celebración del contrato, se interpreta el silencio del destinatario como respuesta afirmativa”<sup>18</sup>.

En las situaciones de silencio circunstanciado son los tribunales de instancia los que deciden si los hechos acreditados en el proceso permiten colegir que no haberse pronunciado, ni expresa ni tácitamente, significa, empero, que el destinatario de la oferta la aceptó.

- c) En el evento de haberse estipulado una cláusula de renovación o prórroga automática de un contrato de larga duración, por el solo hecho de que una de las partes no notifique a la otra su vo-

<sup>17</sup> Cfr. EILERS RAUCH, Sara, *De la formación del consentimiento en los contratos*, memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, Editorial Nascimento, 1935, en especial N° 75.

<sup>18</sup> EILERS (n. 17), pp. 80-81, remitiéndose ella a los célebres juristas franceses Demogue, Planiol, Ripert y otros.

luntad de ponerle fin, con la antelación mutuamente pactada.

Esta última serie de casos es sumamente frecuente y la más conocida. Es característico en los arrendamientos y en las sociedades de personas, entre otras convenciones, que las partes acuerden al celebrarla por un plazo fijo, por ejemplo, de tres años; que la locación o la sociedad se entenderá *ipso iure* prorrogada si ninguno de los contratantes expresa su ánimo o voluntad de ponerle fin con una anticipación de al menos tanto tiempo antes del vencimiento pactado, notificación que deberá formularse de la manera que se indica. En el legítimo uso de la libertad contractual estas estipulaciones son plenamente eficaces, sin que conozca doctrina ni jurisprudencia en sentido contrario.

Pues bien, esto es justamente lo que aconteció en el caso de la referencia, como lo pone de relieve la cláusula segunda del contrato N° 471101 entre TERQUIM y Shell, en la que literalmente se dijo que:

“será válido por el período de un año (12 meses) renovable por períodos iguales de un año, si ninguna de las partes manifiesta lo contrario mediante notificación por escrito con, a lo menos, treinta días de anticipación a la fecha de expiración del mismo”.

Según ya señalé, Shell no ejerció oportunamente su derecho para evitar la renovación del contrato N° 471101, por lo cual su silencio redundó en la

prórroga del mismo hasta diciembre de 2003, y en la obligación de pagar la renta o la retribución insoluta hasta la expiración del segundo año del contrato.

#### V. SÍNTESIS, A MODO DE CONCLUSIÓN

La cotización contractual de TERQUIM, en el fax del 27 de noviembre de 2001, fue aceptada expresamente por Shell el mismo día.

El contrato número 471101, enviado por TERQUIM el 3 de diciembre de 2001, fue aceptado tácitamente por Shell. La ejecución o aplicación práctica del contrato, “reina de todas las interpretaciones”, así lo demuestra. Particularmente las dieciocho facturas emitidas por TERQUIM con la leyenda “arriendo de 1200 m<sup>3</sup> para almacenaje de tolueno”, todas pagadas.

El contrato quedó automáticamente prorrogado por un segundo año, en virtud del silencio, según lo estipulado en la cláusula segunda de la convención número 471101.

Shell, indebidamente, puso término unilateral al contrato por correo electrónico del 20 de marzo de 2003 y por comunicación del 30 de abril del mismo año. Shell debe pagar el precio insoluto del segundo año del contrato, lo que constituye la principal pretensión de la demanda de TERQUIM.

La convención celebrada, por la aceptación tácita de Shell, es un contrato consensual y no real como ha argumentado la demandada. Este contrato consensual es una locación o arrendamiento de cosa. Alternativamente, el sen-

tenciador podría calificarlo como contrato atípico o innominado, el cual, obviamente, es consensual. Si por cualesquiera motivos se llegare a calificar el contrato (cuestión de Derecho), como depósito, el acto jurídico es mercantil para ambas partes, y no civil, lo que también redundaría, como en las otras posibilidades, en su carácter consensual y no real. Por lo tanto, el contrato ha po-

dido seguir vigente, válidamente, durante todo el segundo año de la prórroga automática, aunque en los últimos meses no haya habido entrega material de tolueno por Shell a TERQUIM.

Es todo cuando puedo informarle, al tenor de las preguntas que tuvo a bien formularme y de los antecedentes que me proporcionó.

## INFORME EN DERECHO SOBRE EL INTERÉS ASEGURABLE. SU RELEVANCIA EN EL SEGURO

***Oswaldo Contreras Strauch***

Profesor de Derecho Comercial  
Universidad Diego Portales

### 1. CONCEPTO DEL INTERÉS ASEGURABLE

El presente trabajo tiene por finalidad estudiar el interés asegurable como elemento del contrato de seguro, analizar el tratamiento que se da a la noción del interés en las diferentes legislaciones y concluir con una selección de las que constituyen, a nuestro juicio, las mejores ideas que surgen de dicho estudio; con el objetivo de concluir en una proposición concreta de normas que tengan por propósito regularlo, para su discusión por el grupo que se encuentra elaborando el anteproyecto de nueva ley sobre contrato de seguro en Chile.

El interés asegurable, denominado en algunos países interés asegurado<sup>1</sup>, constituye a la fecha en nuestro Derecho uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, de modo que la falta de dicho interés esta sancionada con la nulidad absoluta.

Podría definírselo como la relación que vincula al asegurado con el objeto de los riesgos que se aseguran, interés que debe ser lícito y susceptible de valoración económica<sup>2</sup> y que constituye

al asegurado en interesado en la conservación del objeto asegurado o, en otros términos, en que no se produzca un siniestro que lo afecte.

Para Picard y Besson se entiende por interés asegurable aquél que tiene el asegurado o el beneficiario en la no realización del riesgo o, dicho de otro modo, la relación económica entre esta persona y la cosa asegurada, el valor patrimonial que puede perderse para el asegurado o el beneficiario en caso de siniestro<sup>3</sup>.

Se destaca en la doctrina, que el interés tiene carácter subjetivo toda vez que forzosamente el interés pertenece o existe en *alguien* en particular; un interés puramente objetivo es incongruente con la naturaleza del seguro, y supone la indiferencia respecto de la persona del titular, lo que posibilitaría el enriquecimiento del asegurado, con

---

la naturaleza del interés sea exclusivamente económica. Nos referiremos al punto, más adelante.

<sup>3</sup> PICARD, M. y BESSON, A., *Les Assurances Terrestres en Droit Français*, Paris, Editorial LDGJ, 1950, p. 34 y ss. Cabe señalar que le atribuyen al interés asegurable, junto al riesgo, la prima y la prestación del asegurador, la calidad de elementos esenciales y necesarios en la definición del seguro.

<sup>1</sup> Por ejemplo, en España y en Francia.

<sup>2</sup> En los seguros de daños. En los de personas, la doctrina no está de acuerdo en que

cepción que resulta repugnante a la función estrictamente indemnizatoria del seguro, y desconoce la importancia del “riesgo moral”. Se destacan como casos de excepción relativa de esta concepción, el del seguro por cuenta de quien corresponda y la hipótesis en que se admitiera la transmisión automática del seguro al comprador de la cosa asegurada –que, al menos por un corto plazo, admite la mayoría de la doctrina internacional–<sup>4</sup>; sin embargo, siempre deberá existir el interés al momento del siniestro<sup>5</sup>.

Cabe enfatizar que el interés asegurable está directa e inmediatamente relacionado con el elemento del riesgo en el contrato de seguro.

En efecto, y desde un punto de vista de la lógica pura, si un objeto no está expuesto a un riesgo no se concibe que haya interés en asegurarlo; y de la misma manera, si una persona no tiene interés en un objeto, entonces no va a estar expuesta al riesgo de experimentar pérdida ni necesidad alguna como consecuencias de un siniestro que afecte a dicho objeto.

Esta relación íntima entre el riesgo y el interés asegurable conlleva la consecuencia de que la falta de interés en una persona sobre un objeto es símbolo y manifestación evidente de que, al

menos para dicha persona, no existe riesgo ni, por consecuencia, causa que justifique la contratación del seguro.

Sánchez Calero precisa que:

“los conceptos de riesgo e interés son diversos, pero relacionados íntimamente entre sí. Es más, riesgos de diversa naturaleza pueden incidir sobre un mismo interés (por ejemplo, el interés del propietario sobre unas mercancías puede verse lesionado por el riesgo de robo o el de incendio)”.

Sin embargo, acepta sin reservas la interacción que entre ambos elementos se da, cuando coinciden expresando que: “para que un determinado interés sea asegurable es preciso que esté amenazado por un cierto riesgo”<sup>6</sup>.

Por otra parte, la noción del interés sirve para diferenciar al seguro de las relaciones de juego o apuesta, lo que tiene raíces históricas profundas, como lo examinaremos en el número siguiente. Efectivamente, mediante el seguro se busca, en los seguros de daños, mantener el patrimonio del asegurado y no aumentarlo por efecto del puro azar.

“Así, la indemnización no puede superar la medida de ese interés; de otra manera, el seguro daría lugar a enriquecimiento, lo que es contrario a su esencia indemnizatoria”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Se trata de un plazo que permita al asegurador aquilatar al nuevo titular del interés y optar por conservarlo como asegurado o no, y al asegurado para que en este último caso pueda buscar otro asegurador, sin que la cosa asegurada quede al descubierto en el intertanto.

<sup>5</sup> MEILLI, Gustavo Raúl y BARBATO, Nicolás Héctor, *Tratado de Derecho de Seguros*, Rosario, Zeus Editora, 1975, p. 51 y ss.

<sup>6</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Ley de Contrato de Seguro*, 2ª ed., Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, p. 438 y ss.

<sup>7</sup> MEILLI y BARBATO (n. 5), p. 51.

Por lo tanto, es consecuencia de la aplicación de la noción de interés asegurable, el denominado principio de indemnización, que en nuestro Derecho consagra el artículo 517 del **Código de Comercio**, según el cual el seguro es un contrato de mera indemnización y no puede dar origen a que el asegurado obtenga de él ganancia alguna.

Ninguno de estos conceptos entorpece la posibilidad de que por medio del seguro se cubra también la posibilidad concreta, basada en antecedentes reales, de acrecentar el patrimonio mediante el ejercicio de una actividad, lo que ocurre con las distintas variedades del seguro de lucro cesante, llamado también, en general, seguro de pérdida de beneficios.

En cuanto a los seguros de personas, la noción del interés se desprende de la idea exclusiva del perjuicio económico concreto y se extiende, también, a las relaciones afectivas, empresariales y de negocios, profesionales o de otro orden, que presuponen la preocupación del beneficiario, de que el siniestro no ocurra.

Abordaremos, a continuación, la forma cómo se trata al interés asegurable en la doctrina internacional.

## 2. DIFERENCIAS EXISTENTES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En la legislación chilena sobre contrato de seguro, contenida en nuestro **Código de Comercio**, el interés asegurable es un elemento de la esencia de todo contrato de seguro, según queda de manifiesto de la lectura del artículo 518

del **Código**, ubicado en las normas generales aplicables a este contrato, que expresa:

“Art. 518. Pueden celebrar un seguro todas las personas hábiles para obligarse.

Pero de parte del asegurado se requiere, además de la capacidad legal, que tenga al tiempo del contrato un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario, copartícipe, fideicomisario, usufructuario, arrendatario, acreedor o administrador de bienes ajenos, sea en cualquiera otra que lo constituya en interesado en la conservación del objeto asegurado.

El seguro en que falte este interés es nulo y de ningún valor”<sup>8</sup>.

Por su parte, en relación con los seguros de vida, el artículo 569 del mismo **Código** expresa que: “la vida de una persona puede ser asegurada por ella misma o por un tercero que tenga interés actual y efectivo en su conservación”.

Por último, en relación con el seguro marítimo el artículo 1.164 del **Código** establece que:

“puede tomar un seguro marítimo toda persona que tenga un interés en la conservación de la cosa asegurada mientras corra los riesgos de una aventura ma-

<sup>8</sup> **Código de Comercio de Chile**, vigente desde el 1 de enero de 1867.



rítima, sea que ese interés afecte directamente a su patrimonio o a determinadas obligaciones tuyas, con relación a la cosa asegurada”.

El inciso segundo de dicho artículo precisa lo que se entiende por interés en una aventura marítima y el artículo 1.165 agrega que el asegurado, a diferencia de lo que estatuye el art. 518, debe justificar su interés asegurable **a la época en que ocurra la pérdida o daño** de la cosa asegurada.

Cabe tener presente que las normas sobre el seguro marítimo, antes citadas, datan de 1988, año en el cual se dictó una ley que reemplazó enteramente el antiguo libro III del **Código de Comercio de Chile**

122

La exigencia del interés asegurable, como la concibe el **Código de Comercio de Chile**, fue consagrada, también, por los más importantes códigos de comercio sudamericanos, en particular, por el **Código de Comercio** de la República Argentina<sup>9</sup>, que es de 1862; por el de la República de Colombia, tanto el **Código de Comercio** de 1887, inspirado en el chileno, como igualmente el actual, que data de 1971; por el **Código de Comercio** de la República Oriental del Uruguay, que es de 1866 y, por último, el **Código Civil** de Brasil, que es del año 2002. Todos conceptúan el interés asegurable y sancionan la falta de él, en la misma forma como lo hace el **Có-**

**digo de Comercio de Chile**<sup>10</sup>, con la única excepción del **Código** uruguayo, que no establece como sanción la nulidad del seguro, sino simplemente que “el asegurador no queda sujeto a responsabilidad alguna”<sup>11</sup>.

En el Derecho de Seguros del resto del mundo existen, claramente perfilados, dos sistemas jurídicos en relación con el tratamiento del interés asegurable.

Por una parte, tenemos al Derecho anglosajón, o del **common law**, aplicado en Inglaterra, Estados Unidos, Canadá (con excepción de la provincia de Quebec), Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda, que al igual que el sistema legal chileno, uruguayo, brasileño y colombiano, consideran al interés asegurable un elemento esencial para la validez o la fuerza ejecutoria de todo tipo de contratos de seguros sean de daños o de personas.

En cambio, para la mayoría de los países europeos que siguen el sistema denominado continental, romanista, o de la codificación civil y comercial; y en Argentina a partir de la ley 17.418, el interés asegurable es solamente un

<sup>10</sup> En cambio, la legislación argentina se apartó del modelo chileno, al dictarse la ley 17.418, que actualmente regula la institución del interés asegurable en el contrato de seguro, en forma semejante a como la tratan los principales códigos europeos, que siguen el sistema de Derecho continental.

<sup>11</sup> Noción, a nuestro juicio, muy interesante, porque se aparta de un efecto, la nulidad absoluta, reservada sólo para la infracción a los elementos esenciales del contrato de seguro, aquellos sin los cuales éste no existe o degenera en otro diferente, entre los cuales, por naturaleza **no está** el interés asegurable.

<sup>9</sup> Aun cuando en la ley 17.418, de 1967, que derogó y reemplazó las disposiciones de su texto, se establece un sistema distinto, muy similar al sistema del Derecho continental europeo.

elemento que se exige como elemento de validez en los seguros de daños, en tanto que en el seguro de personas se reemplaza dicho requisito general por otros diferentes.

Una situación especial está constituida por Bélgica, que con matices, está más cerca de la posición chilena que la del resto de los países europeos continentales. También tiene, en Latinoamérica, una postura especial, en otros aspectos, México.

Examinaremos, acto seguido, lo que ocurre en dichos sistemas.

#### a) *El sistema anglosajón*

Hay que dejar establecido que los países del sistema anglosajón, anteriormente mencionados –con excepción de Québec, que tiene códigos y se gobierna por normas de Derecho Civil–, tienen, sobre todo en materia de seguros, un acervo jurídico común y que gobernándose la institución por las reglas del *common law*; tanto la jurisprudencia como la doctrina actúan, salvo en muy escasas situaciones, como si se tratase de una única cultura jurídica. En esencia, en todas las antiguas colonias inglesas sus instituciones legales encuentran su origen en normas y precedentes –*case law*– originadas en Inglaterra.

Los antecedentes más antiguos relativos al interés asegurable en Inglaterra se remontan a los comienzos del siglo XVIII.

En efecto, a principios de ese siglo, coincidiendo con la expansión de los seguros, que parte en la organización, al comienzo muy modesta, del Lloyd de Londres, empezó a producirse el

fenómeno de la contratación muy frecuente de seguros que encubrían una mera apuesta respecto de la ocurrencia o no de un determinado evento, lo que acarreó muy dañinas consecuencias.

El primer intento del parlamento inglés, para controlar el crecimiento de los seguros sin interés, a que precedentemente aludimos, fue la “MIA Act” del año 1745, referida al seguro marítimo, que gobierna el interés asegurable en ese tipo de seguros y que en su preámbulo manifiesta:

“La experiencia ha demostrado que la emisión de seguros sin interés o sin mas prueba del interés que la póliza misma, ha producido muchas prácticas perniciosas debido a las cuales gran número de barcos con sus cargas han sido fraudulentamente perdidos o destruidos”.

Como consecuencia de esta idea, la ley declaró nulas las pólizas de seguros marítimos hechas sin interés o aquéllas que establecen que la póliza misma es la prueba conclusiva del interés<sup>12</sup> o que se emiten “con o sin interés”.

La prohibición establecida en la MIA 1745 fue extendida en Inglaterra a otras formas de seguro por la ley

<sup>12</sup> Las pólizas de seguros que contienen una cláusula que expresa que la póliza misma es prueba suficiente de la existencia del interés, o de que el asegurador se da por satisfecho ni hará cuestión de su inexistencia, se conocen con la sigla PPI.

LAA 1774, conocida de otro modo como la “Gambling Act 1774”, cuyos términos fueron incluidos en la Marine Insurance Act de 1906, vigente hasta el día de hoy; y que contiene los principios generales aplicables en Inglaterra a todo tipo de seguros. La Gambling –o *gaming*– Act de 1774 establece: “Todo contrato de seguro o por vía de juego o apuesta *es nulo*”.

La LAA 1774 requiere al asegurado poseer interés asegurable al comienzo de la vigencia de la póliza, exige la inserción en la póliza de los nombres de todas las personas interesadas en ella y restringe el derecho del asegurado a recuperar del asegurador, como máximo, un monto de dinero que no exceda su interés<sup>13</sup>.

Cabe destacar de un modo especial, que la sección (art.) 1 de la LAA 1774 exige el interés asegurado también para los seguros de vida.

El significado del interés asegurable fue establecido por los tribunales ingleses a propósito del famoso caso *Lucena v. Craufurd*, del año 1806, a propósito del cual la House of Lords manifestó lo siguiente:

“Un hombre está interesado en una cosa cuando puede obtener ventajas o sufrir perjuicios de las circunstancias que puedan surgir a propósito de ella; y para quien es importante que sus condiciones, como la seguridad u otras cualidades, continúen. El

interés no implica necesariamente un derecho sobre la totalidad o una parte de la cosa ni tampoco necesaria y exclusivamente que pueda ser el sujeto de la privación, pero que haya alguna relación o preocupación sobre el objeto del seguro; que dicha relación o preocupación por la ocurrencia de los peligros asegurados pueda afectar a la persona asegurada como resultado de un daño, detrimento o perjuicio. Y donde un hombre está relacionado de tal modo con respecto a las ventajas o beneficios y también por esos riesgos o peligros, de modo que pueda decirse que él está interesado en la seguridad de la cosa. Estar interesado en la preservación de una cosa es estar tan relacionado con respecto a ella como para obtener beneficios de su existencia y perjuicios de su destrucción. La propiedad de una cosa y el interés derivable de ella puede ser muy diferente. De lo primero el precio es generalmente la medida; pero por el interés de una cosa, cada beneficio y ventaja que surja de o dependa de tal cosa, puede considerarse como que está comprendida”<sup>14</sup>.

En resumen, en el Derecho anglosajón, la aplicación del principio del interés asegurable tiene un amplio reconocimiento desde muy antiguo; abarca toda fuente de interés, y se exi-

<sup>13</sup> MERKIN, Robert y Mc GEE, Andrew, *Insurance Contract Law*, Londres, Editorial Kluwer, 1989, pp. A.4.1-01 y ss.

<sup>14</sup> MERKIN y Mc GEE (n. 13), pp. A.4.1-19.

ge tanto para el seguro de daños como para el de vida, de modo que la falta de tal interés conlleva la nulidad de la póliza o la carencia de acción para exigir su cumplimiento. En este último caso se dice, en inglés, que el seguro deviene *unenforceable*<sup>15</sup>.

En relación con el seguro de vida cabe señalar que, del mismo modo como a propósito de las pólizas extendidas para cubrir a barcos y mercancías transportadas, en la Inglaterra del siglo XVIII se comenzó a introducir la viciosa costumbre de contratarlas con la sola finalidad de apostar al éxito o fracaso de la aventura marítima; lo que condujo rápidamente a la pérdida intencional de buques y cargas, también se hizo común la práctica de contratar pólizas de seguro sobre la vida de personas que estaban sometidos a juicio por delitos. De este modo, cuando la Gaming Act de 1774 fue promulgada por el parlamento inglés, su propósito era poner fin a la emisión de cualquier tipo de pólizas en que no hubiera interés asegurable, sino el propósito de encubrir un juego o apuesta<sup>16</sup>.

Aun cuando la mayoría de la gente ya no percibe el juego y la apuesta co-

mo un mal terrible –como llegó a ser en Inglaterra a comienzos del siglo XVIII, en que tales actividades fueron controladas e incentivadas por mafias de jugadores profesionales, con consecuencias económicas y sociales gravísimas–, el punto de vista predominante es que el seguro, es un contrato versado sobre un interés económicamente avaluable, no sea usado como subterfugio para el juego y las apuestas. Estos últimos, meramente transfieren riqueza de manos de los que pierden a los que obtienen una ganancia fortuita, mientras que un contrato de seguro es económicamente valioso por sí mismo, en el sentido que sirve a la función socialmente útil de proteger los patrimonios contra pérdidas fortuitas.

Es más. La posibilidad de que el seguro pueda crear un incentivo a la destrucción intencional de la propiedad asegurada o de la vida tiene evidentes implicancias de política pública. No es sorprendente, entonces, que la doctrina del interés asegurable haya sobrevivido hasta ahora como un medio de reducir la posibilidad de que el seguro sea usado con el sólo propósito de obtener una ganancia rápida, fraudulenta y con grave peligro para las personas<sup>17</sup>. Piénsese, solamente, en las consecuencias a que puede llegar un naufragio o un incendio intencional o, derechamente, en el asesinato del asegurado ejecutado para cobrar un seguro.

la sucesión austriaca. Los apostadores londinenses contrataron seguros de vida sobre la cabeza del Rey, apostando sobre su sobrevivencia en la batalla, última en la historia en la que participó un rey inglés.

<sup>15</sup> JERRY, Robert H., *Understanding Insurance Law*, New York, Matthew Bender, 1987, p. 177 y ss. Cabe añadir que, en francés, se dice que la póliza está afectada por *déchéance*, es decir, decaimiento, o de alguna forma, caducidad de los derechos para exigir el cumplimiento de la prestación al asegurador.

<sup>16</sup> El hecho histórico más famoso que demuestra el punto a que llegó esta viciosa costumbre, se vincula a la participación del rey Jorge II de Inglaterra en la batalla de Dettingen en 1743, en el marco de la guerra sobre

<sup>17</sup> JERRY (n. 15), p. 179.

Por otra parte, el requisito del interés asegurable tiene un nexo cercano con el principio de indemnidad –o de indemnización–. La indemnidad se refiere a la compensación necesaria para reembolsar las pérdidas del asegurado, reembolso que constituye el beneficio máximo que del seguro se puede obtener. Para la doctrina anglosajona, el propósito del contrato de seguros consiste en transferir el riesgo de pérdida económica, del asegurado al asegurador, de modo que, cuando el asegurado sufre una pérdida, el asegurador paga a beneficio del asegurado una suma que elimina la pérdida.

Así, el interés asegurable es primeramente una noción jurídica, pero con contenido económico, lo cual queda de manifiesto en su aplicación práctica, cuando hay que proceder a la indemnización. Algunos exponentes del Derecho continental, tienden a olvidar o a no atribuir a esta característica, su verdadera importancia.

En esencia, en el sistema del *common law*, el interés asegurable es aquél que la ley requiere que el titular de una póliza de seguro tenga en la cosa o persona asegurada. En último término, esta doctrina no es más que una prueba o un filtro que intenta identificar aquellas situaciones en las que los tribunales están preocupados por la circunstancia de que el contrato pueda crear incentivos para el juego o apuesta, o para la destrucción intencional de la propiedad o de la vida asegurada. Por lo tanto, si los tribunales de los países que siguen el *common law* concluyen que no existe interés asegurado, el contrato será declarado nulo. Y cuando la

póliza es declarada nula, la prima normalmente se devuelve al titular de la póliza, siempre y cuando el asegurado no esté en una situación de *pari delictio* con el asegurador<sup>18</sup>.

En los seguros de daño real o de cosas, en la doctrina anglosajona se exige un título legal, de cualquier naturaleza y calidad, para satisfacer el requisito del interés asegurable, de la misma forma como lo exige el art. 518 del *Código de Comercio de Chile*

En el caso de los seguros que cubren derechos emanados de contratos, como idea general, la exigencia se traduce en que haya una persona cuyos derechos contractuales dependan directamente de la existencia o de la integridad de un bien. Si así es el caso, dicha persona tendrá el interés asegurable que da sustento a una póliza de seguro sobre dicho bien. El ejemplo típico es el del acreedor con garantía de prenda o hipoteca.

Por último, tratándose de los seguros patrimoniales, si hay una persona que es legalmente responsable en el evento de que un bien o un patrimonio se dañe o se pierda, esa persona también tiene, evidentemente, interés asegurable.

En caso de que no pueda encontrarse el interés asegurable del asegurado en la propiedad, en sus derechos contractuales o en su responsabilidad, la póliza será ordinariamente declarada nula por los tribunales anglosajones o sin derecho a acción para exigir su cumplimiento –*unenforceable*–.

<sup>18</sup> JERRY (n. 15), p. 181.

**b) Los países del sistema continental**

A continuación, analizaremos la doctrina del interés asegurable, a la luz de las legislaciones que siguen el sistema del Derecho codificado, continental, romanista.

Como hemos dicho, es posible agrupar estas legislaciones en dos corrientes principales: la chilena, que es semejante a la doctrina anglosajona y que siguen Colombia, Uruguay y Brasil, y la corriente impulsada por la mayoría de los países europeos –con excepción de Gran Bretaña e Irlanda– y algunos países latinoamericanos, notoriamente Argentina y Paraguay. Nos referiremos, primeramente, a la doctrina del Derecho continental mayoritaria y luego volveremos sobre la doctrina que a propósito del interés asegurable siguen Chile, Uruguay, Brasil y Colombia. Terminaremos analizando los casos de Bélgica y México, que presentan una posición intermedia o ecléctica.

**b.1. Corriente mayoritaria en los países europeos**

En el Derecho continental europeo, la mayoría de los países ha eliminado la exigencia genérica del interés asegurable en las normas aplicables a todo tipo de seguro, y ha hecho una diferenciación entre lo que ocurre en el seguro de daños y el seguro de personas; que, en líneas generales, se caracteriza porque sólo en el primero subsiste en dichas legislaciones el interés asegurable como elemento esencial, tanto para la contratación como para determinar la extensión de la cobertura y la indem-

nización a que tiene derecho el asegurado en caso de siniestro.

En cambio, para los seguros de personas se reemplaza la exigencia genérica y, hasta cierto punto, vaga, del interés asegurable, por requisitos objetivos que alejan la posibilidad de los siniestros intencionales, junto con salvar los intereses generales de la colectividad que protege el orden público.

Sin embargo, hay que tener presente que no se trata de una posición que haya significado abandonar la preocupación del interés en el seguro, porque, como dice Donati, se trata de requisitos que en realidad

“no reemplazan al sistema del interés, pues en el fondo lo presuponen y constituyen un desarrollo práctico, substituyendo a la incierta y difícil prueba de la existencia del interés”<sup>19</sup>.

El primer país que mencionaremos es FRANCIA, que aplicó este sistema en la ley de Seguros de 1930, varias veces modificada y posteriormente convertida, junto con otras leyes pertinentes, en *Código de Seguros* de Francia en el año 1976<sup>20</sup>.

Al respecto, dicho *Código* establece lo siguiente en lo concerniente al seguro de daños y el seguro marítimo:

“Artículo L121-6: Toda persona que tenga interés en la conser-

<sup>19</sup> DONATI, Antígono, *Los seguros privados*, Barcelona, Editorial Bosch, 1960, p. 228.

<sup>20</sup> Utilizamos la versión actualizada por Legifrance, al 27 de noviembre de 2001.



vación de una cosa la puede asegurar.

Todo interés directo o indirecto en la evitación de un riesgo puede constituir el objeto de un seguro.

Artículo L171-3: Todo interés legítimo, incluida la ganancia esperada, puede constituir el objeto de un seguro. Nadie podrá reclamar el beneficio de un seguro si no ha sufrido un perjuicio”.

El *Código de Seguros* de Francia exige en los seguros de daños terrestres y marítimos la concurrencia del interés como elemento necesario para la contratación.

Son distintas, sin embargo, las redacciones y los efectos de la falta del interés en uno y otro tipo de seguros. Tratándose de los terrestres, la ley habla de que el interés debe concurrir para que “se pueda asegurar”, lo que induce a concluir que, en caso de ausencia del interés, el seguro no va a ser válido, puesto que no se ha podido contratar.

Además, toda vez que no “se puede contratar”, resulta necesario concluir que para la legislación francesa el elemento interés debe existir a la época de la contratación de los seguros terrestres, sin perjuicio de que pueda comprobarse su existencia al momento del siniestro, para los efectos que sean procedentes como, por ejemplo, la eventual resolución, terminación o caducidad del contrato.

En cambio, en el seguro marítimo la falta de interés se comprueba y sanciona al momento del siniestro. La fal-

ta de interés priva al asegurado del derecho a “reclamar el beneficio de un seguro”<sup>21</sup>.

Todo ello sin perjuicio de que se destaca en esta parte de la legislación francesa y no en el texto general, como en verdad corresponde, que el interés constituye la medida del derecho a la indemnización.

Es importante destacar en esta parte, también, que la legislación francesa se separa de la concepción puramente económica del interés, señalando, en sentido amplio, que éste consiste en “todo interés directo o indirecto en la evitación de un riesgo”. Compartimos plenamente esta noción.

En cuanto al seguro de vida:

“Artículo L132-1: La vida de una persona podrá ser asegurada por ella misma o por un tercero.

Varias personas podrán contratar un seguro recíproco sobre cada una de ellas en un solo y único acto.

Artículo L132-2: El seguro en caso de fallecimiento contratado por un tercero sobre la persona del asegurado será nulo, si éste último no ha dado su consentimiento por escrito con indicación del capital o de la renta inicialmente garantizados.

<sup>21</sup> Ésta es la misma diferencia de enfoque que se advierte en la actual legislación chilena: el interés asegurable debe existir al momento de contratar, en los seguros terrestres, y al momento del siniestro en los marítimos.



El consentimiento del asegurado deberá, bajo pena de nulidad, ser dado por escrito, para cualquier cesión o constitución de prenda y para el traspaso del beneficio del contrato suscrito sobre su persona por un tercero.

Artículo L132-3: Se prohíbe a toda persona contratar un seguro en caso de fallecimiento a favor de un menor de edad de menos de doce años, de un mayor de edad bajo tutela o de una persona internada en un centro de hospitalización psiquiátrico. Todo seguro contratado con infracción de esta prohibición será nulo. La nulidad se declarará a petición del asegurador, del suscriptor de la póliza o del representante del incapaz.

Las primas pagadas deberán ser íntegramente restituidas. El asegurador y el suscriptor estarán, además, sujetos, por cada seguro concluido conscientemente con infracción de esta prohibición, a una multa de 30.000 F.

Estas disposiciones no obstaculizarán en el seguro en caso de fallecimiento, el reembolso de las primas pagadas en ejecución de un contrato de seguro de vida, suscrito sobre una de las personas mencionadas en el primer apartado arriba indicado.

Artículo L 132-4: Un seguro en caso de fallecimiento no podrá ser contratado por otra persona a favor de un menor que haya alcanzado la edad de doce años sin la autorización de

aquél de sus padres que ostente la patria potestad, de su tutor o su curador.

Esta autorización no eximirá del consentimiento personal del incapaz.

A falta de esta autorización y de este consentimiento, la nulidad del contrato será declarada a petición de cualquier interesado”.

En materia de seguros de vida, con gran despliegue reglamentario, el *Código* francés distingue entre los seguros contratados sobre la propia vida del tomador y de los seguros contratados sobre la vida de un tercero. A su vez, en relación con estos últimos contempla normas especiales de protección a los menores e incapaces.

Tratándose de los seguros contratados sobre la propia vida del tomador, el *Código* francés no exige requisito alguno, presuponiendo la existencia del interés. En cambio, tratándose de los seguros contratados sobre la vida de un tercero, exige el consentimiento previo y escrito de la persona sobre cuya vida se asegura, “con indicación del capital o de la renta inicialmente garantizados”. La falta de dicha autorización escrita vicia el contrato de nulidad.

También serán nulas las cesiones, prendas constituidas o traspasos de los beneficios del contrato suscrito sobre su persona por un tercero, sin el consentimiento escrito del asegurado.

En cuanto a la protección de los menores e incapaces en general, el *Código* francés prohíbe a toda persona, bajo sanción de nulidad, contratar un seguro en

caso de fallecimiento a favor de un menor de edad de menos de doce años, de un mayor de edad bajo tutela o de una persona internada en un centro de hospitalización psiquiátrico<sup>22</sup>.

Para los menores de más de doce años, la validez de la contratación de este tipo de seguros está sujeta al doble requisito de la autorización escrita del propio menor y de su representante legal.

En resumen, en el *Código* francés, el requisito del interés asegurable en el seguro de vida, directo o indirecto, objetivo o subjetivo, económico o afectivo, queda reemplazado por el cumplimiento de requisitos legales que condicionan la validez o nulidad del contrato, pero que, en realidad, protegen y presumen el interés de la persona cuya vida se asegura y tienden a evitar toda posibilidad de que el seguro se convierta en fuente de enriquecimiento ilícito, en incentivo de delito o en cualquiera manifestación de los, desde antiguo, temidos flagelos del juego y la apuesta encadenados a un contrato de seguro.

Con las variantes que en cada caso veremos, el sistema del *Código* francés es utilizado por la mayoría de los países que siguen el Derecho continental europeo.

ALEMANIA está regida por la ley sobre Contrato de Seguro de 30 de mayo de 1908 –*Gesetz über Versicherungsvertrag*–, cuyas normas atinentes al tema que analizamos son las siguientes.

<sup>22</sup> La idea parece referirse a la contratación de seguros *sobre* la vida de un menor o incapaz a favor de terceros. Presumimos que la traducción de Legifrance al castellano es, en este punto, errónea.

Sobre el seguro de daños:

“Art. 68: Falta de interés. Si no existe el interés asegurable al comienzo del seguro, o no llega a existir, en caso de un seguro tomado para una empresa o interés venidero en el futuro, o el interés no se genera, de manera tal que el tomador del seguro queda libre de la obligación de pagar la prima, el asegurador puede exigirle una adecuada compensación comercial”.

Sobre el seguro de vida:

“Art. 159: Persona asegurada. El seguro de vida puede ser contratado sobre la persona del propio tomador o de un tercero.

Cuando el seguro para el caso de muerte es tomado por un tercero y excede de la prestación compatible con el importe ordinario del costo de entierro, la validez del contrato esta sujeta al consentimiento escrito del asegurado”<sup>23</sup>.

Como es dable observar, en el seguro de daños la ley alemana regula el interés desde un punto de vista esencialmente práctico, dando por supuesta la necesidad de su existencia, pero sin mencionar la palabra ‘validez’ –*Gültigkeit*–: si no hay interés, el asegurado queda libre de pagar la prima, lo que supone la liberación del asegurador de la obligación de indemnizar los siniestros.

<sup>23</sup> La traducción es nuestra.

Pero el asegurador puede exigirle al asegurado una compensación comercial por los gastos inherentes a la emisión del seguro improcedente e inútil.

También es interesante resaltar que la ley alemana prevé la posibilidad de que se contrate el seguro sobre un interés actualmente existente o, bien, respecto a una empresa o interés futuro<sup>24</sup>.

En cuanto al seguro de vida, al igual que en la ley francesa, se exige el consentimiento escrito del asegurado en el caso de un seguro de vida contratado por un tercero, bajo pena de nulidad del contrato, pero siempre que el seguro exceda el monto de los gastos de entierro. De modo que un seguro de sepelio puede ser contratado por cualquier tercero sin consentimiento ni noticia del asegurado.

La ley alemana también contiene normas para el caso de la contratación del seguro por incapaces y menores de edad, en términos muy similares, pero más concisos que la legislación francesa.

En ITALIA, el seguro esta regido por el *Código Civil* de fecha 30 de marzo de 1942 –que rige tanto materias civiles como comerciales–, que contempla las siguientes disposiciones, en relación con los seguros de daños y el seguro de vida, respectivamente.

“Art. 1904: El contrato de seguro contra los daños es nulo si, en el momento en que el seguro debe tener inicio, no existe un interés del asegurado en el resarcimiento del daño.

Art. 1919: El seguro puede estipularse sobre la vida propia o sobre la vida de un tercero.

El seguro contratado para el caso de muerte de un tercero no es válido si éste o su representante legal no dan el consentimiento para la conclusión del contrato. El consentimiento se debe probar por escrito”<sup>25</sup>.

El *Código* italiano es un paradigma de simpleza. No abarca todas las situaciones que reglamenta el *Código* francés, ni se refiere a algunas situaciones a que alude la ley alemana y la española –inspirada en este punto en el *Código* italiano–, pero es simple y claro.

En el seguro de daños se requiere interés asegurable al momento en que el contrato de seguros se inicie y la falta de dicho interés ocasiona su nulidad.

Queda sin tocar la falta de interés asegurable al momento del siniestro.

Estimamos que, en ese caso, si bien el seguro es válido, el asegurado no va a poder exigir el pago de la indemnización; el contrato estará afecto a resolución, caducidad o terminación, porque en tal caso se va a ver afectado el principio de indemnización que alude a la naturaleza reparatoria de la institución, que excluye la posibilidad de que alguien obtenga por su intermedio ganancias. Esta solución es aplicable tanto a la legislación italiana como a la francesa y todas las otras que contem-

<sup>24</sup> En este aspecto, el *Código* de Uruguay contiene una norma semejante.

<sup>25</sup> Utilizamos la traducción que figura en MESSINEO, Francisco, *Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Editorial EJE, 1979.

plan normas similares, como es el caso de la española<sup>26</sup>.

Tratándose del seguro de vida, en la modalidad del seguro para el caso de muerte<sup>27</sup>, la legislación italiana establece que también es nulo el contrato si el asegurado o su representante legal no dan su consentimiento escrito para la conclusión del contrato.

Se observa que el *Código Civil* italiano no contiene las normas de protección para los menores e incapaces; no quedando otra solución que recurrir al requisito de la autorización del representante legal, que todas las legislaciones contemplan en protección de los incapaces, toda vez que el consentimiento que éstos presten sin dicha autorización es nulo por la falta de capacidad que les afecta<sup>28</sup>.

En ESPAÑA, el contrato de seguro se rige por la ley 50/1980 de Ordenación de los Seguros Privados. Las normas que rigen la institución que estudiamos son las siguientes:

“Art. 25 (Seguro de daños):  
Sin perjuicio de lo establecido  
en el artículo 4, el contrato de

<sup>26</sup> Pensamos, no obstante, que mejor que invocar la teoría y la doctrina para arribar a una solución, es un camino menos eficaz y más incierto que establecer una disposición legal, sobre todo cuando existen en el *Código* otras normas distintas que si lo establecen, como sucede con el seguro marítimo en Chile.

<sup>27</sup> Nótese de que queda excluido de la norma sancionatoria, el seguro de sobrevivencia, evidentemente en razón de que en dicho caso el interés se subentiende.

<sup>28</sup> Sin embargo, observamos que es mejor la solución de declarar la nulidad de los seguros contratados por incapaces.

seguro contra daños es nulo si en el momento de su conclusión no existe un interés asegurado en su conservación.

Art. 83 (Seguro de vida): El seguro puede estipularse sobre la vida propia o la de un tercero, tanto para caso de muerte como para caso de supervivencia o ambos conjuntamente.

En los seguros para caso de muerte, si son distintas las personas del tomador del seguro y del asegurado, será preciso el consentimiento de éste, dado por escrito, salvo que pueda presumirse de otra forma su interés por la existencia del seguro.

Si el asegurado es menor de edad será necesario, además, la autorización por escrito de sus representantes legales.

No se podrá contratar un seguro para caso de muerte, sobre la cabeza de menores de catorce años de edad o de incapacitados”.

La legislación española en el punto que analizamos se inspiró directamente en las normas del *Código Civil* italiano. Sin embargo, en lo que concierne al seguro de vida de menores e incapaces, se aparta de su modelo para seguir a la ley francesa. Además, agrega un concepto propio, aplicable a los seguros sobre la vida de un tercero: no será necesario el consentimiento escrito del asegurado cuando pueda “presumirse de otra forma su interés por la existencia del seguro”. Esta disposición, acerca a la legislación española, a la

exigencia general del requisito del interés, que es característica en el *common law* y en la legislación chilena actual y la de los países que la siguen.

En ARGENTINA los seguros se rigieron hasta 1967 por las disposiciones que contenía el *Código de Comercio* de 1862, redactado por Dalmacio Velez Sarsfield, que regulaba la institución del interés asegurable, en general, del mismo modo a como continúa haciéndolo hasta hoy el *Código de Comercio de Chile*

Sin embargo, cabe señalar que, a diferencia de lo dispuesto en el art. 518 del *Código* chileno, el derogado artículo 495 del *Código* argentino preceptuaba que, si bien se exigía al asegurado tener el interés “al tiempo del seguro”, añadía a continuación: “...a no ser que el contrato se haya hecho bajo la condición de que tendrá más tarde un interés en la cosa asegurada”<sup>29</sup>, interesante norma que constituye una forma para distinguir los casos en que el interés se tiene y se exige a la época de la celebración del contrato y aquéllas en que el interés se hace exigible después.

Las normas del *Código de Comercio* argentino fueron reemplazadas por la ley 17.418, de 30 de agosto 1967<sup>30</sup>, que en relación con el tema disponen lo siguiente:

<sup>29</sup> Norma similar a la que contempla la ley alemana de 1908.

<sup>30</sup> Actualmente se encuentran pendientes de estudio en el Congreso Argentino dos proyectos de ley que la sustituyen, uno de ellos el oficial, redactado por el Estudio Domingo López Saavedra y el otro, conocido como Proyecto Baglini, redactado por el profesor Ruben Stiglitz.

“Art. 60 (Seguro de daños patrimoniales): Puede ser objeto de estos seguros cualquier riesgo si existe interés económico lícito de que un siniestro no ocurra.

Art. 128 (Seguro sobre la vida) Vida asegurable: El seguro se puede celebrar sobre la vida del contratante o de un tercero.

Menores mayores de 18 años. Los menores de edad mayores de 18 años tienen capacidad para contratar un seguro sobre su propia vida sólo si designan beneficiarios a sus ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, que se hallen a su cargo.

Consentimiento del tercero. Interdictos y menores de 14 años. Si cubre el caso de muerte, se requerirá el consentimiento por escrito del tercero o de su representante legal si fuera incapaz. Es prohibido el seguro para el caso de muerte de los interdictos y de los menores de 14 años.

Art. 129 (Conocimiento y conducta del tercero): En el seguro de vida de un tercero se tomará en cuenta el conocimiento y la conducta del contratante y del tercero”.

Se advierte en estas normas una similitud general con las legislaciones europeas romanistas, pues no exige la existencia del interés como requisito general del contrato y contempla normas, de algún modo, similares a las de Francia,

Italia y España. Pero se echa de menos una redacción más precisa y sanciones más concretas. Especialmente vago es el art. 129.

b.2. Corriente que contempla el interés asegurable en los seguros de daños y de personas como requisito de validez general

En los países que siguen el sistema legal codificado llamado “continental”, cabe citar, en primer lugar, a Chile, por ser su **Código de Comercio** de 1867, el más antiguo en vigencia, que establece que el interés asegurable es requisito general de validez para todo tipo de contratos de seguro, tal como lo establecen la doctrina y la jurisprudencia de los países anglosajones.

134 Como ya lo hemos expuesto al comienzo, dicho principio está consagrado en los artículos 518, 569 y 1.164 del **Código de Comercio**.

Adhiere a este principio el muy reciente **Código Civil** de BRASIL, que ha entrado en vigencia en el año 2002, y que al respecto contiene las siguientes disposiciones:

“Art. 757 (Disposiciones generales): Por el contrato de seguro, el asegurador se obliga mediante el pago de una prima a garantizar intereses legítimos del asegurado, relativos a su persona o contra otros riesgos pre-determinados.

Art. 790 (Seguro de personas): En los seguros sobre la vida de otros, el proponente es obligado a declarar, bajo pena

de falsedad, su interés en la preservación de la vida del asegurado.

Salvo prueba en contrario, se presume el interés, cuando el asegurado es cónyuge, ascendiente o descendiente del proponente”.

También se inscribe en este sistema la legislación de la República de COLOMBIA, cuyo **Código de Comercio** del año 1971, al igual que lo hacía el **Código** anterior de 1887 –inspirado en el de Chile–, establece que el interés asegurable es un requisito general de validez del contrato de seguro. Las actuales normas de la legislación colombiana, probablemente las más completas existentes en la legislación mundial, son las siguientes:

“Art. 1045. (Principios comunes a los seguros terrestres): Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1º El interés asegurable
- 2º El riesgo asegurable
- 3º La prima o precio del seguro; y
- 4º La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

Art. 1083 (Seguros de Daños): Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo.

Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea sus-



ceptible de estimación en dinero.

Art. 1086: El interés deberá existir en todo momento, desde la fecha en que el asegurador asuma el riesgo. La desaparición del interés llevará consigo la cesación o extinción del seguro, sin perjuicio de lo dispuesto en los Arts. 1070, 1109 y 1111.

Art. 1137 (Seguros de personas. Principios comunes): Toda persona tiene interés asegurable:

1. En su propia vida.
2. En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos; y
3. En la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de evaluación cierta.

En los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario. Los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representantes legales.

En defecto del interés o del consentimiento requeridos al tenor de los incisos que anteceden, o en caso de suscripción sobre la vida de un incapaz absoluto, el contrato no producirá efecto alguno y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas. Sólo podrá retener el importe de sus

gastos, si ha actuado de buenas fe”<sup>31</sup>.

Como se advierte, la legislación colombiana contempla al interés asegurable, primeramente, como un requisito esencial de todo contrato de seguro y sanciona con la nulidad del contrato la falta de dicho elemento, sin indicar aquí (art 1.045 del C. de C.) el momento en que se requiere su existencia.

Acto seguido, se refiere al interés asegurable en el seguro de daños, estableciendo que el interés, además de lícito, debe ser susceptible de estimación en dinero.

Precisa, luego, que el interés deberá existir en todo momento, desde la fecha en que el asegurador asuma el riesgo, y expresa que la desaparición del interés llevará consigo la cesación o extinción del seguro. Las citas a los arts. 1.109 y 1.111 tiene por finalidad hacer aplicable en estos casos la devolución de la prima que corresponda.

En cuanto al seguro de vida, teniendo en cuenta que en él también se requiere el interés asegurable; la norma señala determinadamente las fuentes de dicho interés en este tipo de seguros, expresando que toda persona tiene in-

<sup>31</sup> Es muy importante destacar que uno de los principales redactores del *Código de Comercio* de Colombia del año 1971, y desde luego el redactor de las normas atinentes al contrato de seguro que hemos reproducido, fue el destacado profesor Efrén Ossa; quien reunía la ventajosa doble calidad de ser, por una parte, abogado y profesor de Derecho Comercial y, además, directivo durante muchos años de compañías de seguros. Es decir, reunía el conocimiento teórico y práctico.



terés en su propia vida, en la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos y en la de aquéllas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de evaluación cierta.

Por último, siguiendo en este punto la doctrina generalmente aplicada en Europa, el art 1.137 establece que en los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario.

Agrega que los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representantes legales y que, en defecto del interés o del consentimiento requeridos, o en caso de suscripción de un seguro sobre la vida de un incapaz absoluto, el contrato no producirá efecto alguno y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas; pudiendo retener solamente el importe de sus gastos, si ha actuado de buenas fe.

### **c) Posición ecléctica de Bélgica y México**

A continuación, nos referiremos a dos países cuya legislación contiene elementos tanto de la doctrina anglosajona y tradicional chilena como de la imperante en la mayoría de los países continentales europeos.

Nos referiremos, primeramente, al caso de BÉLGICA, cuyos seguros se rigen por la ley sobre contrato de seguro de 1992, que al respecto establece:

Art. 37. Interés de asegurar.  
(En el capítulo de los seguros

de indemnización) El asegurado debe poder justificar un interés económico en la conservación de la cosa o la integridad del patrimonio.

Art. 48. Interés de asegurar (En el capítulo de los seguros de capitalización, o de montos – “forfaitaire”, que incluye a los seguros de vida) El beneficiario debe tener un interés personal y lícito en la no ocurrencia del evento asegurado.

Está suficientemente justificado este interés desde que el asegurado ha prestado su consentimiento al contrato”<sup>32</sup>.

Se advierte que Bélgica, si bien no contempla una norma general, común a todo tipo de seguros, de todas formas exige el interés asegurable como requisito genérico tanto en los seguros de daños como en los de montos (*forfaitaire*), incluyendo a los seguros de vida.

En estos últimos agrega, sin embargo, una solución que, ya hemos visto, es típica de la legislación común en los otros países europeos: la presunción de que dicho interés existe si el asegurado –cuya vida se asegura– ha prestado su consentimiento al contrato.

El otro país que tiene una legislación ecléctica, pero más cercana a la del Derecho continental europeo, es MÉXICO, cuya ley de Seguros es de fecha 31 de agosto de 1935, está inspirada en algún grado por la francesa, y que sobre el particular expresa:

<sup>32</sup> La traducción es nuestra.

“Art. 85 (Seguros de daños): Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser objeto de contrato de seguro contra los daños.

Art. 152 (Seguro sobre las personas): El seguro de personas puede cubrir un interés económico de cualquiera especie, que resulte de los riesgos de que trata este título, o bien dar derecho a prestaciones independientes en absoluto de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro.

Art. 156: El seguro para caso de muerte de un tercero será nulo si el tercero no diere su consentimiento, que deberá constar por escrito antes de la celebración del contrato, con indicación de la suma asegurada.

Art. 157: El contrato de seguro para el caso de muerte sobre la persona de un menor de edad que no haya cumplido los doce años, o sobre la de un sujeto a interdicción es nulo. La empresa aseguradora estará obligada a restituir las primas, pero tendrá derecho a los gastos si procedió de buena fe”.

De acuerdo con estas normas, se exige la existencia de un interés de naturaleza económica, tanto en los seguros de daños<sup>33</sup> como en principio tam-

<sup>33</sup> Se echa de menos la sanción para el caso de ausencia del interés, sobre todo porque la ley mexicana sí contempla una en las normas

bién para los de personas. Pero en estos últimos se expresa, luego, que el seguro de personas puede, también, dar derecho a prestaciones independientes en absoluto de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro.

Coincidiendo con las legislaciones europeas, la mexicana exige el consentimiento previo y escrito del tercero cuya vida se asegura, con indicación de la suma asegurada, y declara nulos a los seguros contratados sobre la vida de menores de doce años o sobre sujetos en estado de interdicción.

### 3. LAS DIFERENCIAS SON MÁS APARENTES QUE REALES

Las diferencias que acabamos de observar entre el sistema anglosajón y el sistema de Derecho continental son, sin embargo, más aparentes que reales.

En efecto, al traducirse dichas reglas, en la mayoría de los sistemas jurídicos que se rigen por el Derecho continental, en contemplar el interés asegurable como requisito aplicable a los seguros de daño, lo que se sustituye en los seguros de personas por exigir el consentimiento de la persona del asegurado, cuando el seguro es contratado por un tercero y, por otra parte, prohibir la emisión de pólizas que cubran la vida de menores y de incapaces, lo que se está haciendo en ver-

que dedica al seguro de vida. Una vez más, habría que interpretar que la utilización del verbo ‘podrá’, implica que, en caso de ausencia del interés, el tomador *no podrá* contratar un seguro, que estaría prohibido hacerlo.

dad es: protegiendo a esas personas y a la sociedad de los peligros que representa la emisión de pólizas de seguros en las cuales no exista un verdadero interés y que, por el contrario, puedan constituir un aliciente para que terceros inescrupulosos hagan lo posible para que el siniestro ocurra, en vez de tratar de evitarlo.

En esencia, el interés asegurable es un requisito aplicable a todo tipo de seguros, que se protege ya sea por la vía de estimar genéricamente que los seguros en que falte este interés son nulos o inejecutables, como es el caso de lo que expresan los códigos de Chile y de Colombia y la posición de la ley anglosajona; como lo es también por la vía de exigir en los seguros de personas el consentimiento del asegurado para emitirlos y de prohibir derechamente la emisión de seguros sobre la vida de terceros, que son menores o incapaces y que no pueden estar en situación de velar por su propia seguridad.

La doctrina internacional se ha encargado de enfatizar, en diversos textos, la circunstancia de que las diferencias entre los sistemas examinados precedentemente son más aparentes que reales y que, en realidad, el elemento del interés subyace en todo tipo de seguros. Al efecto, por su claridad, nos permitimos reproducir lo que ha señalado al respecto el profesor Fernando Sánchez Calero en su obra *Ley de contrato de seguro*<sup>34</sup>:

“El interés no es un elemento exclusivo de estos seguros

(seguros de daños), sino de todos ellos. También en los seguros de personas ha de existir un interés determinado, pues sin ese elemento el seguro se transformaría en una apuesta. La presencia del interés se manifiesta no sólo en los seguros de enfermedad, de asistencia sanitaria o de accidentes, sino también en el seguro de vida. Lo que sucede es que, en buena parte de estas modalidades del contrato de seguro, el interés asegurado influye en una forma diversa en el régimen de la relación jurídica, ya que la prestación monetaria del asegurador ha sido determinada en forma previa, en el momento de la conclusión del contrato. La suma asegurada en estos contratos no opera simplemente como límite de la indemnización, sino que ésta, en general, no se ve influida por la cuantía efectiva del daño, es decir, la lesión del interés cuando se produzca el evento previsto en el contrato, sino por la estimación del valor del interés que han efectuado las partes al concluir el contrato. En estos seguros de personas, en los que se pacta el abono de unas determinadas sumas cuando se produzca el evento asegurado, hace irrelevante en la disciplina de la relación la determinación del valor de la lesión del interés en el momento en que se produzca el siniestro. Pero no sucede lo mismo

<sup>34</sup> (n. 6), p. 437.

con la existencia de ese interés cuando el contrato debe iniciar la producción de sus efectos. La existencia del interés asegurado es, en ese momento, tan importante para los seguros de daños como los de personas. Lo que sucede es que aquí se presume que el asegurado tiene interés por su propia persona. Únicamente esto no sucede en el supuesto de un seguro sobre la vida de un tercero. En tal caso hace falta el consentimiento de éste, salvo que pueda presumirse de otra forma su interés por la existencia del seguro.

Por todo ello, aún siendo el interés un elemento común a todo contrato de seguro, donde ciertamente adquiere una significación particular, es en el seguro contra daños”.

Un criterio idéntico sostiene el profesor Hans Möller en su ponencia titulada “Las modernas orientaciones sobre el concepto jurídico del seguro”, presentada al Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros, organizado por AIDA y realizado en Roma en 1962. Para él, con independencia de las diferencias que presente la aproximación legislativa en cada uno de los países y respecto de las diferentes ramas de los seguros, la exigencia del interés asegurable es “una concepción central del derecho de seguros”<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Citado por OSSA, Efrén, *Teoría general del seguro: el contrato*, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis, pp. 67 y 91.

Conviene tener presente que esta idea la defiende un profesor de Derecho de Seguros, que proviene de un país –Alemania– que al igual que España no establece el requisito del interés asegurable como condición general de validez del contrato<sup>36</sup>.

Por otra parte, para justificar el diferente trato que al interés asegurable le asignan los países que siguen el sistema del Derecho continental, en los seguros de daños respecto al que le asignan en los seguros de personas, es importante destacar la diferente naturaleza que presenta en los seguros de vida el interés.

En efecto, en los seguros de personas no se trata de un interés pura y exclusivamente económico, sino que resulta suficiente que exista un interés de tipo moral, o sea, una relación de afecto que torne no deseable la muerte del asegurado y, por supuesto, evitar que, por su ausencia, el contrato de seguros se convierta en una mera apuesta.

Las leyes que rigen los seguros en los países que siguen el sistema de Derecho continental, en general, prescinden del interés como principio o elemento general de validez del contrato y, como hemos dicho, lo sustituyen por la exigencia del consentimiento del asegurado en los seguros sobre la vida de un tercero.

Pero, como señala Antígono Donati<sup>37</sup>, el consentimiento del asegurado no

<sup>36</sup> GABLER, Th., *Versicherungsvertragsrecht*, 3ª ed, Alemania, Wiesbaden, 1977.

<sup>37</sup> Que también proviene de un país –Italia– que no contempla el interés asegurable como requisito general de validez del seguro.

desplaza al sistema del interés, pues, en el fondo, lo presupone, permitiendo eludir los inconvenientes de la difícil demostración de su existencia.

En resumen, el interés asegurable en el seguro de personas, en los ordenamientos que lo imponen, si bien participa de la noción general del interés de evitar que un siniestro no ocurra o de exigir al asegurado preocupación efectiva “en la conservación de la cosa asegurada”, como lo manifiesta el art. 518 de nuestro **Código de Comercio**; difiere de la noción del interés que se contempla para los seguros de daños en que no reviste carácter exclusivamente económico, sino, también, afectivo o moral y, por ello, no sirve de medida de la prestación a pagar por el asegurador, ni constituye la traducción económica de la relación que vincula a dos personas. Cuando se exige, aparece como una pura relación que aleja la posibilidad de que se produzca el siniestro<sup>38</sup>.

#### 4. NATURALEZA DEL INTERÉS ASEGURABLE EN GENERAL Y EN LOS DISTINTOS TIPOS DE SEGUROS

Sobre la base del estudio de las diferentes corrientes doctrinarias y su expresión en la legislación mundial, en los párrafos que siguen analizaremos las diferentes ideas o soluciones que se han

propuesto en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación mundial, en los distintos aspectos relacionados con la noción del interés asegurable y sus respectivos fundamentos, para terminar con una proposición concreta de las normas que nos parecen las más adecuadas.

Partiremos por examinar, en este párrafo en particular, el tema de la naturaleza que tiene el interés asegurable, es decir, si constituye o no, por razones de principio, o por conveniencia práctica, el carácter de elemento esencial del contrato, cuya ausencia acarrea la nulidad del contrato de seguro; o si, por las mismas razones, es posible optar por una solución diferente.

Al enfrentar este tema, es preciso tener en cuenta que para un autor chileno, que, además, tiene muy claro y acepta como un hecho el peso universal que tiene la doctrina anglosajona en la institución del seguro; resulta muy difícil sostener una solución que va en contra de ella, y también, de lo que ha sido el principio del interés asegurable en Chile desde 1867 hasta la fecha; peor aún, cuando la doctrina chilena ha tenido, hasta ahora, una fuerte influencia en el resto de los países de la región.

Sin embargo, un factor facilita, a nuestro juicio, la tarea de optar por una solución diferente, como es la que propugnaremos: como hemos afirmado precedentemente, con fuerte apoyo en la doctrina internacional, el interés asegurable no es sino un requisito ligado a otro elemento de mayor importancia, aun, para la eficacia del contrato de seguro: el riesgo, y con vínculos, en los seguros reales, muy estrechos también, con el principio de indemnización.

<sup>38</sup> Con excepción de la ley colombiana, que sigue fiel a la doctrina tradicional, que siempre ve justificado el seguro de vida en un interés económico “aunque no sea susceptible de evaluación cierta”.

Por otra parte, dentro del terreno de la teoría general del contrato, fuera de los casos en que la ley establece otra cosa, por naturaleza son elementos esenciales de un contrato aquellos sin los cuales el contrato no existe o degenera en otro diferente<sup>39</sup>. Sin precio, la compraventa podrá ser una donación, pero no una compraventa.

Pues bien. Si nos detenemos a pensar cuáles son los elementos esenciales, propios del contrato de seguro, llegaremos a la conclusión, siguiendo cualquier definición del mismo, que sus elementos esenciales son la existencia de un riesgo, la obligación del asegurador de indemnizar al asegurado en caso de que dicho riesgo se realice y la prima o precio que el asegurado se obliga a pagar al asegurador por esta cobertura. De un modo muy revelador, el interés asegurable no existe ni siquiera en la definición legal del contrato<sup>40</sup>.

En consecuencia, proponemos que en las normas comunes a todos los seguros se excluya al interés asegurable de los requisitos de validez del contrato, por una norma que contemple, en este carácter, solamente, al riesgo, la prima y la obligación condicional de

indemnizar, con una redacción como la que indicamos a continuación:

“Art. ...Son requisitos esenciales del contrato de seguro el riesgo asegurado, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador de indemnizar.

La falta de uno o más de estos elementos acarrea la nulidad absoluta del contrato”.

Proponemos, asimismo, que el interés asegurable se regule separadamente para los seguros de daños y de personas, en atención a su particular naturaleza, y sugerimos una redacción de textos en el párrafo N° 10, luego de que, en los que siguen, procedamos a examinar los factores que hay que tener en consideración para llegar a dicha redacción.

## 5. PARTICULARIDADES

### DEL INTERÉS ASEGURABLE EN LOS SEGUROS DE DAÑOS Y EN LOS DE PERSONAS

Existe absoluta unanimidad en la doctrina y en la legislación mundial, en considerar que el requisito del interés asegurable es indispensable y necesario para determinar la eficacia de los derechos del asegurado a la hora de los siniestros que afectan a los seguros de daños. También existe unanimidad en la idea de que ese interés debe ser de contenido económico. No existe unanimidad, sin embargo, respecto a si es indispensable su existencia al momento mismo de la contratación, ni tampoco sobre la forma que debe revestir la sanción por su ausencia.

<sup>39</sup> “Entre los elementos esenciales (de un contrato) hay algunos que deben figurar en toda clase de actos: son los elementos esenciales comunes –la voluntad, el objeto–. Hay otros que son sólo indispensables para la existencia de ciertos actos, no siendo necesarios ni figurando para nada en la vida de los otros”. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA ÚNDURRAGA, M., *Deudo Civil*, 4ª ed., Santiago, Editorial Nascimento, 1971, t. I, p. 322.

<sup>40</sup> Tampoco existe en la inmensa mayoría de otras definiciones legales y doctrinales.



En los seguros de daños, el interés en evitar los riesgos, que se exige a la persona del asegurado, adquiere una dimensión económica, actual o futura, pero concreta; su aplicación excluye la posibilidad de que el seguro se convierta en una mera apuesta y funciona ligado al principio de indemnización como medida de la compensación que el asegurado tiene derecho a reclamar del asegurador.

La situación es diferente en los seguros de personas y muy particularmente en los de vida.

Se dice a menudo que toda persona tiene un interés asegurable en su propia vida. Sin embargo, ello no significa que tenga un interés pecuniario en su propia vida. Nadie espera sufrir una pérdida pecuniaria como resultado de su propia muerte, pues la muerte significa, precisamente, el fin de todos los objetivos o aspiraciones terrenales.

El principio apunta a que la persona que toma un seguro sobre su propia vida, tiene interés cierto en cuidarla; tiene la preocupación de que el beneficiario reciba a su muerte una suma de dinero, y también tiene el poder de designar a cualquier beneficiario, porque se presume que nadie va a designar un beneficiario que tenga la intención de matarle. Por ello, prácticamente en todas las legislaciones, no es necesario que el beneficiario designado por el propio asegurado que contrata un seguro sobre su propia vida, tenga ni deba demostrar tener interés asegurable.

No obstante, la regla, de que toda persona tiene un interés asegurable en su propia vida y la facultad de designar

sin limitación alguna al beneficiario, no se aplica en los países anglosajones de una manera rígida y sin excepción alguna. En efecto, si una tercera persona nombrada como beneficiario, ha entusiasmado al asegurado a tomar la póliza sobre su propia vida y paga la prima, algunas cortes, según las circunstancias de cada caso, pueden anular la póliza como juego o apuesta. Empero, para que dichas cortes tomen esta decisión, el beneficiario debe carecer de interés, tanto económico como familiar, en la continuación de la vida del asegurado<sup>41</sup>.

Pero ésta es una excepción que no hace más que confirmar la regla general, de que cuando es el asegurado quien contrata la póliza y designa al beneficiario, no se requiere probar el interés asegurable.

Distinta es la situación cuando quien contrata el seguro es un tercero, aquí la doctrina y la legislación internacional se dividen en el tratamiento del tema, como lo hemos examinado en el N° 2 de este trabajo, pero no en el principio subyacente, sino en la solución a que arriban por caminos separados.

El principio consiste, sin duda, en que en los seguros de vida contratados por un tercero, sobre la vida del asegurado, se encuentra el germen de un peligro muy serio: que el seguro se contrate como una mera apuesta o, peor aún, con el propósito de obtener un lucro a costa de un siniestro intencional, que supone nada menos que la muerte del asegurado.

<sup>41</sup> JERRY (n. 15), pp. 196-197.



Hemos visto que en los países anglosajones y en los que siguen al **Código de Comercio** chileno de 1867, el principio consiste en exigir, nuevamente, el interés “efectivo” del tercero, en la conservación de la vida que se asegura; interés que puede ser también económico<sup>42</sup>, como el que tiene el empleador en la conservación de la vida de un empleado valioso para su actividad empresarial o meramente afectivo, como el que tienen los parientes cercanos entre sí. Es por ello que en esta corriente de pensamiento, la exigencia del interés asegurable se traduce en calificarlo como requisito general de validez para todo contrato de seguro, que se encuentra consagrado en las normas generables aplicables al contrato.

En los países que siguen el denominado sistema de Derecho continental europeo, la aprensión que despiertan los seguros de vida contratados por terceros se ha traducido en reglas más concretas.

En primer lugar, se exige, para la validez del contrato, el consentimiento del asegurado, con indicación de la suma asegurada. En una legislación, la española, está contemplada una excepción que estimamos acertada en esencia, aunque presente dificultades de aplicación: no es necesario el consentimiento del asegurado cuando el seguro es contratado por un tercero ligado de tal modo con el asegurado, que sea razonable suponer que efectivamente existe el interés en la conservación de su vida.

<sup>42</sup> Aunque no tenga la dimensión concreta y cuantificable a que alcanza el interés en los seguros de daños.

En segundo término, se prohíbe y se sanciona con la nulidad, la contratación de seguros sobre la vida de menores de edad y de incapaces.

Para nosotros, que nos declaramos decididos partidarios de resguardar al interés asegurable –ligado al riesgo– como elemento de primera importancia en la contratación de los seguros, resulta más efectivo proteger tal objetivo, en lugar de principios generales, mediante las reglas concretas y precisas que acabamos de mencionar, que, sin duda, apuntan a dicha finalidad; como se han encargado de destacarlo Sánchez Calero, Antígono Donati y Hans Möller.

#### 6. OPORTUNIDAD EN QUE DEBE EXISTIR EL INTERÉS ASEGURABLE

Un aspecto de mucha relevancia es aquél que se relaciona con la oportunidad en que debe existir el interés asegurable. Ya hemos visto que en el Derecho chileno, en que el interés asegurable es un elemento esencial del seguro, cuya falta lleva la nulidad del contrato, la norma general (art. 518) exige que exista al tiempo de la contratación. En el párrafo destinado al seguro de vida, el **Código** no dice nada, de lo que se colige que cabe aplicar la norma general del art. 518; y en aquél que se refiere al seguro marítimo, la normativa concreta otra solución, pues, si bien expresa primeramente la exigencia genérica del interés (art. 1.164), señala, luego, que el asegurado “solo debe justificar su interés asegurable en la época en que ocurra la pérdida o daño a la cosa asegurada” (art. 1.165).

En la legislación codificada que hemos examinado en el párrafo 2, hay distintas soluciones, aun cuando la mayoría requiere, al igual que la legislación chilena, la existencia del interés asegurable a la época de contratar, con excepción del seguro marítimo en que es preciso acreditarlo a la época del siniestro.

Sin embargo, en una de las legislaciones que hemos analizado, la de Alemania, existe una regla que amplía las posibilidades, al contemplar que es posible postergar la exigencia a una época futura, si el seguro se ha contratado para cubrir un riesgo que ha de sobrevenir o correrse en el futuro.

Por otra parte, no está conforme la doctrina europea, al menos parte muy importante de ella, con la solución legal de que el requisito del interés en los seguros de daños, deba existir solamente a la época de la celebración del contrato de seguro; sino, más bien, se pronuncia sobre la necesidad de que tal interés subsista hasta el mismo momento en que se reclame la indemnización de un siniestro.

El profesor Fernando Sánchez Calero coincide con la posición de que el interés asegurable debe existir a la época del contrato o la fecha futura fijada en él, como también al momento del siniestro. Expresa:

“Conviene advertir que la existencia del interés no puede limitarse al momento inicial de la vida de la relación jurídica, sino que ha de pervivir durante toda ella como se trasluce del propio artículo 25, cuando se refiere al interés del asegurado a la indem-

nización del daño. La desaparición del interés en un momento posterior produce también efectos en la eficacia sucesiva de la relación. Pero es un caso no contemplado en el artículo 25, si bien el artículo 34 alude al problema al contemplar el supuesto de transmisión del objeto asegurado. El artículo 25 se ocupa de la falta de interés inicial, aun cuando conviene hacer una referencia a lo que sucede con la falta de interés sucesiva”<sup>43</sup>.

Y añade:

“Si el interés existe en este momento (la fecha de celebración del contrato), pero después desaparece, nos hallamos ante un supuesto de falta sucesiva del interés, que era contemplado en los Anteproyectos de 1969 y 1970, pero sobre el que tanto el Proyecto del Gobierno como la LCS han guardado silencio. En tal hipótesis ha de entenderse que el contrato, en principio es válido, más cuando se produce la falta de interés surge una causa de extinción de la relación aseguradora. Tal supuesto –a mi juicio– no puede equipararse a la nulidad a la que se refiere el artículo 25, sino a una causa de resolución del contrato, que ha de operar en el mismo momento en que el tomador del seguro o el asegurado notifique al ase-

<sup>43</sup> (n. 6), p. 442.

gurador la cesación del interés. Por otro lado, está claro que, si falta el interés, no puede producirse un siniestro, de forma que a partir de la cesación del interés, el asegurador queda liberado de la obligación de garantía con relación al asegurado.

Si cesa el interés, se produce, como digo, una causa de resolución del contrato, que operará desde el mismo momento en que falte el interés. La cobertura del riesgo termina en ese momento. Con relación al pago de la prima, ante el silencio de la LCS en este punto, habrá de entenderse que en este caso –por aplicación del principio de la indivisibilidad de la prima– el asegurador tiene derecho a la prima correspondiente al periodo en que el interés ha cesado. Lo que, por otro lado, implica que si se produce la desaparición del interés, aunque el tomador del seguro omita la comunicación de este hecho al asegurador, éste no podrá pretender el cobro de la prima que corresponda al periodo siguiente”<sup>44</sup>.

La doctrina europea discrepa respecto a los efectos de la falta del interés, pero no sobre el resultado que se persigue: careciendo de interés al momento de producirse el siniestro, el asegurado no puede cobrar una indemnización al amparo de la póliza, ya sea que se estime que el contrato es nulo, ineficaz o que opera su terminación.

<sup>44</sup> *Vide* (n. 6), p. 444.

Examinaremos, a continuación, el tratamiento del punto que analizamos, bajo el sistema del *common law*:

- a) En el seguro de vida se sostiene comúnmente que el interés asegurable debe existir al tiempo de la celebración del contrato y que la falta de interés a la época de la muerte del asegurado es irrelevante.

Se da, algunas veces, aplicación a la doctrina que exige el interés asegurable a la época de la pérdida, en los casos donde el interés pecuniario desaparece después de la formación del contrato; pero esos casos son de rara ocurrencia y menor importancia, por regla general, atendida la circunstancia de que el propietario de la póliza, está en situación de cambiar al beneficiario.

- b) En los seguros reales, que cubren bienes, la mayoría de las cortes inglesas y americanas adhieren a la regla de que el interés asegurable debe existir o justificarse únicamente a la época de la pérdida. Pero hay muchos casos en que, basándose en un antiguo precedente inglés, algunas cortes americanas han exigido la existencia del interés asegurable tanto a la época de formación del contrato como a la época de la pérdida<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Se menciona frecuentemente una frase escrita por *lord* Chancellor Hardwicke en la sentencia del caso *Sadlers Co v. Beadcock* como aquella que estableció la regla de que en los seguros que cubren propiedades (seguros de daños, en nuestra nomenclatura), es necesario que el asegurado tenga el interés asegurable tan-

Por otra parte, el UCC, contiene normas específicas relativas al interés asegurable en las mercaderías objeto de una venta, las que por regla general, ligan la existencia de tal interés con la persona sobre la cual recae la obligación contractual o legal de responder por la pérdida de tales bienes, que, por lo tanto, es la que tiene que demostrar el interés asegurable a la época de la pérdida<sup>46</sup>. Dicho de otra forma, el interés y la obligación de demostrarlo pesan sobre la persona en quien recae el riesgo de la cosa vendida, que se regula de una manera distinta en el UCC y en la convención de Viena, sobre compraventa internacional de mercaderías, que en nuestro Derecho<sup>47</sup>.

- c) En los seguros de responsabilidad, las cuestiones relativas al interés asegurable no son particularmente importantes.

La mayoría de las cortes inglesas y americanas sostienen que el seguro de

responsabilidad, como otras clases de seguro, deben fundarse en un interés asegurable. Sin embargo, la esencia de un seguro de responsabilidad es proveer de cobertura por la responsabilidad legal en que uno puede incurrir en relación con otros; y el asegurado siempre tiene interés en protegerse contra esta responsabilidad, de modo que es evidente que no se justifica la contratación del seguro si el asegurado no está afecto a alguna responsabilidad, ni podrá haber siniestro –al menos uno cubierto por la póliza–, si el asegurado ha dejado de estar expuesto a ella<sup>48</sup>.

#### 7. EFECTOS QUE CONLLEVA LA FALTA DEL INTERÉS

El *Código de Comercio de Chile* contempla como sanción por la falta del interés asegurable, la nulidad absoluta del contrato de seguro. El mismo criterio siguen, en general, los países del sistema legal continental codificado, con varias excepciones que hablan generalmente de ineficacia o de la pérdida del derecho del asegurado a exigir la indemnización.

En el Derecho anglosajón se presenta la misma dualidad de soluciones: faltando el interés asegurable la póliza o es nula o *unenforceable*, es decir, que no se puede hacer efectivo su cumplimiento.

Declarada la nulidad de la póliza o ante la pérdida del derecho del asegurado a hacerla efectiva para cobrar un siniestro, la mayoría de las legislacio-

to a la época de contratar el seguro como también a la época de la pérdida. KEETON, Robert E. y WIDISS, Alan, *Insurance Law*, Saint Paul, Estados Unidos, Editorial West Publishing Co., 1988, p. 153.

<sup>46</sup> JERRY (n. 15), p. 192.

<sup>47</sup> El art. 1.820 del *Código Civil* chileno pone de cargo del comprador el riesgo de la cosa “desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa”. El UCC y la convención de Viena, sobre compraventa internacional de mercaderías, regulan esta materia de una manera distinta, adjudicado el riesgo a aquella de las partes que está tanto en posesión material de la cosa como encargada de su cuidado, su transporte y de asegurarla.

<sup>48</sup> *Vide* JERRY (n. 15), p. 193.

nes establecen que corresponde al asegurador devolverle al asegurado la prima, con retención del importe de los gastos del contrato. En una de ellas, la colombiana, se hace una razonable diferencia entre lo que ocurre en los seguros de daños y los de personas.

En los países del *common law*, conforme a sus particularidades, por lo general tampoco hay a este respecto normas legales, sino reglas que emanan de las decisiones judiciales. En estos países, algunas veces los aseguradores ofrecen voluntariamente la devolución de las primas, cuando rechazan un reclamo sobre la base de la falta del interés asegurable. La oferta la hacen, probablemente, en la esperanza, ya sea, de evitar el reclamo del asegurado o los beneficiarios, o para mejorar su imagen como aseguradores y, por lo tanto, aumentar las posibilidades de una defensa judicial exitosa frente al reclamo.

Hay relativamente pocos fallos judiciales relacionados con el tema de si el asegurador es obligado a devolver las primas que han sido pagadas por un asegurado al cual le falta el requisito del interés asegurable. No hay muchas instancias en las cuales las cortes hayan enfrentado la cuestión de si un asegurador que exitosamente evita pagar un reclamo sobre la base de la ausencia del requisito del interés asegurable es obligado o no a devolver las primas que fueron pagadas por la póliza de seguro<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> KEETON y WIDDISS (n. 45), pp. 160-161. En todo caso, la devolución de las primas pagadas, ofrecida por los propios aseguradores, hace más fácil aceptar la idea de aceptar la ineficacia del contrato por falta de interés asegurable. Como una cuestión propia de litigación estra-

Algunas cortes se han sentido molestas por la inequidad que significa permitir a un asegurador cobrar primas y posteriormente defenderse contra un reclamo sobre la base de la falta del interés asegurable, de modo que resuelven los incidentes que se plantean alegando un enriquecimiento injusto, ordenando la devolución de las primas cobradas con intereses cuando un contrato de seguro ha sido declarado inaplicable. Otras decisiones judiciales han resuelto el asunto, sosteniendo que el asegurado puede recobrar las primas pagadas, sólo cuando de buena fe creía que el contrato de seguro era válido. Unas pocas decisiones, sin embargo, han ido al extremo opuesto, de denegar un recobro de primas, aun, a pesar de que la adquisición del seguro fue hecha de buena fe en cuanto a la validez del contrato de seguro, incluso, en unos pocos casos en que la contratación fue inducida erróneamente por los agentes del asegurador<sup>50</sup>. Pero estos casos son los menos.

Es posible concluir, entonces, en que, de una u otra forma, resulta corriente en todo el mundo, que cuando el contrato de seguro resulta nulo o ineficaz

gica, sin embargo, aparece que muchos abogados –de los asegurados–, no incluyen en sus demandas, peticiones para la devolución de las primas, seguramente porque ellos no quieren suministrar a las cortes una oportunidad de llegar a un fallo basado en un compromiso semejante –declarar la ineficacia del contrato, pero ordenar la devolución de las primas–.

<sup>50</sup> Un fallo llegó hasta el extremo de denegar la devolución de primas solicitada, a pesar de que los agentes de seguro obraron fraudulentamente al inducir al asegurado a contratar el seguro sin tener interés asegurable.

por falta de interés asegurable, se procede a la devolución de las primas pagadas por el asegurado.

#### 8. TITULAR DEL DERECHO A ALEGAR LA FALTA DE INTERÉS ASEGURABLE

Una cuestión importante radica en determinar si aparte del propio asegurador, hay alguien más que pueda alegar la falta del interés asegurable<sup>51</sup>.

La mayoría de las cortes americanas adhieren a la posición de que sólo el asegurador tiene derecho a oponer la falta de interés asegurable. Aun cuando la regla se enuncia con amplitud, tiene escasa aplicación fuera del ámbito del seguro de vida.

148

En los seguros sobre bienes o de responsabilidad –vale decir, en todos los ramos que nuestra doctrina identifica como seguros patrimoniales–, un tercero no tiene motivo ni razón para alegar la falta del interés asegurable, desde que alguien, que es una tercera parte, no tiene nada que ganar invalidando la póliza que pertenece a otra persona. Por otra parte, la regla, de que sólo el asegurador puede alegar la falta de interés asegurable, se deriva de la noción de que sólo quien es una de las partes del contrato tendría derecho a alegar un hecho que vicia o afecta al contrato. Para un tercero el asunto es *res inter alias acta*<sup>52</sup>.

Pero tratándose del seguro de vida, no tiene sentido impedir que un asegurado designado por un tercero trate de cancelar la póliza luego de descubrir que alguien, sin interés asegurable sobre su vida, ha tomado una póliza sin obtener su consentimiento, ya que es precisamente el asegurado la persona cuya vida puede estar en riesgo debido a tal acuerdo.

Un caso más difícil se presenta cuando el asegurado designado previamente consciente en la emisión de la póliza a una persona que posee interés asegurable en la vida del individuo, pero ese interés se ha extinguido y el asegurado desea ahora que la póliza se cancele. En estos casos, parece ser de toda justicia aceptar la tesis de que la persona sobre cuya vida se ha contratado un seguro de vida, siempre puede solicitar la cancelación de la póliza si se ha perdido el interés del tercero en su conservación. En este caso, la justicia se concilia enteramente, además, con el orden público.

En algunas decisiones de las cortes inglesas y americanas se ha permitido, en ciertos y determinados casos, que terceras partes puedan alegar la pérdida del interés asegurable<sup>53</sup>.

La mayoría de las cortes americanas han sostenido que el asegurador no puede renunciar al requisito del interés asegurable y de ejercer el derecho a anu-

<sup>51</sup> No nos referiremos aquí, porque se trata de otro tema, al derecho del asegurado que ha perdido el interés asegurable para requerir la cancelación o terminación anticipada del contrato de seguro.

<sup>52</sup> Esto es algo paradójico, toda vez que la doctrina del interés asegurable evolucionó en

el Derecho anglosajón, para proteger al público de los contratos de juego o apuesta y eliminar los incentivos a la destrucción de la propiedad o las vidas, no para proteger los intereses de los aseguradores.

<sup>53</sup> *Vide* JERRY (n. 15), p. 201.



lar o cancelar una póliza por falta de tal interés, dejando, incluso, de lado a la férrea aplicación de la teoría del *estoppel*, conocida en la doctrina nacional como la teoría de los actos propios –*venire contra factum proprium*–<sup>54</sup>.

La cuestión se presenta usualmente de la siguiente manera: el asegurado o el beneficiario reclama un siniestro, el asegurador rechaza el reclamo sobre la base de que el asegurado o el beneficiario carece de interés asegurable, y éstos responden al rechazo alegando que el asegurador ha efectuado alguna declaración o hecho algo que implica una renuncia a alegar la excepción de falta de interés asegurable, que detiene –*estop*– de donde proviene la expresión ‘*estoppel*’– su derecho a alegar tal defensa<sup>55</sup>.

Constituye una materia sobre la cual existen sustanciales desacuerdos en los precedentes judiciales del *com-*

*mon law*, el punto relativo a si las razones de orden público que sustentan la doctrina del interés asegurable, particularmente el hecho de que constituye un interés social el evitar las circunstancias que puedan inducir a la destrucción de la vida o la propiedad, tienen mayor valor y prevalecen, o no, por sobre las consideraciones y fundamentos en que se apoya la doctrina del *estoppel*. Hay muchas decisiones judiciales que sustentan la idea de que la aplicación del interés asegurable no puede ser dejada de lado ni, aun, invocando la teoría del *estoppel*, revelando la enorme fuerza que el principio del interés asegurable tiene en el Derecho anglosajón. Hay, también, decisiones que adoptan la posición que la doctrina del *estoppel* es aplicable plenamente, y prevalece, en este contexto; como también muchas cortes han tomado una posición intermedia que sostiene que, aun cuando un asegurador no está privado del derecho a exigir un interés asegurable completo, una vez que se demuestra que el asegurado tiene algún tipo de interés asegurable, el asegurador está impedido de presentar una defensa basada en el razonamiento de que el interés asegurado vale menos que el monto del seguro establecido en la póliza. Aun cuando las opiniones judiciales frecuentemente no hacen una clara distinción entre estas tres aproximaciones, la posición intermedia parece reflejar el sentir más común<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Vide JERRY (n. 15), p. 194. La doctrina del *estoppel* consiste en que las partes están impedidas por sus propios actos de reclamar un derecho en detrimento por otra parte que está en el derecho de confiar en tal conducta y que ha actuado conforme a ella. (Graham v. Asbury, 112 Arizona. 184, 540 P.2d 656, 658). Un principio que establece que un individuo está impedido de denegar, o de alegar o afirmar cierto hecho, como consecuencia de su conducta previa, alegaciones o negativas. Una doctrina que sostiene que una posición, actitud o curso de acción inconsistente, no puede ser adoptada para causar daño o pérdida a otro. (Brand v. Farmers Mut. Protective Assurance of Texas, Texas. Civ. App, 95 S.W.2d 994, 997). Sentencias tomadas de *Black's Law Dictionary - Unabridged*, 6ª ed., Saint Paul, Estados Unidos, Editorial West Publishing Co., 1990, p. 551.

<sup>55</sup> JERRY (n. 15), p. 194.

<sup>56</sup> KEETON y WIDISS (n. 45), pp. 158 -159.



9. EMISIÓN DE PÓLIZAS DE SEGURO DE VIDA A PERSONAS QUE NO TIENEN INTERÉS EN LA VIDA DEL ASEGURADO Y EL PAPEL DEL CONSENTIMIENTO

En algunos casos ventilados ante cortes americanas, se ha discutido, incluso, sobre la posibilidad de considerar responsable al asegurador, por haber vendido una póliza de seguro de vida a alguien que carece de interés asegurable en la vida del asegurado, en circunstancias en las que se alegó que la emisión de la póliza contribuyó a la muerte del asegurado.

La importancia que tiene el requerimiento del consentimiento del asegurado, previo a la emisión de la póliza sobre su vida solicitada por un tercero, como una forma de prevenir tal funesto resultado, quedó de manifiesto en el caso *Ramey v. Carolina Life Insurance Co.*, en el cual la cónyuge obtuvo una póliza de seguro sobre la vida de su marido sin el consentimiento de éste y luego trató de envenenarlo para cobrar el seguro. El marido, salvado de la muerte, demandó a la compañía aseguradora porque su negligencia en obtener su consentimiento facilitó las posibilidades de su cónyuge de atentar contra su vida. La Corte determinó que el asegurador tiene que “usar un grado razonable de diligencia para no generar una situación que pueda constituir un estímulo para el asesinato”<sup>57</sup>.

Sin embargo, hay que tener presente que, como todas las cosas que regula el Derecho, el consentimiento previo del asegurado no resuelve todas las situa-

ciones conflictivas que pueden presentarse. En los Estados Unidos se presentó un caso en que el propio asegurador fue quien alegó la falta de consentimiento del asegurado para obtener la ineficacia del seguro y la Corte denegó la alegación y sostuvo que la póliza era válida. Se trataba de un caso en el que los padres de un soldado en servicio en Vietnam habían asegurado la vida de su hijo sin su consentimiento y completaron la solicitud de seguro y la entregaron al asegurador junto con la primera prima el 14 de febrero. La Compañía notificó el 17 del mismo mes que la póliza estaba aprobada y en vigencia desde el 14 de febrero, fecha de la solicitud y resultó que a las 01:00 hrs. de ese mismo día 14 de febrero, sin que sus padres lo supiesen, el hijo asegurado había muerto en combate. El asegurador denegó responsabilidad por falta de consentimiento del asegurado e intentó devolver la prima, pero la Corte resolvió que el seguro era válido, debido a que la Compañía había aceptado esa forma de comercializar sus seguros<sup>58</sup>. Agregó, además, como lo señala expresamente la ley española, que en relaciones cercanas de familia, debe presumirse el consentimiento del asegurado para la adquisición de una póliza sobre su vida (*Dixon v. Western Union Assurance Co*)<sup>59</sup>.

Queda sentado, sin embargo, que, como lo demuestra la doctrina y la mayoría de la legislación continental y el *common law* anglosajón, la obtención del

<sup>57</sup> *Vide* JERRY (n. 15), p. 204.

<sup>58</sup> Este caso constituye, también, un ejemplo de aplicación concreta de la doctrina del *estoppel*.

<sup>59</sup> *Vide* JERRY (n. 15), p. 205.

consentimiento del asegurado, cuando los seguros que cubren la vida son contratados por un tercero, es una forma muchísimo más concreta y eficaz de proteger el interés asegurable, que la exigencia genérica y meramente formal de la existencia del interés como condición de validez del seguro.

10. PROPUESTA DE REGULACIÓN  
DEL INTERÉS ASEGUABLE EN LOS SEGUROS  
DE DAÑOS Y DE PERSONAS

Sobre la base de los antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales que anteceden, y manifestada con anterioridad, en el párrafo N° 4, nuestra opción por excluir el interés asegurable de las normas que rigen la regulación general del contrato de seguro, como elemento esencial de validez, presentamos, a continuación, nuestra propuesta de normas referentes a esta institución en los capítulos de la ley que regulen los seguros de daños y los seguros de personas.

“Art. \_\_\_\_ (Para el seguro de daños): Toda persona que tenga un interés patrimonial, presente o futuro, lícito y estimable en dinero, puede celebrar un contrato de seguros contra daños.

Si carece de interés asegurable a la época de sobrevenir un siniestro, el asegurado no podrá reclamar la indemnización. Pero podrá pedir al asegurador la devolución de las primas pagadas, con deducción del importe de los gastos del contrato”.

**Comentarios**

El inciso primero de la norma propuesta no define el interés, porque ello está hecho en el art. 513 del **Código de Comercio**, pero contempla la necesidad de que el asegurado lo tenga, para que pueda contratar el seguro, como antecedente necesario para el resultado que acarrea la falta de tal interés, que regula el inciso segundo.

Establece la norma las características que debe tener el interés en este tipo de seguros, a saber: patrimonial, lícito y estimable en dinero y, además, contempla que puede existir, tanto a la época de la celebración del contrato como en el futuro.

En el inciso segundo se establece la consecuencia para el caso de que no exista el interés a la época del siniestro: el asegurado no podrá reclamar la indemnización o, dicho en otros términos, el beneficio del seguro.

Como se advierte, la norma propuesta no utiliza el concepto de la nulidad absoluta, reservado sólo para los casos en que se infrinja un requisito esencial del contrato, y en nuestra proposición el interés asegurable ha dejado de serlo, y lo hemos reemplazado por la consecuencia de privar al asegurado del beneficio de la indemnización, que es la sanción adecuada a un caso en el cual la falta de interés patrimonial en la cosa asegurada, hace imposible argumentar haber sufrido un perjuicio económico que deba ser indemnizado<sup>60</sup>. La falta de interés que lleve a este

<sup>60</sup> Como hemos dicho anteriormente, aun, sin una solución legal de este tipo, el asegura-

resultado debe ser, necesariamente, total, de modo que los casos en que el asegurado tenga o conserve un interés incompleto, no pueden conducir a la ineficacia absoluta del seguro, sino, simplemente, a una reducción proporcional de la indemnización; materia que debe estar regulada por otras normas de la ley y a las cuales nos referimos en el N° 11. Por último, en el caso en que haya lugar a la aplicación de la privación de la indemnización al asegurado, éste tiene derecho a reclamar al asegurador la devolución de la prima, con deducción de los gastos incurridos por éste en la emisión de la póliza.

“Art. \_\_ (Seguros de personas): Los seguros de personas pueden ser contratados por el propio asegurado o por cualquiera que tenga interés. El seguro de vida puede estipularse sobre la vida propia o la de un tercero, tanto para el caso de muerte como para el de sobrevivencia o ambos conjuntamente.

En los seguros para el caso de muerte, si son distintas las personas del tomador del seguro y del asegurado, será preciso el consentimiento escrito de este último, con indicación del monto asegurado y de la persona del

---

do no podría exigir el pago de la indemnización porque en tal caso se vería afectado el principio de indemnización que alude a la naturaleza reparatoria de la institución, y que excluye la posibilidad de que alguien obtenga por su intermedio ganancias.

beneficiario. No se podrá contratar un seguro para el caso de muerte, sobre la cabeza de menores de edad o de incapacitados.

Los seguros contratados en contravención a éstas normas serán absolutamente nulos y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas, pudiendo retener el importe de sus gastos, si ha actuado de buena fe”.

### *Comentarios*

Proponemos establecer el requisito del interés con características amplias, abarcando a todos los seguros de personas y no sólo a los de vida, como hemos visto en algunas legislaciones.

Sin embargo, mientras que en los seguros de personas en general se exige el requisito amplio del interés en la contratación, que no teniendo límites, puede ser de cualquier tipo; en aquellos para el caso de muerte de la persona, requieren el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del monto asegurado y de la persona del beneficiario, en el evento que el seguro haya sido contratado por un tercero.

Este requisito objetivo es, a nuestro juicio, la mejor forma de resguardar el principio del interés en este tipo de seguros y la que de mejor manera previene el mal uso de la figura contractual, y muy en particular, la salvaguarda de la vida del asegurado.

En este tipo de seguros el interés se requiere a la fecha de la contratación. Será el propio asegurado quien podrá prevenir los efectos de la desaparición del interés del tercero, revocando al

beneficiario, derecho que otra disposición de la ley debe contemplar en términos amplios.

Siguiendo una norma que, como hemos visto, es muy común en otras legislaciones, se prohíbe la contratación de seguros sobre la vida de menores e incapaces, en términos genéricos y sin excepciones.

En nuestro país, en que la mayoría de edad se produce a los dieciocho años, no estimamos necesario un régimen especial para los cuatro (o seis) años que corresponden a la etapa intermedia, como lo hacen algunas legislaciones, con las dificultades y confusiones que ello produciría inevitablemente, a la hora de su aplicación práctica.

Por último, en cuanto a la devolución de la prima, siguiendo un ejemplo de la legislación extranjera consultada, se establece que el asegurador sólo podrá retener el importe de sus gastos si ha procedido de buena fe, norma orientada a enfatizar el cuidado con que debe actuar en la observancia de estas normas.

#### 11. DECAIMIENTO, CONCURRENCIA Y TRASPASO DEL INTERÉS

De la misma manera como el asegurado puede no tener interés asegurable al momento del contrato, pero tiene contemplado llegar a tenerlo en el futuro, también puede desaparecer el interés que tenía, después del contrato y antes de presentarse un siniestro, como igualmente verse atenuado, entrar en concurrencia con otros intereses o traspasarse a terceros. Todas estas circuns-

tancias tienen su efecto en el contrato de seguro.

Sánchez Calero expresa que la sanción de ineficacia total del seguro que contempla el art. 25 de la ley española,

“parte del presupuesto de la falta total del interés asegurado. El interés como relación económica entre el sujeto y el bien, no debe existir de forma absoluta, para que se produzcan los efectos previstos en este artículo. En otro caso estaremos ante una falta *parcial* del interés, lo que puede suceder, con relativa frecuencia, con referencia al objeto sobre el que recae el interés”.

Añade que la falta parcial del interés se confunde, en ocasiones, con la falta parcial de riesgo, aun cuando dentro del terreno de los principios se trata de asuntos diversos,

“ya que una cuestión es el interés determinado al que se refiere el contrato y otra el riesgo, como posibilidad de un determinado evento que incide sobre ese interés, cuya lesión da lugar al siniestro”.

Pero, agrega, a pesar de esta distinción, el caso de la falta parcial de interés da lugar a una solución similar a la prevista en el artículo 31 de la ley española, para la hipótesis de sobreguro. Es decir, no cabe aplicar el artículo 25 al caso en que el interés falte

parcialmente, ya que este artículo presupone la inexistencia absoluta del interés, como condición necesaria para considerar al contrato como nulo.

En resumen, si se produce el presupuesto de la ausencia total del interés asegurado en el momento en que el contrato de seguro debe comenzar a producir sus efectos, o en la época que se haya convenido, o no subsiste dicho interés a la época del siniestro, nos hallaremos ante un caso de ineficacia absoluta del contrato. Por el contrario, el decaimiento o la disminución del interés asegurable, o su concurrencia con otros distintos, no puede conducir, de ninguna manera, a la ineficacia del seguro ni a la devolución de la prima; sino, únicamente, a una modificación del contrato, con reducción de la suma asegurada y de la prima<sup>61</sup>, materia que debe estar reglamentada por la ley en otras disposiciones legales que aquellas que han motivado la redacción del presente trabajo.

Un caso especial es el de la transmisión del objeto asegurado, pues, si bien es cierto que en tal caso desaparece el interés respecto al asegurado, se produce una continuación del interés con relación al adquiriente. En este caso no hay cesación del interés, sino transferencia del mismo, materia que constituye una situación totalmente distinta, que debe tener, también, una regulación especial en la ley que gobierna el contrato de seguro.

<sup>61</sup> SÁNCHEZ CALERO (n. 6), p. 443.

## 12. CONCLUSIONES

Proponemos los siguientes textos para regular el interés asegurable, basándonos en que el nuevo art. 513 parte por definir el concepto, todo en los términos que se indican a continuación:

“Art. 513: Constituye interés asegurable aquel que tiene el asegurado, o el beneficiario si es distinto de aquél, en la no realización del riesgo.

Art. .... : Son requisitos esenciales del contrato de seguro el riesgo asegurado, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador de indemnizar. (No se menciona al interés asegurable aquí).

La falta de uno o más de estos elementos acarrea la nulidad absoluta del contrato.

Art. \_\_\_ (Para el seguro de daños): Toda persona que tenga un interés patrimonial, presente o futuro, lícito y estimable en dinero, puede celebrar un contrato de seguros contra daños.

Si carece de interés asegurable a la época de sobrevenir un siniestro, el asegurado no podrá reclamar la indemnización. Pero podrá pedir al asegurador la devolución de las primas pagadas, con deducción del importe de los gastos del contrato.

Art. \_\_\_ (Seguros de personas): Los seguros de personas pueden ser contratados por el propio asegurado o por cual-

quiera que tenga interés. El seguro de vida puede estipularse sobre la vida propia o la de un tercero, tanto para el caso de muerte como para el de sobrevivencia o ambos conjuntamente.

En los seguros para el caso de muerte, si son distintas las personas del tomador del seguro y del asegurado, será preciso el consentimiento escrito de este último, con indicación del monto asegurado y de la perso-

na del beneficiario. No se podrá contratar un seguro para el caso de muerte, sobre la cabeza de menores de edad o de incapacitados.

Los seguros contratados en contravención a éstas normas serán absolutamente nulos y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas, pudiendo retener el importe de sus gastos, si ha actuado de buena fe”.





## UN PROBLEMA DE DIVORCIO EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**Carlos Pizarro Wilson**

Profesor de Derecho Civil en la Universidad Diego Portales  
Instructor en la Universidad de Chile.

Se me ha solicitado una opinión acerca de los problemas de índole civil que pueden generarse en un divorcio con solicitud conjunta por cese de la convivencia, demandado por un matrimonio compuesto por una chilena nacionalizada inglesa y un italiano, encontrándose la primera domiciliada en Inglaterra y el segundo en Chile.

Para elaborar el informe he tenido a la vista la demanda de divorcio y el acuerdo regulatorio celebrado entre los cónyuges.

Los hechos son fáciles a describir. RTTF y AIFB, contrajeron matrimonio por poder en México –Chihuahua– el 8 de octubre de 1956, estando domiciliados en Chile, y procedieron a inscribir el matrimonio con el N° 151, Registro E en el año 1967.

Transcurridos doce años, los cónyuges cesaron la convivencia. De esto hace ya treinta y siete años. Este cese de la convivencia persiste actualmente viviendo los cónyuges en países distintos.

Con fecha 12 de agosto de 2005 ante el 27° Juzgado de Letras en lo civil, los cónyuges presentaron la demanda conjunta de divorcio por cese de la convivencia en un periodo que se extiende más allá de un año, conforme al artículo 55 de la reciente ley de Matrimonio Civil.

Se trata del tipo de divorcio por cese de la convivencia con acuerdo de los cónyuges de poner término al matrimonio. Habiéndose extinguido la comunidad de vida se confirma la causal de esta forma de divorcio.

Junto a la demanda se acompañó el acuerdo regulatorio, instrumento formal por el cual los cónyuges proceden a regular sus relaciones mutuas y aquéllas atinentes a los hijos si éstos existieren. En el caso que motiva el informe no se tuvo descendencia. Al mismo tiempo, se declara en el acuerdo regulatorio que ambos cónyuges procedieron a trabajar no existiendo justificación para demandar u otorgar ninguna compensación económica. Mediante este acuerdo el legislador deja entregado a los propios cónyuges que desean obtener el divorcio normar todas las materias patrimoniales que les eran relevantes. Así se ha procedido y, por ende, se cumple con las condiciones sustantivas para demandar y proceder a decretar el divorcio, una vez acreditado el cese de la convivencia en un plazo superior a un año.

Los aspectos precedentes no admiten problemas de interpretación. Sin embargo, debido a las conexiones internacionales del matrimonio, algunas

dudas pueden suscitarse, que este informe tiene por objetivo ayudar a esclarecer.

En mi opinión, dos problemas resultan de especial relevancia. El primero, consiste en determinar si atendidas las circunstancias internacionales del matrimonio los tribunales chilenos pueden conocer de la demanda de divorcio incoada. La segunda, una vez dilucidada la competencia del tribunal chileno, se refiere a determinar la ley aplicable al divorcio requerido por los cónyuges.

2. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CHILENA PARA CONOCER DE LA DEMANDA DE DIVORCIO PRESENTADA POR UN MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO, CUYOS CONTRAYENTES SON DE NACIONALIDAD DISTINTA, SIENDO ELLA CHILENA NACIONALIZADA INGLESA Y EL MARIDO ITALIANO

La ley de Matrimonio Civil determina la competencia del tribunal según el domicilio del demandado. El artículo 87 señala que:

“Será competente para conocer de las acciones de separación, nulidad o divorcio, el juzgado con competencia en materias de familia, del domicilio del demandado”.

En consonancia con el precedente precepto, el artículo 8° de la ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, reconoce competencia a los futuros juzgados de familia para conocer de las acciones de separación, nulidad y divor-

cio reguladas en la ley de Matrimonio civil.

Sin embargo, atendido que aún no se encuentran en funcionamiento los tribunales de familia debe considerarse el artículo 1° transitorio de la ley de Matrimonio Civil, en virtud del cual:

“Mientras no se encuentren instalados los juzgados de familia, no se aplicará lo dispuesto en los artículos 87 y 88 de esta ley, regulándose la competencia y el procedimiento para el conocimiento de las acciones de separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio, de acuerdo a las siguientes disposiciones: Primera. Será competente para conocer de las acciones de separación judicial, nulidad o divorcio, el juez de letras que ejerza jurisdicción en materia civil en el domicilio del demandado”.

Por lo tanto, la ley de Matrimonio Civil otorga competencia a los tribunales chilenos para el caso en que el cónyuge demandado tenga su domicilio en el territorio nacional. Cumplida esta condición, la jurisdicción de los tribunales civiles en el período de transición se encuentra asentada.

Con todo, tratándose del divorcio con demanda conjunta por cese de la convivencia, en principio no existiría demandado, por lo cual podría surgir la duda acerca de cuál es el tribunal competente para conocer del asunto. En mi opinión, debiera recurrirse a las reglas generales de competencia dispuestas en el *Código Orgánico de Tribu-*

**nales** El artículo 134 del referido **Código** señala que:

“En general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso el del domicilio del demandado o interesado, sin perjuicio de las reglas establecidas en los artículos siguientes y de las demás excepciones legales”.

Así, la regla es la misma, el domicilio del demandado o interesado determina el tribunal competente. Siendo el divorcio solicitado de común acuerdo, ambos cónyuges son demandantes y demandados a la vez o, si se prefiere, ambos son interesados en la declaración del divorcio. Por lo tanto, si alguno de los cónyuges tiene su domicilio en Chile los tribunales nacionales adquieren competencia para conocer del asunto. Esta conclusión se ratifica con la facultad de los cónyuges para prorrogar la competencia, cuestión que se verifica con la interposición de la demanda de divorcio ante los tribunales chilenos.

Ésta es la solución entregada por el **Código de Derecho Internacional Privado**, también denominado **Código de Bustamante**. En efecto, el referido **Código** en su artículo 318 señala que:

“Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan

expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario”.

Este precepto establece la prórroga de la competencia en caso de que uno de los litigantes sea nacional del Estado al cual el juez pertenece o, en segundo término y en forma alternativa, si es el caso que alguno de los litigantes tiene el domicilio en el Estado ante cuyos tribunales se presentó la demanda. Ambas condiciones se cumplen. Uno de los litigantes –el marido– tiene su domicilio en Chile, ante cuyos tribunales se presentó la demanda y, por otra parte, la otra litigante –la cónyuge– tiene la nacionalidad chilena.

En la especie, ambos cónyuges optaron por someter el asunto a la resolución de un tribunal chileno, teniendo su domicilio uno de los cónyuges en el territorio nacional. Además, la cónyuge es chilena, cumpliéndose la segunda condición alternativa.

En conclusión, no cabe duda sobre la competencia de los tribunales chilenos para conocer de la demanda conjunta de divorcio que motiva este informe. Lo anterior, a la luz de la legislación nacional e internacional aplicable en la especie.

### 3. LEY APLICABLE AL DIVORCIO DEMANDADO

El problema más importante a resolver, una vez aprobada la competencia

de los tribunales, consiste en determinar cuál es la ley aplicable en la especie. Se trata de un genuino problema de Derecho Internacional Privado. El artículo 83 de la ley de Matrimonio Civil señala que: “El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción” y, a su turno, el artículo 84 establece que: “La ley que rijan el divorcio y la nulidad del matrimonio se aplicará también a sus efectos”. Por consiguiente, la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción de divorcio rige respecto a éste y sus efectos. La pregunta consiste, entonces, en determinar la ley aplicable a la relación matrimonial a la época de interposición de la acción de divorcio, esto es, el 12 de agosto de 2005.

La pregunta planteada tuvo una solución clara durante la tramitación de la ley de matrimonio civil. A partir de una propuesta del profesor Enrique Barros Bourie, se establecía, como primer criterio para dirimir la legislación aplicable a la relación matrimonial, aquella del domicilio común de los cónyuges; en su defecto correspondía aplicar la legislación de la nacionalidad común de los cónyuges y, por último, no siendo posible aplicar el criterio de la nacionalidad se recurría a la ley del país con el que los cónyuges estén o hayan estado más conectados a juicio prudencial del tribunal<sup>1</sup>. Sin embargo, esta propuesta fue suprimida por el legislador,

<sup>1</sup> Artículo 82 del proyecto aprobado por la Comisión en su 2º informe de 15 de diciembre de 2003.

lo cual, en palabras del profesor Hernán Corral Talciani significó que:

“En general todas estas normas –aquellas relativas al Derecho Internacional Privado– quedaron con un tenor difícil de explicar porque la Sala del Senado suprimió una norma que había aprobado la Comisión, a sugerencia del profesor Enrique Barros que fijaba la ley aplicable a la relación matrimonial”<sup>2</sup>.

Corral Talciani lleva la razón cuando señala que existe un vacío en la actual legislación, pues el legislador no señala cuál es la ley aplicable a la relación matrimonial: aquella del domicilio común, la de la nacionalidad compartida o la más conectada a los cónyuges.

Tampoco cabría aplicar la ley del lugar donde se contrajo el vínculo. De aceptarse esta opción, la regulación aplicable quedaría entregada a una legislación de un país que por circunstancias ocasionales rigió la celebración del matrimonio. Más aún, si ninguno de los cónyuges tiene su domicilio en el país en que se celebró el matrimonio. Esto ocurre en la especie, pues el vínculo con la legislación mexicana es inexistente. De ahí que sea rechazado este criterio por la unanimidad de los ordenamientos jurídicos<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, “El régimen de nulidad matrimonial en la nueva ley de matrimonio civil”, *Seminario La Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Academia Judicial, Santiago, 13 y 14 de octubre de 2004, p. 45.

<sup>3</sup> En este sentido Enrique Barros Bourie para quien, “el estatuto personal no puede estar

Asumido, entonces, que no existe una regla clara que establezca la ley de conflicto, debemos determinar cuál es la legislación aplicable a la relación matrimonial a la época de interponerse la acción de divorcio.

Una primera regla que podría solucionar el problema es aquella prevista en el *Código de Derecho Internacional Privado*. La vigencia de este *Código* en nuestro ordenamiento jurídico no admite dudas y así lo ha declarado en forma reiterada nuestra jurisprudencia<sup>4</sup>. Este *Código* en su artículo 52 dispone:

“El derecho a la separación de cuerpos y al divorcio se regula por la ley del domicilio conyugal, pero no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges”.

A su turno, el artículo 54 establece que:

“Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someterán a la ley del lugar en

definido por el lugar donde se celebra el matrimonio, que puede ser casual, y que ningún ordenamiento considera como decisivo”, en “Informe de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional”, *Boletín* N° 1759-18, p. 67.

<sup>4</sup> *Vide* GESCHE MÜLLER, Bernardo; ESPINOSA ILUFFI, Ximena y RITTERSHAUSSEN KLAUNING, Karin, *Jurisprudencia y tratados en derecho internacional privado chileno*, Santiago, Jurídica, 1982, pp. 33-40.

que se soliciten, siempre que en él estén domiciliados los cónyuges”.

La regla de conflicto establecida por el *Código de Bustamante* es aquella del domicilio conyugal. En el caso en cuestión los cónyuges tienen domicilios en países distintos, por lo cual la referida regla, en principio, no soluciona el problema de determinar la regla de conflicto.

Si descartamos la aplicación del *Código de Bustamante* para dar solución a la pregunta, ¿cuál es la legislación aplicable a la relación matrimonial a la época de interposición de la demanda de divorcio?, ¿qué criterios deben tenerse en cuenta ante un conflicto de leyes que presenta factores de conexión internacional?

El criterio contemporáneo de regla de conflicto consiste en aplicar aquella ley que sea lo más cercana posible a la forma de vida de los cónyuges. Ésta es la razón por la cual se ha privilegiado como regla de conflicto el domicilio de los cónyuges. Sin embargo, ya se observó que esta regla resultaría inaplicable en la especie. Al menos si se exigiera un domicilio común al momento de interponer la solicitud conjunta de divorcio.

Sin embargo, en el Derecho Comparado se ha tendido a interpretar la regla del domicilio conyugal no relacionado con la actual residencia de los cónyuges, sino como aquel domicilio compartido durante la vida en común. De manera tal que la legislación aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción sería

Carlos Pizarro Wilson

la del domicilio común, mientras los cónyuges vivieron de consuno<sup>5</sup>. En otros términos, la legislación aplicable a la relación matrimonial sería la del domicilio conyugal durante la vida en común de los cónyuges. Esta opción permite aplicar al divorcio la misma ley que ha regulado las relaciones entre los cónyuges, por ende, se trata de la legislación que les es más cercana.

En este sentido se pronunció el profesor Barros Bourie durante la tramitación del proyecto de ley de matrimonio civil:

“En otras palabras, si se ha establecido que la relación matrimonial se rige por la ley de domicilio, o por la del domicilio común, o por la del último domicilio común, cuando los cónyuges están separados y han perdido el domicilio político común, para los efectos de determinar la ley con que dictará sentencia, el juez indagará cuál es el régi-

men jurídico bajo el cual ese matrimonio vivió su vida conyugal. Si los cónyuges vivieron en Chile y ambos, o al menos uno de ellos sigue domiciliado en Chile, aplicará la ley chilena”<sup>6</sup>.

Por consiguiente, debe interpretarse el domicilio conyugal como aquél común durante el matrimonio. Así debe interpretarse el artículo 52 del **Código de Bustamante**

Por lo demás, el divorcio se basa en una causal originada durante la ejecución del matrimonio. Es decir, el cese de la vida en común –causa del divorcio demandado por los cónyuges– se verifica a partir de una circunstancia sobreviniente. Por lo mismo, resulta relevante la legislación aplicable a la relación matrimonial, entendida ésta, como la verificada durante la vida en común.

Un segundo criterio a tener en cuenta para dilucidar la ley aplicable sería aquél de la legislación más cercana a los cónyuges durante la relación matrimonial. En la especie, no cabe duda que se trata de la legislación chilena. En efecto, los cónyuges celebraron el matrimonio por poder encontrándose su residencia y domicilio en Chile. Una vez celebrado el matrimonio establecieron su domicilio conyugal en Chile. La relación matrimonial se desarrolló en Chile, siendo aplicable al régimen patrimonial del matrimonio la ley chilena. Este segundo criterio para dilucidar la ley de conflicto

<sup>5</sup> En este sentido la jurisprudencia uruguay, MATTEO TERRA, Vivien, *Jurisprudencia de derecho internacional privado*, Montevideo, Aurelia, 1993, p. 72. La misma regla aparece en el artículo 227 del **Código Civil** argentino, según el cual: “las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado”, *vide* BALESTRA R., Ricardo, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, Parte Especial, p. 48. También se aplica el domicilio conyugal en la legislación paraguaya, *vide* SILVA ALONSO, Ramón, *Derecho Internacional Privado*, Asunción, Intercontinental, 1995, Parte Especial, p. 208.

<sup>6</sup> Informe (n. 3), p. 77.



confirma la aplicación de la legislación chilena.

Un tercer argumento a considerar, para establecer como legislación aplicable el Derecho chileno, lo constituye la *lex fori*. Al no existir una regla clara que determine la legislación aplicable a la relación matrimonial, en último recurso el juez debe aplicar la ley que le es propia, esto es, la *lex fori*<sup>7</sup>.

Por último, y en cuarto lugar, para entender aplicable en la especie la legislación chilena debe tenerse en cuenta el artículo 14 en lo que respecta al marido y el artículo 15 en relación con la cónyuge, ambos artículos del *Código Civil*. El primero –art. 14– establece la territorialidad, siendo aplicable la ley chilena al marido por tener su domicilio en Chile; en cuanto a la cónyuge, al ser chilena, su estatuto personal con independencia de su domicilio en Inglaterra se rige también por la legislación chilena.

En suma, cabe concluir que la legislación aplicable al divorcio en la especie es la normativa chilena.

#### 4. CONCLUSIÓN

En definitiva, dos dudas presenta el asunto sometido a informe, por una parte, la competencia de los tribunales chilenos para conocer del divorcio debido a sus conexiones internacionales y, por otra parte, la legislación aplicable al divorcio solicitado por los cónyu-

ges con conexiones internacionales. Debe afirmarse que existe competencia del tribunal chileno para conocer del divorcio, en razón de los artículos transitorios de la nueva legislación matrimonial, el Derecho Internacional Privado y el acuerdo de las partes para prorrogar en forma expresa la competencia en caso que existiere alguna duda.

Por otra parte, debe tenerse por establecido que la legislación aplicable al divorcio es la chilena. La legislación aplicable a la relación matrimonial debe entenderse aquélla del último domicilio matrimonial común, en conformidad a la historia fidedigna de la ley. Además, esta conclusión coincide con la regla de conflicto frecuente en el Derecho Comparado, según la cual se entiende por legislación aplicable a la relación matrimonial la más cercana a los cónyuges. Aquí debe entenderse como la más cercana la legislación chilena, no sólo por haber tenido los cónyuges el domicilio matrimonial en Chile sino, también, por haber decidido ellos mismos presentar la solicitud de divorcio ante los tribunales chilenos. Por último, la legislación chilena se impone en aplicación de la *lex fori* y las reglas generales previstas en los artículos 14 y 15 del *Código Civil*.

Por las precedentes consideraciones el tribunal competente es el chileno y, asimismo, la legislación aplicable a la relación matrimonial corresponde también a la chilena. Es cuanto puedo informar.

<sup>7</sup> Vide GUZMÁN LATORRE, Diego, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Santiago, Jurídica, 1989, p. 264.







# 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 Diego Portales y de Chile

## OBLIGACIONES

---

CLÁUSULA PENAL NULA POR FALTA DE CAUSA. (CORTE DE SANTIAGO, 2 DE MAYO DE 2005, *GACETA JURÍDICA*, N° 299, p. 175).

No es muy frecuente que los tribunales de justicia invoquen la falta de causa para declarar la ineficacia de una convención (con excepción de las hipótesis de simulación y de pago de lo no debido), especialmente cuando no se trata de juzgar *ab initio* la concurrencia de ella –en la perfección del contrato–, sino que se sitúa a la causa en el área de lo que se denomina el sinalagma funcional, también llamada la doctrina de la falta de causa en la etapa de ejecución del contrato (*vide* FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 301). Sin embargo, aun en estos casos, la ausencia de causa –como elemento de la obligación– ha sido utilizada por la doctrina y jurisprudencia como fundamento de la resolución por incumplimiento y de la *exceptio non adimpleti contractus*, bien, como soporte jurídico a la teoría de la imprevisión

y no, en cambio, como causal de nulidad “sobreviniente”. Así, por ejemplo, se ha sostenido:

“Que el fundamento jurídico de la excepción del contrato no cumplido –non adimpleti contractus– deriva de la Teoría de la causa y es una consecuencia de su aplicación a los contratos bilaterales en que la obligación de una de las partes es la causa de la obligación que la otra contrae, y, por consiguiente, no cumpliendo una de ellas sus obligación, la otra puede dejar de cumplir la suya, porque ha dejado de tener la causa que le dio vida, perdiendo –obviamente– su soporte jurídico” (Corte de Antofagasta, 4 de junio de 2001, en *LexisNexis*, N° 25425).

Distinto es el caso que ahora nos ocupa: se demandó por una empresa de *leasing* la terminación anticipada del contrato por no pago de rentas y el cumplimiento de una cláusula penal estipulada en la convención, consistente en el pago de todas las rentas futuras hasta la llegada del plazo previsto en

el contrato. En el comparendo de estilo la demandada restituyó a la actora el inmueble, objeto del contrato de *leasing*. La sentencia de primera instancia acogió la demanda, declarando la terminación del contrato y condenó a la demandada al pago íntegro de la cláusula penal convenida. Apelada la sentencia por el demandado, la Corte de Santiago, por unanimidad, revocó la sentencia en alzada en aquella parte que condenaba a la demandada al cumplimiento de la cláusula penal, declarando –de oficio– que dicha estipulación adolecía de nulidad absoluta por ausencia de causa.

Como fundamentos de la nulidad absoluta de la cláusula penal, sostuvo la Corte:

168

“[que] en la naturaleza del contrato de leasing es posible distinguir la unión de dos convenciones: un contrato de arrendamiento y un contrato de promesa de compraventa (sic). Atendido lo anterior, en el precio que se paga existen dos ítemes, el pago de la renta de arrendamiento y el pago de parte del precio del contrato prometido (sic). Si el demandado voluntariamente entregó el inmueble a su propietario, quien lo aceptó, no pudo seguir pagando la renta (que conlleva el precio convenido por la venta) porque esa obligación carecería de causa, ya que no existe contraprestación alguna que la legitime (causa final). Tampoco pudo pactarse una cláusula penal que encubría esta situación, ya que

ello aparece como un recurso destinado a esquivar la ausencia de causa de la obligación que en realidad se imponía al arrendatario bajo una estructura jurídica aparente y no real. En virtud del principio de la autonomía privada pudieron las partes convenir una pena para el caso de incumplimiento, pero no hacerla consistir en la supervivencia de obligaciones incausadas, como aparece de manifiesto de los antecedentes, ya que la pena consistiría siempre y en todo evento en el pago de las obligaciones incausadas desde el momento mismo de la terminación del contrato de leasing” (Cons. 2º).

Agrega, más adelante, que

“...en el caso en análisis, estamos en presencia de un contrato bilateral en el que es de la esencia que existan obligaciones correlativas, es decir, debe existir una correlación de obligaciones que jurídicamente las justifica. De esta manera, si el demandado entregó el bien raíz que era objeto del contrato de leasing, la cláusula penal acordada en la convención carecerá de causa, ello porque dicha evaluación convencional está estructurada sobre la base de la renta de arrendamiento y del precio del contrato prometido. Como este último (la compraventa prometida) no llegará a verificarse no existe, en consecuencia, la obligación co-

rrelativa que constituye el propósito inmediato del promitente comprador, esto es, adquirir el dominio del inmueble. En otras palabras, en la forma que ha procedido el Tribunal a quo se ha obviado por completo la necesaria correlación y equilibrio de intereses que debe existir en un contrato bilateral, ya que la empresa demandante ha obtenido el pago de las rentas de arrendamiento y de parte del precio de la compraventa prometida durante el tiempo que duró la convención, ha recibido el inmueble objeto del contrato y, además, reclama el cumplimiento de todas las rentas futuras y de parte del precio de un contrato que no llegará a celebrarse. Desde luego que esta situación pugna con la licitud de la causa como elemento del acto jurídico” (Cons. 5º).

Antes de analizar los fundamentos esgrimidos en la sentencia de alzada, cabe precisar que la Corte sólo declara la nulidad de la cláusula penal –contrato accesorio– estipulada en la convención y no, en cambio, la nulidad del contrato de *leasing* –contrato principal–, toda vez que éste se extinguió por terminación –resolución– por no pago de las rentas pactadas. Digamos, también, que para sustentar su fallo, la Corte hace suya la tesis del profesor Pablo Rodríguez Grez (*Responsabilidad contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), según la cual la causa, como elemento del contrato, es el motivo que induce a él, o sea, la fuerza

que impulsa a la voluntad a contratar –causa *ocasional*–, y que la causa *final*, que es idéntica para todos los contratos de una misma especie, queda subsumida en la causa ocasional y, por lo tanto, es un elemento del contrato. Luego –dice la Corte, siguiendo al profesor Rodríguez– la causa cumple un doble control de eticidad.

“...por una parte, la ley exige que los motivos que inducen a contratar no sean contrarios a la ley, las buenas costumbres y el orden público y, por la otra, que la conducta que debe desplegarse corresponda a un deber jurídico legítimo, en cuanto tenga como contrapartida la existencia de una obligación correlativa o la realización de una mera liberalidad. En otras palabras, la causa sólo interesa para dos efectos: calificar la licitud de los motivos que impulsan a contratar (causa ocasional) y para cuidar de la correlación de intereses ínsita en todo acto o convención (causa final)” (Cons. 4º).

Como se ve, de los considerados antes transcritos, existe en el razonamiento del sentenciador una confusa mixtura de la función que la noción de causa cumpliría en el caso sublite. En efecto, la Corte, por un lado, argumenta sobre la base de la ausencia de causa, al haberse pactado una pena que consiste en la supervivencia de obligaciones incausadas (Cons. 2º) y, por el otro, invoca la ilicitud de la causa, como vicio de nulidad, al calificar de *ilegít-*

Alejandra Aguad D. y Carlos Pizarro Wilson

*tima* la pretensión de cumplimiento de todas las rentas futuras y de parte del precio de un contrato –compraventa– que no llegará a celebrarse (Cons. 5º).

Aunque parezca de perogrullo decirlo, resulta evidente que para poder calificar si la causa de un acto o contrato es lícita o ilícita es necesario que ella exista. Esta contrariedad podría explicarse –en parte, a nuestro juicio– en la utilización que hace la Corte de la tesis del profesor Rodríguez para fundar su fallo. En efecto, la tesis que sustenta es que la causa a que se refiere el art. 1.467 del *Código Civil* es un elemento del *contrato* y no de la obligación. De ahí que la Corte haya preferido asilarse en esta doctrina para poder sentenciar la nulidad de la estipulación. Pero ocurre que la tesis del profesor Rodríguez, sobre la noción de causa, está íntimamente ligada a la teoría bimembre de la nulidad que el mismo autor defiende en su obra *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*. En ella expresa que el papel de la causa consiste en entrelazar los elementos “voluntad” y “objeto” del negocio jurídico, pero no forma parte de la estructura de negocio –elemento de existencia–, sino que es un requisito de validez. En este sentido, la ausencia de causa acarrearía la nulidad del negocio y no su inexistencia, pues concurriendo la voluntad y el objeto estaríamos en presencia de una “apariencia calificada por la ley”. De esta manera, la causa cumple –para este autor– un papel moralizador de las relaciones jurídicas, tanto en la corrección de los motivos particulares y psicológicos que impulsa a la voluntad a contratar –causa ocasional– como en la protección de la correlación

y equilibrio de intereses o fines que persigue el negocio bilateral –causa final–. De ahí que la Corte, luego de sentenciar la ausencia de causa, sostenga que la pretensión de cumplimiento de todas las rentas futuras y de parte del precio de un contrato que no llegará a celebrarse, “pugna con la licitud de la causa como elemento del acto jurídico” (Cons. 5º).

Si bien es cierto que tanto la falta de causa como su ilicitud conlleva –según la doctrina mayoritaria– la nulidad absoluta del acto o contrato, la cuestión que aquí abordamos no deja de ser inquietante, máxime cuando se trata de una materia –la causa– en que existe tantas zonas de penumbra que su tratamiento requiere de mayor rigurosidad dogmática. Bajo el supuesto de ausencia de causa, la Corte sostiene que dado que el contrato de *leasing* ha terminado y el arrendatario ha hecho restitución del inmueble a la empresa de *leasing* el pago de una renta de arrendamiento, más allá de la vigencia del contrato, importaría el cumplimiento de una obligación que carece de causa, ya que no existe contraprestación alguna que la legitime –el uso y goce de la cosa arrendada (causa final)–. Y que la cláusula penal estipulada

“...aparece como un recurso destinado a esquivar la ausencia de causa de la obligación que en realidad se imponía al arrendatario bajo una estructura jurídica aparente y no real”.

En otras palabras, el sentenciador razona sobre la base de que dado que la



pena consistía en el pago íntegro de las rentas de arrendamiento futuras hasta la llegada del plazo de duración del contrato, dicha pena equivaldría al cumplimiento íntegro de un contrato que no llegará a verificarse (compraventa por el ejercicio de la opción); pues ya no existe la obligación correlativa de la empresa de *leasing* que constituye el propósito inmediato del promitente comprador, esto es, adquirir el dominio del inmueble. Esto se ve corroborado por lo expuesto en el considerando sexto del fallo que comentamos, según el cual:

“En el caso que nos convoca basta con leer la forma en que está redactada la cláusula penal para concluir que, como se ha dicho en lo precedente, ella carece de causa, por cuanto en su cálculo se utiliza como factor a considerar el precio del contrato de compraventa prometido, el que no se celebrará”.

En suma, la Corte no declara la nulidad de la cláusula penal por estimar que ella en sí misma carece de causa, sino porque bajo la *apariencia de una pena* se establece el cumplimiento de obligaciones incausadas desde el momento mismo de la terminación del contrato de *leasing*. Lo inquietante del razonamiento es que si las partes hubiesen pactado, a título de pena, una determinada cantidad de dinero, cualquiera que ésta haya sido, pero para cuyo cálculo no se hubiese utilizado la suma de las rentas tanto pendientes como vencidas por el período total del

contrato, la Corte no habría podido sostener la nulidad de la cláusula penal por ausencia de causa. ¿Es ésta –la fórmula de cálculo de la pena– una razón suficiente para discriminar entre la nulidad y la validez de una cláusula penal con referencia a su causa?

Da la impresión que el recurso a la *falta de causa* resulta un poco forzado –como metido a horcajadas– para deslegitimar la pretensión de pago de la pena estipulada. No queremos decir, con esto, que no haya una razón de equidad en la resolución del conflicto. Sin duda, que la pretensión de pago de todas las rentas futuras de un contrato que se pactó con la finalidad última de hacer al arrendatario dueño de la especie arrendada, y que no llegará a concretarse, parece extremadamente gravoso e injusto. Pero también es cierto que la pena, en cuanto evaluación convencional y anticipada de perjuicios, constituye el mecanismo previsto por las partes para hacer efectiva la responsabilidad contractual por incumplimiento imputable al deudor; incumplimiento que la Corte, al menos, no desmiente.

Si bien el *leasing* financiero es un contrato atípico de carácter híbrido que yuxtapone distintos tipos contractuales –mandato, arrendamiento, opción–, a la base de su estructura está el contrato de arrendamiento cuya disciplina jurídica recibe aplicación en esta clase de contratos. Situados en este escenario, no podemos prescindir del tratamiento que los tribunales han hecho de las cláusulas penales en los contratos de arrendamiento a plazo fijo y que normalmente se pactan de la misma forma como se

ha hecho en el contrato *sublite*. Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha sentenciado que la estipulación por la cual el arrendatario se obliga a pagar íntegramente las rentas de arrendamiento hasta el término del plazo de duración del contrato, las que se considerarán como de plazo vencido –en el evento de que haga cesar anticipada y unilateralmente el contrato de arrendamiento o haga abandono del inmueble antes del plazo de duración del contrato– es una cláusula penal que cumple la función de evaluar convencional y anticipadamente los perjuicios (Corte Suprema, 6 de mayo de 2004, en *LexisNexis*, N° 30175). Al margen de la consideración sobre la eventual existencia de una pena desproporcionada o lesiva –que el caso citado no fue alegada– lo que aquí interesa destacar es que la Corte, no obstante, que el arrendador ya estaba en posesión material del inmueble y se había declarado la terminación del contrato por no pago de rentas, no se representó de modo alguno que la cláusula penal estipulada adoleciera de nulidad por equivaler al cumplimiento de obligaciones incausadas. ¿Podría, esta discordancia de criterios, deberse a una diferencia *sustantiva* entre el *leasing* financiero y el contrato de arrendamiento?

La verdad, sea dicha, la Corte disponía –en el caso que comentamos– de otras herramientas para resolver esta controversia. El demandado sostuvo en su defensa que ante la situación económica que afectó y afecta al país en general, se vio envuelta en problemas de liquidez y económicos, por lo que no pudo dar cumplimiento oportuno a su obligación con el arrendador,

y que se vio obligada a celebrar un convenio judicial preventivo con abandono de bienes. Añade que el monto total de las rentas insolutas, a la fecha de presentación de la demanda, alcanzaba a \$104.679.350, y por concepto de cláusula penal a \$926.637.509, monto superior en ocho veces a lo adeudado como obligación principal, oponiendo, en definitiva, como excepciones perentorias el caso fortuito, la existencia de una cláusula penal enorme, la teoría de la imprevisión, el abuso del Derecho, el enriquecimiento sin causa y la falta del principio de la buena fe que inspira el cumplimiento de los contratos.

Digamos, desde ahora, que estas alegaciones hicieron fuerza en uno de los ministros que concurre a la revocatoria de la sentencia, quien hace fundar su decisión en razones de equidad y buena fe, y no así en la nulidad de la cláusula penal por ausencia de causa. En efecto, el ministro Villarroel, luego de reproducir varias cláusulas del contrato en cuestión concluye que:

“del examen detallado in extenso que del contrato se ha efectuado en el considerando 8° de este fallo, puede apreciarse cómo en él se ha impuesto toda clase de obligaciones, pagos y cargos a la Sociedad arrendataria, y cómo al contrario se ha excluido a la arrendadora de toda responsabilidad, alterando así la esencia y efecto de institutos tales como el caso fortuito, los efectos de un estado de cesación de pago y la obligación de pago

de tributos que, como el territorial, son de cargo del propietario del inmueble. En tales condiciones, y como se ha venido señalando, no ha existido observancia aquí del principio esencial de la equidad alguno para disponer jurisdiccionalmente el cumplimiento de una cláusula penal convenida en los términos que también se ha expresado, desde que no tiene cabida aquí la afirmación de la demandante, en cuanto a que el contrato de marras ha debido cumplirse conforme al principio de la buena fe” (Cons. 10º).

No obstante, no nos parece convincente el argumento antes transcrito, en la forma en que fue abordado. Desde luego, la figura del *leasing* financiero no puede verse exclusivamente desde la óptica del contrato de arrendamiento. Es mucho más que eso. El motivo determinante de los contratantes, en esta figura, es el de convenir una operación financiera, utilizando el arrendamiento (en unión con otros contratos) como montura jurídica para permitir el financiamiento de la adquisición de un bien. De ahí que muchas de las estipulaciones de este tipo de contratos pongan de cargo del arrendatario los riesgos de la cosa objeto del contrato e, incluso, el pago de las contribuciones de bienes raíces, pues, en último término, es el arrendatario el único interesado en el uso, goce y explotación del bien. Por lo mismo, no nos parece razonable sostener que, por el sólo hecho de convenirse tales estipulaciones,

que guardan armonía con la finalidad última de un negocio jurídico complejo, se haya vulnerado el principio de buena fe al ejercer la pretensión indemnizatoria derivada del incumplimiento, a menos que la ilegitimidad de esta pretensión pueda fundarse en el ejercicio abusivo de la facultad potestativa en el contexto en que ella fue ejercida.

Creemos que la solución a esta controversia pasa, más bien, por la aplicación de la institución de la lesión enorme en la cláusula penal; cuestión que por lo demás fue esgrimida por el demandado en su defensa. Sabido es que nuestro Derecho tolera ciertas desigualdades en las prestaciones recíprocas de las partes, siempre y cuando tal desproporción no sea extremadamente excesiva. Y lo es, en el caso de la pena, cuando ella importa un injustificado gravamen pecuniario para el deudor, en términos tales que constituye, más que un mecanismo para disuadirlo de incurrir en la infracción de la obligación, un beneficio para el acreedor a quien, en definitiva, le convendrá que el deudor no cumpla su obligación. En aquellos casos en que nuestros tribunales han conocido de cláusulas penales enormes incorporadas a contratos de *leasing* han razonado –generalmente– sobre la base de lo preceptuado por el inciso 1º del art. 1.544 del *Código Civil*, considerando al efecto que la pena está asociada a la obligación principal de pago de rentas de arrendamiento. Así, por ejemplo, se ha fallado que:

“[no] cabe condenar al arrendatario al pago de las rentas de

arrendamiento, del contrato terminado anticipadamente, por el plazo total de él, a título indemnizatorio, por ser aplicable al caso la regla sobre cláusula penal enorme, descrita en el artículo 1544 del Código Civil, toda vez que las cuotas faltantes al ponerse término al mismo y restituirse la especie eran 32, habiéndose pagado a esa época sólo 2” (Corte de Santiago, 11 de septiembre de 2003, *Gaceta Jurídica*, N° 279, p. 142).

Aún más, teniendo en cuenta que el *leasing* financiero es una figura compleja, dada la finalidad del negocio jurídico y la yuxtaposición de contratos individuales, pero dependientes entre sí, incluso, podría prescindirse de la regla del *duplo* para dar mayor cabida a la discrecionalidad del juez en la moderación de la pena pactada, a la luz de lo dispuesto en el inciso final del citado artículo 1.544, y con fundamento en la equidad.

En fin, la solución al conflicto, fundada en la falta de causa de la pena estipulada, es, sin duda, innovadora, pero extremadamente peligrosa en la forma en que ha sido abordada en este fallo. Máxime si la Corte disponía de otros mecanismos menos alambicados para resolver en Derecho y en justicia la contienda sometida a su conocimiento.

## RESPONSABILIDAD

---

TRANSACCIÓN Y SOLIDARIDAD (CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 8 DE AGOSTO DE 2005, N° DE INGRESO, 7548-2004).

En un dramático caso, un menor resultó gravemente herido mientras jugaba en una plaza al conectar un hierro con el tendido eléctrico al intentar recuperar un volantín. La madre del menor demanda por sí y en representación del menor, la indemnización de los perjuicios contra la Municipalidad de H. y la empresa C.S.A., invocando la negligencia en la construcción de la plaza al no respetar la distancia reglamentaria del tendido eléctrico y la falta de mantenimiento del mismo. El fundamento de la demanda es la responsabilidad extracontractual, en particular se señala la responsabilidad por el hecho propio –art. 2.314 del C.C.– y la responsabilidad por el hecho ajeno –arts. 2.320 y 2.322 del C.C.– Termina solicitando se condene solidariamente a las demandadas al pago de la indemnización de perjuicios.

Por su parte, la municipalidad contesta la demanda argumentando la ausencia de responsabilidad, la exposición imprudente de la víctima y la improcedencia de solidaridad en la especie. Una defensa similar presenta la demandada C.S.A., señalando la ausencia de culpa al cumplir con las disposiciones reglamentarias, la eximente de responsabilidad por hecho de un tercero y aquélla por hecho de la víctima y, en fin, niega el vínculo causal y alega la exposición imprudente de la víctima al daño.

Con posterioridad la demandante presenta desistimiento de la demanda respecto de C.S.A., por lo cual la sentencia de primera instancia no se pronuncia sobre la responsabilidad que le cabe a esta empresa.

La sentencia de primera instancia establece que la plaza en la cual jugaba el menor pertenece y es administrada por la municipalidad demandada y sostiene que:

“la situación antes descrita constituía un ambiente de peligro, que fue y era plenamente previsible, aún sin ser un buen padre de familia, tanto en el momento en que se construyó la plaza de juegos, como después de ello, porque el apostado eléctrico existía desde antes, de tal manera que sus constructores y mantenedores siempre tuvieron la posibilidad de prever algún resultado funesto, máxime cuando fue destinada a juegos de niños que, por su desarrollo mental, son más temerarios y menos previsores, por su inexperiencia acerca de la posibilidad de un riesgo... Que en consecuencia, cabe responsabilidad extracontractual a la I. Municipalidad de H. de los hechos ventilados en la presente causa, al permitir que los peligrosos mecanismos eléctricos pudieran ser fácilmente alcanzados por alguna persona, que fue lo que hizo el menor..., al intentar sacar el volantín, con un fierro, desde la caja de seguridad abierta”.

Por estas consideraciones la sentencia termina condenando a la municipalidad a pagar por concepto de daño moral \$150.000.000 a la víctima directa y \$50.000.000 a la víctima por repercusión.

La municipalidad apela, por considerar incorrecta la sentencia condenatoria, pues no se habría tomado en cuenta el desistimiento a su respecto. Para fundar su pretensión, la municipalidad solicitó al tribunal de alzada una serie de diligencias tendientes a establecer que el desistimiento antes aludido había tenido su origen en una transacción en virtud de la cual C.S.A. pagó a la demandante la suma de \$55.000.000 a título de indemnización

“suficiente de todos los perjuicios y/o daños, de cualquier tipo, especie, clase o naturaleza, provocados o causados o que pudiesen provocarse a todos los comparecientes por los hechos referidos, declarando y ratificando éstos aceptar dicha indemnización y recibir tal suma a entera y total satisfacción, con lo cual se extingue toda eventual obligación, derecho y/o acción que pudiese existir a su favor, en el presente o el futuro, con respecto o a causa de los hechos que provocaron las amputaciones varias veces citada y demás lesiones y quemaduras sufridas por el menor..., sin excepción alguna”.

Al agregarse copia de la escritura pública de transacción, la municipalidad demandada interpuso en segunda

instancia la excepción de pago basándose en lo dispuesto por los artículos 2.317 del *Código Civil* y 310 del *Código de Procedimiento Civil*. Para fundamentar la excepción sostuvo que si el sustento jurídico de la demanda es el artículo 2.317, toda vez que la acción deducida perseguía que las dos demandadas fueran condenadas a reparar el daño en forma solidaria, el pago de uno de los demandados, extinguió la obligación en forma total.

La sentencia de segunda instancia acoge la alegación de la demandada municipalidad estableciendo que:

“si bien por regla general, la transacción sólo surte efecto, como todo contrato, entre las partes que concurrieron a celebrarlo y que en este caso la I. Municipalidad de H. no fue parte en la transacción de que se trata, se beneficia con sus efectos extinción de la deuda y finiquito en razón de habérsela demandado en forma solidaria con C.S.A., cuestión que no pudo ser de otra manera, acorde con lo dispuesto por el citado artículo 2317 del Código Civil”.

La referida sentencia permite abordar la relación entre los efectos del contrato de transacción y la solidaridad en la responsabilidad civil.

Como se sabe, la solidaridad constituye una excepción en el ámbito contractual, pues debe constar por acuerdo de las partes, la ley o el testamento. Por el contrario, tratándose de responsabilidad civil por delitos o cuasidelitos

el artículo 2.317 dispone una regla general de solidaridad, a la cual hacen excepción los artículos 2.323 y 2.328 del mismo *Código*. Por lo mismo, la solidaridad ha sido reclamada en la demanda de autos, lo cual significa la aplicación del artículo 2.317 del *Código Civil* a las demandadas C.S.A. y Municipalidad de H.

La solidaridad constituye una garantía para el pago a favor del acreedor, pudiendo éste reclamar el total de la deuda a cualquiera de los codeudores. Los efectos principales de la solidaridad se articulan alrededor de los elementos de la obligación. La obligación comporta dos elementos: el *debitum* –deuda– y la *obligatio* –obligación–, siendo el primero la prestación misma –objeto de la obligación–, y la segunda, la facultad de obligar a ejecutar la prestación debida. En la solidaridad pasiva reclamada existe una sola obligación con varios deudores. El primer aspecto, la unicidad de la deuda, tiene consecuencias importantes, siendo la principal que el acreedor solidario puede reclamar el total de la deuda a cualquiera de los deudores y, al mismo tiempo, el pago efectuado por cualquiera de los codeudores solidarios extingue la deuda y libera a los otros. En consecuencia, la unicidad de la deuda y la pluralidad de vínculos obligatorios, definen el régimen de excepciones que pueden oponer los codeudores. Existen tres tipos. Aquéllas inherentes a la deuda, las puramente personales y las mixtas o híbridas. En este sentido el artículo 1.520 del *Código Civil* señala que “el deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las



excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas”. Entre las excepciones inherentes a la deuda se encuentra el pago, el cual extingue la obligación respecto de todos los codeudores solidarios, subsistiendo nada más la relación entre el codeudor que pagó y aquellos otros que tengan interés en la deuda, pasando a ser la obligación simplemente conjunta.

Dilucidado que el pago beneficia a todos los deudores solidarios respecto al acreedor, cabe interrogarse sobre el pago efectuado por la demandada C.S.A. en virtud de la transacción celebrada con los demandantes, fruto de lo cual se presentó el desistimiento. La relación entre la transacción y el pago revisten el mayor interés. Consta en la sentencia la celebración del contrato de transacción entre la víctima y la demandada C.S.A. De ahí que sea necesario dilucidar los efectos de la transacción respecto al otro demandado y supuesto codeudor solidario.

Según prescribe el artículo 2.460 del *Código Civil* “la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”. Es decir, la transacción constituye un equivalente jurisdiccional. En autos la demandada C.S.A. y las víctimas procedieron a la celebración de transacción mediando un pago por concepto de los daños causados, luego la pregunta es si dicha solución de la deuda aprovecha a los demás codeudores solidarios, en particular, a la municipalidad. La sentencia, en forma correcta, aprueba la excepción de pago de la municipalidad al establecer:

“Que, en consecuencia, si bien por regla general, la transacción sólo surte efecto, como todo contrato, entre las partes que concurrieron a celebrarlo y que en este caso la I. Municipalidad de H. no fue parte en la transacción de que se trata, se beneficia con sus efectos extinción de la deuda y finiquito en razón de habersele demandado en forma solidaria con C.S.A., cuestión que no pudo ser de otra manera, acorde con lo dispuesto por el citado artículo 2317 del Código Civil; sin que obste a esta consecuencia el hecho de haber alegado la Municipalidad, en su momento, que no era pertinente al caso la solidaridad, pues esta emana de la norma legal referida y de la propia demanda que situó el asunto de modo correcto en el ámbito extracontractual”.

Por otra parte, extraer a la municipalidad de los efectos de la transacción arrojaría un enriquecimiento ilícito, pues la víctima obtendría una indemnización por sobre el daño reclamado. Es verdad que la víctima podría reclamar una suma superior a aquélla aceptada en la transacción, en cuyo caso el monto percibido debiera imputarse a la indemnización final si ésta fuere superior. Lo que no parece justificado es entender la indemnización acordada en la transacción en forma independiente del otro codeudor solidario. El pago efectuado por la empresa podría constituir al menos un pago parcial de la indemnización total. Sin embargo, los



*Alejandra Aguad D. y Carlos Pizarro Wilson*

términos del contrato de transacción, tal como lo señala la sentencia impiden reconocer la suma pactada como una indemnización parcial, puesto que se señala en forma explícita que se trata de un finiquito por los hechos que dieron origen al proceso en cuestión. Es cierto que el artículo 2.461 habría podido dar lugar a una interpretación diversa al señalar que la transacción

sólo surte efecto entre las partes. Pese a que esta regla sólo explicita el efecto relativo de los contratos, en términos que no puede obligarse a un tercero a ejecutar las obligaciones contraídas. Esta es la lectura apropiada del artículo 2.461. Una interpretación diversa significaría entender en forma incorrecta la solidaridad.

## CONTRATOS ESPECIALES

***Iñigo de la Maza G.***

Profesor de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales

HIPOTECA CON CLÁUSULA DE GARANTÍA GENERAL: CONTRATO E INSCRIPCIÓN. LA RELACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2.413 Y 2.432. CASACIÓN EN EL FONDO. CORTE SUPREMA, 24 DE AGOSTO DE 2004. G.J. 290, p. 105 Y SS.

Con fecha 1 de febrero de 1994, don OGG constituyó una hipoteca de primer grado sobre dos inmuebles a favor del Banco de Santiago con el objetivo de garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones que el constituyente tuviera actualmente o en el futuro con la institución. Al otorgamiento de la escritura comparece la mujer del constituyente –doña TRP– quien autoriza a su cónyuge para constituir dicha hipoteca, declarando conocerla y aceptarla. Con fecha 4 de noviembre del mismo año muere doña TRP, formándose la comunidad hereditaria entre el cónyuge sobreviviente y los cuatro hijos de la pareja. El día 25 de julio de 1996 don OGG suscribió a la orden del Banco de Santiago un pagaré por la suma de \$30.324.766, pagaderas en treinta y seis cuotas mensuales. Don OGG no pagó ninguna de las cuotas pactadas.

Frente a dicha situación, el Banco deduce demanda ejecutiva de desposeimiento en contra de los herederos en

su calidad de terceros poseedores de la finca hipotecada. Quienes ni pagaron la deuda ni hicieron abandono de la propiedad hipotecada. En lo que interesa a este comentario, los demandados se oponen a la demanda sosteniendo la ineptitud del libelo, falta de algunos de los requisitos o condiciones para que dicho título tenga fuerza ejecutiva y la nulidad de la obligación. El tribunal de primera instancia desechó todas las excepciones, ordenando seguir adelante con el desposeimiento. Conociendo de este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago procura establecer la exacta situación jurídica de los bienes hipotecados. Para estos efectos constata que la obligación cuyo pago se persigue a través de la acción de desposeimiento fue contraída con posterioridad a la muerte de doña TRP y que, por lo mismo, su cumplimiento sólo puede perseguirse en el patrimonio de don OGG y no en el patrimonio comunitario formado con la disolución de la sociedad conyugal. En palabras de los sentenciadores

“no teniéndose el marido como único dueño de los bienes sociales que constituyen la comunidad de bienes que se forma

entre los herederos, no es posible entender que se puedan perseguir las obligaciones de éste en un patrimonio del que ya no se reputa dueño”.

Por eso, entonces, el tribunal de alzada acoge la excepción del artículo 464 N° 7 del *Código de Procedimiento Civil* denegando la solicitud del Banco. La sentencia es impugnada a través de una casación en el fondo. A través de dicho recurso el Banco sostiene que la hipoteca contraída por don OGG en 1994 con autorización de su cónyuge era una de aquéllas con cláusula de garantía general, otorgada, precisamente, para caucionar todas aquellas obligaciones que actualmente o en el futuro vincularan al contrayente con el Banco. De allí, entonces, que, según lo dispuesto en el artículo 2.413 inciso final del *Código Civil*, el préstamo obtenido por don OGG del Banco el 25 de julio de 1996 quedó amparado por la garantía general hipotecaria, vigente al momento de otorgarse el crédito. Siendo esto así, al momento de fallecer doña TRP, la hipoteca se transmitió a sus herederos junto con los bienes sobre los cuales recaía, los que fueron adquiridos por sucesión por causa de muerte con el gravamen que los afectaba. La Corte Suprema razona sosteniendo, en primer lugar, que los herederos suceden a título universal a su causante; en segundo lugar, que si los bienes –o alguno de ellos– que componen la masa indivisa se encuentran gravados con hipoteca, el acreedor hipotecario dispone de acción solidaria contra cada uno de dichos inmuebles y que la acción

hipotecaria se dirige contra aquél de los codeudores que posee en todo o en parte la cosa hipotecada; en tercer lugar la Corte hace mención de los artículos 2.428 y 2.429 del *Código Civil* y, finalmente; en cuarto lugar señala que la acción de desposeimiento representa el ejercicio de la acción hipotecaria o, bien, del derecho de persecución, lo que la diferencia de la acción personal que el acreedor posee contra el deudor. De todos estos argumentos el tribunal superior concluye que la acción de desposeimiento ha sido correctamente deducida, pues correspondería al ejercicio del derecho de persecución y no al cobro de la deuda.

Como puede advertirse, en forma más oblicua o directa las tres sentencias reflexionan sobre la validez de la hipoteca con cláusula de garantía general y el hecho de que uno de quienes compareció con su voluntad a su otorgamiento –en este caso la mujer del contrayente– muere. ¿Qué sucede con las obligaciones contraídas con posterioridad a dicha muerte, quedan cubiertas por la garantía general? Para responder a esa pregunta es necesario detenerse sobre los alcances de la hipoteca con cláusula de garantía general o garantía general hipotecaria. La validez de la hipoteca con cláusula de garantía general es un tema en torno al cual existe una frondosa discusión y aproximaciones diversas y contradictorias por parte de los tribunales de justicia (para una exposición de los distintos argumentos a favor y en contra y de los autores y algunas sentencias (al respecto puede consultarse HINZPETER KIRBERG, Rodrigo, *La hipoteca*, Santiago, La Ley, 1993, pp. 73-95). Junto

con lo anterior, se trata de una práctica extremadamente difundida en el tráfico económico, particularmente cuando, como sucede en este caso, el acreedor es un banco.

Ésta es una buena oportunidad para volver a reflexionar sobre el problema. Me interesa detenerme aquí sobre un aspecto de la validez de la cláusula que puede arrojar luz sobre la sentencia *en comento*: la relación del inciso tercero del artículo 2.413 con el numeral segundo del artículo 2.432. Como resulta bien sabido, uno de los argumentos más frecuentes para sostener la validez de la cláusula de garantía general en Chile es el inciso tercero del artículo 2.413 cuyo tenor literal es el siguiente: “Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda, y correrá desde que se inscriba”. Pues bien, conviene demorarse aquí. En primer lugar, es necesario detenerse sobre qué es lo que podrá otorgarse en cualquier tiempo. La respuesta es el contrato de hipoteca, y aquello que correrá desde que se inscriba es el derecho real de hipoteca. Ahora bien, la segunda pregunta: ¿desde cuándo puede inscribirse el derecho real de hipoteca? Una opinión bien difundida sostiene que puede inscribirse en cualquier momento desde el otorgamiento del contrato de hipoteca, aun antes del otorgamiento del contrato al cual accede (En este sentido puede consultarse MERY BERISO, Rafael, *Derecho hipotecario*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958, p. 85 y ss. y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., s/f., p. 316, citando a Riesco). Esta opinión, sin em-

bargo, presenta problemas cuando se relaciona el inciso en cuestión con el numeral segundo del artículo 2.432, según el cual: “La inscripción de la hipoteca debe contener: 2º. La fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra”. A su turno, el artículo 2.433, *contrario sensu*, dispone que si se omite el requisito del numeral segundo se anulará la inscripción, salvo “que por medio de ella o del contrato o contratos citados en ella, pueda venirse en conocimiento de lo que en la inscripción se eche menos”. Pues bien, el problema con las cláusulas de garantía general es, precisamente, que a través de la inscripción no es posible, por regla general, conocer la fecha y naturaleza del contrato.

Enfrentados a este problema Somarriva sostiene, citando a Langlois, que:

“Del examen comparativo de los artículos 2413 y 2432 N° 2, y aplicando las reglas de interpretación del artículo 22 se llega a la conclusión de que la exigencia del segundo se refiere únicamente a los casos en que sea posible cumplirla, o sea cuando la hipoteca se otorgue simultáneamente o con posterioridad al contrato principal” (cit., p. 316).

Mery, por su parte, y en términos algo crípticos, sostiene que:

“En realidad este punto no tiene mayor trascendencia. Ya hemos indicado que cuando se garantiza una obligación futura sólo es

necesario que exista una obligación preliminar que lleve implícita la necesidad o la suposición de la existencia de tal obligación. Sólo esta obligación preliminar debe dar cuenta el contrato hipotecario y la inscripción constitutiva correspondiente” (cit., p. 113).

Ninguna de estas dos opiniones parece especialmente convincente. Sostendré, a continuación, que es posible intentar una explicación más satisfactoria de la relación entre ambas reglas.

Me parece que la mejor forma de comprender en conjunto las disposiciones de los artículos 2.413 y 2.432 N° 2 consiste en sostener que el contrato de hipoteca puede otorgarse antes de la obligación a que accede, pero la inscripción que es tradición del Derecho Real sólo puede tener lugar cuando es posible cumplir en la inscripción con los requisitos del artículo 2.432. De allí entonces, que la hipoteca –el Derecho Real– correrá únicamente desde esta inscripción, no desde la inscripción de la cláusula general.

Desde luego ésta es una opinión controversial, por lo mismo conviene hacerse cargo de un par de críticas que se le han formulado. En primer lugar, por parte de Germán Riesco y Pablo Langlois a propósito de la evolución que ha seguido el artículo 2.413 (sigo aquí la relación de SOMARRIVA, cit., pp. 316-317). Como resulta bien sabido el primer antecedente del 2.413 se encuentra en el artículo 645 del *Proyecto de Código* de 1846 que disponía:

“Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda. Si se otorgare antes, no tendrá valor, ni se entenderá correr, sino desde la fecha del contrato a que acceda; o desde la fecha de la anotación, si fuere posterior al contrato”.

Pues bien, en el *Proyecto* de 1853, el artículo 2.605 disponía que: “Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda”. Finalmente, la regla queda en el artículo 2.413, añadiéndose a la disposición anterior: “y correrá desde que se inscriba”. De esta evolución entonces desprenden los autores la voluntad de Bello de permitir la cláusula de garantía general y permitir su inscripción antes de que sea posible identificar el contrato al que acceden. Somarriva añade, además, los incisos anteriores del artículo 2.413, advirtiendo que allí la fecha se contará desde la inscripción.

Desde mi punto de vista, el argumento histórico es bastante menos contundente de lo que sus defensores creen. Lo anterior, toda vez que la mutilación que sufrió el artículo 645 puede explicarse, más bien, por la incorporación del artículo 2.607 en el *Proyecto* de 1853 (el antecesor del actual artículo 2.432) en cuyo numeral segundo se exigía como requisito de la anotación de la hipoteca especial “La designación del contrato a que accede la hipoteca, con inserción de todas las cláusulas referentes a ella”. Esta disposición no existía en el *Proyecto* de 1846. Allí, sólo se exigía que la hipoteca se anotara en el competente

anotador de hipotecas, sin necesidad de individualizar los contratos a que accedía (art. 643). En el *Proyecto* de 1853 es necesaria la individualización del contrato, por lo mismo, la parte que se suprimió del artículo 645 resultaba simplemente redundante. Situación que se mantiene con el artículo 2.413. Como se ve, de la evolución histórica del precepto no se sigue que Bello pensara que la hipoteca podía inscribirse antes de que pudiera identificarse suficientemente el contrato. Al parecer, siempre lo tuvo en mente, pero resolvió el problema a través de dos técnicas diversas, una la del artículo 645 del *Proyecto* de 1846, y otra la de los artículos 2.607 del *Proyecto* de 1853 y 2.413 del *Código Civil*. En estos dos últimos casos existen normas que privan de valor a la inscripción si no se individualiza el contrato respecto a su fecha y naturaleza (en el *Proyecto* de 1853 el artículo 2.608 y en el *Código Civil* el artículo 2.433). De todo esto, resulta posible una lectura alternativa de la evolución histórica del artículo 2.413 que parece más afín con la interpretación que estoy proponiendo aquí, que con la de Somarriva, Riesco o Langlois.

Respecto de los incisos anteriores del artículo 2.413 a los que hace mención Somarriva. ¿Qué puede desprenderse de allí en desmedro de lo que vengo sosteniendo? Me parece que nada. Se trata de hipotecas sujetas a condición o a plazo. Desde luego, en estos casos es posible realizar la inscripción toda vez que no se presenta ningún problema –como sucedía en el caso de las obligaciones futuras– respecto de la identificación del contrato

al que acceden. Otra cosa distinta es que cumplida la condición o el plazo, las hipotecas –el Derecho Real– correrán desde la inscripción.

La segunda crítica a la lectura que vengo haciendo –esta vez intentada por Mery Beriso– se endereza desde la anotación que hace Bello al inciso segundo del artículo 2.605 del *Proyecto* de 1853. Bello anota allí el artículo 3.260 del *Código de Luisiana* disponía respecto de las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones futuras que

“el derecho de hipoteca en este caso no se realizará sino en tanto en tanto que se cumpliera la promesa por el que la hizo: sin embargo, el cumplimiento de esta promesa dará a la hipoteca un efecto retroactivo a la época del contrato”.

Según Mery, éste sería el antecedente de la disposición del inciso tercero del artículo 2.605. Sin embargo, Mery yerra. Una lectura cuidadosa de la anotación de Bello muestra que ésta no refiere al inciso tercero del artículo 2.605 (“Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda”), sino al segundo

(“Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá [el derecho real de hipoteca] sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero, cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma del registro”).

Por esta razón es que el argumento de Mery no presta utilidad para desvirtuar la lectura que vengo sugiriendo.

En resumen, ni las modificaciones que experimentó el artículo 2.413 ni la anotación de Bello constituyen argumentos decisivos para sostener que se puede inscribir una cláusula de garantía general sin especificar los contratos a que accede. Pues bien, éstos constituyen argumentos para desvirtuar las objeciones a la lectura que vengo proponiendo; junto con lo anterior es posible acompañar algunos argumentos que justifiquen dicha posición, a saber, que lo que se puede otorgar con anterioridad al contrato principal es el contrato de hipoteca, pero que la inscripción del Derecho Real debe esperar al momento en que se pueda identificar suficientemente el contrato principal y sólo desde ese momento correrá el derecho real de hipoteca. El primero de ellos es histórico. Como ha sugerido el propio Mery la solución del Derecho Romano era que se admitía que la hipoteca pudiese garantizar deudas futuras, pero el Derecho Real no nacía sino con la deuda a la que accedía. A idéntica solución llegaban *Las Siete Partidas*. La pregunta es, ¿por qué Bello habría elegido alejarse de estas dos fuentes por las que en otras ocasiones mostró bastante fidelidad? El segundo argumento se encuentra en el Mensaje del *Código Civil*, específicamente en el párrafo xxii donde el legislador refiere a los beneficios de un sistema registral que entregue respecto de la propiedad territorial

“un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamen-

te sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre bases sólidas; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse”.

Para que dicho cuadro pueda presentar con precisión las hipotecas que gravan el inmueble, parece necesario que la inscripción arroje noticia de los contratos a los cuales accede o permita acceder a ellos, según lo dispone el numeral segundo del artículo 2.432 del *Código Civil* (este argumento puede encontrarse en HINZPETER KIRBERG, cit., pp. 93-94). Un tercer argumento que puede enderezarse todavía a favor de esta posición se encuentra relacionado con la libre circulación de la propiedad raíz. Resulta bien conocida la preocupación de Bello por aligerar las cargas que obstaculizaban el libre tráfico de los bienes, en lo que refiere a la hipoteca el artículo 2.415 resulta elocuente, el dueño de los bienes hipotecados podrá siempre enajenarlos. Pues bien, resulta más o menos evidente que, en los hechos, una cláusula de garantía general que se encuentre totalmente indeterminada lesionaría severamente la posibilidad de que un predio se desplazara desde un patrimonio a otro. ¿Qué sentido económico tendría adquirir un bien que luego puede ser gravado por deudas contraídas por su anterior dueño con posterioridad a la tradición del dominio? Respecto de este tercer argumento todavía es necesario insistir que sólo de esta manera resulta posible que la garantía hipotecaria fomente el desarrollo del crédito, pues únicamente así es posible que los terceros



que desean servirse del predio para garantizar sus créditos conozcan razonablemente la parte libre que queda de los bienes anteriormente gravados (sobre esto puede consultarse ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Fernando, *La hipoteca en la legislación chilena*, tesis de grado, Santiago, 1919, N° 128. disponible en [http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/1919/alessandri\\_f/html/index-frames.html](http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/1919/alessandri_f/html/index-frames.html), visitado el 12 de diciembre de 2005).

Pues bien, a estas alturas confío haber mostrado que los argumentos que es posible esgrimir a favor de la tesis que he venido sugiriendo resultan más persuasivos que los de la posición contraria. Lo que resta por hacer es examinar si esta lectura que he venido proponiendo se compadece con otro artículo que se utilizan con frecuencia para sostener la validez de la cláusula de garantía general, el 2.427.

Respecto de éste, debe recordarse que disciplina la pérdida o el deterioro de la finca hipotecada y entrega al acreedor hipotecario la opción de que se le mejore la hipoteca o a obtener otra seguridad equivalente y, en defecto de ambas cosas, a demandar el pago inmediato de la deuda líquida, o impletrar medidas conservativas si la deuda fuera ilíquida, condicional o indeterminada. Pues bien, lo que conviene preguntarse es si la deuda puede ser ilíquida, condicional o indeterminada satisfaciéndose los requisitos del numeral segundo del artículo 2.432. El problema se presenta respecto de las deudas indeterminadas ¿Puede alcanzarse la indeterminación a la naturaleza del contrato? La respuesta es relativa. Al momento de otorgar el contrato de hipoteca sí;

en cambio, al momento de inscribir el derecho real no, en caso contrario, ¿cómo podría satisfacerse el numeral segundo?

Antes de examinar los hechos de la sentencia que se trata de comentar es necesario recapitular. He sostenido que en la frondosa discusión que se ha generado en Chile respecto de la validez de la hipoteca con cláusula de garantía general es necesario poner atención a la relación entre los artículos 2.413 inciso final y el numeral segundo del artículo 2.432. Sobre esto sugeriré que para entender dicha relación es posible sostener que lo que puede otorgarse con anterioridad al contrato principal es el contrato de hipoteca. Para proceder a la inscripción, en cambio, es necesario que se satisfagan los requisitos del artículo 2.432. El que me ha interesado aquí es el del numeral segundo. En virtud de éste, dicha inscripción sólo podrá tener lugar cuando sea posible identificar la naturaleza y fecha del contrato al que accede y sólo una vez que dichos datos se acompañen el crédito proveniente de dicho contrato quedará caucionado con el derecho real de hipoteca. De allí entonces, que la inscripción de una cláusula de garantía general hipotecaria sólo alcanzará a los contratos que se encuentran debidamente especificados en ella. ¿Qué sucede respecto de los demás? Desde luego, no se encuentran cubiertos por la inscripción, por lo tanto, los créditos que surjan de ellos no se encuentran caucionados con un derecho real de hipoteca. Lo que sucede es una cosa distinta. La cláusula de garantía general contenida en el contrato

de hipoteca da derecho al acreedor hipotecario, una vez que dichos contratos sean suficientemente identificables, a exigir a su deudor que le haga la tradición del derecho real de hipoteca respecto de ellos. Y como advierte el artículo 2.413, el derecho real de hipoteca valdrá desde la inscripción. En este caso desde la segunda inscripción.

Si se acepta lo que vengo diciendo hasta aquí, la acción de desposeimiento no procede en contra de los herederos. La razón es la siguiente: En los términos en que se encuentra redactada la hipoteca con cláusula de garantía general, ésta sólo afecta al o los contratos individualizados en ella, esto es, a las deudas que el contrayente tenía al momento de constituir la hipoteca, pero no a las que contrajera en el futuro, específicamente en este caso, la contraída con posterioridad a la muerte de su mujer. La razón de lo anterior es que la inscripción no cumple respecto de ella el requisito del numeral segundo del artículo 2.432, por lo mismo, en el lenguaje del artículo 2.432, la hipoteca no corre respecto de esta obligación. No obstante, existe para el constituyente de la garantía general la obligación de hacer la tradición del derecho real de hipoteca en virtud del contrato de hipoteca que celebró con la institución bancaria. El problema para este caso es que al momento en que inscribía la hipoteca el deudor ya no será dueño de la cosa hipotecada. Conviene recordar que se trataba de un bien social y que, según lo dispuesto en el artículo 1.750 el marido se reputa respecto de terceros dueño de esos bienes. Sin embargo, con la muerte de la

mujer la sociedad conyugal se disuelve y el marido –junto a sus hijos en este caso– pasa a ser copropietario de los bienes. Pues bien, ¿sería éste un caso de hipoteca de cosa ajena? Como ha sugerido Alessandri Rodríguez:

“si despues de otorgar el título constitutivo de la hipoteca se trasfiere el inmueble a otra persona i se hace la inscripcion a su nombre, ya no puede inscribirse el derecho de hipoteca, porque, para constituir una hipoteca, es necesario que se sea dueño de los bienes que se den en garantía i, en el momento de hacerse la inscripcion, el constituyente ya habia dejado de serlo” (cit., N° 142).

Éste es un caso de hipoteca de cosa ajena, sin embargo, para este asunto particular existe una regla específica: la del artículo 2.417, que permite al comunero hipotecar su cuota en la sucesión. Ése sería el caso.

Existe, según he advertido, una frondosa discusión sobre la validez de la hipoteca con cláusula de garantía general tanto en el ámbito doctrinario como respecto de las soluciones a que han llegado nuestros tribunales de justicia. Una lectura adecuada de la relación existente entre el inciso tercero del artículo 2.413 y el numeral segundo del artículo 2.432 puede contribuir a aclarar las cosas. Eso es lo que intentado hacer, aunque modestamente, a través de este comentario. Una pregunta que queda pendiente, ¿cómo afectaría, si es que se acepta, esta solución a la activi-

dad de los bancos que caucionan sus créditos con hipotecas con cláusula de garantía general?. Mi sospecha es que no demasiado, pero esto precisa un estudio empírico que sobrepasa con generosidad las posibilidades de este comentario.

COMPRAVENTA, PACTO DE RETROVENTA, Y *FIDUCIA CUM CREDITORE*. CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, 23 DE ABRIL DE 2003. CORTE SUPREMA 11 DE NOVIEMBRE DE 2004. NÚMERO IDENTIFICADOR LEXISNEXIS 31368.

Con fecha 25 de julio de 1996, don ANI –en adelante el demandante– celebró un contrato de compraventa de inmueble con don STR –desde ahora el demandado– otorgándolo por escritura pública en una notaría de Osorno. El mismo día ambas partes comparecieron a una notaría ubicada en Río Negro y suscribieron una contraescritura en la que se estableció que el verdadero propósito de la escritura de compraventa era evitar el remate de la propiedad vendida por una deuda que el vendedor mantenía con el Banco de Crédito e Inversiones. El precio de la compraventa correspondió a la cantidad necesaria para servir la deuda impaga, intereses, costas y los gastos de la celebración del contrato de compraventa. El dinero del precio de la compraventa fue conseguido por el comprador a través de un crédito con el Banco Osorno. En lo que interesa a este comentario, el texto de la cláusula cuarta de la contraescritura es el siguiente:

“Cuarto: Los comparecientes ANI. y STR., por este acto celebran esta contraescritura, que tiene por fin, establecer las verdaderas razones que llevaron a la celebración del contrato ubicado en la cláusula primera, como los derechos y obligaciones que deben asumir los contratantes. A) La compraventa se celebró, única y exclusivamente, con el fin de evitar que los bienes vendidos salieran a subasta por orden judicial, en el juicio seguido ante el Primer Juzgado de Letras de Osorno, en los autos rol número ochocientos ochenta y dos guión noventa y cinco, caratulados ‘Banco Crédito e Inversiones con N.’. B) El precio de la compraventa correspondió a los valores necesarios para pagar la totalidad del crédito, intereses y costas al Banco de Crédito e Inversiones, más los gastos que se devenguen por la celebración del contrato y esta contraescritura, de cualquier naturaleza que sean o se devenguen. C) Don ANI controla en forma personal y exclusiva la obligación de pagar el crédito que con esta misma fecha, concedió el Banco Osorno, a don STR y, que fueron destinados al fin indicado en la cláusula segunda de esta escritura. Dicho servicio comprende la totalidad de las partidas que en relación con crédito exija el Banco Osorno para tener por cumplida en su integridad el préstamo y así al-

zar la hipoteca constituida a favor de dicha institución, incluyendo además los gastos que devenguen tales actuaciones. D) Cumplida la obligación antes descrita, don STR, en el término máximo de ocho días, contados desde la fecha que el Banco dé Osorno diere por cancelado el crédito en la forma ya dicha, celebrará un contrato de venta con don ANI, en virtud del cual le venderá y transferirá el predio individualizado en la cláusula primera. El precio de dicha compraventa corresponderá a la totalidad de los valores pagados en cumplimiento a lo mencionado en la letra c) precedente. E) El plazo máximo para pagar el crédito al Banco Osorno es hasta el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis, aludiendo en consecuencia pagarse antes de dicha fecha, en cualquier época, según decisión de don ANI”.

En su presentación ante tribunales, el demandante señala que, pese a haber cumplido con todas las obligaciones que la contraescritura le imponía, el demandado no ha satisfecho la suya de otorgar escritura pública a su favor. En lo que interesa a este comentario, el demandado opone la excepción de prescripción fundándola en que el título invocado –la contraescritura pública– contendría un pacto de retroventa de aquellos regulados en los artículos 1.881 y siguientes del *Código Civil*, por lo mismo, la acción únicamente podría

intentarse dentro de los cuatro años siguientes desde la fecha del acuerdo. En este caso, entre la fecha del acuerdo y el ejercicio de la acción han transcurrido cincuenta y nueve meses y dos días. Evacuando el trámite de réplica, el demandante sostuvo que el pacto otorgado a través de la contraescritura pública no era un pacto de retroventa, sino uno de promesa. Justifica lo anterior en el hecho de que para que se tratara de un pacto de retroventa hubiera sido necesario que el vendedor su hubiere reservado la facultad de recobrar la cosa vendida en el mismo contrato de compraventa y no a través de un acto posterior a éste. Conociendo de este caso el tribunal de primera instancia mantiene una opinión distinta, señalando que no existe en la normativa pertinente el requisito de que el pacto de retroventa se realice en el mismo documento en que se otorga el contrato de compraventa, de allí que el intérprete no pueda colegirlo. Por esta razón, acoge la excepción de prescripción utilizada por el demandado. La sentencia es apelada. Conociendo del recurso la Corte de Apelaciones de Valdivia se detiene una vez más sobre los hechos, advirtiendo que el contrato de compraventa se origina como una estrategia de defensa acordada entre el demandante y el demandado, a la sazón, abogado del primero en el juicio ejecutivo a través del cual se buscaba realizar la propiedad. A continuación, se ocupa de calificar jurídicamente el pacto contenido en la contraescritura señalando –luego de sendas citas desde Pothier a Díez Duarte– que es un requisito especial del pacto de retro-

venta constar en el contrato de compraventa, no en un pacto posterior y, concluyendo que, para este caso, dicho pacto posterior corresponde a una promesa de venta. Contra esta sentencia se recurrió de casación en la forma y en el fondo. La Corte Suprema invalida de oficio la sentencia del tribunal de alzada por carecer de motivaciones que justifique el rechazo a un cobro solicitado por el demandado. Empero, en su sentencia de reemplazo hace suya la decisión de la Corte de Apelaciones respecto a la calificación jurídica de la contraescritura sobre la base del mismo argumento: que el pacto de retroventa debe constar en el mismo instrumento que el contrato de compraventa.

Pues bien, los argumentos del tribunal de alzada y de la Corte Suprema parecen correctos. Así se ha entendido desde antiguo el pacto de retroventa. Mi impresión, sin embargo, es que existe otra razón más poderosa para descartar el pacto de retroventa y es que tratándose de un elemento accesorio su validez depende del contrato al que accede –en este caso la compraventa– y, según intentaré explicar a continuación, en los hechos que dan lugar a esta sentencia el contrato de compraventa es un contrato simulado y, como se sabe, en virtud de la regla del artículo 1.560 frente a un caso de simulación relativa como éste prima entre las partes la voluntad real contenida en el acto disimulado sobre aquélla expresada en el acto simulado. Acto seguido, sostendré que la licitud de esa simulación es dudosa toda vez que defrauda la regla que prohíbe pagarse de un cré-

dito con la propiedad del deudor sin que se realice con observancia de los requisitos legales. Sobre todo esto, sin embargo, es necesario detenerse con mayor morosidad. Primero sobre la simulación.

He sugerido que lo que en verdad existió en este caso fue una simulación relativa. Para que exista simulación es necesario que al menos dos personas se pongan de acuerdo para manifestar a terceros una voluntad distinta de la que efectivamente tienen. En el caso de los contratos existiría una voluntad declarada y simulada y una voluntad real o disimulada. La voluntad real puede ser de no ejecutar o celebrar ningún acto jurídico o contrato; en cuyo caso se trata de una simulación absoluta o, bien, puede recaer sobre un negocio jurídico diverso del declarado, en cuyo caso se tratará de una simulación relativa (sobre esto puede consultarse, en general, DÍEZ DUARTE, Raúl, *La simulación de contrato en el Código Civil chileno: teoría jurídica y práctica forense*, 2ª ed., Santiago, Editorial Fallos del Mes, 1982; PAILLÁS PEÑA, Enrique, *La simulación: doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica, 1984; FUEYO LANERI, Fernando, “La simulación de los negocios jurídicos”, *Instituciones de Derecho Civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica, 1990). ¿Se acomodan los hechos relatados a esta caracterización de la simulación relativa? En primer lugar, es necesario determinar si existió acuerdo simulatorio, es decir, un concierto entre quienes manifiestan en un acto determinado una voluntad diversa de la real. La respuesta, desde mi punto de vista, al menos, es que sí.

Cuando las partes comparecieron a la celebración del contrato de compraventa lo hicieron con un ánimo diverso al del comprador y vendedor. Lo hicieron según revela la letra A) de la cláusula cuarta de la contraescritura transcrita más arriba “única y exclusivamente, con el fin de evitar que los bienes vendidos salieran a subasta por orden judicial”. Lo que interesaba al supuesto vendedor era, precisamente, obtener una suma de dinero que le permitiera saldar la deuda del inmueble. A su turno, el ánimo del supuesto comprador parece consistir en prestar a la otra parte una suma de dinero garantizando su restitución con la propiedad del inmueble. En segundo lugar, es necesario determinar si existió un acto disimulado en el cual se depositó la verdadera voluntad de las partes. La respuesta es que sí, ese acto es, según me parece, una especie de mutuo, garantizado con transferencia de la propiedad del mutuario y con una promesa de venta a favor de éste. Lo anterior según examinaré más adelante, es lo que se conoce como venta en garantía, negocio fiduciario o *fiducia cum creditore* (sobre esto puede consultarse DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967, p. 379 y ss. y VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *La venta en garantía en el derecho civil común español*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1990). La pregunta, desde luego, ¿por qué presentar las cosas de esta manera algo artificial, si en verdad pueden presentarse a través de dos contratos sucesivos, uno de compraventa y otro de promesa? La respuesta es que llegado

el asunto a conocimiento de la justicia, el tribunal queda vinculado por la regla del artículo 1.560, y la interpretación y calificación del contrato depende menos de su literalidad que de la verdadera intención de las partes y para estos efectos las mismas partes se encargaron de manifestar su verdadera voluntad en un acto distinto a la compraventa. Conviene advertir que en dicho acto las partes no expresan una convención nueva, sino que se integra al contrato simulado, fijando su verdadera naturaleza. Para advertirlo es necesario volver sobre la tantas veces citada cláusula cuarta. Si se interpretan sus cinco letras en conjunto la voluntad de las partes parece haber recaído sobre un préstamo de dinero (el precio equivale exactamente al monto adeudado por el vendedor y debe restituir dicha cantidad pagando la deuda que contrajo el comprador que, a la vez, constituye el precio de la segunda compraventa), garantizado por la transferencia de la propiedad y con la opción para el vendedor de recuperar la cosa.

Según he advertido, el verdadero negocio que celebraron las partes fue una especie de negocio fiduciario. Esta figura ha sido definida por Regelsberger en los siguientes términos:

“el negocio fiduciario se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos –como ellas saben– exceden de aquel fin; por ejemplo, transmisión de la propiedad para garantizar un crédito, cesión de un



crédito para su cobro. Del negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo, sin disminución: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuere para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del propuesto. Quien transmite le hace confianza de que no lo hará. El aseguramiento jurídico contra el abuso va más allá de una obligación exigible” (citado en DE CASTRO Y BRAVO, p. 381).

La especie de negocio fiduciario aquí es la venta en garantía, es decir, el entrelazamiento de dos negocios, uno de transferencia y otro de garantía, complementado con un derecho de readquisición por parte del deudor (*vide* VIDAL MARTÍNEZ, cit., p. 181).

Ahora bien, si se acepta que lo que ocurrió, en este caso fue una simulación relativa, lo siguiente que es nece-

sario determinar es cuál de los negocios resulta vinculante para las partes, el simulado –la compraventa– o el disimulado –la venta en garantía–. Sobre lo anterior, y haciendo pie en el artículo 1.560, parece evidente que entre las partes sólo resulta vinculante el negocio disimulado, siempre y cuando cuente con todos los requisitos de existencia y validez necesarios (*vide* FUEYO LANERI, cit., p. 550) y bajo la condición que quien invoca la simulación logre acreditarla (sobre la forma de probar la simulación e invocarla en juicio puede consultarse PAILLAS PEÑA, cit., pp. 69-77).

Advertido lo anterior, esto es, que se trataría de un caso de simulación relativa y que el verdadero negocio era una venta en garantía, es posible entender la obligación de restituir la cosa al interior de esta figura, sin necesidad de acudir al pacto de retroventa o a la promesa. Con todo, queda una pregunta pendiente: ¿es válida la venta en garantía bajo las reglas del Derecho chileno? La respuesta, sin embargo, debe esperar a un trabajo más ambicioso que este comentario de sentencia.





DE LOS BIENES,  
Y DE SU DOMINIO,  
POSESIÓN, USO Y GOCE

**Dr. Javier Barrientos Grandon**  
Profesor de Historia del Derecho  
Universidad Diego Portales

SERVIDUMBRES. SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS. SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO. MODO DE EJERCICIO DE UNA SERVIDUMBRE. DETERMINACIÓN DEL MODO DE EJERCICIO DE UNA SERVIDUMBRE. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE UN MODO PARTICULAR DE EJERCER LA SERVIDUMBRE. ACTOS DE MERA FACULTAD. CORTE SUPREMA, CASACIÓN EN EL FONDO Y EN LA FORMA, SANTIAGO, 29 DE AGOSTO DE 2005. ROL 4767-2003.

**1. La cuestión discutida**

El dueño de un predio sirviente, gravado con una servidumbre de tránsito inscrita voluntariamente por título inscrito, demanda de restitución de acuerdo con el artículo 915 del **Código Civil**, y en subsidio de reivindicación de conformidad con el artículo 889 del mismo **Código**, al dueño del predio dominante para que le restituya la franja de terreno a través de la cual se ejerce la citada servidumbre, porque el demandado no se limita a transitar por ella, sino que la detenta injustamente al utilizarla como estacionamiento, haber plantado árboles en ella, instalado postes para un tendido eléctrico y construido edificaciones para su beneficio, circunstancias debidamente probadas y no discutidas en juicio.

El demandado se opone a ambas acciones, porque:

- a) respecto de la primera, fundada en el artículo 915, alega no ser “injusto detentador” ya que ejerce un legítimo derecho fundado en el título de la servidumbre y
- b) en cuanto a la segunda, basada en el artículo 889, sostiene que ha adquirido por prescripción adquisitiva el “modo particular” de ejercer la servidumbre por espacio de más de veinte años, de acuerdo con el artículo 888 del **Código Civil**.

Sin perjuicio de las cuestiones jurídicas derivadas de la interpretación de artículo 915 y de su relación con la acción reivindicatoria (*vide* BARRIENTOS GRANDON, Javier, “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”, en RCHDP, N°. 4, Santiago, junio 2005, pp. 221-249), en este comentario solamente se tocarán las *questiones* directamente vinculadas con las servidumbres. Tales son:

- 1ª Del “gravamen” y el “modo de ejercicio” de una servidumbre.
- 2ª De la determinación del modo de ejercer una servidumbre.
- 3ª Gravamen en el que consiste la servidumbre de tránsito.

4ª El “modo de ejercicio” de la servidumbre de tránsito.

Sobre estas cuestiones se ha pronunciado en primera instancia el juez del Primer Juzgado Civil de Concepción, César Panés Ramírez, en su sentencia del 23 de agosto de 2002, confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia del 27 de septiembre de 2003, confirmada en casación por la Excelentísima Corte Suprema en su fallo, de forma y de fondo, del 29 de agosto de 2005, cuyas opiniones motivan este comentario, y a las que se hará referencia en los lugares que procedan.

## 2. Del “gravamen” y el “modo de ejercicio” de una servidumbre

El “modo” de ejercer la servidumbre representa un aspecto de singular relevancia en esta sede, si bien no ha llamado especialmente la atención de nuestra doctrina, aunque constituye él una categoría especialmente tratada por Bello en el *Código Civil*, al menos en los siguientes campos operativos:

- a) La “excesiva onerosidad” en el ejercicio del “modo primitivo de la servidumbre” derivada del transcurso del tiempo que, al tenor del inciso 2º del artículo 830 CC, autoriza al dueño del predio gravado para proponer que dicho modo de ejercicio se varíe a su costa “y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas”. Disposición cuya *ratio* es la misma que preside la regla del artículo 89 del *Código de Aguas*, singularmente en su

inciso 2º: “Igualmente, el dueño del predio sirviente podrá efectuar a su costa, dentro de su heredad, las variantes que hagan menos oneroso el ejercicio de la servidumbre, sin perjudicar el acueducto”.

- b) El “modo particular de ejercer una servidumbre” que, de acuerdo con el artículo 888 CC, se puede adquirir y perder por la prescripción “de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma”.
- c) En términos generales, “el ejercicio de la servidumbre” (legal) de tránsito que, según lo dispuesto en el artículo 848 CC, está entregado al acuerdo de las partes y en su defecto a la regulación por peritos.

Sobre el “modo” de ejercer las servidumbres es posible apuntar algunas observaciones generales de interés:

- 1ª. El “modo de ejercer una servidumbre” es, naturalmente, cosa diversa del gravamen en el cual consiste la misma servidumbre

Esto es así, porque el gravamen es el contenido de la servidumbre, que consiste en los derechos que pueden ejercerse sobre el predio sirviente como determinados *iura prohibendi* y las *immisiones* o padecimiento que debe tolerar ese mismo predio servil, mientras que el “modo” no es más que una especie de “circunstancia” que determina o especifica al gravamen y que, por lo tanto, accede a él.

La doctrina chilena no ha reparado en la singularidad de la noción de “mo-

do de ejercer una servidumbre” y ha tendido no sólo a pasarla en silencio sino, también, a confundirla y diluirla en los genéricos conceptos de “ejercicio de la servidumbre” o “derechos del predio dominante” y “obligaciones del predio sirviente” a que hace referencia el artículo 884 CC (BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil. Primer Año*, 3ª ed., Santiago, 1921, “Determinación de los derechos del predio dominante y de las obligaciones del predio sirviente”, pp. 355-356; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, IX, *De los Bienes*, IV, Santiago, 1935, nr. 1330-1345, pp. 43-55, bajo la rúbrica de “Derechos del propietario del predio dominante y obligaciones del propietario del predio sirviente con respecto al ejercicio de la servidumbre” y nr. 1655-1661, pp. 326-330; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil... redactado y puesto al día por Antonio Volcanovic*, 2ª ed., Santiago, 1957, II *De los Bienes* nr. 1016-1018, pp. 706-707 bajo la rúbrica “Ejercicio del derecho de servidumbre” y nr. 1.121, pp. 758-759 bajo la rúbrica “Derechos y obligaciones de los titulares activo y pasivo de las servidumbres voluntarias”; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 3ª ed., Santiago, 1997, nr. 250, p. 342 rubricado “Ejercicio del derecho de servidumbre” y nr. 256, p. 358 bajo la rúbrica “Derechos y obligaciones de los dueños de los predios”; ROZAS VIAL, Fernando, *Los bienes*, Santiago, 1998, nr. 379, p. 336: “Ejercicio de las servidumbres”, y nr. 400, p. 360: “¿Cómo se determinan la extensión y forma de los derechos y obligaciones

de los dueños de los predios dominante y sirviente en las servidumbres voluntarias?”).

La citada común doctrina descansa, principalmente, en lo dispuesto en el artículo 884 CC, situado en sede de “servidumbres voluntarias”, cuyo texto es el siguiente:

“El título o la posesión de la servidumbre por el tiempo señalado en el artículo 882, determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente”.

Tal opinión no repara en que son categorías jurídicas diversas las dos siguientes:

- a) “los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente”, es decir, el “gravamen” y
- b) “el modo de ejercer una servidumbre”.

#### a) El gravamen

La categoría de “los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente”, no corresponden más que al contenido del “gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”, que es en lo que consiste una servidumbre (art. 820 CC).

En efecto, lo que el referido artículo 884 denomina como “derechos del predio dominante” y “obligaciones del predio sirviente” son, simplemente:

- a) respecto del predio dominante, la facultad de ejercer un cierto *ius*

***prohibendi*** en el fundo sirviente, es decir, ejercitar un derecho de prohibir algo al predio gravado, en cuyo caso la servidumbre es “positiva”, porque “impone al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo, que sin la servidumbre le sería lícito” (art. 823 *in fine*);

- b) respecto del predio sirviente, la admisibilidad de una cierta ***immissio***, esto es, “sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer”, en cuyo caso la servidumbre se califica de “negativa” (art. 823 *in pr.*).

Por lo anterior, la determinación del “gravamen” en que consiste la servidumbre es, simplemente, determinar su contenido, esto es, los derechos que pueden ejercitarse sobre el predio sirviente o el padecimiento o “dejar hacer”, que debe sufrir el mismo predio gravado.

Puestas así las cosas, la determinación de tales “derechos” y de la tolerancia de un “dejar hacer” o de varios, es cuestión que depende de la causa constitutiva de la servidumbre, pues es en ella donde se impuso el gravamen, de guisa que es preciso distinguir los siguientes casos:

- 1º Servidumbres legales: que son las “impuestas por la ley” (art. 831 CC), tienen, precisamente, determinado su contenido en la ley, como puede verse, por ejemplo, en relación con la “servidumbre legal de tránsito”, cuyos “derechos” y “obligaciones” están precisados en los artículos 847 a 850 CC.
- 2º Servidumbres naturales: que son las “que provienen de la natural

situación de los lugares” (art. 831 CC), tienen también determinado en la ley el contenido en el cual consiste su gravamen, como puede apreciarse, por ejemplo, en la servidumbre consagrada en el artículo 833 CC.

- 3º Servidumbres voluntarias: que son las “constituidas por un hecho del hombre” (art. 831 CC), tienen determinado el contenido de sus respectivos gravámenes, al tenor del artículo 884 ya citado, en su causa constitutiva, que puede ser:

- a) un cierto y determinado “título”, como una cláusula contractual o testamentaria o
- b) la “posesión de la servidumbre”, cuando ella se ha adquirido, en los casos admitidos, por prescripción adquisitiva.

- b) El “modo de ejercer una servidumbre”

Sólo una vez que se ha “determinado” el contenido del gravamen es posible su ejercicio, así, por ejemplo, si voluntariamente se ha constituido una servidumbre de tránsito es necesario precisar cuáles son los derechos que se pueden ejercer sobre el predio sirviente y que, en consecuencia, deben ser tolerados por éste, como si se tratara de determinar si comprende solamente el derecho a transitar a pie, o también el derecho a transitar a caballo o en carruajes, o si se extiende al derecho de acarrear o transportar mercaderías. Esta “determinación” es la que, como queda dicho, debe realizarse de acuerdo con el artículo 884 CC, que

fija como regla el recurso al “título o a la posesión de la servidumbre por el tiempo señalado en el artículo 882”, pues el uno o la otra “determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente”.

Sólo cuando se ha “determinado” el gravamen en el cual consiste la servidumbre, sobre la base de su causa constitutiva (“título o posesión”), es posible determinar el “modo de ejercicio” de tal gravamen, es decir, la manera en la cual deben ser ejercitados los derechos y padecimientos en los que consiste. Así, si se sigue con el ejemplo anterior, determinado que el gravamen en el cual consiste la servidumbre de tránsito implica el derecho de pasar a pie, a caballo y en vehículos por el predio sirviente, puede determinarse el “modo” en que tales derechos pueden ejercerse, por ejemplo, si solamente podrán ejercitarse a través de una cierta senda, o si solamente se podrán ejercer durante horas precisas del día o de la noche, o en algunas épocas del año, etc. De cómo ha de procederse a la determinación del “modo de ejercicio de una servidumbre” se tratará en el apartado siguiente de este comentario.

Particularmente orientador en este punto es recordar que en la jurisprudencia romana clásica una de las *sedes materiae* propias del *modus* era la de servidumbres, pues, siendo todas voluntarias (la excepción a este principio, tal vez, sólo se hallaba en el “derecho provincial”), los juristas mantenían como común opinión (Sabino, Casio, Papiniano) que no era posible constituir servidumbres sujetas a plazo (*terminus*) o a condición (*sub conditione*):

“Ciertamente no pueden las servidumbres constituirse, en estricto derecho, ni desde cierto tiempo, ni hasta cierto tiempo, ni bajo condición ni hasta cierta condición” (D. 8,1,4 pr.),

pero, por el contrario, ellas sí admitían *modus*. “Sabido es que a las servidumbres puede añadirse modo” (D. 8,1,4,1), y sabido es, también, que las categorías romanas de plazo, condición y modo, después de una larga y compleja historia, iniciada en el escenario del *ius commune*, acabarían generalizadas y extendidas en su campo operativo al de los “negocios” o “actos jurídicos” (*vide* GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° XXVI, Valparaíso, 2004, pp. 187-254 y ahora en su *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Navarra, 2005, pp. 97-177).

Es en esta tradición, del “modo” en sede de servidumbre, en la que se sitúa Andrés Bello, entre otros, en los citados artículos 830 y 880 CC, de manera que se está aquí en presencia de un caso clásico y típico de procedencia del *modus* y bien puede aplicársele al núcleo de su noción la que se desprende del inciso 2° del artículo 1093 CC, es decir, la de tratarse de una “forma especial” prescrita para el ejercicio del gravamen en el que consiste la servidumbre y, en cuanto tal, de un elemento que accede al gravamen, que es lo principal y determinante.

- a) En el sentido que queda explicado, el artículo 824 CC, al referir-

Javier Barrientos Grandon

se a la servidumbre de tránsito la determina por sus “modos” o “circunstancias”, de guisa que tal gravamen común de tránsito puede determinarse “por una senda, o por una puerta especialmente destinada a él”, o puede carecer de estos “modos” o “circunstancias” y no hallarse determinado: “cuando carece de estas dos circunstancias o de otras análogas”.

- b) Por esta misma natural diferencia, el artículo 888 CC distingue, expresamente, entre la adquisición por prescripción adquisitiva de una “servidumbre” y la de un “modo particular” de ejercerla.

2ª El “modo de ejercer una servidumbre” es cosa distinta del llamado comportamiento “*civiliter*” del dueño del predio dominante

Los autores explican, unánimes, que el ejercicio del derecho de servidumbre debe enmarcarse en “un comportamiento *civiliter*”, es decir, debe mantenerse dentro de los límites de lo indispensable y sin perturbar innecesariamente al predio sirviente (ALESSANDRI RODRÍGUEZ - SOMARRIVA UNDURRAGA, cit., nr. 1018, p. 707; PEÑAILILLO ARÉVALO, cit. nr. 250, p. 343).

Cierto es lo anterior, y de tal principio dan buena prueba, entre otros, el artículo 833 CC, sin embargo, esta noción de comportamiento “*civiliter*”, que no es categoría clásica romana, como se afirma habitualmente, pareciera que ha ocultado la noción técnica de modo de ejercer la servidumbre, y así es frecuente que los autores ofrez-

can como ejemplo de un tal comportamiento a las reglas del artículo 833 CC. En todo caso, la sujeción del dueño del predio dominante a un comportamiento determinado que ha de evitar gravar, perturbar o incomodar al dueño del predio dominante es, simplemente, una consecuencia del “modo” en que debe ejercerse, modo en su concepto jurídico, por cierto, además del básico principio del legítimo ejercicio de los derechos.

3ª El “modo de ejercer una servidumbre” no puede “aumentar el gravamen” del predio sirviente

Es éste un principio general fundado en que la propia servidumbre consiste en el gravamen (art. 820 CC), cuyo contenido y extensión convienen voluntariamente el dueño del predio dominante y el dueño del predio sirviente (arts. 831 y 880 CC) o el solo constituyente en su caso (*v.gr.* arts. 881, 1.120 CC), de guisa que el modo, en cuanto que accede al gravamen, simplemente ha de limitarse a determinar el ejercicio del gravamen acordado, porque, precisamente, esa “forma especial” de ejercicio del gravamen, en que consiste el modo, no puede alterar “la substancia” del gravamen, como se desprende de la regla pertinente al “modo” sentada en el artículo 1.093 inciso 2º CC.

Se entienden, sobre la base de este principio y *ratio*, diversas disposiciones del *Código Civil*, por ejemplo, la del su artículo 827 inc. 1º: “Dividido el predio dominante, cada uno de los nuevos dueño gozará de la servidumbre, pero *sin aumentar el gravamen del predio*



**serviente**”, regla cuyo ejemplo ofrece el inc. 2º del citado artículo:

“Así los nuevos dueños del predio que goza de una servidumbre de tránsito **no pueden exigir que se altere la dirección, forma, calidad, o anchura de la senda o camino destinado a ella**”,

es decir, no puede imponer “un modo” de ejercicio de la servidumbre diverso del que existía y que aumente el gravamen que pesa sobre el predio sirviente.

### **3. De la determinación del “modo de ejercicio de una servidumbre”**

Como se ha anticipado, el “modo de ejercicio de una servidumbre”, por regla general, se encuentra disciplinado, expresamente, en sede de servidumbres naturales y legales, y en caso de discrepancia, como en los previstos en el artículo 848 CC, 80 inc. 3º CA, 85 inc. 4º CA, 87 inc. 4º CA, 89 inc. 3º CA, su determinación debe realizarse judicialmente y en un procedimiento sumario, pues el número 2º del inciso 2º del artículo 680 CPC, señala que el procedimiento sumario “deberá aplicarse”, entre otros casos: “A las cuestiones que se susciten sobre... ejercicio, modificación o extinción de servidumbres naturales o legales”.

En cuanto a las “servidumbres voluntarias”, es decir, a las “constituidas por un hecho del hombre” (art. 831 CC), la determinación del “modo” de su ejercicio no se gobierna por la regla del artículo 884 CC, pues ella tiene

como campo operativo propio el de la determinación del gravamen, como se ha explicado precedentemente (*vide* en contra de esta opinión BARROS ERRÁZURIZ, cit. p. 356; CLARO SOLAR, cit. IX-IV, nr. 1655-1661, pp. 326-330; ALESSANDRI RODRÍGUEZ - SOMARRIVA UNDURRAGA, cit. nr. 1121, pp. 758-759; PEÑAILILLO ARÉVALO, cit. nr. 256, p. 358; ROZAS VIAL, cit. nr. 400, p. 360).

Excluida la aplicación del referido artículo 884 CC a la determinación del “modo de ejercicio” de una servidumbre voluntaria, se muestra en toda su amplitud como disposición que la gobierna la de regla general del acuerdo o convención de las partes, sentada en el artículo 880 CC, y, como el caso sujeto a decisión judicial que aquí se comentará, versaba sobre una servidumbre voluntaria de tránsito, sólo se discurrirá en torno al modo de ejercicio de las servidumbres voluntarias.

- a) El “modo de ejercicio” de una servidumbre voluntaria, como se ha anticipado, constituye un elemento que accede al gravamen y, por lo tanto, puede libremente convenirse por las partes en el acto constitutivo de la servidumbre, porque no se trata más que de una especificación concreta del gravamen impuesto sobre el predio sirviente.

Tal principio es el que se deduce del artículo 880 CC, que permite al dueño “sujetar su predio a las servidumbres que quiera y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños”, de guisa que si es posible convenir voluntariamente en el

Javier Barrientos Grandon

gravamen, también lo es en su modo concreto de ejercicio. Principio éste que no es más que el del derecho romano clásico explicado por Papiniano (D. 8,1,4,1) cuando escribía que:

“Bien sabido es que puede añadirseles modo a la servidumbre” (*Modum adiici servitutibus posse constat*) y ofrecía como ejemplos los siguientes: “con qué género de vehículo se transporte, o no se transporte, o bien que la conducción se haga solamente con caballo, o de cierto peso, o que se lleve de tránsito determinado rebaño, o que se portee carbón”.

En este preciso campo operativo, las consecuencias de la aplicación del artículo 880 CC resultan coincidentes con las que derivarían de recurrir al artículo 884 CC, pues el “título” al que él manda acudir no contiene más que la manifestación de voluntad de las partes.

- b) Cuando nada se ha convenido sobre el modo de ejercer la servidumbre voluntaria en el acto constitutivo de ella (“título”), el *Código Civil* no sienta una regla expresa, y desde ya no parece aceptable la opinión de quienes sostienen que en el silencio del título deban aplicarse estos dos recursos:
- a) estimarse que si se trata de servidumbres análogas a las legales las partes habrían entendido convenirla en los mismos términos

señalados por la ley para tales servidumbres (CLARO SOLAR, cit. IX-IV, nr. 1658, p. 328), pues una regla tal, apresuradamente, elimina el amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes *ex artículo* 880 CC;

- b) si se tratara de servidumbres que no fueran análogas a servidumbres legales

“es natural suponer que las partes han tenido en vista la práctica observada en el lugar, en servidumbres de la misma naturaleza y darle toda la extensión que en ese lugar se acostumbra darle” (CLARO SOLAR, cit. IX-IV, nr. 1658, p. 328),

opinión que se desecha por contraria a la expresa letra y sentido del artículo 2 CC, si bien pudiera fundársela, en ciertos casos, en la regla del artículo 1.546 CC cuando la servidumbre se hubiera constituido en un contrato.

Por lo anterior, cuando no existe determinación del modo del ejercicio de la servidumbre en su título constitutivo, es necesario distinguir, al menos, las siguientes situaciones:

#### 1ª Convenio posterior de las partes

Como simple aplicación del amplio reconocimiento a la autonomía de las partes en esta *sedes materiae* (art. 880 CC), nada obsta a que ellas mismas convengan, en un acuerdo posterior al acto constitutivo de la servidumbre, el “modo” en que ha de ejercerse.

Esta posibilidad ha sido, recientemente, reconocida por la jurisprudencia, concretamente, por una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua del 6 de octubre de 2005, en cuyo considerando 18º se lee:

“Que, entonces, tal como se alega, nada impide que las partes, como sostiene el demandado, hayan regulado la forma en que deba ser ejercida, sobre todo si el título no indica el lugar ni la franja afecta al gravamen...” (Rol 218-2005).

## 2ª Modo primitivo de ejercicio

El **Código Civil** en su artículo 830, situado en el apartado de reglas generales de su título de las servidumbres, reconoce, en cuanto al ejercicio del gravamen, la primacía del “modo primitivo de la servidumbre”, es decir, el modo en el cual ella se debe ejercer es el “primitivo”, sin que haya realizado distinción alguna respecto de él, de manera que, en defecto de determinación en el título constitutivo o en un convenio posterior, el modo de ejercicio de la servidumbre se determina por su “modo primitivo”, y éste puede ser:

- a) El “primitivamente” convenido por las partes en el acto constitutivo de la servidumbre, es decir, se vuelve a la regla general de la convención, por lo que en este supuesto advendría inaplicable.
- b) El “primitivamente” ejercido por el dueño del predio tanto dominante como permitido por el dueño del predio sirviente, pues en

este caso, simplemente se estaría en presencia de “la aplicación práctica” que las partes han dado al acto constitutivo de la servidumbre, de ordinario una cláusula contractual, tratándose de servidumbres voluntarias, muy de acuerdo con la regla sentada en el artículo 1.564 inciso 3º CC referido a la interpretación de las cláusulas de los contratos, que han de interpretarse: “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra” (Cfr. CLARO SOLAR, cit. IX-IV, nr. 1656, p. 327).

Como no es “cita a la ballesta”, sino *in terminis*, no estará demás recordar que tal principio era el aceptado por la jurisprudencia clásica romana. Así, en relación con el modo de ejercer una servidumbre de vía, escribía elegantemente Celso, recordando una opinión de Sabino, que:

“Fue constante, que por donde primeramente hubiese dirigido la vía (*primum viam direxisset*), por allí debiese pasar y conducir en lo sucesivo, sin que tuviera facultad para cambiarlo otra vez; según así parecía también a Sabino, que se valía del argumento de la corriente de agua, la que en un principio había sido lícito conducirla por cualquier parte, y después que hubiese sido guiada no era lícito cambiarla; lo cual es verdad que también se ha de observar respecto a un camino” (D. 8,1,9).

Javier Barrientos Grandon

Este “modo primitivo” del ejercicio de la servidumbre no puede ser alterado unilateralmente, pues, en efecto, constituye la aplicación convencional de las partes, salvo en el caso excepcional de volverse, por el transcurso del tiempo, “más oneroso”, en cuyo evento rige la regla especial del inciso segundo del artículo 830 CC ya citada, como consagración expresa de un supuesto de “excesiva onerosidad”, cuya fuente es el artículo 701 del *Code Civil*, si bien con una serie de precisiones técnicas.

### 3ª Adquisición del modo de ejercicio por prescripción adquisitiva

El dueño del predio dominante puede adquirir por prescripción adquisitiva “un modo particular de ejercer la servidumbre” de la misma manera que podría adquirir la servidumbre misma (art. 888 CC), es decir, aquí el “modo” resulta determinado por la causa de constitución de la servidumbre.

Esta prescripción adquisitiva del “modo particular de ejercer la servidumbre” requiere de un lapso de cinco años, siempre y cuando se tratare de una servidumbre continua y aparente (art. 882 inc. 2º CC y 2.512 2ª), es decir, si fuere una “que se ejerce o puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre (art. 822 CC) y estuviere “continuamente a la vista” (art. 824 CC), porque:

“Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes, sólo pueden adquirirse por medio de

un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las” (art. 882 inc. 1º CC y 2.512 2ª).

En el caso que origina estas observaciones, precisamente, la parte demandada alegó que había adquirido por prescripción adquisitiva, *ex artículo* 888 CC, un cierto modo particular de ejercer la servidumbre de tránsito a través de una franja de terreno del predio sirviente de seis metros de frente por veinticinco de fondo, por espacio de más de veinte años. En cuanto a tal alegación, las sentencias comentadas, acertadamente sentaron las siguientes dos opiniones:

- a) No es posible la adquisición por prescripción adquisitiva de un modo particular de ejercer la servidumbre tránsito: opinión que se funda en la naturaleza discontinua de la servidumbre de tránsito, como expresamente lo ejemplifica el *Código Civil* en su artículo 822 *in fine*

“... servidumbre discontinua la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito”,

y, ya queda dicho, que *ex artículo* 824 CC las servidumbres discontinuas de todas clases sólo pueden adquirirse por medio de un título y ni el goce inmemorial es bastante para constituir las.

Es, pues, la naturaleza “discontinua” de una servidumbre de tránsito la que

excluye su adquisición por prescripción adquisitiva, y no necesariamente su naturaleza “inaparente”, supuesto que la servidumbre de tránsito puede ser “aparente” o “inaparente”, como se reconoce expresamente en el artículo 824 CC, y así será “aparente” si, por ejemplo, se ejercita el tránsito “por una senda, o por una puerta especialmente destinada a él”, y será “inaparente” si el ejercicio del tránsito “carece de estas dos circunstancias o de otras análogas”.

Como en el caso *sublite* el dueño del predio dominante ejercía la servidumbre de tránsito por “una franja de terreno” precisamente delimitada y que estaba “continuamente a la vista”, como reconocían ambas partes en disputa, se estaba en el preciso caso de una servidumbre de tránsito de naturaleza “aparente”, pero, como todas las de tránsito, “discontinua”, y era este último carácter el que imposibilitaba la adquisición por prescripción adquisitiva de un modo particular de ejercerla.

La Corte Suprema en el considerando octavo de su sentencia de casación, fechada el 29 de agosto de 2005, mantuvo, acertadamente, la opinión excluyente de la adquisición por prescripción de un modo de ejercicio particular de la servidumbre de tránsito, aunque en este caso concreto también calificó de “inaparente” a la servidumbre, lo que, por los hechos probados y no discutidos por las partes y de que dan cuenta las sentencias, no parecería procedente, pues el tránsito se ejercitaba por una vía delimitada físicamente, lo que le atribuiría el carácter de “aparente”:

“De todas maneras y sobre el particular, es menester agregar que el artículo 888 del Código Civil expresa que ‘Se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma’. De lo anterior, sólo cabe concluir que el demandado nunca pudo adquirir el modo en que ejerce la servidumbre a través de la prescripción invocada, ya que, conforme al artículo 882 del mismo texto legal ‘Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aún el goce inmemorial bastará para construirlas’, debiendo recordarse que la servidumbre de tránsito, como la que ejerce el demandado sobre la franja de terreno en cuestión, es una servidumbre discontinua e inaparente, como se define en los artículos 822 y 824 del Código Civil”.

Esta opinión, sentada por la Corte Suprema en su sentencia del 29 de agosto de 2005, y que aquí se tiene por acertada y ajustada a razón y derecho, contraría a la unánime doctrina nacional que, sobre la base de una interpretación meramente literal de las palabras del artículo 888 CC, admite que puede adquirirse por prescripción un modo particular de ejercer cualquier especie de servidumbre, sea aparente

Javier Barrientos Grandon

o inaparente, continua o discontinua, porque:

- a) en la citada disposición la ley no distingue entre las diversas clases de servidumbres y
- b) porque una cosa es la constitución de la servidumbre y otra distinta el modo de su ejercicio (Así CLARO SOLAR, cit. IX-IV, nr. 1662, p. 331; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, -SOMARRIVA UNDURRAGA, cit. nr. 1122, p. 759; ROZAS VIAL, cit. nr. 401, pp. 360-361).
- b) La adquisición por prescripción de un modo particular de ejercer una servidumbre debe alegarse por vía de acción y no de excepción: se trata aquí de un principio defendido tradicionalmente por la jurisprudencia chilena, de acuerdo con el cual, no es procedente la vía de excepción en relación con la declaración de la prescripción adquisitiva, si bien hubo alguna opinión en contrario (*vide* por todos y para el estado de esta cuestión DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, 2004, nr. 10.2, pp. 74-76).

Como en el caso sujeto a decisión judicial, el demandado alegó por la vía de excepción el haber adquirido el modo particular de ejercer su servidumbre de tránsito, el juzgado de la instancia rechazó dicha pretensión y así fue confirmado por sus superiores jerárquicos:

Sentencia de primera instancia, Concepción, 23 de agosto de 2002:

“3°. Que conforme a lo expuesto por las partes y siguiendo el orden lógico del encadenamiento de las proposiciones, corresponde en primer término analizar la excepción perentoria de prescripción adquisitiva respecto de la forma de ejercer la servidumbre, opuesta por el demandado en lo principal de su presentación de fs. 52.

Dicha excepción habrá de ser desechada sin mayores dilaciones, como quiera que el instituto de la prescripción adquisitiva implica necesariamente la petición de una declaración, esto es, una acción y, por tanto, ‘la prescripción adquisitiva es siempre y tan solo una acción, en cuanto a la manera de alegarla en el proceso. En consecuencia, o se alega derechamente la prescripción adquisitiva por el demandante o, si es el demandado quien la hace valer, debe ejercitarse mediante el procedimiento de la demanda reconventional que sanciona la legislación procesal’ (DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, “Algunas consideraciones sobre la prescripción”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 62, pp. 473-474).

La jurisprudencia igualmente es coincidente en este sentido, habiéndose resuelto reiteradamente que la prescripción adquisitiva sólo puede ser alegada en carácter de acción -ora por vía principal ora por vía reconventional- y no como excepción”.



Corte Suprema, 29 de agosto de 2005:

“Segundo: Que, tal como aparece de la contestación evacuada por el demandado a fojas 52, la prescripción que contempla el artículo 888 del Código Civil, ha sido alegada por el actor como el modo en que habría adquirido una forma o modalidad de ejercer la servidumbre por haberse ejercitado materialmente de una manera específica por más de veinte años. De esta manera, estaba en lo correcto el sentenciador de primer grado cuando rechazó tal defensa por haber sido deducida como excepción, puesto que, como reiteradamente lo ha resuelto esta Corte Suprema, tratándose de una prescripción adquisitiva, como la alegada en la especie, ella debe ser imputada como acción.

Octavo: Que, teniendo en consideración lo señalado en el considerando segundo de esta sentencia de casación, corresponde también desechar el segundo capítulo del recurso por cuanto, como se expresó, cuando el demandado alega que por más de veinte años la servidumbre se ha ejercido de la forma que se le objeta en este juicio, está alegando la adquisición por prescripción de aquella determinada modalidad de ejecución de su derecho real, situación que lo obligaba a deducir la respectiva

acción, siendo improcedente la defensa como excepción”.

De lo expuesto se deduce, naturalmente, que en el caso comentado, y a juicio de la jurisprudencia, el demandado debió reconvenir y fundar su reconvencción en la prescripción adquisitiva del modo particular de ejercer la servidumbre, sin perjuicio de su derecho a impetrarla directamente como acción y en juicio diverso.

#### 4ª Decisión judicial

Si el “modo” de ejercicio de la servidumbre no se ha determinado en algunas de las formas precedentes y se suscita controversia entre las partes sobre él, su determinación debe realizarse judicialmente y, por exclusión de la regla del artículo 680 inc. 2º número 2º CPC, ha de sujetarse a las disposiciones del juicio ordinario, porque en el fondo no se trataría más que de una controversia sobre la interpretación o aplicación de cláusulas, de ordinario, contractuales.

#### 4. “Gravamen” en el que consiste la servidumbre de tránsito

Nuestro *Código Civil* se refiere genéricamente a la “servidumbre de tránsito” y la regula expresamente en su especie de “servidumbre legal”, pero, naturalmente, nada obsta a que ella se constituya como servidumbre voluntaria *ex artículo* 880 CC.

El *Código Civil* chileno en sus disposiciones tocantes a la “servidumbre legal de tránsito” entiende que su grava-



Javier Barrientos Grandon

men implica la idea de “comunicación” entre el predio dominante y un camino público, a través de uno o varios predios sirvientes (art. 847), o de “acceso” a un camino público (art. 849 CC), y, por aplicación de sus reglas generales, tal “comunicación” o “acceso” requiere necesariamente de “un hecho actual del hombre” (art. 822 CC), que debe ser tolerado o “dejado hacer” por el predio sirviente (art. 823 *in pr.* CC).

Sobre las bases anteriores, y, aunque no lo declara de una manera singular y expresa, el **Código Civil** hace consistir el gravamen de la “servidumbre legal de tránsito” en una vía o camino, es decir, en la fijación de una cierta franja de terreno del predio sirviente, a través de la cual se posibilita el acceso del predio dominante a la vía pública, como se desprende de sus artículos 847 y 849, que, respectivamente, se refieren al “valor del terreno necesario para la servidumbre” que debe ser pagado por el dueño del predio dominante al dueño del predio sirviente, y a ese mismo “valor del terreno” que debe ser restituido por el dueño del predio sirviente cuando obtiene que se le exonere de la servidumbre de tránsito que gravaba a su fundo.

Así, pues, en sede de “servidumbre legal de tránsito”, el gravamen consiste en el acceso a la vía pública por parte del predio dominante a través de una cierta franja de terreno del predio sirviente, cuya determinación entrega la ley a los propios dueños de las fincas y en defecto de acuerdo con el dictamen de peritos, y es esta misma regla la que aplica a la determinación del modo de ejercicio de esta servidum-

bre, dentro de lo cual podría hallarse, entre otros, las épocas o tiempos del tránsito, los medios por los cuales debe realizarse, o su frecuencia: “Si las partes no se convienen, se reglará por peritos, tanto el importe de la indemnización, como el ejercicio de la servidumbre” (art. 848 CC).

Si tal es la disciplina del gravamen y modo de ejercicio de la “servidumbre legal de tránsito”, nada se dispone respecto de la “servidumbre voluntaria de tránsito”, de manera que estos aspectos, en principio, quedan entregados a la libre determinación del dueño del predio sirviente que decide imponerla, o de las partes que constituyen la servidumbre, de acuerdo con el artículo 880 CC, determinación, pues, que queda entregada a la autonomía de la voluntad de las partes o del constituyente, y que, como ya se ha anticipado, se contendrá en su “causa constitutiva”, esto es, en su “título” de acuerdo con el artículo 884 CC.

Es en esta sede, entonces, de determinación del gravamen en el que consiste la servidumbre voluntaria, en la que tiene aplicación el artículo 884 CC, y así, de acuerdo con él, son el “título” o la “posesión de la servidumbre por el tiempo señalado en el artículo 882” los que determinan el gravamen, en este caso de tránsito, es decir, los concretos “derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente”.

Sin perjuicio de lo anterior, para que se esté en presencia de una “servidumbre de tránsito” es necesario que el gravamen, voluntariamente convenido, consista en proveer de “acceso” o “comunicación” al predio dominante,

en principio, con un camino o vía, si bien nada pareciera obstar a que tal comunicación fuera entre dos predios, por ejemplo, entre dos fincas de un mismo propietario que se hallaren incomunicadas entre sí por la interposición de otro predio, sobre el cual se impusiera el gravamen para permitir la “comunicación” entre los otros dos.

Caracteres básicos de este gravamen son, en principio, los siguientes:

- a) Contenido consistente en desplazamientos que permiten la comunicación de un predio con un camino u otro predio: así, en el caso que da pie a estos comentarios, el tribunal de la instancia simplemente definía el gravamen como un estar “facultado para *transitar* por la franja de servidumbre individualizada” y “tener *acceso* así a su casa habitación, que se ubica al fondo de la propiedad” (Primer Juzgado Civil de Concepción, 23 de agosto de 2002, cons. 7°), y en el mismo considerando, agregaba que:

“Esta servidumbre de tránsito, no huelga decirlo desde ya, le otorga un derecho al demandado para desplazarse o pasar por la franja de terreno antes indicada, cuestión que constituye la esencia de una servidumbre de ese tipo”.

- b) Gravamen que no puede comprender facultades dominicales diversas del “uso”, concretado en su forma de tránsito: esto es así, simplemente porque uno es el de-

recho de dominio y otro el derecho de servidumbre y, también porque una es la posesión de la franja de terreno sobre la que se ejerce la servidumbre y otra la posesión del derecho real de servidumbre, de guisa que el contenido de cada Derecho Real es diverso, y el dueño del predio dominante no se ha desprendido de sus facultades de disposición y de goce, y sólo ha limitado su uso, en el modo en que se hubiera convenido.

Esta elemental distinción la tenía muy acertadamente en cuenta la Corte de Apelaciones de Concepción en el considerando 4° de su sentencia, fechada el 26 de septiembre de 2003:

“Menester es señalar que en el pleito no ha estado en discusión el derecho real de servidumbre del demandado y no puede confundirse el dominio y posesión de este derecho real de servidumbre, que ejerce esta parte sobre la franja de terreno en la cual lo ejercita, con el derecho real de dominio del dueño del predio gravado del cual forma parte la franja en que se ejerce el derecho de tránsito”.

- c) Gravamen que genera una “servidumbre positiva”: pues, de acuerdo con la parte inicial del artículo 823 CC: “Servidumbre positiva es, en general, la que sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer”, en

Javier Barrientos Grandon

este caso, la de permitir o tolerar el tránsito, pero nada más que el tránsito.

### 5. El “modo de ejercicio” de la servidumbre de tránsito

Por lo explicado en el apartado anterior, la determinación del “modo de ejercicio” de la servidumbre voluntaria de tránsito queda entregada: o a la voluntad del constituyente, como en los casos de los artículos 881 y 1.120 CC, o a la común voluntad de los dueños de los predios dominante y sirviente, de acuerdo con la regla general sentada en el artículo 880 CC.

Es aquí donde la voluntad del o los constituyentes puede libremente determinar el “modo de ejercicio” de la servidumbre de tránsito y mediante tal voluntad pueden reaparecer en el Derecho Civil chileno las clásicas y romanas figuras de la *servitus viae*, “*servitus actus*” y “*servitus iter*”; punto que, como se verá, no es extravagante a este comentario y por ello se le dedicarán unas breves líneas.

Muy sabido es que en el Derecho Romano clásico se diferenciaba entre *servitus viae*, “*servitus iter*” y “*servitus actus*” y que esta distinción, con mucha seguridad, procedió, precisamente, de la categoría del *modus* porque a través de él se habrían determinado dos formas específicas derivadas de la más antigua y originaria *servitus viae* (Para esta cuestión es fundamental CURSI, Maria Floriana, “*Modus servitutis*”. *Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, y para las diversas opi-

niones y matices sobre ella *vide* FRANCIOSI, Gennaro, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967; BIONDI, Biondo, *Le Servitù prediali nel diritto romano*, 2ª ed., Milano, 1969; GROSSO, Giuseppe, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969, y ahora sus diversos estudios en sus *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato: cose e diritti reali*, Torino, 2001; CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, *la struttura della proprietà e la formazione dei ‘iura praediorum’ nell’età repubblicana*, Milano, 1976; del mismo *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, en concreto pp. 153-181; y también en relación con los estudios anteriores BURDESE, Alberto, “Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù (a proposito di taluni recenti studi)”, en *Studi in onore de Giuseppe Grosso*, I, Torino, 1968, pp. 499-528; del mismo “Sulle servitù prediali”, en *Labeo*, Roma, XVI, 1970, pp. 98-103; del mismo “Servitù prediali (diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, 1970, pp. 118-120).

En efecto, la *servitus viae*, es decir, la servidumbre de “vía” o de “camino”, contenía a las otras dos, esto es, a la de *iter* (“paso”) y a la de *actus* (“conducción”), como lo recordaba Ulpiano cuando escribía que: “Vía es el derecho de ir (*ius eundi*) y de conducir (*agendi*) y de pasear (*ambulandi*), pues en la vía se contiene el “paso” (*iter*) y la “conducción” (*actus*)” (D. 8,3,1 pr.) y en el mismo sentido Paulo: “Quienes tienen (servidumbre de) vía, tienen el derecho de pasar (*eundi*) y de conducir (*agendi*)” (D. 8,3,7 pr.). Esta servidumbre de *via*, precisamente, consistía en una vía o camino impuesto sobre el predio sirviente, cuyas dimensio-

nes, en defecto de acuerdo de las partes, eran las “legítimas” como afirmaba Javoleno: “Respecto de la vía es otro el derecho, porque si no se ha expresado la latitud, se debe la legítima” (D. 8,13,2), y Gayo recordaba cuál era esa **latitudo ex lege**: “La anchura de la vía tiene, según la ley de las **Doce Tablas** ocho pies en la parte recta, y diez y seis en las vueltas, esto es, donde hay recodo” (D. 8,3,8).

De esta manera, entonces, sobre la base de una originaria **servitus viae**, el reconocimiento de la libre voluntad de quienes acordaban constituir una servidumbre, normalmente en una **mancipatio** y sus correspondientes **leges mancipii** (acuerdos de las partes), posibilitó que de la amplia servidumbre de vía se dedujeran, como **modus** unas formas especiales de ejercicio, consistentes en el sólo paso (**iter**) o en la sola conducción (**actus**) y que las partes determinarían convencionalmente sus caracteres, las que acabarían concibiéndose como servidumbres distintas e independientes de la de **via**.

Este mismo principio, de amplio reconocimiento de la autonomía privada, es el que consagra el **Código Civil** chileno en lo tocante al modo de ejercicio de la “servidumbre voluntaria de tránsito”; pues, a diferencia de la “servidumbre legal de tránsito”, aquella no se concibe exclusivamente como posible de ser ejercida mediante un modo que implica la determinación de una senda o franja de terreno en el predio sirviente, tal cual como se desprende del artículo 824 CC, que, expresamente, admite diversos “modos” de ejercicio de la servidumbre de tránsito, en-

tre ellos: “cuando **se hace por una senda**, o por una puerta especialmente destinada a él” o “cuando carece de estas dos circunstancias y de otras análogas”.

Así, pues, las partes que constituyen voluntariamente una servidumbre de tránsito pueden determinar su “modo de ejercicio”, bien a través de la fijación de una senda o vía, precisamente, delimitada en el predio sirviente, como en el caso sobre el cual recayeron las sentencias que originan estas observaciones o, bien, sin el señalado establecimiento de una senda, de guisa que se pueda transitar por todo el predio sirviente, en cuyo caso se estaría, propiamente, en presencia de aquellas servidumbres que la jurisprudencia romana llamaba de **iter** y de **actus** (Cfr. D. 8,3,13,1 y D. 1,1,9).

Por aplicación del mismo principio, pueden las partes determinar voluntariamente el modo de ejercicio de la servidumbre de tránsito, ya no en cuanto al lugar por el que ha de realizarse, sino en cuanto a su modo de ejercicio por aquel lugar:

- a) Si sólo comprenderá el derecho de ir, pasar o pasear únicamente de personas (**iter**), lo que habrá de entenderse, en todo caso, como ejercicio “para el uso y beneficio de su predio” (art. 847 CC), en cuanto toda servidumbre ha de consistir en “un gravamen impuesto sobre un predio **en utilidad de otro predio** de distinto dueño” (art. 820 CC), y así ya sostenía Paulo que: “No puede imponerse servidumbre para que sea lícito coger fruta, y podamos pasear y cenar en predio ajeno” (D. 8,1,8 pr.).

Javier Barrientos Grandon

- b) Si se extenderá también al derecho de conducir animales o vehículos (*actus*), como se reconoce respecto del “tránsito de animales” en el inciso 3° del artículo 2.499 CC, cuando se declara que:

“el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o paste en ellas, no por eso se impone **la servidumbre de este tránsito** o pasto”.

- c) Si abrazará también el derecho de transportar (“acarreo”) determinados bienes o materiales (*trahendi*), como se reconoce en la especial “servidumbre legal de tránsito” impuesta por el inciso 1° del artículo 45 del DFL 850 del 25 de febrero de 1998:

“Los predios rústicos deberán permitir la extracción de la tierra, arenas, piedra y demás materiales análogos que fueren necesarios para la construcción y conservación de los caminos. Para determinar el punto de dónde deben extraerse esos materiales, se oirá al propietario respectivo. **Quedarán también sometidos a la servidumbre de tránsito para el efecto del acarreo de dichos materiales y de los que puedan existir en el lecho de los ríos**”.

Pero, sin perjuicio del reconocimiento de la autonomía de los constituyentes para determinar el o los modos de ejercicio de la servidumbre, ya sean los indicados en las letras anterior-

es, o cualquier otro que se determinare (como las horas o tiempos en que se ha de ejercer la servidumbre), existen unas ciertas y precisas limitaciones a tal autonomía:

- 1<sup>a</sup> El daño al orden público: limitación ésta que deriva del ya citado artículo 880 CC.
- 2<sup>a</sup> La contravención a las leyes: que, al igual que en el caso anterior, deriva de la letra del mismo artículo 880 CC.
- 3<sup>a</sup> La naturaleza del gravamen: limitación ésta que, en cierto modo, no es más que una concreción del no contravenir a las leyes, porque el gravamen en el cual consiste la servidumbre de tránsito está definido por la ley, en cuanto a su naturaleza, exclusivamente como un derecho de “comunicación” entre predios o un derecho de “acceso” de un predio a un camino o a otro predio.

Por lo anterior, y supuesto que los eventuales modos de ejercicio de una servidumbre no sean más que unas “circunstancias” que acceden al gravamen, solamente pueden consistir en unas ciertas formas de realizar ese derecho de tránsito consistente, únicamente, en la “comunicación” o “acceso”, sin que puedan implicar el ejercicio de otras “facultades” o “derechos” desconectados del tránsito.

Es aquí donde se sitúa, propiamente, el núcleo de la cuestión sujeta a la decisión judicial que se comenta, porque el demandado, dueño del predio dominante, alegó haber adquirido por prescripción un modo particular de ejercicio de la servidumbre de tránsito

sobre una cierta franja de terreno, que consistía no sólo en el derecho de transitar a pie y en vehículo (lo que no se discutía) sino, también, en:

- a) utilizar la franja como estacionamiento para sus vehículos;
- b) construir un “cobertizo” en ella para que sirviera de cochera para sus vehículos;
- c) plantar árboles “ornamentales” en la precitada franja de terreno y
- d) fijar postes en la misma franja para sostener un tendido eléctrico.

Veamos cómo se concreta en este caso la limitación, al “modo de ejercicio” de una servidumbre de tránsito, derivada de la propia naturaleza del gravamen:

- 1º El “modo de ejercicio” de la servidumbre no puede implicar facultades dominicales diversas del “uso” de la vía delimitada, concretado en su forma de tránsito: esto es así porque si, como ya se explicó, son distintas la naturaleza del contenido del derecho de dominio y la del derecho de servidumbre, diverso ha de ser también el modo a través del cual se ejercen y, en concreto, el “modo de ejercicio” de la servidumbre de tránsito ha de limitarse a constituir una cierta forma de ejercitar el concreto “uso” consistente en el tránsito, y en caso alguno puede implicar el ejercicio de otras facultades dominicales, como la disposición o el disfrute, de guisa que por tal pretendido “modo” resultaren menoscabadas o limitadas las legítimas facultades del dueño del predio sirviente sobre su finca.

Correctamente lo entendió así la Corte de Apelaciones de Concepción en el considerando 4º de su sentencia, fechada el 26 de septiembre de 2003, aunque no recurrió a la categoría del “modo de ejercicio” de la servidumbre sino que utilizó la expresión “actividad del dueño del predio dominante”:

“La actividad del dueño del predio dominante no es excluyente de la legítima ocupación o uso por parte del dueño del predio sirviente cuyos derechos se mantienen intactos, si bien limitados por el gravamen impuesto al predio servil”.

La simple lectura de las referidas cuatro actividades, realizadas por el dueño del predio dominante en la franja sobre la cual había de ejercerse la servidumbre de tránsito, anticipa que todas ellas no pueden concebirse como comprendidas en la categoría de “modo particular de ejercerla”, porque ninguna de ellas constituye una “forma especial” de ejercer el derecho a transitar sino, más bien, se trata de actos dominicales, es decir, propios del dueño, ora entendidos como aquellos que la ley denomina “actos de mera facultad” (art. 1.499 inc. 1º CC), que son “los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro” (art. 1.499 inc. 4º CC); ora como “hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio” (art. 925 CC), dentro de los cuales el mismo *Código Civil* menciona, por vía



*Javier Barrientos Grandon*

ejemplar, a algunos de los realizados por el dueño del predio dominante: “la construcción de edificios... las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación...” (art. 925 CC).

Aunque sin hacer directa mención a la naturaleza dominical de las actividades realizadas por el dueño del predio dominante, el tribunal de alzada, en el sexto considerando de su ya citado fallo, resumió la limitación de aquí se trata, ahora, con expresa referencia al “modo de ejercer la servidumbre”:

“Que no está de más señalar que el modo de ejercer la servidumbre no debe conducir a una situación fáctica como la que ha quedado de manifiesto en este proceso y la acción que se ha ejercido para solucionar el litigio surgido entre las partes, es la adecuada”.

2º El “modo de ejercicio” de la servidumbre de tránsito no puede implicar la realización de actos posesorios en el predio sirviente: esto es así porque el dueño del predio dominante es poseedor, no de la franja de terreno sobre la que ejerce el derecho de tránsito, sino que de su derecho real de servidumbre que, en ningún caso, le da la posesión de la citada franja y, por ende, menos le habilita para ejecutar actos posesorios, y si de hecho los ejecuta, se está en el caso mero tenedor que, en la práctica, se está dando por dueño, en calidad de invasor de la finca sirviente.

En este sentido se pronunció el juez de primera instancia, utilizando la, no técnica aunque habitual, voz ‘ocupación’ como expresiva de detentación injusta, y así se lee en el considerando 7º de su sentencia del 23 de agosto de 2002:

“Esta servidumbre de tránsito... le otorga un derecho al demandado para desplazarse o pasar por la franja de terreno antes indicada, empero no lo faculta para ocupar en forma permanente el retazo de terreno de propiedad de la demandante y por el que se ejerce la reseñada servidumbre”.

La misma opinión mantuvo el tribunal de alzada en el considerando 4º de su fallo del 26 de septiembre de 2003, pero no sólo recurriendo a la voz ‘ocupación’ sino, también, a la categoría (no legal) de “injusto detentador”:

“4º. Que en la especie, el demandado arranca ‘su posesión’ de la relación jurídica que emana de la servidumbre de tránsito. Señala al efecto en su recurso que en la sentencia se ha acogido una acción ejercida contra un virtual mero tenedor, desconociendo el juez que su parte ‘no es mera tenedora’, sino que titular del derecho de activa según el título constitutivo que está acompañando en estos autos, todo ello de acuerdo al artículo 884 del Código Civil”.



Necesario es señalar que en el pleito no ha estado en discusión el derecho real de servidumbre del demandado y no puede confundirse el dominio y posesión de este derecho real de servidumbre, que ejerce esta parte sobre la franja de terreno en la cual lo ejercita, con el derecho real de dominio del dueño del predio gravado del cual forma parte la franja en que se ejerce el derecho de tránsito.

“En el caso de autos se trata de la ocupación de la franja de terreno de propiedad del dueño del predio dominante, ocupación que el demandado ha postulado como un legítimo derecho suyo adquirido merced al particular modo de ejercer la servidumbre en el transcurso del tiempo.

No es éste tema de análisis de la presente apelación, por lo que ya se dijo en el razonamiento 2º de este fallo. Sólo se lo ha mencionado para la debida ilación y claridad y para resaltar que la ocupación que el demandado ha hecho de la franja de terreno en que se ejerce la servidumbre lo ha puesto en la situación de un injusto detentador de la franja o casco en que se ejercita la actividad de paso o tránsito”.

Aunque ya se advirtió al comienzo de este comentario que aquí no se trataría más que de los aspectos directamente vinculados con las servidumbres, no es posible pasar en silencio que, sobre la base

de las consideraciones que quedan apuntadas en el apartado anterior, las tres sentencias coincidieron en calificar al dueño del predio dominante como un “injusto detentador”, porque con sus actividades había “ocupado” ilegítimamente una parte del predio dominante y, por ende, se declaró que procedía en su contra la especial acción restitutoria consagrada en el artículo 915 del *Código Civil*:

“Las reglas de este título se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor”.

Esta opinión jurisprudencial, no es compartida por quien redacta estas observaciones, y detenidamente se ha ocupado de ella en esta misma revista (Nº 4, pp. 221-249), pero como las tres citadas sentencias contienen algunas observaciones de interés, se las examinará en cuanto a dicho punto en el comentario signado con el número 3 de esta sección.

### 6. Conclusiones

Acertadamente las sentencias comentadas han defendido una doctrina que se resume en las siguientes opiniones:

- 1ª El modo de ejercicio de una servidumbre de tránsito no puede afectar los derechos del dueño extendiéndose más allá del simple “uso”, consistente en el concreto derecho a transitar.
- 2ª No es posible adquirir por prescripción un “modo particular de

Javier Barrientos Grandon

ejercer” la servidumbre de tránsito, porque tal servidumbre es discontinua.

- 3<sup>a</sup> No es posible alegar la prescripción adquisitiva de un “modo particular de ejercer” una servidumbre por vía de excepción, sino que ha de hacerse por vía de acción.

2. SERVIDUMBRES. SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS. SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO. MODO DE EJERCICIO DE UNA SERVIDUMBRE. DETERMINACIÓN DEL MODO DE EJERCICIO DE UNA SERVIDUMBRE. ACUERDO VERBAL PARA LA DETERMINACIÓN DEL MODO DE EJERCICIO. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, APELACIÓN, RANCAGUA, 6 DE OCTUBRE DE 2005. ROL 218-2005.

### 1. La cuestión discutida

El demandante ejercita la acción de precario, prevista en el artículo 2.195 inciso 2º CC, para obtener la restitución de una franja de terreno que, siendo de su propiedad, el demandado ocupa sin previo contrato y por mera tolerancia de su parte, en la que instaló postes para sostener un tendido de luz eléctrica y por la que transita diariamente, pese a que tiene un paso habilitado por otro sector. Frente a tal acción, el demandado alega que el tránsito que ejercita por el citado terreno se fundamenta en la existencia de una servidumbre, constituida convencionalmente, cuyo modo de ejercicio se determinó por “un acuerdo oral” que significó variar el terreno originariamente previsto para su ejercicio y que, por lo tanto, no se encuentra en la situación de un mero tenedor

que detenta sin título alguno y, por ende, no es procedente la acción de precario en su contra.

En el caso de autos no se discutió por las partes la efectiva constitución de la servidumbre de tránsito, cuya existencia, además, resultó probada por escritura pública en una de cuyas cláusulas constaba su imposición con carácter de gratuita, de manera que, como se declara en el considerando 13 de la sentencia del 6 de octubre de este año de 2005:

“...en verdad, lo que se discute, como se advierte, no es el título, sino la forma en que se ejerce la servidumbre, específicamente el sector por el cual se transita, desde que el actor afirma que debe hacerse por el proyectado en los planos –que es distinto del actual–, en tanto el contendor, fundado en un acuerdo verbal con la contraria, sostiene que es precisamente por el lugar que ahora, después de 27 años, se pretende desconocer”.

Sin perjuicio de las observaciones que podrían realizarse en cuanto a la procedencia o no de la acción de precario en este caso, aquí únicamente se comentarán las *quaestiones* que, tocantes a las servidumbres, fueron decididas por el tribunal de alzada en su sentencia del 6 de octubre de 2005, y que son las siguientes:

- 1º De si la constitución de una servidumbre es distinta de su modo de ejercicio.
- 2º De la determinación convencional del modo de ejercer la servidumbre.

## **2. De si la constitución de una servidumbre es distinta de su modo de ejercicio**

En el apartado 2 del comentario precedente de esta sección, se ha explicado y fundado que el “modo de ejercer una servidumbre” es, naturalmente, cosa diversa del gravamen en el cual consiste la misma servidumbre, porque el “modo” no es más que una especie de “circunstancia” que determina o especifica al gravamen y que, por lo tanto, accede a él.

Aquí, en cambio, la cuestión que se plantea es otra, en principio más simple, pues toca a diferenciar entre el acto constitutivo de la servidumbre y su concreto modo de ejercicio, en relación con la cual la Corte de Apelaciones de Rancagua, en el considerando 17º de su sentencia de 6 de octubre de 2005 sostuvo que en el caso *sublite*

“... únicamente se trata de una situación de hecho, como es la forma de ejercer la servidumbre, y no un aspecto de derecho, como es la constitución de la misma, que como se admite, consta del respectivo título de dominio”.

La opinión citada merece algunos comentarios y precisiones:

1º Una es la constitución de la servidumbre y otro el modo de su ejercicio: ciertamente la constitución de una servidumbre constituye, en lenguaje de la Corte, “un aspecto de derecho”, en el entendido de referirse a su título

constitutivo (arts. 882 inc. 1º y 883 CC) o a la prescripción adquisitiva si ella procede (art. 882 inc. 2º CC y 2.512 2ª), y, cierto es también que el “modo” de su ejercicio, esto es, “la forma de ejercer la servidumbre”, se materializa, tratándose de una servidumbre de tránsito, en un cierto “hecho actual del hombre” (art. 822 CC) que implica para el “dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer” (art. 823 CC), por tratarse de una servidumbre positiva.

Esta distinción, normalmente expresada en la sede concreta de adquisición por prescripción de un modo particular de ejercer una servidumbre, es mantenida como opinión común por los autores (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, - SOMARRIVA UNDURRAGA, cit. nr. 1.122 b, p. 759: “... son cosas distintas la constitución y la manera de ejercer éstas...”; ROZAS VIAL, cit. , nr. 401, p. 361: “...una cosa es su constitución y otra el modo particular de ejercerlas...”).

2º Una es la constitución de la servidumbre y otra la determinación del modo de su ejercicio: es efectivo también que la constitución de la servidumbre es acto distinto de la determinación del “modo de su ejercicio”, pues si bien, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad sobre el que descansan las “servidumbres voluntarias”, en el mismo título constitutivo del gravamen puede determinarse la forma o modo de ejercer la servidumbre de tránsito, ya se explicó en el comenta-

Javier Barrientos Grandon

rio anterior (apartado 3) que esa determinación puede operar por otras vías, como una convención posterior, el “modo primitivo”, la “prescripción adquisitiva” o, incluso, la determinación judicial.

- 3º Uno es el modo de ejercicio de la servidumbre y otra la práctica o realización de ese modo: el “modo de ejercicio” de una servidumbre corresponde, como también se explicara en el comentario anterior (apartado 3), a una precisa categoría jurídica, la del *modus* en cuanto circunstancia que accede al gravamen, y que es, naturalmente, distinta de su “cumplimiento” o realización en la práctica, distinción que se desprende expresamente de las reglas contenidas en los artículos 1.093, 1.094 y 1.095 CC.

### **3. De la determinación convencional del modo de ejercer la servidumbre**

En el apartado 4 del comentario anterior se explicó que, en cuanto a la disciplina del gravamen y modo de ejercicio de la “servidumbre voluntaria de tránsito”, ella queda entregada a la libre determinación del dueño del predio sirviente que decide imponerla, o de las partes que constituyen la servidumbre, de acuerdo con el artículo 880 CC:

“Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden pú-

blico, ni se contravenga a las leyes”.

Esta opinión aparece, ahora, expresamente confirmada por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, que aquí se examina, en la concreta sede de la determinación del modo de ejercer una servidumbre, en cuyo considerando 17º se sostiene lo siguiente:

“...si bien los testigos del actor, en lo que interesa, resultan contestes en que no existe documento alguno que permita la ocupación que se reprocha, lo cierto es que el demandado no alega que así sea, sino que la justifica en la existencia del acuerdo verbal, lo que obviamente, **conforme al principio de la autonomía de la voluntad**, es absolutamente permitido, desde que únicamente se trata de una situación de hecho, como es la forma de ejercer la servidumbre, y no un aspecto de derecho, como es la constitución de la misma, que como se admite, consta del respectivo título de dominio”.

La aplicación de este “principio de la autonomía de la voluntad”, en cuanto a la determinación del “modo de ejercicio” de una servidumbre, ha sido precisada, en algunos de sus aspectos, por la Corte de Apelaciones de Rancagua en su citada sentencia:

- 1º Determinación del modo de ejercicio en acto convencional posterior al acto constitutivo de la servidumbre: ya se había apuntado en

el comentario anterior (apartado 3, 1<sup>a</sup>) que, si las partes, habían pasado en silencio el “modo de ejercicio” en el acto constitutivo de la servidumbre, nada obstaba a que la determinación de dicho modo fuera realizada por ellas mismas en un acuerdo posterior.

En este sentido y apropiadamente, se pronuncia la Corte de Apelaciones de Rancagua en el considerando 18<sup>o</sup> de su citada sentencia del 6 de octubre de 2005:

“Que, entonces, tal como se alega, nada impide que las partes, como sostiene el demandado, hayan regulado la forma en que deba ser ejercida, sobre todo si el título no indica el lugar ni la franja afecta al gravamen...”.

2<sup>o</sup> Es posible mudar convencionalmente el modo de ejercicio primitivamente establecido en el acto constitutivo de la servidumbre: este principio resulta simplemente como corolario del reconocimiento de la autonomía de las partes y, en cierto modo, está reconocido en el artículo 830 CC, que veda la imposición de alteraciones unilaterales en el “modo primitivo” de ejercer la servidumbre, salvo en el supuesto de haber llegado a ser más oneroso para el predio sirviente debido al transcurso del tiempo, lo que no impide que las partes voluntariamente acuerden alterarlo.

La opinión anterior, también ha sido admitida por la Corte de Apela-

ciones de Rancagua en el 15<sup>o</sup> considerando de su fallo:

“Que, en lo que atañe al acuerdo, según el cual se habría establecido un corredor distinto del proyectado, cabe señalar que el título traído por el actor, si bien contempla la servidumbre de tránsito en favor del demandado, nada dice respecto al lugar exacto por el que debe ir el camino, sólo señala algunas directrices para ello, siempre precaviendo el menor daño del predio sirviente, de manera que, en el evento que el acuerdo exista, ningún obstáculo aparece para que se haya prescindido de lo proyectado y se haya establecido un corredor distinto, desde que un acuerdo de esa clase, mira exclusivamente el interés particular de quienes lo celebran”.

Naturalmente, este acuerdo posterior, en virtud del cual se muda el modo primitivo de ejercer la servidumbre, no es un nuevo “acto constitutivo” de la servidumbre o de una nueva servidumbre, sino simplemente una convención que modifica el *modus*, en cuanto accede al gravamen, que permanece invariable. En esta misma línea se sitúa la opinión de CLARO SOLAR, cit. nr. 1344, p. 55:

“No se trata de un arreglo o nuevo convenio entre los dos propietarios, el del predio sirviente y el del predio dominante. Naturalmente ellos podrían conve-

*Javier Barrientos Grandon*

nir en una variación en el modo de ejercicio de la servidumbre; y nada se opone a que tal convenio se celebre”.

- 3° Tal determinación posterior y convencional del modo no está sujeta a especiales formalidades: como la determinación del modo de ejercer una servidumbre es, según se ha explicado en el apartado anterior, cuestión diversa de la “constitución” del gravamen, no está sujeta a las formalidades propias de la constitución y, por ende, puede constar simplemente en un convenio verbal del dueño del predio dominante y el dueño del predio sirviente.

Esta misma opinión es la sostenida en el ya citado considerando 17° de la sentencia que aquí se comenta, pues en él se reconoce que el “acuerdo verbal... conforme al principio de la autonomía de la voluntad, es absolutamente permitido”, porque tal acuerdo se refiere “a una situación de hecho, como es la forma de ejercer la servidumbre, y no (a) un aspecto de derecho, como es la constitución de la misma”.

- 4° La prueba de la existencia del acuerdo posterior a la constitución de la servidumbre es, naturalmente, de cargo de quien alega su existencia: esta regla no es más que la consecuencia de la aplicación de consabidos principios generales en sede de prueba, y así se declaró en el considerando 18° de la sentencia comentada:

“...es de cargo de quien lo alega, probar la existencia del convenio, a virtud del cual (sic), la servidumbre se ejerce y se ha ejercido por el corredor o camino actual...”.

En el caso de autos, el tribunal dio por probado el acuerdo mediante las declaraciones de testigos.

#### **4. Conclusiones**

La sentencia comentada, agudamente, ha precisado el papel que desempeña el principio de la autonomía de la voluntad en la determinación del modo de ejercer una servidumbre de tránsito, sobre la base de sentar la diferencia entre el acto constitutivo de la servidumbre y la determinación del modo de ejercicio, pues respecto de este último hace primar la libre y concordante voluntad de las partes, sin sujeción a especiales formalidades.

3. ACCIÓN DE RESTITUCIÓN. MERO TENEDOR. POSEEDOR A NOMBRE AJENO. “INJUSTO DETENTADOR”. RETENCIÓN INDEBIDA. REIVINDICACIÓN DE INMUEBLE INSCRITO. MERO TENEDOR. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 915 CC. CORTE SUPREMA, CASACIÓN EN EL FONDO Y EN LA FORMA, SANTIAGO, 29 DE AGOSTO DE 2005. ROL 4767-2003.

##### **1. La cuestión discutida**

El dueño de un predio sirviente, gravado con una servidumbre de tránsito, impuesta voluntariamente por título ins-



crita, demanda de restitución de acuerdo con el artículo 915 del **Código Civil**, y en subsidio de reivindicación de conformidad con el artículo 889 del mismo **Código**, al dueño del predio dominante para que le restituya la franja de terreno a través de la cual se ejerce la citada servidumbre, porque el demandado no se limita a transitar por ella sino que la detenta injustamente al utilizarla como estacionamiento, haber plantado árboles en ella, instalado postes para un tendido eléctrico y construido edificaciones para su beneficio, circunstancias todas éstas debidamente probadas y no discutidas en juicio.

El demandado se opone a ambas acciones, porque:

- a) respecto de la primera, fundada en el artículo 915, alega no ser “injusto detentador” ya que ejerce un legítimo derecho fundado en el título de la servidumbre y
- b) en cuanto a la segunda, basada en el artículo 889, sostiene que ha adquirido por prescripción adquisitiva el “modo particular” de ejercer la servidumbre por espacio de más de veinte años, de acuerdo con el artículo 888 del **Código Civil**.

Las cuestiones tocantes a las servidumbres que se discutieron en esta causa se han tratado en el primer comentario de esta sección, y en éste se abordarán aquellas ligadas a la interpretación del artículo 915 CC, concretamente a las siguientes:

- 1<sup>a</sup> Naturaleza de la acción concedida por el artículo 915 CC.
- 2<sup>a</sup> De si procede la acción del artículo 915 CC en contra del mero tenedor.

Sobre estas cuestiones se ha pronunciado en primera instancia el juez del Primer Juzgado Civil de Concepción, César Panés Ramírez, en su sentencia del 23 de agosto de 2002, confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia del 27 de septiembre de 2003, confirmada en casación por la Excelentísima Corte Suprema en su fallo, de forma y de fondo, del 29 de agosto de 2005.

## 2. Naturaleza de la acción concedida por el artículo 915 CC

El, ya “famoso”, artículo 915 del **Código Civil** dispone que:

“Las reglas de este título se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor”.

Sobre él se han construido distintas doctrinas referidas a la naturaleza de la acción que él concede y que, en síntesis son las siguientes:

- 1<sup>a</sup> Acción reivindicatoria: para una antigua doctrina, se trataría, simplemente, de una acción reivindicatoria concedida, excepcionalmente, en contra de un “mero tenedor” (*vide* CHACÓN, Jacinto, **Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno**, III, Santiago, 1890, p. 546; VERA, Robustiano, **Comentario del Código Civil**, III, Santiago, 1894, p. 374) y asumida en alguna memoria de



Javier Barrientos Grandon

prueba posterior (*vide* VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La acción reivindicatoria. Legitimación activa y legitimación pasiva de esta acción*, Santiago, 1955, pp. 233-237) y algún artículo específico (*vide* del mismo VERGARA BEZANILLA, José Pablo, “Sujetos pasivos de la acción reivindicatoria (Casos contemplados en los artículos 889 y 895 del C. Civil”, en *Gaceta Jurídica*, 83, Santiago, 1987, pp. 3-4), opinión compartida por abundante jurisprudencia (*vide* BARRIENTOS GRANDON, cit. pp. 232-237).

- 2<sup>a</sup> Acción restitutoria especial: para otros autores, el artículo 915 no consagra la concesión de una acción reivindicatoria, sino la de una acción restitutoria distinta de ella, a la cual únicamente le serían aplicables las reglas de las prestaciones mutuas contenidas en el § 4 del título XII del libro II del *Código Civil* y no todas las referidas a la reivindicación (*vide* CLARO SOLAR, cit. nr. 1804, p. 458; VELOSO CHÁVEZ, Alberto, *La reivindicación*, Santiago, 1947, p. 34; ALESSANDRI RODRÍGUEZ - SOMARRIVA UNDURRAGA, cit. nr. 1167c, pp. 811-814; ROZAS VIAL, cit. nr. 423, p. 375). Al igual que en el caso de la opinión anterior, ha habido diversas sentencias que la han aceptado (*vide* BARRIENTOS GRANDON, cit. pp. 237-241).

Esta opinión es la que ha recibido también la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 26 de agosto de 2003, en su tercer considerando:

“En primer lugar, el artículo 915 del Código Civil autoriza en forma expresa una acción restitutoria con los atributos de la acción de dominio contra la persona que tiene la tenencia de una cosa raíz o mueble, poseyéndola a nombre ajeno, reteniéndola indebidamente. En tal evento las reglas de la acción de dominio se aplican contra el o los que poseyendo a nombre ajeno retienen la cosa de la manera dicha”.

- 3<sup>a</sup> Acción específica en contra del “poseedor a nombre ajeno”: se ha defendido por quien escribe aquí este comentario, que la acción del artículo 915 ni es una reivindicatoria ni es una acción restitutoria especial en los términos que ha sostenido la doctrina que queda explicada, pero como es tema que toca directamente al segundo punto de estas observaciones, se lo tratará allí detenidamente.

### **3. De si procede la acción del artículo 915 CC en contra del mero tenedor**

La sentencia de primera instancia, fechada el 23 de agosto de 2002, adhiere a la interpretación tradicional, conforme a la cual la acción del artículo 915 CC procede en contra del “injusto detentador”, como lo declara en su considerando cuarto:

“Que dilucidada la cuestión anterior, cabe ahora señalar que la acción principal que ejercita la

demandante para obtener la restitución del retazo de inmueble sub-lite, es la que faculta el artículo 915 del Código Civil, que a la letra prescribe: ‘Las reglas de este título se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor’.

Esta acción que permite aplicar las reglas de la reivindicación contra el injusto detentador, exige como condición primera que el demandante sea propietario del inmueble cuya restitución solicita y que, por tanto, la ocupación ejercida por el demandado sea en calidad de injusto detentador, que constituye el segundo supuesto necesario para la procedencia de la acción de autos”.

La noción de “injusto detentador” es la que también la doctrina ha construido fundada en la ausencia o carencia de todo antecedente que justifique su acto de detentar, como se desprende de las argumentaciones del considerando noveno de la sentencia de la instancia:

“Resulta evidente, entonces, que el demandado ocupa en forma ilegítima la franja de terreno destinada a la servidumbre de tránsito y que es de propiedad y está jurídicamente en posesión de la demandante, sin que haya comprobado ningún antecedente que justifique o avale su ocu-

pación exclusiva y excluyente y, desde esta perspectiva, se configura la situación jurídica que regula el artículo 915 del Código Civil, desde que es claro que concurre también en el caso que se examina el segundo supuesto de la acción y relativo a la detentación injusta por parte del legitimado pasivo de la misma”.

La Corte de Apelaciones de Concepción, en su sentencia del 26 de agosto de 2003, ha ratificado este criterio, aunque ha matizado algunos aspectos, como se lee en el considerando tercero:

“En primer lugar, el artículo 915 del Código Civil autoriza en forma expresa una acción restitutoria con los atributos de la acción de dominio contra la persona que tiene la tenencia de una cosa raíz o mueble, poseyéndola a nombre ajeno, reteniéndola indebidamente. En tal evento las reglas de la acción de dominio se aplican contra el o los que poseyendo a nombre ajeno retienen la cosa de la manera dicha.

La posesión a nombre ajeno ‘consiste en la tenencia de una cosa por quien no es dueño de ella, que la ejerce para otro o a nombre de otro cuyo dominio reconoce. Dicho en otros términos, es poseedor a nombre ajeno el mero tenedor que tiene la cosa a nombre del dueño o del que se da por tal’ (VERGARA BEZANILLA, José Pablo, ‘Reivindicación contra el poseedor a nom-

Javier Barrientos Grandon

bre ajeno o injusto detentador', *R.D. yJ*, t. LXXXVI, N° 2, 1ª P., p. 55).

Expresa el autor citado, que son poseedores a nombre ajeno el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el que tiene el derecho de habitación, el arrendatario, el depositario, el representante legal, el agente oficioso y en general el que tenga la cosa por el verdadero poseedor. Todas estas personas, agrega, poseen a nombre ajeno como efecto de un contrato o relación jurídica en cuya virtud han tomado a su cargo el corpus posesorio. Es decir, invisten la calidad de poseedores a nombre ajeno. Se trata, sin duda, de meros tenedores”.

La doctrina que asume el tribunal de alzada en cuanto a la noción de “poseedor a nombre ajeno”, no parece acertada ni apegada a las disposiciones de nuestro Derecho Civil, si bien suele ser frecuentísima en la jurisprudencia (*vide* BARRIENTOS GRANDON, cit. pp. 239-241).

En efecto, el *Código Civil* ha sentado como regla el que en contra del mero poseedor no es posible el ejercicio de la acción reivindicatoria, y ha estimado, de acuerdo con la innovación introducida por Constantino en el año 331 (C. 3,19,2), que recae sobre él la obligación de la *laudatio* o *nominatio actoris*, es decir, la obligación de declarar el nombre del poseedor, para que en contra de éste, que es el único que puede amenazar el dominio del actor, se dirija la reivindicación. Tal es la regla que fija el artículo 896:

“El mero tenedor de la cosa que se reivindica es obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene”.

Así, pues, por imperio de la sola regla del artículo 896 todo “mero tenedor” es sujeto pasivo de la *laudatio actoris*; es decir, quedan cubiertas por su disposición:

- a) el mero tenedor en virtud de un contrato, como, por ejemplo, el arrendador, el comodatario, el depositario (salvo el de dinero);
- b) el mero tenedor en virtud de un derecho real, como el usufructuario o el acreedor prendario y
- c) el mero tenedor, que carece de toda causa, real o personal, para justificar su tenencia, como el precarista.

En esta línea, no siempre admitida tan categóricamente, sobre todo en relación con la reivindicación de inmuebles inscritos, se ha pronunciado la sentencia de primera instancia, confirmada en alzada, y en casación por la Corte Suprema con fecha 29 de agosto de 2005, porque en el décimo considerando del fallo de la instancia se afirmaba, muy certeramente:

“Sin embargo, y sólo a vía de mayor abundamiento, cabe señalar que la demanda subsidiaria de reivindicación no podría prosperar, toda vez que en el caso sub judice la propia actora ha acreditado fehacientemente ser poseedora inscrita y, siendo así, no ha podido perder la posesión del inmueble, dado que

para hacer cesar su posesión inscrita era necesario que su inscripción se cancelara por alguna de las formas indicadas en el mencionado artículo 728 inciso 1º del Código Civil, cuestión que en la especie no ocurrió, más aún, cuando en conformidad a este mismo precepto, si un tercero se apodera materialmente de un predio inscrito, este último no adquiere la posesión ni pone fin a la existente. De lo dicho se colige, entonces, que la posesión del inmueble no la tiene el demandado, sino que la demandante, faltando de este modo el supuesto básico de la acción de reivindicación”.

En ese contexto, el artículo 915 CC lo que ha hecho es sentar una regla específica, no para cualquier mero tenedor que retenga indebidamente la cosa, sino, exclusivamente, para aquél que ha comenzado a “poseer a nombre ajeno” y que, técnicamente, es también un mero tenedor que, a partir de cierto momento, resiste indebidamente la entrega de la cosa a aquél para quien estaba poseyendo.

La clave, pues, para determinar en contra de quien procede la acción del artículo 915 es responder a la siguiente pregunta: ¿quién es un “poseedor a nombre ajeno”?, porque solamente respecto de él opera el precitado artículo 915, y no en contra del llamado “injusto detentador”, que es categoría creada por la doctrina y que no encuentra fundamento textual en nuestro Derecho Civil.

El *Código Civil* utiliza la categoría técnica de “poseedor a nombre ajeno” en dos ocasiones. Una es la del citado artículo 915, y otra es la del artículo 719, que es en el cual precisamente determina quién se entiende ser “poseedor a nombre ajeno”.

Sabido es que la posesión puede tomarse no sólo por el que trata de adquirirla para sí sino, también, por su mandatario, o por sus representantes legales (art. 720) e, incluso, por quien no es mandatario ni representante (art. 721 inc. 2º), y que el *Código Civil* en su artículo 719, expresamente, prescribe que si se ha empezado a “poseer a nombre ajeno” se presume la continuidad del mismo orden de cosas hasta el momento en que se alega una tal posesión. De esta manera, el “poseedor a nombre ajeno” en el Derecho Civil chileno corresponde a una categoría técnica muy precisa y restringida, la de un concreto *detentor* que tiene la calidad de representante legal, mandatario o “agente oficioso” ex artículo 721 CC.

Aclarado lo anterior, la lectura del artículo 915 CC se simplifica, pues se ve paladinamente que se trata de una regla excepcional respecto de unos limitadísimos sujetos: “poseedores a nombre ajeno”, quienes si después de haber comenzado a “poseer a nombre ajeno” una cosa mueble o raíz la retienen indebidamente, con ánimo de señor o sin él, resistiendo su entrega al poseedor, que será el representado, se ven sujetos a la acción singular del artículo 915, siéndoles aplicables, en consecuencia, todas las reglas del “título” de la reivindicación.

En síntesis, contrariamente a ciertos criterios jurisprudenciales y a algu-

*Javier Barrientos Grandon*

nos de la doctrina, no es posible dar “concepto amplio” de posesión para interpretar el artículo 915, porque todas sus nociones y categorías están precisa y legalmente definidas y, por ello, también resulta reparable el quinto considerando de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 26 de agosto de 2003:

“Que en el orden indicado y de la manera que se dejó explicado en el fundamento 3º de este fallo, la acción restitutoria del artículo 915 del Código Civil que ha usado la señora ... es perfectamente viable y procedente: el demandado señor... merced a sus propias reconocidas acciones sobre el terreno en que ejerce la servidumbre es un mero tenedor, un poseedor a nombre ajeno, entendido el término posesión en la amplia acepción que le ha concedido la jurisprudencia y, finalmente, en un injusto detentador de la franja de tierra que se pide restituir”.

Criterio que fue confirmado por la Corte Suprema en el considerando séptimo de su sentencia del 29 de agosto de 2005:

“Que, al decidir de la manera antedicha, los sentenciadores han hecho una correcta aplicación del artículo 915 del Código Civil y de las restantes normas denunciadas en el primer capítulo del recurso de casación en el fondo, puesto que, cuando el

demandado realiza actos de posesión como los descritos en la letra c) del fundamento quinto de esta sentencia, sobre la franja de servidumbre de la cual sólo es un mero tenedor o un poseedor a nombre ajeno, se convierte en un sujeto que retiene indebidamente una cosa, cual es la materia precisamente regulada en la disposición legal señalada”.

Si en el caso presente, en consecuencia, y en contra de lo decidido por los tribunales en sus fallos reseñados, no debió acogerse la acción fundada en el artículo 915 CC, y las vías que le quedaban abiertas al dueño del predio sirviente para hacer cesar las actividades que él pretendía ilegítimas del dueño del predio dominante debieron ser:

- a) Acción posesoria: claramente los actos del dueño del predio dominante sobre la senda por la cual se ejerce una servidumbre de tránsito, consistentes en utilizarla como estacionamiento, haber plantado árboles en ella, instalado postes para un tendido eléctrico y construido edificaciones para su beneficio, son actos que perturban la posesión del dueño y, en tal medida, dan pie para instaurar el interdicto posesorio pertinente.
- b) Acción de precario: menos técnico que el recurso anterior, pero posible, era el de la acción de precario concedida en el inciso 2º del artículo 2.195 CC y entendido como recurso restitutorio de naturaleza general, como se

ha sostenido en otro lugar (*vide* BARRIENTOS GRANDON, cit. pp. 246-249), pues el dueño del predio dominante, con las actividades descritas, se sitúa explícitamente en la posición de un tenedor de cosa ajena “sin previo contrato” que justifique su tenencia, porque la constitución de la servidumbre no le confiere posesión sobre el predio sirviente.

#### **4. Conclusiones**

Las sentencias comentadas vuelven sobre la discutida cuestión de la natu-

raleza de la acción concedida en el artículo 915 del *Código Civil*, respecto de la cual sus opiniones resultan dogmáticamente discutibles, sobre todo las siguientes:

- 1<sup>a</sup> Que la acción del 915 proceda en contra del “injusto detentador”, sin que se repare que tal categoría es inexistente en el derecho civil chileno.
- 2<sup>a</sup> Que no se advierta que la acción del artículo 915 CC sólo procede en contra del “poseedor a nombre ajeno” sin que se realice el esfuerzo de determinar quién sea un poseedor a nombre ajeno.





## DERECHO DE LA COMPETENCIA

**Rafael Mery Nieto**

Profesor de Derecho Económico  
Universidad Diego Portales

BARRERAS A LA ENTRADA EN EL MERCADO DE CIGARRILLOS (COMENTARIO A LA SENTENCIA N° 26/2005 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DE 5 DE AGOSTO DE 2005)

Con fecha 30 de diciembre de 2002, la sociedad International Tobacco Marketing Limitada (Philip Morris), presentó una denuncia contra la Compañía Chilena de Tabacos S.A. ante la H. Comisión Resolutiva, con el objetivo de que ésta sea sancionada por la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia consistentes en la imposición de barreras artificiales a la entrada de un nuevo competidor en los términos del decreto ley N° 211.

**1. Los hechos**

La denunciante (Philip Morris) sostiene que la Compañía Chilena de Tabacos S.A. (Chiletabacos), quien detentaría una participación del 98,8% en el mercado de cigarrillos en Chile, según la propia versión de la denunciada, habría realizado una serie de prácticas restrictivas de la competencia, como son: la negativa de venta, amenaza de negativa y negativa efectiva de crédito, retiro de productos y elementos de

promoción, comunicación e información y entrega de incentivos pecuniarios a condición de no exhibir ni vender productos de Phillip Morris.

Las referidas conductas se habrían cometido respecto de los kioscos de diarios y revistas y los almacenes de menor tamaño a través de los cuales la Compañía Chilena de Tabacos S.A. comercializa sus productos.

Asimismo, se imputa a la denunciada la celebración de contratos de exclusividad con puntos de ventas de mayor tamaño como: supermercados, estaciones de venta de combustibles y almacenes de mediano y gran tamaño.

**2. El mercado relevante**

Lo primero que se debe determinar a la hora de evaluar posibles conductas anticompetitivas, es definir el mercado relevante del bien o servicio en el que se intentan verificar las mismas. Se trata, en definitiva, de determinar, por una parte, el mercado relevante del producto o servicio, esto es, tanto de todos aquellos bienes como de los servicios que son considerados sustitutos por el consumidor, dadas las características del producto, sus precios y el objetivo de su consumo y, por otra parte, el mercado geográfico relevante.

La sentencia *en comento*, concluye que “el mercado relevante es la comercialización de cigarrillos en el territorio de la República de Chile”, cuestión que no fue debatida a lo largo del proceso, coincidiendo ambas partes en “el grado de sustitución entre los cigarrillos y otros productos, ni sobre el grado de sustitución entre cigarrillos comercializados en distintas ubicaciones geográficas”.

Habiendo despejado la determinación del mercado relevante, cabe advertir que se trata de un mercado altamente concentrado. En efecto, son tres las compañías que controlan el mercado: Compañía Chilena de Tabacos S.A., de propiedad de British American Tobacco, la que cuenta entre sus marcas a Belmont, Derby, Kent, Lucky Strike, Viceroy y Barclay; International Tobacco Marketing, filial de Philip Morris, y que comercializa las marcas Marlboro, Chesterfield, Benson & Hedges, Parliament, Virginia Slims, L&M, Philip Morris y Bond; y TANASA, que comercializa la marca Pacific.

Según las cifras disponibles, recogidas en la sentencia N° 26/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Chiletabacos detenta una participación del 98,8% en el ámbito nacional, repartiéndose el otro 1,2% entre Philip Morris (0,7%) y TANASA (0,5%).

### 3. Las alegaciones de las partes

La denunciante, Philip Morris, solicita a la Comisión Resolutiva que se declare contraria a la libre competencia una serie de conductas cometidas por la Compañía Chilena de Tabacos S.A., toda vez que en razón de su participa-

ción en el mercado de cigarrillos en Chile, estaría abusando de su posición de dominio.

En particular, Philip Morris denuncia las siguientes prácticas anticompetitivas por parte de la Compañía Chilena de Tabacos S.A., a saber:

- 1) Negativa de venta, al condicionar las ventas de sus productos a que los puntos de venta no vendan ni exhiban productos de la competencia en sus locales;
- 2) Negativa de créditos, al exigir pago al contado de sus productos, cuando los puntos de venta aceptan vender o exhibir productos de la competencia;
- 3) Retiro de productos y elementos de promoción, comunicación e información de la competencia;
- 4) Entrega de incentivos pecuniarios a los puntos de venta que no vendan ni exhiban los productos de Philip Morris y
- 5) Celebración de contratos de exclusividad.

Como consecuencia de estas prácticas, la denunciante hace presente los efectos negativos de estas prácticas para su empresa, puesto que ha realizado importantes inversiones para posicionar sus marcas como un competidor relevante en el mercado chileno de cigarrillos y convertirla en una compañía económicamente sustentable.

Haciendo referencia a las prácticas de distribución de cigarrillos, la denunciante señala que ésta se realizaría principalmente a través de dos canales: los kioscos, botillerías, panaderías y pequeños almacenes, por una parte, y que representarían el 65% del mercado y, por

otra parte, las grandes cadenas de supermercados y estaciones de servicios, que representarían el otro 35%.

En el primer segmento, esto es, en el específico de los pequeños comerciante, las prácticas anticompetitivas por parte de Chiletabacos denunciadas por Philip Morris consistirían en:

- 1) la prohibición de vender y exhibir productos de la competencia bajo amenaza de perder el crédito en las condiciones generalmente ofrecidas por Chiletabacos;
- 2) la prohibición de vender y exhibir productos de la competencia bajo la amenaza de no tener acceso a comprar los productos de Chiletabacos;
- 3) el canje de productos de la competencia por productos de Chiletabacos, para retirar de los puntos de venta los productos de promoción de Philip Morris y
- 4) la entrega de incentivos en dinero efectivo, mejoras de las condiciones de crédito o contractuales y refacciones en los locales comerciales a condición de no vender ni exhibir productos que compiten con los de Chiletabacos.

A su turno, respecto al segmento de los grandes comerciantes, la denunciante señala que Chiletabacos realiza

“[U]na práctica predatoria consistente en la imposición de acuerdos de exclusividad con sus distribuidores para la venta y/o exhibición de sus cigarrillos, a cambio de importantes sumas de dinero”.

Así las cosas, y fundados en diversos antecedentes, testimonios y prueba documental, la denunciante señala que las conductas descritas

“[I]nfringen los principios básicos y fundamentales establecidos en nuestra legislación antimonopolio, restringiendo la competencia en el mercado de cigarrillos de nuestro país y afectando la libertad de contratar y de distribuir cualquier producto lícito”.

En efecto, dichas conductas importarían –según la denunciante– discriminaciones arbitrarias, ilegítimas e indebidas, constituyendo verdaderas barreras a la entrada para nuevos oferentes, todo lo cual se vería agravado por el hecho de que Chiletabacos “abusa de su posición dominante en el mercado de los cigarrillos, impidiendo el normal desarrollo de la competencia en el mismo”.

La Compañía Chilena de Tabacos S.A., por su parte, contestó el traslado, señalando que sus conductas no serían atentatorias contra la libre competencia, y que la posición que ocupa en el mercado no es producto de la existencia de barreras a la entrada, estando siempre obligada a

“desarrollar y mantener altos niveles de eficiencia, entre otras cosas debido a su sujeción estricta al peculiar mecanismo tributario que afecta a la industria”.

Señala, además, que el mercado de cigarrillos en Chile es un mercado li-

bre en todos sus niveles –producción o importación, distribución y comercialización– y los márgenes que se obtienen son muy bajos, debido, principalmente, a la estructura tributaria, costos del producto y gastos de operación.

En relación con las prácticas denunciadas por Philip Morris, la denunciada señala que no son efectivas las supuestas negativas de venta y crédito, que “no es política de Chiletabacos ni existe instrucción alguna respecto al retiro de productos y de otros elementos de la competencia”, y respecto a la supuesta entrega de incentivos condicionados a prácticas discriminatorias, señala que dichas afirmaciones son “insólitas e infundadas”, toda vez que los márgenes que se obtienen no permiten otorgar este tipo de beneficios.

Respecto a los contratos de exclusividad de exhibición y propaganda, Chiletabacos reconoce que “sólo se suscriben con 360 comerciantes que comprenden aproximadamente 1.200 puntos de venta”, de un total de sesenta mil. Agrega, asimismo, que Philip Morris suscribe contratos similares con sus clientes.

En definitiva, la Compañía Chilena de Tabacos S.A. solicitó el rechazo de la denuncia por no existir los hechos denunciados.

#### **4. La cuestión debatida**

El caso materia de la sentencia N° 26/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 5 de agosto de 2005, versa sobre la cuestión de determinar si las prácticas de Chiletabacos denunciadas consistentes, básicamente, en las

conductas de negativa de venta, amenaza de negativa y negativa efectiva de crédito, retiro de productos y elementos de promoción, comunicación e información; entrega de incentivos pecuniarios a condición de no exhibir ni vender productos de Philip Morris; y la celebración de contratos de exclusividad, son conductas contrarias a la libre competencia consistentes en la imposición de barreras artificiales a la entrada de un nuevo competidor, por parte del actor dominante en el mercado.

En suma, la cuestión a determinar es si las conductas que se le imputan a Chiletabacos son o no de aquéllas que la teoría denomina barreras artificiales a la entrada como consecuencia de una posición dominante en el mercado que detentaría la referida empresa al tener una participación del 98,8% en el mercado relevante.

#### **5. La decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, antes de entrar al fondo del asunto, sostuvo que el mercado relevante para estos efectos es la comercialización de cigarrillos en el territorio de la República de Chile, actividad en la que participan Chiletabacos y Philip Morris.

En dicho mercado, el Tribunal estableció que la Compañía Chilena de Tabacos S.A. detenta una posición de dominio con una participación equivalente al 98,8% del mercado.

A su turno, y con la finalidad de establecer la existencia de una posición de dominio de Chiletabacos en el referi-

do mercado, el Tribunal hace un análisis de las barreras de entrada, distinguiendo entre aquéllas de tipo estructural, “que difícilmente pueden ser alteradas por los agentes del mercado”, y las barreras artificiales “que dependen de las acciones de los mismos competidores”.

Sobre las barreras estructurales, el Tribunal estima que la actual estructura impositiva genera un efecto de barrera estructural, sosteniendo que “sólo con grandes volúmenes de venta se lograrían márgenes de utilidad estables”. Con todo, el Tribunal concluye que

“Como elemento de aplicación general, el factor tributario es, en consecuencia, neutro para el análisis de la presente causa, y no puede ser invocado por el actor dominante para justificar su posición en el mercado, por lo que este Tribunal no le atribuirá la significancia que le otorga CCT”.

Respecto a las barreras artificiales, el Tribunal señala que “éstas son de la esencia de las conductas denunciadas”.

Así las cosas, el Tribunal dio lugar a la denuncia de Philip Morris en contra de Chiletabacos, pues, en su opinión, se demostró que esta última empresa, en ejercicio de su posición de dominio, cometió los abusos denunciados, todos los cuales, dada su gravedad, extensión, efectos y permanencia en el tiempo, constituyen un claro atentado a la libre competencia.

En relación con la naturaleza de los contratos de Chiletabacos cuestionados por Philip Morris en el sentido que se

trataría de contratos de exclusividad, el Tribunal estimó que como consecuencia de dichos contratos se impide que otros cigarrillos se puedan comercializar en un determinado punto de venta. Así, el Tribunal llegó a la conclusión de que las condiciones de exclusividad e incentivos pactadas en los contratos de Chiletabacos importarían una “limitación objetiva a la venta y comercialización de cigarrillos Philip Morris”, obstaculizando, de esa forma, la competencia en el mercado de cigarrillos en Chile. Dichas cláusulas de exclusividad e incentivos serían, en opinión del Tribunal, un “ejercicio ilícito del poder de mercado” de Chiletabacos y actuarían como barreras a la entrada, impidiendo la venta de otras marcas en los puntos de venta.

Sobre la existencia de actos de exclusión ejecutados por Chiletabacos respecto de Philip Morris, el Tribunal analiza las características de la relación comercial existente entre Chiletabacos y sus distribuidores, concluyendo que para éstos la venta de cigarrillos “constituye un elemento relevante de sus ingresos”, lo que hace que Chiletabacos se aproveche de dichas condiciones, “utilizándolas como una válvula –contraria a la libre competencia y, por tanto, ilícita”.

Así, el Tribunal estimó que las conductas imputadas a la Compañía Chilena de Tabacos S.A. de negativa de venta, amenaza y negativa efectiva de crédito, amenaza y retiro efectivo de productos y elementos de promoción, comunicación e información, y la entrega de incentivos económicos a condición de no exhibir o de limitar la venta de productos de la competencia, constituyen un

Rafael Mery Nieto

“[T]ípico abuso de posición de dominio, de aquellos que la doctrina ha denominado como de disuasión u obstaculización a la entrada (*entry deterrence*) de nuevos competidores, consistente en que la empresa establecida en un mercado (generalmente un virtual monopolista, como es el caso de Chiletabacos), que teme el ingreso de un competidor (Philip Morris), incurre en gastos (dejar de vender sus propios productos) o acciones específicamente destinados a evitar que dicho competidor materialice su ingreso en el mercado, o lo vea obstaculizado gravemente”.

En definitiva, el Tribunal, estimó que la Compañía Chilena de Tabacos S.A.

“[H]a incurrido en prácticas de exclusión que no son otra cosa que barreras estratégicas a la entrada de competidores erigidas por la empresa dominante, que le permiten sostener un poder de mercado, y que en su conjunto configuran un abuso de posición dominante, contrario a la libre competencia”.

Por último, en la parte resolutive, el Tribunal, acogiendo la denuncia de International Tobacco Marketing Limitada, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 26°, letra a), del decreto ley N° 211, dejó sin efecto todas aquellas estipulaciones contenidas en los contratos de exclusividad celebrados por la Com-

pañía Chilena de Tabacos S.A., previa a la denunciada para que, en lo sucesivo, no impida ni entorpezca la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta y, aplicó una multa a beneficio fiscal de 10.000 UTM a la denunciada.

### 6. Comentario

Una primera cuestión que parece relevante despejar a la hora de comentar la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es determinar qué se entiende por posición dominante del mercado y cuándo esa posición se traduce en conductas atentatorias a la libre competencia.

Una idea que tuvo alto impacto hasta los años sesenta, pero que empezó a cuestionarse en los setenta, es el supuesto que si hay alta concentración, debe haber alto poder de mercado y, como consecuencia, precios altos respecto a los de competencia. Este análisis de la competencia (o falta de ella) en los mercados, se basa, fundamentalmente, en la teoría de la “estructura-conducta-desempeño”. Esta teoría sostiene que una alta concentración en un mercado (estructura) conducirá a conductas oligopólicas o monopólicas (conducta) que incidirán en el cobro de un precio sustancialmente mayor que el de competencia, con los consiguientes costos en la asignación de recursos y caída del bienestar social (desempeño).

Con todo, el supuesto que está detrás de estos planteamientos es teóricamente incompleto. En efecto, el poder de mercado es una función de la concentración, pero la forma de esa



función depende de otras características del mercado como, por ejemplo, la elasticidad de la demanda del mercado y la elasticidad de oferta de la competencia (sobre esto puede consultarse SAPELLI, Claudio, “Concentración y Grupos Económicos en Chile”, *Estudios Públicos*, N° 88, Santiago, 2002).

Como se señaló, en los años setenta se empieza a cuestionar la teoría de la “estructura-conducta-desempeño” y comienzan a aparecer hipótesis alternativas, entre las que destaca la “hipótesis de la eficiencia superior”, formulada por Harold Demsetz (DEMSETZ, Harold, “Two Systems of Belief About Monopoly”, en *Industrial Concentration, the New Learning* Little Brown, 1974) a principios de los setenta. Esta hipótesis sostiene que es natural que en toda industria haya empresas más eficientes que otras, las que tenderán a dominar el mercado. Sin embargo, en esta línea, no sería recomendable interferir en mercados con alta concentración, porque ello importaría penalizar a las empresas por ser eficientes y por entregar un mejor producto a un bajo costo.

Por su parte, fue el economista John Sutton (SUTTON, John, *Sunk Costs and Market Structure*, MIT Press, 1991) quien mostró convincentemente que la relación mayor concentración-mayor precio es sólo la mitad de la historia, donde lo relevante para el análisis de, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debe ser la existencia de barreras de entrada y la evaluación de las causas de la concentración, determinando, a fin de cuentas, si la mayor concentración permite precios

más altos, ejercicio de poder de mercado y menos bienestar para los consumidores.

Así, entonces, será la existencia de barreras de entrada y el abuso de posición dominante las cuestiones que deberán evaluarse al momento de estudiar un mercado.

El abuso de posición dominante, según lo ha entendido la literatura especializada, es la situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado relevante de un bien o servicio, realizando prácticas comerciales destinadas a impedir o restringir la competencia.

Las barreras de entrada, por su parte, son aquellos obstáculos que dificultan el ingreso al mercado por parte de nuevos competidores. Con todo, no existe una única definición de “barreras de entrada”. Así, por ejemplo, en un trabajo pionero sobre la materia, Bain define las barreras de entrada como “aquello que permite a las empresas establecidas lograr beneficios extraordinarios elevando el precio por encima del nivel competitivo sin inducir a nuevas a empresas a entrar en el sector” (BAIN, J.S., *Barriers to New Competition*, Cambridge, Harvard University Press, 1956). Stigler, a su turno, define a las barreras de entrada como “los costes de los que están libres las empresas que ya están en el mercado, pero en los que tienen que incurrir las empresas que quieren entrar” (STIGLER, G.J., *The Organization of Industry*, Irwin, 1968).

Así las cosas, parece ser que el Tribunal, al momento de evaluar las conductas por parte de la Compañía Chi-



lena de Tabacos S.A., no se dejó llevar por la errada tentación de sancionar la concentración *per se* sino que buscó y analizó dichas conductas con el objetivo de determinar si se traducían o no en barreras a la entrada.

En efecto, es la existencia de barreras de entrada lo que dificulta el ingreso de nuevos competidores, afectando de esa manera el nivel de competencia en el mercado. La poca desafiabilidad del mercado, producto de las barreras de entrada, atentan contra la libre competencia, haciendo posible que las empresas que ya están en el mercado puedan controlarlo, cobrando precios por sobre los niveles competitivos, impidiendo y entorpeciendo la participación de nuevos actores.

El Tribunal, al referirse a las barreras de entrada, distingue entre aquellas barreras de tipo estructural, esto es, aquellas que difícilmente pueden ser alteradas por los agentes del mercado, y las barreras artificiales que dependen de las acciones de los mismos actores. Son estas últimas barreras las que resultan relevantes en el mercado de cigarrillos en Chile, ya que las barreras estructurales que genera el régimen tributario aplicable a los cigarrillos son neutras para el análisis.

Ahora bien, respecto a las barreras artificiales, los contratos de exclusividad celebrados por Chiletabacos resultan determinantes en el mercado, toda vez que impiden y restringen la comercialización de cigarrillos por parte de otros competidores en igualdad de condiciones.

Estos contratos de exclusividad son el reflejo del abuso de la posición dominante que detenta Chiletabacos en

el mercado, provocando una verdadera “monopolización” del mercado al impedir y restringir el ingreso de nuevos competidores.

En esta misma línea, la Comisión Preventiva Central se había pronunciado al conocer de la denuncia sobre cláusula de exclusividad interpuesta por Multicheck S.A. en contra de Cheque Restaurant Chile S.A. o Sodexho Pass Chile S.A., concluyendo que

“Dichas cláusulas impiden o al menos tienden a restringir el ingreso de nuevos competidores al mercado” (COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL, dictamen N° 999 de 3 de enero de 1997).

Los contratos de exclusividad y, en general, la imposición de exclusividad, buscan sujetar una transacción a la condición de no utilizar o comercializar bienes o servicios provistos por competidores. Son prácticas típicamente unilaterales que buscan aumentar el poder de mercado, dificultando el ingreso al mismo de nuevos competidores o forzando la salida de competidores existentes. Con todo, la exclusividad es problemática desde el punto de vista de la libre competencia sólo si restringe la competencia, y no si se trata de una forma en la que dicha competencia se manifiesta.

En el caso que se viene analizando, y siguiendo la opinión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los contratos de exclusividad son verdaderas barreras estratégicas a la entrada de competidores, que le permiten a Chiletabacos sostener un poder

de mercado, abusando de su posición dominante, todo lo cual constituye una conducta contraria a la libre competencia.

En suma, es correcta la conclusión a la que llega el Tribunal, puesto que los actos denunciados constituyen obstáculos a la entrada como consecuen-

cia del abuso de la posición dominante que detenta Chiletabacos, empresa que incurre en costos adicionales con la finalidad de disuadir a los nuevos competidores, como era Philip Morris, asegurándose, así, la continuidad de una posición dominante en el mercado de cigarrillos en Chile.



# Resúmenes de jurisprudencia





**Claudia Bahamondes Oyarzún**

Egresada de Derecho  
Universidad Diego Portales

#### ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN

El proceso se inicia con la demanda de reclamación de filiación interpuesta por ACAT, quien actúa a nombre de FEMA, en contra de RPMR. En el libelo, la actora solicita que se declare la calidad de hijo del demandado al menor representado y que se realicen las anotaciones pertinentes en su inscripción de nacimiento.

El tribunal de primer grado, rechaza la acción deducida, pues la demandante sólo habría rendido prueba instrumental y testimonial; a juicio del sentenciador, estos medios probatorios resultaron insuficientes para dar por acreditada la pretensión, de acuerdo con la regla establecida en el artículo 1.698 del *Código Civil*.

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones de Talca la revoca, pues, al transcurrir la segunda instancia, se citó al demandado a un procedimiento de toma de muestras para realizar el examen de ADN. Una vez notificado personalmente, RPMR no concurrió a la diligencia, así como tampoco esgrimió algún motivo que justificara su inasistencia. Para el tribunal de alzada, ello constituye una presunción grave, la que, valorada junto con la prueba

confesional y testimonial, permite a la Corte declarar la existencia del nexo filiativo que une a RPMR con FEMA. Sobre la base de estos hechos, ordena efectuar las inscripciones necesarias en la partida de nacimiento del menor.

Posteriormente, el demandado interpone recursos de casación, tanto en la forma como en el fondo. El primero de ellos, se funda en la causal contenida en el artículo 768 N°5 del *Código de Procedimiento Civil*, en relación con el artículo 170 N° 4 del mismo cuerpo normativo, alegando un deficiente o casi nulo análisis de la prueba rendida, el que constituiría el sustento de la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Talca. Este recurso es rechazado por la Corte Suprema, ya que en el fallo en cuestión se realizó una exposición de la prueba rendida y, luego, se efectuó el respectivo análisis a partir de dichos antecedentes.

En tanto, el recurso de casación en el fondo se apoya en la infracción de diversas disposiciones del *Código Civil* y del *Código de Procedimiento Civil*, toda vez que la sentencia se habría construido básicamente en la sola presunción de paternidad que apareja la negativa injustificada del demandado a practicarse el examen biológico; la cual, si bien constituye una presunción grave

## Resúmenes de jurisprudencia

de acuerdo con el artículo 199 del **Código Civil**, no tiene el carácter de precisión exigido por el artículo 426 inciso 2° del **Código de Procedimiento Civil**.

La Corte Suprema desecha este recurso, al estimar que la sentencia impugnada determinó la filiación entre el menor FEMA y el demandado, en razón de tres tipos de medios probatorios: la prueba confesional, la testimonial y las presunciones. Finalmente, y refiriéndose a estas últimas, el Tribunal Supremo manifiesta lo siguiente:

“Que en lo que respecta a la infracción denunciada por el recurrente a los artículos 426 (del **Código de Procedimiento Civil**) y 1712 del **Código Civil**, referida al valor probatorio que puede asignársele a las presunciones; éstas establecen una facultad de los sentenciadores que no es revisable por la vía de la casación y en cuanto al artículo 160 del **Código de Procedimiento Civil** éste no ha podido ser vulnerado desde que la sentencia se ha pronunciado conforme al mérito del proceso y su eventual infracción ameritaría un recurso de nulidad formal y no el que se interpuso” (considerando décimo).

CUARTO JUZGADO CIVIL DE TALCA, 15 DE NOVIEMBRE DE 2001, ROL 10.837-99; CORTE DE APELACIONES DE TALCA, 24 DE JULIO DE 2003, PRIMERA SALA, ROL 60.490; CORTE SUPREMA, 13 DE SEPTIEMBRE DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 3641-03.

PALABRAS CLAVE: ACCIÓN DE FILIACIÓN, PRUEBA, PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD, PRESUNCIÓN GRAVE, ARTÍCULO 199 DEL **CÓDIGO CIVIL**, ARTÍCULO 1712 DEL **CÓDIGO CIVIL**, ARTÍCULO 426 DEL **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**, CASACIÓN EN LA FORMA, CASACIÓN EN EL FONDO.

CASACIÓN EN LA FORMA. JUICIO ORDINARIO

Comparece ARS, por sí y en representación de la sucesión de ARL e interpone demanda en contra de LRP, a fin de que se le condene a pagar la suma de \$30.419.280. El referido monto, provendría de la ayuda económica que el actor proporcionó a LRP y que consistió en pagar varias de sus obligaciones, con el compromiso de un reembolso que no se produjo. Durante el transcurso del litigio, se produce el deceso del demandado, notificándose a sus sucesores el estado del proceso.

El Segundo Juzgado Civil de San Fernando acoge la acción deducida, pero sólo en forma parcial, por cuanto la prueba rendida por el demandante únicamente acreditó una deuda ascendiente a \$18.908.421.

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones de Rancagua revoca dicho pronunciamiento, toda vez que, de las probanzas aportadas al proceso, no es posible establecer a quién fue hecho el pago en discusión, ni tampoco si este monto fue otorgado por ARS a título personal o a nombre de la sucesión de ARL.

Posteriormente, el demandante interpone recurso de casación en el fon-



do; al conocer de éste, la Corte Suprema advierte a los litigantes la existencia de un posible vicio de casación en la forma. En este sentido, la Corte manifiesta:

“Que el fallo que se revisa, no hizo consideración alguna respecto de los diferentes efectos que se producirían si el pago hubiese sido hecho en forma personal, o realizado por la sucesión de don ARL, 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” (considerando quinto).

En virtud de lo señalado y de acuerdo con el artículo 775 del *Código de Procedimiento Civil*, la Corte Suprema invalida de oficio la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, confirmando aquélla establecida en primera instancia.

SEGUNDO JUZGADO CIVIL DE SAN FERNANDO, 10 DE OCTUBRE DE 2000, ROL 11.231; CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, 30 DE ABRIL DE 2002, PRIMERA SALA, ROL 16.943; CORTE SUPREMA, 23 DE OCTUBRE DE 2003, PRIMERA SALA, ROL 1.931-02.

PALABRAS CLAVE: CASACIÓN EN LA FORMA DE OFICIO, CONSIDERACIONES DE HECHO DE LAS SENTENCIAS, SUCESIÓN, PAGO DE OBLIGACIONES.

#### DEMANDA DE ALIMENTOS

MCBB comparece en representación de JRTB y deduce demanda de alimentos mayores en contra de JTP. Manifiesta en el libelo que su hijo, JRTB, es estudiante universitario y se encuentra cursando el último año de su carrera; señala, además, que el demandado no ha proporcionado recursos económicos para colaborar con el acceso a la educación superior del solicitante.

Al conocer del asunto, el tribunal de primera instancia manifiesta que la regla establecida en el artículo 332 del *Código Civil* en materia de alimentos que se deben a descendientes, regula su entrega sólo hasta que el alimentario cumpla los veintiún años de edad; sin embargo, este caso corresponde a una excepción de la referida norma, toda vez que mientras el descendiente estudie una profesión u oficio, la obligación del ascendiente cesa cuando aquél cumpla los veintiocho años de edad.

No obstante, la demanda fue desechada por el tribunal, pues la actora no aportó prueba alguna que demostrara las necesidades del alimentario, así como tampoco la capacidad económica ni las circunstancias sociales y domésticas que afectaban a las partes. De este modo, el sentenciador expresa que en lo respectivo a alimentos mayores, resulta inaplicable la presunción de solvencia del alimentante del artículo 3 de

*Resúmenes de jurisprudencia*

la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; por ello, no basta con acreditar, para regular una pensión de alimentos, la sola legitimación activa de la acción respectiva.

Contra esta resolución, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, el cual fue rechazado por el tribunal de alzada. En su resolución, la Corte de Apelaciones de Antofagasta manifiesta que el recurrente no ha logrado acreditar de modo suficiente el hecho de encontrarse cursando estudios de nivel superior, lo que constituye el presupuesto fundamental para solicitar los alimentos luego de cumplir los veintidós años de edad.

En cuanto a la importancia de la aportación de medios de prueba en todo proceso, la Corte de Apelaciones resuelve:

“(…) Una de las actividades constitutivas de todo proceso, generalmente justificativa de su propia existencia, es la prueba, es decir, aquella actuación destinada a establecer los hechos alegados por los litigantes, a los que el tribunal debe aplicar las normas jurídicas sustantivas pertinentes para solucionar la cuestión controvertida, estableciendo el derecho concreto de las partes(…)” (considerando cuarto).

Posteriormente, la actora deduce recurso de casación en el fondo, cuya tramitación no se produce dentro del plazo legal respectivo, siendo declarado desierto por la Corte Suprema.

TERCER JUZGADO DE LETRAS DE ANTOFAGASTA, 31 DE MARZO DE 2004, ROL 52.438; CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, 24 DE AGOSTO DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 481-04; CORTE SUPREMA, 8 DE NOVIEMBRE DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 4.452-04.

PALABRAS CLAVE: ALIMENTOS MAYORES, PRUEBA, FACULTADES DEL ALIMENTANTE, NECESIDADES DEL ALIMENTARIO, ARTÍCULO 332 DEL *Código Civil*, LEGITIMACIÓN ACTIVA.

**DENUNCIA DE OBRA RUINOSA**

Comparece JHSM e interpone en contra de JJTN un interdicto especial, a fin de que este último sea condenado a remover la construcción realizada en el camino tropero que divide los predios de ambas partes. Dicha obra corresponde a un parronal de aproximadamente quince metros de largo, que obstaculiza el ingreso de maquinarias, automóviles o peatones al fundo perteneciente al actor.

El Juzgado de Letras de Elqui-Vicuña, acoge las pretensiones de la parte demandante, por cuanto estima que JJTN no demostró durante el proceso, la concurrencia de alguna prerrogativa que le permitiese impedir la utilización pública del camino tropero y transformarla, de este modo, en un tramo vial de uso privado. Posteriormente, esta resolución fue confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena.

Por último, el demandado deduce recursos de casación, tanto en la forma como en el fondo. El primero de ellos fue desestimado, toda vez que no se

configura el vicio de *ultrapetita* invocado por el recurrente.

En tanto, el recurso de casación en el fondo se sustenta en la presunta vulneración del artículo 948 del *Código Civil*, al haberse efectuado una falsa aplicación de la norma. En opinión del demandado, la acción popular contenida en el referido precepto –y que se concede a cualquier persona del pueblo para recurrir a favor de los caminos, plazas y otros lugares de uso público– exige que el bien de que se trate sea, precisamente, un bien nacional de uso público, en los términos del artículo 589 del cuerpo legal citado, calidad que no concurriría en la especie por tratarse de un camino tropero empleado únicamente para la circulación de animales y a través del cual los litigantes ingresan a sus referidos predios.

La Corte Suprema desestima el recurso deducido y manifiesta:

“Que los jueces del mérito para acoger la acción entablada, establecieron también como hecho de la causa, que el camino de que se trata es público tropero.

En este punto es útil tener presente lo dispuesto en el artículo 26 del DFL N° 850 de 1998, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 de 1964 y del DFL N° 206 del Ministerio de Obras Públicas de 1960, sobre construcción y conservación de caminos, que establece que ‘todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que ten-

ga o haya tenido’” (considerando octavo).

PRIMER JUZGADO CIVIL DE MAYOR CUANTÍA DE ELQUI-VICUÑA, 13 DE MAYO DE 2003, ROL 19.487; CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 13 DE AGOSTO DE 2003, ROL 28.822; CORTE SUPREMA, 16 DE DICIEMBRE DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 4147-03.

PALABRAS CLAVE: INTERDICTO ESPECIAL, DENUNCIA DE OBRA RUINOSA, CAMINOS PÚBLICOS, BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO, *ULTRAPETITA*.

#### INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

El proceso se inicia con la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por un grupo de trabajadores temporeros y por algunos de sus sucesores, en contra de la empresa AG Ltda. El fundamento de la pretensión radica en un accidente automovilístico protagonizado por el bus que transportaba a los empleados desde sus residencias hasta el lugar en que se realizaban las faenas. Al contestar la demanda, la referida sociedad alega la falta de legitimación pasiva, pues la empresa que se encontraba vinculada con los trabajadores mediante una relación laboral era AISJ Ltda.

El tribunal de primera instancia acoge la acción interpuesta y expresa que ésta fue correctamente entablada por los actores, toda vez que AG Ltda. es continuadora de AISJ Ltda., al recibir el capital social de ésta y al asumir parte de su objeto social. Este fenómeno co-

respondería sólo a una modificación parcial experimentada por la primigenia firma, aplicándose, en la especie, el principio de “continuidad legal de la empresa”, respecto de las relaciones laborales establecidas con los trabajadores accidentados.

Por otra parte, la responsabilidad de la empresa en el accidente automovilístico queda acreditada, en tanto se constata la negligencia en la contratación de un chofer que no era idóneo para realizar el transporte de pasajeros en bus y también, en el hecho de no haber tomado las medidas de seguridad necesarias frente a los reclamos previamente presentados por los empleados a sus superiores, en lo relativo a la imprudente conducción del piloto involucrado.

En lo que respecta a las peticiones de los demandantes, el tribunal otorga las prestaciones pecuniarias por concepto de daño moral a las víctimas por el perjuicio directo sufrido a causa de las lesiones provocadas con el accidente. En cuanto a los herederos de los trabajadores fallecidos, el sentenciador dispone las sumas de dinero sólo por el daño moral que experimentarían las víctimas directas, por cuanto los demandantes no distinguieron el fundamento inmediato de la indemnización por los perjuicios morales personales de cada uno de ellos. Con esto, se desecha el argumento de la demandada orientado a no aceptar el referido tipo de resarcimiento, ya que, en su opinión, la acción respectiva no habría ingresado al patrimonio de los accidentados, al haber fallecido éstos instantáneamente.

En contra esta sentencia se interpuso recurso de casación en la forma y

de apelación por parte de la sociedad. El primero de ellos fue rechazado, desestimándose las causales invocadas por el recurrente, toda vez que la Corte de Apelaciones de Temuco consideró que el tribunal de primer grado actuó en pleno uso de las facultades que le son privativas, sopesando la prueba conforme con las reglas de la sana crítica y fundamentando su resolución en consideraciones de hecho y de derecho.

Por otra parte, el recurso de apelación también fue rechazado por el tribunal de alzada. Para sustentar su razonamiento, la Corte de Apelaciones estima como un hecho acreditado que AG Ltda. es la sucesora de AISJ Ltda.; de acuerdo con ello, se entiende que la demanda fue correctamente entablada, dado que el artículo 4 del *Código del Trabajo*, impide la alteración de los derechos y obligaciones de los trabajadores y de sus contratos en el caso de modificaciones introducidas en la empresa, como lo es la creación de una nueva sociedad que asumió los objetivos de su predecesora.

Más adelante, la Corte declara que, en la especie, se verifica la responsabilidad del empleador por el hecho de su agente, pues la obligación de transportar a los trabajadores hasta el sitio de las faenas fue delegada en un tercero, el cual, en cumplimiento de las obligaciones que emanaban de su contrato, provocó un accidente de tránsito. Al respecto, el tribunal de alzada expresa:

“Que dadas las circunstancias antes anotadas, se hace necesario concluir que la empresa demandada –AG Ltda.– debe respon-

der por el hecho de su agente o auxiliar, a quien había contratado unilateralmente para intervenir en parte del proceso productivo de esa entidad, como era la de conducir a los trabajadores al recinto en que debían cumplir sus obligaciones contractuales” (considerando undécimo).

La Corte de Apelaciones de Temuco confirma la sentencia de primera instancia, haciendo procedentes las indemnizaciones por los daños morales ocasionados a los empleados y a los herederos de éstos que se presentaron como demandantes.

Finalmente, los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la sociedad demandada ante la Corte Suprema, se tienen por desistidos.

JUZGADO DEL TRABAJO DE PITRUFUQUÉN, 30 DE JULIO DE 2002, ROL 777; CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, 14 DE JULIO DE 2003, ROL 1530-02; CORTE SUPREMA, 26 DE ENERO DE 2004, CUARTA SALA, ROL 3.639-03.

PALABRAS CLAVE: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS, DAÑO MORAL, LEGITIMACIÓN ACTIVA, LEGITIMACIÓN PASIVA, VÍCTIMAS INDIRECTAS, VÍCTIMAS DIRECTAS, RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO, CONTINUIDAD LEGAL DE LA EMPRESA, DERECHOS LABORALES, ACCIDENTE DEL TRABAJO.

#### JUICIO DE NULIDAD

EMP interpone demanda en contra de JAVB, HVM y de PFVR, para que se

declare la nulidad del avenimiento celebrado por ellos, así como la consecuente tradición del predio en disputa, inscrita en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de la ciudad de Castro. La actora, fundamenta su acción en el derecho de dominio que le asistiría sobre el inmueble, el cual habría adquirido por sucesión por causa de muerte de su madre, cuya posesión efectiva se encontraría inscrita en el ya señalado registro conservatorio. Posteriormente, EMP toma conocimiento de una nueva inscripción traslativa de dominio a favor de PFVR, quien adquiere el fundo de acuerdo con la sentencia judicial que aprobó un avenimiento en donde se declara su derecho a que se le transfiriera el dominio del predio. El título que sirvió para realizar este acto jurídico, fue un contrato de promesa de compraventa celebrado entre PFVR y HVM, el que, a su vez, tiene como antecedente un contrato privado en que JAVB vende la misma propiedad a HVM. La actora alega que nunca otorgó mandato a JAVB para efectos de vender el inmueble, lo que constituyó una simulación al encontrarse viciado el avenimiento por dolo y causa ilícita.

El tribunal de primera instancia rechaza la acción interpuesta, por cuanto la demandante no acreditó fehacientemente su calidad de dueña de la finca disputada, así como tampoco el que sus progenitores lo hubieren sido, pues la prueba documental por ella aportada resulta insuficiente, al consistir en un contrato de prenda agraria realizado por su madre. De acuerdo con lo anterior, el juez de la instancia se atiene a lo dis-

*Resúmenes de jurisprudencia*

puesto por el artículo 1.701 del **Código Civil**, precepto que no admite una prueba distinta a un instrumento público respecto de aquellos actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad. Por otra parte, tampoco se verifica en los antecedentes del proceso el cumplimiento por parte de la actora de las exigencias establecidas en el artículo 688 números 2 y 3 del cuerpo legal citado.

Conociendo del recurso de apelación deducido por la demandante, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt confirma la sentencia en alzada al estimar que la recurrente

“...si bien es cierto plantea los hechos en que estima como fundamento sus pretensiones en relación con un mismo inmueble cuyo dominio se disputan las partes en el pleito, no lo es menos que, no alega ni precisa cuál sería la acción fundante de su pretensión, esto es, si la demandante alega ser dueña, no expresa cuál es su título y modo de adquirir y sus respectivas inscripciones en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Castro, único medio de probar el dominio estando al bien de cuyo se trata de probarlo, un bien inmueble, se echa de menos el título y modo consistente en hacer prevalecer un mejor derecho respecto de sus contrincantes”.

Por su parte, la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto, coincidiendo con las ar-

gumentaciones del tribunal de alzada en lo relativo a la imposibilidad de la actora de hacer prevalecer un mejor derecho frente a su contraparte, al no enunciar el título y modo de adquirir el dominio, ni exhibir las necesarias inscripciones en el Conservador de Bienes Raíces de Castro.

PRIMER JUZGADO CIVIL DE CASTRO, 20 DE JUNIO DE 2001, ROL 19.484; CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, 2 DE JUNIO DE 2003, ROL 11.208; CORTE SUPREMA, 8 DE JUNIO DE 2004, PRIMERA SALA, ROL 3082-03.

PALABRAS CLAVE: NULIDAD, SIMULACIÓN, DERECHO DE DOMINIO, ACREDITACIÓN DE DERECHO DE DOMINIO, SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE, INSCRIPCIONES.

## PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Se interpone demanda de cumplimiento de contrato por parte de MEVA, en contra de MSGS. La actora funda su acción en la promesa de compraventa de un inmueble celebrada con la demandada, así como en el hecho de haber consignado, en el mismo acto, una suma de dinero como parte del pago. Posteriormente, MEVA asume deudas que la prometeiente vendedora mantenía por concepto de impuesto territorial, entendiéndose que con ello compensaba las dos últimas cuotas que completarían el precio de la vivienda. No obstante, MSGS dedujo demanda de resolución de contrato por incumplimiento del mismo y el pago de una cláusula penal, litigio que terminó por abandono del procedimiento.



En primera instancia, el tribunal emite su pronunciamiento y desecha la acción ejercida por la demandante, pues decide acoger la excepción de prescripción opuesta por MSGS, al haber transcurrido el término exigido por el artículo 2.515 del **Código Civil**. Asimismo, el Juzgado de Letras de Arica considera que las cláusulas voluntarias de no enajenar, presentes en este caso, poseen una dudosa o nula validez frente a la jurisprudencia nacional y no pueden ser esgrimidas como una causal de suspensión o interrupción de la prescripción. Por otra parte, la compensación alegada por la actora es rechazada también, ya que ésta sólo procede en el caso de que ambas deudas sean actualmente exigibles, lo que no ocurre en la especie; esto se produce al haber devenido la obligación principal en una obligación natural por encontrarse prescrita.

Además, el sentenciador estima que esta compensación implicaría una modificación en el contrato de promesa, la que debió constar por escrito, no siendo posible acreditar el pago del impuesto territorial por medio de testigos, conforme con lo dispuesto por los artículos 1.554 N° 1 y 1.708 del **Código Civil**.

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones de Arica la confirma y coincide con el tribunal de primer grado en lo relativo a la prescripción de las respectivas acciones.

En contra de este pronunciamiento, la demandante deduce recurso de casación en el fondo, que sustenta en la supuesta infracción del artículo 2.518 inciso 2° del **Código Civil**, al no reconocer que la interposición de la acción resolutoria por parte de MSGS en una

primera oportunidad, interrumpió la prescripción extintiva.

En relación con lo anteriormente señalado, la Corte Suprema se pronuncia con respecto a la acción de resolución de contrato derivada del artículo 1.489 y manifiesta:

“Que el referido hecho ha importado que la demandada de autos, en aquel entonces demandante, haya reconocido la existencia de la obligación, puesto que la alude al solicitar que se la libere de su cumplimiento mediante la declaración de resolución; en consecuencia, dicho reconocimiento produjo el efecto de interrumpir civilmente la prescripción extintiva de la acción de cumplimiento correlativa a dicha obligación, según lo dispone el artículo 2518 del **Código Civil**..” (considerando tercero).

Por estas consideraciones, la Corte anula la sentencia recurrida y en su reemplazo declara que la excepción de prescripción opuesta por la demandante deberá rechazarse y que el pago de las deudas por impuesto territorial, si bien no acreditan la modificación del contrato de promesa, demuestran la existencia de un crédito a favor de la actora, que se compensa con las cuotas impagas del precio del inmueble.

TERCER JUZGADO DE LETRAS DE ARICA, 19 DE NOVIEMBRE DE 1998; CORTE DE APELACIONES DE ARICA, 27 DE OCTUBRE DE 1999, PRIMERA SALA, ROL 6.370; COR-



TE SUPREMA, 18 DE OCTUBRE DE 2000, ROL 4.373-99.

PALABRAS CLAVE: PRESCRIPCIÓN, INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, ACCIÓN RESOLUTORIA, INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO, CONTRATO DE PROMESA, OBLIGACIONES CIVILES, OBLIGACIONES NATURALES, ARTÍCULOS 2.515 Y 2.518 DEL *Código Civil*.

#### RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR ACCIDENTE DEL TRABAJO

RAFV interpone demanda en juicio laboral en contra de las empresas SA Ltda., TTS S.A. e IRI Ltda., a fin de obtener el pago de indemnizaciones por concepto de lucro cesante y de daño moral. El actor fundamenta la pretensión, en razón de haber desempeñado sus funciones como ayudante de bodega en las compañías demandadas y de sufrir, con ocasión de sus actividades como tal, un accidente por el cual perdió tres dedos de su mano derecha. Al contestar la demanda, las empresas involucradas alegan que la maquinaria con la cual trabajaba el demandante, se encontraba en óptimas condiciones y que el siniestro fue provocado únicamente por la imprudencia del mismo al manipularla, habiendo recibido previamente instrucciones y amonestaciones para realizar dicha labor en forma segura y adecuada.

A partir de la prueba rendida por los demandados y siguiendo las reglas de la sana crítica, el tribunal de primer grado concluye que, en la especie, no es posible otorgar indemnización alguna a título de lucro cesante, pues se acreditó en

el proceso que las firmas demandadas otorgaron la asistencia médica y previsional correspondiente a RAFV, además de haber mantenido al trabajador en las funciones que realizara previamente, conservándole la remuneración que recibió desde su ingreso a las empresas. No obstante, el juzgado estima que concurre el pago de una suma de dinero por concepto de daño moral, calculando prudencialmente su monto en ocho millones de pesos.

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones de Santiago revoca el fallo de primera instancia, por estimar que sólo se ha acreditado la negligencia del trabajador en el desempeño de sus labores, sin demostrar la concurrencia del dolo o la culpa en el actuar de las empresas demandadas; por este motivo, no es posible configurar la responsabilidad que se les imputa. Con esta determinación se desvirtúa el elemento que da origen a la indemnización de perjuicios por accidente del trabajo y al consiguiente pago de una prestación económica por daño moral.

En contra de esta sentencia, se dedujo recurso de casación en el fondo, basado en los errores de Derecho en los cuales habría incurrido el sentenciador de segunda instancia, entre ellos, aquel que implicaría una vulneración al artículo 184 del *Código del Trabajo*, que establece la obligación legal y contractual del empleador de adoptar todas las medidas de seguridad necesarias para la protección de su personal. En opinión del recurrente, la Corte de Apelaciones habría omitido considerar que la responsabilidad que le asiste a las compañías corresponde a este tipo y no a la

*Resúmenes de jurisprudencia*

responsabilidad extracontractual, cuya normativa fue aplicada en este caso, exigiendo la acreditación del dolo o la culpa por parte del demandado.

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación interpuesto y manifiesta:

“Que, por otro lado, en lo atinente con la exigencia de la prueba del dolo o la culpa, como lo señala el recurrente, en la especie, se trata de una responsabilidad contractual, de manera que tal exigencia no es procedente. Sin embargo, tal consideración, la que puede estimarse como un yerro sustantivo, no ha tenido influencia en lo dispositivo del fallo, por cuanto quedó estable-

cido que el accidente se debió a la negligencia del trabajador, de manera que no pudo resolverse de manera distinta a la que se hizo”.

SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO, 2 DE MAYO DE 2002, ROL 514-01; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 5 DE MARZO DE 2003, DÉCIMA SALA, ROL 3094-02; CORTE SUPREMA, 20 DE ENERO DE 2004, CUARTA SALA, ROL 1323-03.

PALABRAS CLAVE: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS, LUCRO CESANTE, DAÑO MORAL, RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, ACCIDENTE DEL TRABAJO, PRUEBA DEL DAÑO.





# Actualidad legislativa





## LEY N° 20.066

*por Francisco Herane Vives*

Coordinador Técnico de Derecho Civil y Familia  
Corporación de Asistencia Judicial Región Metropolitana.  
Profesor asistente de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales.

### UN VISTAZO A LA NUEVA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

#### I. ANTECEDENTES Y PROPÓSITOS

El día 7 de octubre de 2005 fue publicada en el *Diario Oficial* la ley N° 20.066 de violencia intrafamiliar que reemplazó la antigua legislación sobre la materia regulada en la ley N° 19.325 del 27 agosto de 1994.

Efectivamente, esta última ley constituyó un logro y un avance notable en esta materia. Cabe señalar que hasta esa fecha no existía ninguna legislación que abordara de manera orgánica esta temática. Sin embargo, y como veremos, esto no fue suficiente.

Con el tiempo, los distintos operadores del sistema, a través de importantes estudios, se pudieron percatar de un sinnúmero de dificultades que se daban en la aplicación práctica de esta legislación –me refiero a la ley 19.325–. En entre otras, y a modo de ejemplo, puedo citar las siguientes:

1. Falta de recursos económicos y falta de recursos humanos capacitados para una eficiente implementación en el Poder Judicial y

en las otras instancias que deben intervenir.

2. Falta de una judicatura especializada en materias de familia con competencia en el tema de violencia intrafamiliar.
3. Falla en los mecanismos de control en el cumplimiento de las medidas precautorias y de las sanciones, lo cual implicaba gran impunidad para los agresores y desprotección para las víctimas.
4. Inconveniencia del llamado obligatorio a conciliación, pues ello ha significado un sinnúmero de avenimientos forzados e ineficaces, lo que reviste mucha gravedad si se tiene presente que entre el 65% y el 70% de los casos terminan por esta vía.
5. La insuficiencia de la tipificación –definición de violencia en el ámbito de esta ley–, pues omitió a algunos familiares y a otras personas que ejercen esta violencia en el hogar. En efecto, se excluyó a yernos, hermanos mayores de edad, ex cónyuges, ex convivientes y a quienes hayan procreado un hijo sin mediar convivencia.
6. La diversidad de criterios de interpretación de sus normas difi-

- cultaba, en definitiva, el acceso a la justicia de las personas. Algunos jueces del crimen no hacían uso de las medidas precautorias; el momento para archivar las causas era muy diverso; los criterios para conceder o denegar una medida precautoria eran totalmente distintos; se exigía la ratificación de las denuncias, etcétera.
7. Las medidas precautorias no se concedían de acuerdo con el peligro de cada caso y con la rapidez necesaria.
  8. La ineficacia de las terapias como sanción. En la mayoría de los casos en que los condenados son obligados a ellas, no comparecen o las abandonan luego de la primera sesión.
  9. Falta un mecanismo eficiente de representación de menores maltratados, para el caso en que sus agresores sean sus representantes legales, quedando atadas de manos instituciones que trabajan el problema, pues para representar a un niño o niña debe el abogado(a) pagar una fianza, suma con que, obviamente, no se cuenta.
  10. Falta de precisión respecto de las obligaciones de la policía, en materias como: prestar auxilio; protección y transporte a las víctimas; recibir las denuncias, sin necesidad de exigir certificado médico de la víctima; ingresar al hogar en caso de maltrato flagrante.
  11. Falta de una solución integral de los problemas que afectan al grupo familiar que vive una situación de violencia intrafamiliar.

Pues bien, esto y otros antecedentes; más ciertos compromisos internacionales –convención de Belém do Para– que el Estado chileno en la práctica no estaba cumpliendo, motivó, primero, a dos diputadas y, más tarde, al propio Ejecutivo, a elaborar este proyecto de ley<sup>1</sup>.

Dicho lo anterior, se puede concluir que el propósito primordial de la iniciativa legislativa que, termina con la dictación de la ley *en comento*, consistía en modificar la ley vigente en materia de violencia intrafamiliar, con el deseo de mejorarla y modernizarla, subsanando en ella las desventajas, vacíos y problemas que ha evidenciado su uso según información proveniente de sus diversos actores y usuarios, jueces, actuarios, carabineros, funcionarios de la salud, profesores, víctimas, etc.; como lo señalan claramente los estudios de seguimiento de su aplicación; las opiniones de expertos en el tema de la violencia intrafamiliar; las evaluaciones de trabajo realizadas por diversas organizaciones –privadas, gubernamentales y municipales– con mujeres que han interpuesto demandas por violencia intrafamiliar y el análisis de legislación comparada en la materia.

Sin embargo, con fecha 30 de agosto de 2001, antes de que se iniciara el tratamiento de esta moción en la comisión de familia, S.E. el Presidente de la República formuló sobre la mis-

---

<sup>1</sup> Informe de la comisión de familia acerca del proyecto de ley que introduce modificaciones en la ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimientos y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar. *Boletín* N° 2318-18



ma una indicación sustitutiva total de su articulado; no limitada a modificar determinadas normas de la ley N° 19.325, como lo proponía aquélla en su texto original, sino que orientada, en primer lugar, a sustituir íntegramente dicho cuerpo legal, estableciendo una nueva regulación sobre la materia y, en segundo lugar, a modificar la ley N° 16.618, sobre menores; a fin de someter los casos de maltrato infantil ocasionados en el contexto intrafamiliar a los alcances de dicha nueva regulación. La finalidad principal de este cambio, según señala el Ejecutivo –coincidiendo con la opinión de las autoras de la moción–, es superar las dificultades observadas en la aplicación de la mencionada ley, a fin de dotar al sistema jurídico de una regulación eficaz y operativa que dé respuestas integrales y oportunas frente al problema de la violencia en la familia.

Se hace constar que, en atención a lo precedentemente señalado, la comisión de familia acordó, por unanimidad, realizar la discusión de este proyecto de ley sobre la base de la antedicha indicación sustitutiva del Ejecutivo, en consideración a que ella ha recogido los aspectos fundamentales que contenía la moción en estudio<sup>2</sup>.

## II. TEXTO DE LA LEY N° 20.066

### **1. Objetivo de la ley**

Esta ley tiene por objetivo, según lo dispone su artículo primero, prevenir,

<sup>2</sup> (n. 1).

sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma.

### **2. Obligaciones generales que impone esta nueva normativa al Estado chileno**

#### Obligación de protección

Esta nueva normativa impone al Estado el deber de adoptar todas las medidas conducentes para garantizar la vida, la integridad personal y seguridad de los miembros de la familia. ART. 2.

Cabe señalar que, según lo que se desprende de la propia discusión legislativa, este precepto no es sólo una mera repetición de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución, que, como sabemos, tiene por objetivo proteger a la familia; si no que tiende a desarrollarlo, imponiéndole a las autoridades el deber de adoptar medidas concretas para asegurar los derechos de quienes integran el grupo familiar<sup>3</sup>.

#### Obligación de prevención y asistencia

Esta obligación se traduce en el deber del Estado de establecer políticas orientadas a prevenir la violencia intrafamiliar, en especial en contra de la mujer y los niños y a prestar asistencia a las víctimas. ART. 3.

Esta obligación se descompone de la siguiente manera: El Estado, entre otras medidas, implementará las siguientes:

1. Incorporar en los planes y programas de estudio, contenidos

<sup>3</sup> (n. 1).

- dirigidos a modificar las conductas que favorecen, estimulan o perpetúan la violencia intrafamiliar;
2. Desarrollar planes de capacitación para los funcionarios públicos que intervengan en la aplicación de esta ley;
  3. Desarrollar políticas y programas de seguridad pública para prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar;
  4. Favorecer la iniciativa de la sociedad civil para el logro de los objetivos de esta ley;
  5. Adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer, la convención sobre los derechos de los niños y demás instrumentos internacionales suscritos por el estado de Chile y;<sup>4</sup>
  6. Crear y mantener sistemas de información y registros estadísticos en relación con la violencia intrafamiliar.

Obligaciones que se imponen a ciertos organismos públicos

Se establece que es el SERNAM el que debe proponer al Presidente de la República las políticas públicas para el cumplimiento de los objetivos de esta ley. Se establece que esta institución debe, en coordinación con otros organismos públicos o privados pertinentes, formular planes nacionales de acción.

ART. 4.

Así, la propia ley se encarga de entregar a esta institución nuevas funciones que se pueden resumir en el hecho de que es el órgano público llamado a impulsar todas las medidas destinadas a la erradicación de la violencia intrafamiliar. Esta institución es también la encargada de proponer la adopción de políticas públicas en torno a la materia como, además, preocuparse de que los demás intervinientes en la aplicación de esta ley lo hagan de manera correcta, para lo cual deberá prestar su asistencia técnica.

<sup>4</sup> Este artículo es concordante con la ampliación del objetivo de la ley al ámbito de la prevención de la violencia intrafamiliar y cuenta entre sus aspectos positivos el consagrar legalmente en forma expresa, por primera vez, las obligaciones que impone al estado de Chile la convención de Belém do Pará, de 1994, sobre prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer. La convención de Belém do Pará, adoptada el 9 de junio de 1994, por la OEA; ha significado un indiscutible avance en el sistema interamericano, al establecer el espíritu de los derechos humanos de las mujeres a una vida libre de violencia y de los deberes de los Estados en cuanto a la adopción de medidas, en el ámbito de leyes y políticas públicas nacionales, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia. En ese sentido, es fundamental el papel de la CIM en el proceso de elaboración y

discusión del texto aprobado, involucrando negociaciones junto a los Estados y contribuciones de las organizaciones no gubernamentales de la región. La entrada en vigencia de la convención, ratificada por treinta y uno de los treinta y cuatro Estados de la OEA, marcó la década de los noventas como el inicio de un largo proceso de cambio, implicando nuevos compromisos tanto para los gobiernos cuanto para la CIM, especialmente en cuanto a los mecanismos para su implementación en la región.

Cabe destacar que este artículo consolida la labor propositiva, coordinadora y evaluadora de políticas públicas que el SERNAM ha venido desarrollando de hecho, a lo largo de su historia, en lo relativo a la prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar; toda vez que las funciones enumeradas en él no se encuentran contenidas en la ley N° 19.023, que crea dicho servicio.

### **3. Concepto de violencia intrafamiliar**

La nueva normativa define la violencia intrafamiliar de la siguiente manera: Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o síquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea, pariente por consanguinidad o por afinidad en toda línea recta o en la colateral hasta incluso, el tercer grado del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar. ART. 5.

Respecto de este artículo, me parece importante recordar la discusión que se realizó en el Congreso en la redacción final de esta norma, ya que, de este modo, se puede determinar con mayor exactitud el sentido y alcance de ella.

La Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional, aprobó en esta norma la definición de violencia

intrafamiliar. El inciso primero del proyecto señalaba que sería constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato, que no constituya crimen o simple delito, que afecte la integridad física o síquica de quien tenga respecto del ofensor la calidad de pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta, incluso, el cuarto grado, adoptante, adoptado o cónyuge, sea que viva o no bajo la misma morada y cualquiera que sea la edad o condición del afectado.

El inciso segundo agregaba que también habría violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente se ejecute en contra de la persona con la que se mantiene una relación de convivencia; sobre los parientes por consanguinidad de ésta en toda la línea recta y en la colateral hasta, incluso, el segundo grado; respecto de quien tenga una relación patrimonial derivada de una convivencia; entre los padres de un hijo común, aun cuando no medie convivencia ni matrimonio, o cuando recaiga en personas menores de edad o con discapacidad que se encuentren bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

El inciso tercero disponía que cuando los hechos constitutivos de actos de violencia intrafamiliar que importen la comisión de alguna de las faltas contempladas en los números 4°, 5°, 14°, 15° y 16° del artículo 494 del *Código Penal*<sup>5</sup>, se les aplicarán las sanciones contempladas en esta ley.

<sup>5</sup> El artículo 494 del *Código Penal*, contempla entre las faltas: N° 4, amenaza con arma blanca o de fuego; N° 5 lesiones leves; N° 14,

El inciso cuarto, finalmente, establece que cuando los hechos denunciados sean constitutivos de delito, el juez remitirá los antecedentes al Ministerio Público.

El Senado, en cambio, modificó lo dispuesto por la Cámara y dispuso que sería constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la integridad física o síquica de quien tenga o haya tenido respecto del ofensor la calidad de cónyuge o una relación de convivencia; o que sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta, incluso, el tercer grado, respecto del adoptante o adoptado que viva bajo la misma morada y cualquiera que sea la edad o condición del afectado. También habrá violencia intrafamiliar, agregaba el inciso segundo, cuando la conducta referida en el inciso precedente recaiga en personas menores de edad o con discapacidad que se encuentren bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

Luego, la Cámara de Diputados, en el tercer trámite, rechazó esta modificación.

Así las cosas, intervino el SERNAM, que respecto de esta norma sugirió lo siguiente: en primer término, agregar, en el inciso primero del artículo en discusión, **la vida como bien jurídico protegido**,

---

no socorrer o auxiliar a una persona que se encuentre en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer; N° 15, el abandono de los hijos por los padres de familia o los que legalmente hagan sus veces; N° 16, impedir a otro, con violencia y sin estar legitimamente autorizado, hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a ejecutar lo que no quiera.

**do**, además de la integridad física o síquica y los integrantes de la comisión estuvieron de acuerdo con dicha proposición. Y también propuso **ampliar los sujetos destinatarios de la norma**, incluyendo a los padres de un hijo común y a los parientes del conviviente que tengan la misma calidad descrita respecto de los parientes del cónyuge. Pues bien, esto generó una discusión al interior de la comisión mixta, así, por ejemplo, la representante del SERNAM, la abogada Patricia Silva, explicó que la idea de incorporar a los parientes del conviviente obedece a la necesidad de no hacer diferencias entre un tipo de familia y otra, es decir, entre la familia matrimonial y la que deriva de la convivencia; por su parte el senador Viera-Gallo indicó que la familia matrimonial tiene un cierto grado de estabilidad, en tanto que la convivencia puede ser, más bien, transitoria, de ahí, entonces, que sería aconsejable considerar en esta norma las convivencias que tengan, a lo menos, cierto tiempo de duración o permanencia.

En definitiva, los miembros de la comisión mixta estuvieron contestes en incluir en el artículo en análisis a los parientes del actual conviviente, en términos equivalentes a los establecidos respecto de los parientes del cónyuge.

Además, en sesión posterior, se omitió la oración alusiva a adoptantes y adoptados, en correspondencia con la incorporación de un artículo nuevo, que asimila a esas personas, para efectos de esta ley, a los ascendientes o descendientes, según corresponda<sup>6</sup>. Y fue por tan-

<sup>6</sup> “Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite cons-

to, en esta instancia donde se reguló el actual artículo 5 de la ley *en comento*

#### **4. Competencia de los Tribunales de Familia**

El párrafo 2° de esta ley se denomina “De la Violencia Intrafamiliar de conocimiento de los Juzgados de familia”. Es decir, se pone término, en nuestro ordenamiento jurídico, al hecho que la violencia intrafamiliar era de exclusivo conocimiento de la judicatura civil. Hoy, y como apreciaremos más adelante, esta ley traslada el conocimiento de algunos aspectos a la competencia penal<sup>7</sup>. Luego, el artículo 6 se

---

titucional, que deroga la ley N° 19.325 y establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar”, en *Boletín* N° 2.318-18, pp. 6-7.

<sup>7</sup> Vide DE LA FUENTE HERNÁNDEZ, Nancy, “La Ley de Violencia Intrafamiliar”, en *Cuadernos de Trabajo*, Santiago, Universidad Diego Portales, junio, 1995, 65 pp. En el Derecho Comparado se distinguen dos claras opciones en materias de políticas públicas legislativas en torno a la violencia intrafamiliar: la primera reconoce a la violencia como un fenómeno de naturaleza penal, llevando a su tipificación específica y la segunda la considera como una cuestión de competencia de las judicaturas civiles o de familia, donde el acento se pone en la protección y cautela de los derechos de la víctima. Agrega esta autora, que la primera tendencia ha ido ganado terreno en el tiempo, por los resultados de investigaciones que dan cuenta de las características epidémicas de la violencia intrafamiliar, aun, en países donde predomina el principio de la intervención mínima del Estado como España, por ejemplo. Nuestro país, sin embargo, al sancionar la ley 19.325 de 1994, entregó su competencia de la violencia intrafamiliar a los tribunales civiles, con la clara finalidad de buscar más que trans-

encarga de señalar que los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito serán de conocimiento de los juzgados de familia y se sujetarán al procedimiento establecido en la ley N° 19.968.

#### **5. Competencia preventiva**

La ley establece una novedad en relación con la legislación anterior, que es la denominada “Situación de riesgo” consagrada en el artículo 7. Al tenor de la disposición citada, una situación de este tipo se produce toda vez que una o más personas estén en un peligro inminente de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no se haya llevado a cabo; el tribunal con el sólo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan.

Luego, el propio artículo establece una presunción de cuando se entiende que existirá esta situación de riesgo inminente como la descrita en la situación anterior, y ésta se va a producir cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren, además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como:

---

gresores y sanciones, protección y cautela de los derechos de los ofendidos y un intento por recomponer el tejido social dañado, ya por vía la de la conciliación, ya por la vía de la terapia. Pues bien, claramente el legislador de la ley 20.066 optó por un camino distinto. En efecto, no entregó el conocimiento de esta ley sólo a los tribunales de familia, sino que haciendo una mixtura entre los diversos sistemas, confirió parte de su conocimiento a los jueces del crimen.



drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por algunos de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del título VII, del libro segundo del **Código Penal** o por infracción a la ley N° 17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta.

Además, el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable.

Creemos que esta llamada situación de riesgo al constituir un aspecto novedoso de esa ley, obliga a recordar, al menos parcialmente, el debate legislativo en torno a esta norma.

En efecto, el Senado, en el segundo trámite constitucional, introdujo diversas modificaciones. En primer lugar, solicitó que en el inciso primero del artículo *en comento*, se intercalara las palabras “de familia”, a continuación de los términos “el tribunal”, intentando significar con esto que sólo era competencia de los Tribunales de Familia resolver estas situaciones de riesgo y no de los Tribunales del Crimen. Agregó el siguiente inciso final, nuevo:

“En caso de incumplimiento de las medidas decretadas de conformidad con lo que dispone el inciso primero, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para

los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil<sup>8</sup>, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”.

Sin embargo, la Cámara de Diputados, en el tercer trámite constitucional, rechazó las señaladas enmiendas, y fue, finalmente, la comisión mixta la encargada de resolver la redacción final de este artículo. Así, el SERNAM propuso las siguientes rectificaciones a la norma aprobada por el Senado: En el inciso primero, eliminar la expresión “de familia” a continuación de la palabra ‘tribunal’. Esto provocó la consulta del senador Viera-Gallo solicitando se le explicara la razón de esta modificación. Hubo muchas respuestas, sin embargo, a mi entender, las importantes fueron las siguientes: la diputada Mella explicó que lo anterior responde a la idea de que ésta sea una norma común para ambos tipos de tribunales, esto es, de familia y de lo penal. El senador Viera-Gallo, no conforme, insistió e indicó que ello no es necesario, por cuanto, si el tribunal de familia estima que los antecedentes re-

<sup>8</sup> El artículo 240 del **Código de Procedimiento Civil** regula el desacato. En el inciso primero establece que, cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado. El inciso segundo, por su parte, dispone que el que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años).

velan la existencia de un hecho con caracteres de delito, lo remitirá al Ministerio Público. Esto motivó la intervención de la diputada Allende, que manifestó que para eso se tienen que haber producido, a lo menos, lesiones corporales, es decir, hay que esperar que el daño sea muy evidente para que el caso llegue a la justicia penal. Sin embargo, añadió, existe toda una gama de violencia que no se materializa en lesiones corporales y que, por tanto, quedaría al margen. El senador Viera-Gallo, replicó que este tipo de problemas debe recurrirse ante el juez de familia y no al juez de garantía, pues es aquél el órgano jurisdiccional especializado en estas materias. Luego, quizá fue la intervención del senador Espina, la que resolvió el dilema del senador Viera-Gallo, aquél opinó que, tratándose de una situación de riesgo, lo más conveniente es que la persona pueda dirigirse ante cualquier tribunal para pedir protección. En ese entendido, sugirió mantener en la norma sólo la referencia al tribunal y dejar constancia en este informe de que dicha expresión está referida a ambos juzgados, de familia y penal.

Finalmente, y para pesar del senador Viera-Gallo, la comisión mixta acordó eliminar del inciso primero la expresión “de familia” y mantener solamente la referencia al tribunal, sin otra mención, a fin de que en dicho con-

cepto se comprenda tanto la judicatura de familia como la penal<sup>9</sup>.

Por lo anterior, no cabe duda que en situaciones de riesgo inminente de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, se puede recurrir ante el juez de familia o ante un juez en lo penal.

### 6. Sanciones

#### Maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar

Se castigará el maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, atendida su gravedad, con una multa de media a quince unidades tributarias mensuales a beneficio del gobierno regional del domicilio del denunciante o demandante, para ser destinada a los centros de atención de víctimas de violencia intrafamiliar existentes en la región respectiva y que sean de financiamiento público o privado.

El condenado, además, deberá acreditar el pago de la multa dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la notificación de la sentencia, a menos que el juez, por motivos fundados, prorrogue dicho término hasta por quince días.

En caso de incumplimiento, el tribunal remitirá los antecedentes al Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en el artículo 240 del **Código de Procedimiento Civil**. ART. 8

#### Medidas accesorias

Además de lo dispuesto en el artículo precedente, el juez deberá aplicar en la

<sup>9</sup> Para aquellos que disfruten de estos entrelines legislativos, pueden recurrir al “Informe de la Comisión Mixta”, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que deroga la ley N° 19.325 y establece normas sobre

procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar. **Boletín** N° 2.318-18.



sentencia una o más de las siguientes medidas accesorias:

- a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima.
- b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o de estudio. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.
- c) Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.
- d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término.

Respecto a esta medida accesoria vale la pena recordar lo dicho, en su oportunidad, a propósito de igual medida, pero en la ley 19.325 de 1994. Ésta establecía en su título III, artículo 4 en su letra a) N° 1, como una de las sanciones que se podía aplicar al autor de un acto violencia intrafamiliar “la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar...”. Esto generó en su momento muchas aprensiones, puesto que, si bien reco-

ge la opinión de expertos en el sentido que el ofensor es una persona con rasgos de personalidad o trastornos conductuales que requieren de asistencia y tratamiento terapéutico, no lo es menos que también se afirma que el éxito de las terapias depende fundamentalmente de la colaboración del paciente; de lo contrario no se obtienen los resultados buscados. Me parece curioso que en esta discusión legislativa no se haya tomado en cuenta las críticas ya existentes sobre esta norma, incluso asumiendo que la experiencia indica que los resultados de esta medida fueron nulos<sup>10</sup>.

El juez fijará prudencialmente el plazo de estas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a un año, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d), la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes. ART. 9.

#### Otras sanciones

Dispone el artículo 10 de esta ley que

<sup>10</sup> DE LA FUENTE HERNÁNDEZ (n. 7), p. 70.

en caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, con excepción de aquella prevista en la letra d) del artículo 9°, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del **Código de Procedimiento Civil**; sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días. La policía deberá detener a quien sea sorprendido en quebrantamiento flagrante de las medidas mencionadas en el inciso precedente, es decir, aquéllas establecidas en el artículo 9.

En definitiva, podemos concluir a partir de la lectura de los artículos 8, 9, y 10 de la ley **en comento** que las sanciones que debe imponer un juez de familia frente a un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar son:

- 1) una multa que va de media a quince UTM atendida su gravedad;
- 2) deberá imponer una o más de las medidas establecidas en el artículo 9. En este sentido, es muy importante destacar la opinión vertida en la discusión legislativa por la diputada Saa, que propuso establecer como una obligación del juez aplicar las medidas accesorias que contempla la ley cuando dicte sentencia condenatoria. Para tales efectos sugirió reemplazar, en el inciso primero del proyecto original, la palabra 'podrá' por 'deberá', tal cual quedó plasmado en el texto definitivo y
- 3) que en caso de incumplimiento de estas medidas cautelares o accesorias el juez de familia pondrá a

disposición del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo dispuesto en el artículo 240 del **Código de Procedimiento Civil**, sin perjuicio de las medidas de apremio que se puedan aplicar y las facultades conferidas a la policía para estos casos.

#### Desembolsos y perjuicios patrimoniales

Se establece la obligación para el juez de familia que al momento de dictar sentencia se pronuncie sobre la obligación que puede surgir para el culpable de un acto constitutivo de maltrato de pagar a la víctima los desembolsos y perjuicios de carácter patrimonial que se hubieren ocasionado con la ejecución del o los actos constitutivos de violencia intrafamiliar objeto del juicio, incluida la reposición en dinero o en especie de bienes dañados, destruidos o perdidos. Estos perjuicios serán determinados prudencialmente por el juez. ART. 11.

#### Registro de sanciones y medidas accesorias

El artículo 12 obliga al Servicio de Registro Civil e Identificación a llevar un registro especial de las personas que hayan sido condenadas por sentencia ejecutoriada, como autoras de violencia intrafamiliar, así como de las demás resoluciones que la ley ordene inscribir.

El tribunal, ejecutoriada la sentencia, deberá oficiar al Registro Civil, individualizando al condenado y la sanción principal y las accesorias aplica-

das por el hecho de violencia intrafamiliar, con excepción de la prevista en la letra d) del artículo 9°, circunstancias que el mencionado Servicio hará constar, además, en el respectivo certificado de antecedentes.

Este registro especial será puesto en conocimiento del tribunal a solicitud de éste, en los casos regulados en la ley.

Sin duda, que uno de los propósitos más importantes de esta ley fue dar una señal fuerte e importante a la sociedad respecto a las posibles sanciones en que se puede incurrir producto de un acto de violencia intrafamiliar. Prueba de esto lo constituye el hecho que las personas condenadas como autoras de violencia intrafamiliar, serán sujetas a un sistema registral especial, y adicionalmente se inscribirá en su certificado de antecedentes dicha sanción, cuestión que, hasta a la fecha de la dictación de esta ley, estaba reservada sólo para los condenados por algún delito de carácter criminal.

### **7. Competencia en materia penal**

El párrafo 3 de esta ley se denomina “De la violencia intrafamiliar constitutiva de delito”, y luego, el artículo 13, que inaugura este párrafo, señala que en las investigaciones y procedimientos penales sobre violencia intrafamiliar se aplicarán, además, las disposiciones del presente párrafo. Pues bien, ésta es, quizá, la parte más relevante de esta ley, pues este párrafo da cuenta de la creación de un delito penal que no se encontraba en la legislación anterior.

### **Delito de maltrato habitual**

El artículo 14 de esta ley establece que: “el ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”.

El inciso segundo del artículo 14 nos señala los elementos que se deben considerar para apreciar la habitualidad. Se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.

Luego, el inciso 3° de esta norma señala que el Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N° 19.968.

Ahora bien, y como se ha pretendido hacer a lo largo del examen de esta ley, intentaremos observar los aspectos más importantes que se representaron en la creación de este tipo penal, en la discusión legislativa.

Pues bien, las dos posiciones enfrentadas en el Congreso, se pueden resu-

mir de la siguiente manera: La Cámara de Diputados configuró un delito especial para el caso del maltrato habitual. El Senado, en cambio, hizo la siguiente distinción: todos los actos de violencia intrafamiliar que redunden en lesiones corporales quedan sujetos a las normas sobre delitos comunes, pero se agrava la penalidad elevándola en un grado. Respecto de los actos de violencia intrafamiliar que no causen una lesión corporal, los mantuvo en sede de familia.

El criterio que se adoptó en el Senado fue en consideración a que podría resultar muy difícil perseguir, mediante un proceso penal, los actos de violencia síquica o de lesión física mínima, y que para ello sería más apropiado hacerlo ante los tribunales de familia, que son los órganos especializados en la materia. Ahora bien, si del estudio de los antecedentes resulta que los hechos revisten caracteres de delito, entonces, el tribunal de familia remitirá el caso a la justicia penal.

Por otra parte, en la Cámara de origen se adoptó el criterio de establecer un tipo penal específico, toda vez que la violencia intrafamiliar no es asimilable a ningún delito común; porque tiene una serie de connotaciones que la distinguen del resto de los ilícitos como, por ejemplo, el vínculo existente entre la víctima y el victimario o la habitualidad de la conducta, entendida ésta como reiterada, no necesariamente inmediata o continua. Esa clase de características, ameritan una tipología especial. Además, ello concuerda con el objetivo de dar una señal importante a la sociedad, mediante un instrumento legal que claramente consagre que esta violencia

constituye un delito penado por la ley. Dicha señal, no tendrá la misma fuerza si sólo se agravan las penas asignadas a los delitos comunes.

Frente a esta discusión, la comisión mixta intentó resolver la discrepancia anterior y para esto fue muy importante la opinión del abogado y profesor de Derecho Penal Juan Domingo Acosta Sánchez. La comisión se inclinó por lo siguiente y que, en definitiva, constituye el texto final de la ley:

1. La creación del delito de maltrato habitual, donde, para apreciar la habitualidad<sup>11</sup>, se atenderá al

<sup>11</sup> En este sentido cabe señalar la opinión de la abogada María Sandra Pinto, Coordinadora de la Línea de Derecho Penal de la Corporación de Asistencia Judicial de la RM que en un trabajo no publicado indica que: “Mención aparte merece el calificativo de ‘habitual’ en cuanto resulta de todos conocido, que, como técnica jurídica, produce efectos nefastos”. No obstante, cabe considerar en el delito *en comento*, que este defecto de técnica jurídica ha sido superado en gran parte en cuanto es el propio legislador quien, en el inciso segundo de la disposición analizada, define la habitualidad, expresando que aquélla se constituirá sobre la base de dos requisitos copulativos, el primero: consistente en el número de actos ejecutados, lo que propone la idea de más de un acto y, el segundo: la proximidad temporal de los mismos.

Cabe preguntarse cuántos actos de violencia se precisan y el lapso que deberá mediar entre ellos. Al respecto y de *prima facie* sólo cabría concluir que un mínimo de dos, pero evidentemente esta calificación corresponderá a una construcción jurisprudencial, lo mismo que en el segundo requisito.

Resulta técnicamente adecuado hablar de “actos” y no de acciones, en cuanto aquello elimina la posibilidad de un tratamiento en torno al concurso material. Evidentemente esta expresión alude a que el tipo delictivo se cons-

número de actos de violencia ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o sobre diferentes víctimas de las comprendidas en la ley. A la luz de lo anterior, habrá habitualidad si el agresor ha cometido estos actos de violencia con diversas personas al interior del grupo familiar, y si sólo una de ellas lo denuncia, aunque la haya violentado una única vez, el ilícito estará configurado.

2. Luego, se indicó que como principio técnico-legislativo, es lógico que cuando los hechos revisiten el carácter de un delito de mayor entidad, debe sancionarse por ese delito. En consecuencia, la construcción de este delito de maltrato habitual es, efectivamente, con carácter residual, a fin de evitar los problemas interpretati-

---

truye sobre la base de actos que están informados por sólo un dolo. Desde este punto de vista, y basado en este argumento podrá llegar a sostenerse que la violencia intrafamiliar habitual no admite forma cuasidelictual. *Contrario sensu*, si nos encontramos en presencia de acciones que produzcan un daño a la vida, integridad física y síquica reiteradas y con proximidad temporal, pero carentes de dolo, ellas sólo podrían ser constitutivas de cuasidelito de violencia intrafamiliar –esto es, la forma culposa de la figura básica–, por aplicación del principio establecido en el artículo 490 del *Código Penal*

La segunda parte del inciso segundo del artículo 14, no es más que una repetición de las reglas generales en materia penal, por cuanto el establecimiento de la regla contraria vulnera el principio *non bis in idem*.

vos que surgen de definir si se castiga, por ejemplo, el homicidio o la violencia, las lesiones menos graves o la violencia, etcétera.

3. El delito sólo puede investigarse por el Ministerio Público si el tribunal de familia le ha remitido los antecedentes, por considerar que los hechos de que ellos dan cuenta pueden configurar dicho ilícito.
4. Se le asigna pena de simple delito, esto es, presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días de privación de libertad).
5. La conducta típica consiste en ejercer habitualmente violencia física o síquica respecto de las personas que determina la nueva ley sobre violencia intrafamiliar, entre las cuales existe un vínculo conyugal, parental o de convivencia permanente.
6. En el inciso segundo se contemplan los elementos que definirían la habitualidad exigida por el tipo: por un lado, pluralidad de actos y, por otro, proximidad en el tiempo.
7. No es necesaria, en cambio, la identidad de la víctima para configurar la habitualidad. Tampoco puede considerarse para tales efectos, la existencia de una sentencia penal, sea absolutoria o condenatoria, a fin de no contrariar el principio de *non bis in idem*.
8. A partir de lo anterior, se puede ilustrar la escala de sanciones en materia de violencia intrafamiliar: violencia física o psicológica ocasional: sancionada con multa y



otras medidas; violencia física o síquica habitual (sin resultado de lesiones): simple delito con pena de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días); lesiones leves: no pueden calificarse de tales si se cometen en contra de las personas a que se refiere la nueva ley sobre violencia intrafamiliar; lesiones menos graves: simple delito con pena de reclusión menor en su grado medio (541 días a 3 años). Lo mismo acontece respecto de las restantes lesiones (simplemente graves, graves gravísimas, mutilación de miembro menos importante, mutilación de miembro importante y castración). Lo anterior, se concluye producto de otras modificaciones que la ley 20.066 hace en otros cuerpos legales<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Así, la ley 20.066 sustituye el inciso segundo del artículo 90 de la ley N° 19.968, consagrando el examen previo de los hechos por el juez de familia, el que traspasará la causa a sede penal cuando haya delito de maltrato habitual, sin la exigencia de que los hechos afecten gravemente la vida familiar y sin la facultad de la víctima de oponerse a la remisión de los antecedentes al Ministerio Público. También, se modifica el artículo 400 del **Código Penal**, para elevar la pena del delito de lesiones corporales en que la víctima tiene con el ofensor alguno de los vínculos que señala el artículo 5° de la ley sobre violencia intrafamiliar. Se eliminó la parte final de la norma propuesta, relativa a la improcedencia del pago de multa, por innecesaria, en vista de la agravación de las penas. Se modifica el artículo 494 N° 5 del **Código Penal**, para establecer que en esta materia las lesiones nunca serán leves.

#### Medidas cautelares

El artículo 15 de la ley dispone que en cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar y, aun, antes de la formalización, el tribunal con competencia en lo penal podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establece el artículo 92 de la ley N° 19.968 y las aludidas en el artículo 7° de esta ley.

#### Medidas accesorias

Lo mismo que ocurre en materia de familia debe ocurrir en materia penal. Las medidas accesorias que establece el artículo 9° serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate. El tribunal fijará prudencialmente el plazo de esas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a un año, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Dichas medidas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d) del artículo 9°, la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva. Lo anterior está establecido en el artículo 16 de la ley.

Condiciones para la suspensión del procedimiento.

El artículo 17 dispone que para decretar la suspensión del procedimiento, el juez de garantía impondrá como condición una o más de las medidas accesorias establecidas en el artículo 9°, sin perjuicio de las demás que autoriza el artículo 238 del **Código Procesal Penal**<sup>13</sup>.

### Sanciones

En caso de incumplimiento de las medidas a que se refieren los artículos 15,

<sup>13</sup> El artículo 238 del **Código Procesal Penal** dispone: "Condiciones por cumplir decretada la suspensión condicional del procedimiento". El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el imputado esté sujeto al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

- a) Residir o no residir en un lugar determinado;
- b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;
- c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;
- d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación;
- e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento;
- f) Acudir periódicamente ante el Ministerio Público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas, y
- g) Fijar domicilio e informar al Ministerio Público de cualquier cambio del mismo.

Durante el período de suspensión y oyendo, en una audiencia, a todos los intervinientes que concurrieren a ella, el juez podrá modificar una o más de las condiciones impuestas.

16 y 17, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10. Artículo 18.

### Improcedencia de acuerdos reparatorios

En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del **Código Procesal Penal**. Artículo 19.

### Representación judicial de la víctima

En casos calificados por el SERNAM, éste podrá asumir el patrocinio y representación de la mujer víctima de delitos constitutivos de violencia intrafamiliar que sea mayor de edad, si así lo requiere, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 109 del **Código Procesal Penal**. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, el Servicio podrá celebrar convenios con entidades públicas o privadas

La ministra-directora del SERNAM, Cecilia Pérez, señaló en el Congreso que, de conformidad a la legislación vigente, no está plenamente garantizado el acceso a la justicia para las víctimas de violencia intrafamiliar.

De acuerdo con la información de que dispone, respecto de la implementación de la reforma procesal penal, el SERNAM no estima que se genere un colapso o un obstáculo administrativo a los juicios penales. Citó, al efecto, las estadísticas de hace dos años, las cuales revelan que sólo en el 0,5% de los casos se presentan querellas. Advirtió que dicho dato no se encuentra desagregado, por lo que habría que verificar qué cifra de dicho porcentaje corresponde a casos de violencia intrafamiliar.



Insistió en que, no estando el SERNAM facultado por su ley orgánica para representar a las víctimas de violencia intrafamiliar, no le es posible asumir tal defensa; por lo que se estimó pertinente incluir dicha atribución en el presente proyecto de ley, principalmente con miras a garantizar la protección de las víctimas y el acceso de las mismas a la justicia<sup>14</sup>. Finalmente, fue así, tal cual lo reconoce el artículo 20 de esta ley, estableciendo que para tales efectos el SERNAM puede celebrar algunos convenios con otras entidades públicas o privadas.

### III. CONCLUSIONES

Pues bien y como se puede apreciar, esta ley constituye un avance sustancial en relación con la legislación anterior.

Consagra expresamente el fenómeno de la violencia doméstica como un problema público, es decir, el legislador logra percibir que la prevención y erradicación de la violencia es un tema fundamental en la sociedad y que como toda cuestión pública, debe ser enfrentada de manera global, porque, como se sabe, influye en los cambios que ocurren en el contexto social y político. De ahí que se consagren obligaciones directas para el Estado, y también para ciertos organismos públicos, en el sentido de elaborar planes de acción nacional que tiendan a modificar las

conductas que favorezcan la violencia doméstica.

En el plano de las sanciones, no cabe duda que el legislador quiere dar una señal fuerte e importante a la sociedad y, de este modo, desterrar esa sensación de impunidad que muchas personas –especialmente mujeres– experimentaban con el sistema anterior, al ver cómo, en la mayoría de los casos, los autores de violencia intrafamiliar no recibían sanción alguna o, bien, las que se imponían no eran suficientes para resolver el problema integral de la violencia doméstica. Por lo anterior, se crea un tipo penal, y se establece un importante número de medidas accesorias que se deben adoptar tanto en casos de violencia intrafamiliar constitutiva de delito o no como en situaciones de riesgo.

Finalmente, se entrega el conocimiento de esta ley a dos judicaturas distintas, la de familia y la penal –esta última, como se dijo precedentemente, para conocer el delito de maltrato habitual y los demás delitos que se puedan cometer con ocasión de las relaciones que se producen en el orden de las familias–. En este sentido, es de esperar que ambas judicaturas logren el grado de coordinación necesaria para dar una respuesta eficaz y oportuna a las víctimas; ya que, finalmente, como lo declara el propio artículo primero de esta ley, uno de los objetivos fundamentales es dar protección a la víctima de violencia intrafamiliar, cuestión que hasta la fecha la ley anterior no logró hacer.

<sup>14</sup> Segundo informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, *Boletín* N° 2.318-18.



## LEY 20.016

*por Macarena Silva Boggiano*  
Profesora de Derecho Civil  
Universidad de Antofagasta

MODIFICA NORMAS DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 458, DE 1975, LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, RELATIVAS A LA CALIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN, PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL* DE 27 DE MAYO DE 2005

Consta en el *Mensaje* del proyecto de ley enviado por el Ejecutivo, que sus finalidades son: por una parte, perfeccionar las disposiciones que en materia de calidad de la construcción introdujo la ley 19.472, del año 1996 al DFL N° 458, de 1975, LGUC; y, por otra, la necesidad de diferenciar los plazos de responsabilidad que afectan a los profesionales de la construcción conforme a criterios objetivos.

Por ello, antes de realizar un comentario sobre la ley 20.016, quisiera dar una breve reseña histórica de las modificaciones que ha sufrido en materia de calidad de la construcción la LGUC.

En la LGUC originaria (artículos 18 y 19)<sup>1</sup> se señalaba que los agentes

<sup>1</sup> El artículo 18 originario de la LGUC, disponía que: “Los fabricantes, proyectistas y

intervinientes en la construcción, esto es, los fabricantes, proyectistas –arquitectos e ingenieros–, o constructores, eran responsables civilmente respecto de terceros de los daños y perjuicios que se produjeran en razón de la calidad de los materiales, de los errores de diseño y de los vicios de construcción, respectivamente; y, que la acción para perseguir esta responsabilidad prescribía en el plazo de cinco años, contados desde la fecha de la recepción definitiva de la obra por la DOM.

La ley N° 19.472 del año 1996, es el primer cuerpo legal dictado con la precisa finalidad de garantizar la calidad de la construcción, al conferir una mayor protección a las personas por los daños sufridos por los vicios de la

constructores serán responsables, respectivamente, de la calidad de los materiales, de los errores de diseño y de los vicios de construcción en las obras en que hubieren intervenido y de los perjuicios que con ello causaren a terceros”. Y el artículo 19, originario del mismo cuerpo legal, señalaba que: “Las acciones en contra de los fabricantes, arquitectos, ingenieros o constructores, por las responsabilidades que les puedan afectar con motivo de las obras en que hubieren intervenido, prescribirán en cinco años, contados desde la fecha de la recepción definitiva de la obra por la Dirección de Obras Municipales”.

construcción. De modo tal que vino a establecer, en esta materia, la figura del PPV, en quien se centraliza la calidad de legitimado pasivo a fin de dirigir en su contra las acciones reparatorias que nazcan de errores de diseño, por una construcción defectuosa o por materiales de mala calidad; sin perjuicio de su derecho para dirigirse en contra de los proyectistas, constructores y fabricantes que han participado en esa construcción para que le reembolsen lo pagado por hechos imputables a éstos. Además, establece una responsabilidad solidaria que afecta a los representantes de las personas jurídicas con los profesionales que hayan actuado en la construcción como proyectista o constructor, en representación de esa persona jurídica<sup>2</sup>; para, finalmente, someter estas acciones a un procedimiento sumario ante los tribunales ordinarios de justicia o ante un arbitro mixto, nombrado por la justicia ordinaria. Junto a ello, se establecen especiales atribuciones al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en cuanto debe fijar un mecanismo que asegure la calidad de la construcción, tratándose de viviendas que cuentan con financiamiento estatal y le permite hacerse parte en las causas en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad de los profesionales intervinientes en la construcción, conforme al artículo 18 de la LGUC.

Cabe destacar que se mantuvo, en el inciso final del artículo 18, el plazo de

<sup>2</sup> La que en caso de disolverse la persona jurídica que actuó como PPV, proyectista o constructor, se extiende a las personas que hayan sido sus representantes jurídicos a la fecha de la celebración del contrato.

prescripción quinquenal de las acciones para reclamar las indemnizaciones de que fueran responsables los distintos profesionales que participan en la construcción contados desde la fecha de la recepción definitiva de la obra por la DOM, sin diferenciar la naturaleza del vicio.

Además, mediante la ley 19.472 se incorpora la figura del revisor independiente, a quien podrán recurrir los particulares para que, mediante su informe, verifiquen que los anteproyectos, proyectos y obras cumplan con la disposiciones legales y reglamentarias, lo que trae aparejado como beneficios la reducción del plazo de tramitación tanto del permiso de construcción como de la recepción definitiva de la obra, como, asimismo, la disminución hasta un 30% del monto de los derechos municipales. En particular, se complementa lo dispuesto respecto de los revisores independientes, mediante la ley 19.748, publicada en el *Diario Oficial* de fecha 23 de agosto de 2001, que tuvo por finalidad establecer con carácter obligatorio la revisión del proyecto de cálculo estructural de la obra, creando la figura de los revisores estructurales.

Concordante con la política que ha venido desarrollando el gobierno, a fin mejorar la calidad de la construcción, confiriendo especial protección en favor de las personas que adquieran construcciones defectuosas y de acelerar los procedimientos administrativos para obtener tanto los permisos como las autorizaciones de anteproyectos, proyectos y obras, se dicta la ley 20.016, que modifica la LGUC.

Dentro de las modificaciones que introduce el cuerpo legal indicado podemos distinguir dos grandes grupos:

- en primer lugar, las relativas a la responsabilidad de los profesionales de la construcción y
- en segundo lugar, las que diferencian las competencias y responsabilidades de los directores de obras municipales y de los revisores independientes.

#### I. RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA CONSTRUCCIÓN

***Son modificados los artículos 17 y 18 del capítulo , “De los profesionales”, y el artículo 20 del capítulo IV, “De las sanciones”, todos del título I, intitulado “Disposiciones generales”***

##### Primero

Con el fin de despejar toda duda acerca de la responsabilidad civil y penal que afecta a los profesionales que se encuentran legalmente habilitados para intervenir en las construcciones –arquitectos, ingenieros civiles, ingenieros constructores y constructores civiles– por sus actuaciones con motivo de la aplicación de la LGUC, en el artículo 17, se incorporó a su inciso primero la frase alusiva a éstos, en cuanto, “son responsables por sus acciones u omisiones en el ámbito de sus respectivas competencias”. Expresión que no hace otra cosa que confirmar las reglas generales a que se encuentran sujetos los profesionales de la construcción; sin que por ello haya variado su anterior situación al respecto.

##### Segundo

Por una parte, en el artículo 18 se incorpora una segunda parte al inciso primero, que amplía los supuestos por los cuales responde el propietario de la construcción en los casos que no ha enajenado el inmueble, por los daños que cause a terceros, por fallas o defectos de la construcción. Desde ahora se puede dejar planteada la cuestión de determinar cómo se coordina esta disposición con las normas generales que sobre la materia contiene el *Código Civil* en los artículos 934 y 2.323.

Por otra parte, en el artículo 18 se sustituye su inciso quinto por tres nuevos incisos: séptimo, octavo y noveno, en los que se distinguen, para efectos de determinar la responsabilidad de los profesionales de la construcción:

- i) tres plazos: decenal, quinquenal y trienal;
- ii) criterios objetivos derivados de la duración de los diversos elementos incorporados en la construcción y
- iii) el momento en que comenzará a correr el plazo: la recepción definitiva de la obra por parte de la DOM, o, la inscripción de dominio del inmueble a favor del comprador en el CBR competente.

Para fijar la responsabilidad que afecta a los profesionales de la construcción, habrá que determinar el elemento constructivo cuya falla o defecto causa un daño, pues de ello dependerá el plazo dentro del cual aquélla se podrá hacer efectiva y el momento en que ha comenzado el cómputo del plazo de prescripción.

Así, si se trata de un elemento de la estructura soportante el plazo dentro del cual se puede perseguir esta responsabilidad será de diez años; si se trata de un elemento constructivo o de las instalaciones u otros elementos no contemplados en los numerales del inciso quinto del artículo 18, o que no sean asimilables o equiparables, el plazo será de cinco años. En ambos casos el plazo comienza a correr desde la fecha de la recepción definitiva de la obra por parte de la DOM.

En cambio, si se trata de un elemento de las terminaciones o acabados el plazo será de tres años contados desde la fecha de la inscripción de dominio a favor del comprador en el CBR competente.

274

Tercero

Dentro de este grupo de modificaciones, se sustituye el inciso final del artículo 20, en el sentido de que el plazo para ejercer las acciones derivadas de la responsabilidad por infracciones de la LGUC, OGUC y de los instrumentos de planificación territorial, que la misma norma regula, prescribirá al momento de obtenerse la recepción definitiva de la obra por parte de la DOM. Se deroga, de esta forma, el plazo de dos años contados desde la recepción definitiva de la obra para entablar las acciones derivadas de estas infracciones.

II. NORMAS QUE TIENDEN A ACELERAR LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS REQUERIDOS PARA LA OBTENCIÓN TANTO DE UN PERMISO COMO LA AUTORIZACIÓN DE UN ANTEPROYECTO, PROYECTO U OBRA

***Son modificados los artículos 116, 116 bis y 144; y derogado el artículo 116 bis B), todos del capítulo II, “De la ejecución de las obras de urbanización y de edificación”, del título III, intitulado “De la construcción”***

Con el propósito de alcanzar el fin indicado, básicamente en cuanto se pretende evitar la duplicidad de control de los permisos de la construcción, en los que intervienen tanto el Director de Obras Municipales como el revisor independiente, se adopta la medida de delimitar el ámbito de competencia del Director de Obras Municipales y del revisor independiente, de lo que dan cuenta las siguientes modificaciones:

Primero

Se deroga el inciso segundo del artículo 116, que contiene la facultad del Director de Obras Municipales para conceder el permiso de urbanización, de edificación o ambos si los antecedentes acompañados cumplen con el Plan Regulador, las disposiciones de la LGUC y de la OGUC.

Pero ello no supone la supresión de la atribución indicada, sino que ésta se mantiene en cuanto es recogida en el nuevo inciso quinto del artículo 116, que establece que el Director de Obras Municipales concederá el permiso de edificación o autorización requerida si, de acuerdo con los antecedentes acom-

pañados, los proyectos cumplen con las normas urbanísticas, previo pago de los derechos que procedan –se mantiene, en todo caso, la posibilidad de solicitar facilidades de pago conforme al artículo 128–.

El concepto de normas urbanísticas se encuentra en el nuevo inciso sexto del artículo *en comento*, conforme al cual

“son aquellas contenidas en esta ley, en su Ordenanza General y en los instrumentos de planificación territorial que afecten a edificaciones, subdivisiones, fusiones, loteos o urbanizaciones, en lo relativo a los usos de suelo, cesiones, sistemas de agrupamiento, coeficientes de constructibilidad, coeficientes de ocupación de suelo o de los pisos superiores, superficie predial mínima, alturas máximas de edificación, adosamientos, distanciamientos, antejardines, ochavos y rasantes, densidades máximas, estacionamientos, franjas afectas a declaratoria de utilidad pública y área de riesgo o de protección”.

#### Segundo

Se reemplaza el texto del artículo 116 bis. Conforme a su nuevo inciso primero, es un acto facultativo del propietario de la obra, cualquiera que sea su naturaleza –de uso público o no– contratar un revisor independiente, persona natural o jurídica que tenga inscripción vigente en el registro que llevará para estos efectos el Ministerio

de Vivienda y Urbanismo. De modo tal que no es obligatorio contar con un revisor independiente tratándose de edificaciones de uso público, lo que evita no sólo el doble control al que se encontraban este tipo de construcciones sino, también, la triple revisión si consideramos que las construcciones de uso público de propiedad fiscal cuentan con un ITO, en quien radica la facultad de vigilar el cumplimiento de la normativa en representación del mandante de la obra.

Sin perjuicio de ello, en el nuevo texto de este inciso, se faculta al Ejecutivo para que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria determine en la OGUC las edificaciones en que será obligatoria contar con el informe de un revisor independiente para los respectivos permisos de edificación o de recepción definitiva de la obra.

A su turno, en el nuevo inciso segundo del artículo 116 bis, se delimita el ámbito de competencia del revisor independiente: le corresponde verificar que los proyectos de edificación y las obras cumplan con las disposiciones legales y reglamentarias para lo cual deberán emitir los informes que se les requieran para tales efectos, cuyo contenido determinará la OGUC.

Cabe tener presente que se mantiene en el nuevo artículo 116 bis, tanto la reducción en un 30% de los derechos municipales regulados en el artículo 130, en caso de contar el proyecto con el informe favorable del revisor independiente, como, también, que se le exime de responsabilidad respecto del cálculo estructural, toda vez que no le corresponde su verificación.



### Tercero

El nuevo texto del artículo 116 bis contempla lo dispuesto en el artículo 116 bis B), motivo por el cual se deroga esta última disposición.

### Cuarto

En tercer lugar, en el artículo 144, se incorpora en su inciso primero que tanto el propietario y el arquitecto solicitarán la recepción definitiva o parcial, respecto de las obras habitables, a la DOM.

Con el fin de delimitar nuevamente el ámbito de competencias del Director de Obras Municipales, en todo lo que sólo le corresponde verificar que el proyecto cumpla con las normas urbanísticas, se incorpora los nuevos incisos segundo y tercero al artículo 144. El primero establece la obligación de presentar un informe del arquitecto y del revisor independiente, cuando lo hubiere, en que certifiquen que la obra se ha ejecutado conforme al proyecto aprobado, con todas sus modificaciones, de acuerdo con lo indicado en el artículo 119. Deberá, además, acompañarse un informe del ITO de haber contado con éste. Mientras que el segundo, indica que el Director de Obras Municipales sólo deberá revisar que se hayan cumplido las normas urbanísticas conforme al permiso de edificación aprobado, después de lo cual procederá a dar la recepción definitiva.

De esta forma, se delimita el ámbito de competencia, ya que conforme al artículo 116 bis le corresponde al revisor independiente examinar lo relacionado con la arquitectura del proyecto, y según el nuevo inciso segundo del

artículo 144, deberá informar que la obra se ha ejecutado conforme al permiso aprobado. Corresponde al Director de Obras revisar los aspectos urbanísticos del proyecto, según se desprende del nuevo inciso quinto del artículo 116 y del nuevo inciso tercero del artículo 144, sólo debiendo verificar para otorgar el permiso del anteproyecto, proyecto u obra y la recepción de ésta, el cumplimiento de normas urbanísticas aplicables a la obra.

Se pone término, de esta forma, al doble control al que quedaban sujetas las obras, pues el Director de Obras Municipales responderá por la observancia de las normas urbanísticas, mientras que el revisor independiente, por el cumplimiento de las normas de construcción.

### Vigencia

Para delimitar el ámbito de validez temporal de estas modificaciones se señala que sólo serán aplicables a los permisos y autorizaciones que ingresen a tramitación después de la entrada en vigencia de la ley, lo cual sucedió, después de una *vacatio legis* de noventa días desde su publicación, el día 25 de agosto del año 2005.

### CONCLUSIONES

La ley 20.016 constituye una reforma necesaria para alcanzar los fines propuestos en la ley 19.472, principalmente en cuanto a establecer normas que permitan garantizar adecuadamente la calidad de la construcción, dando el

paso que faltaba para la ampliación de los plazos para hacer efectiva la responsabilidad de los profesionales de la construcción. Por otra parte, fija de forma precisa las atribuciones de los directores de Obras Municipales y revisores independientes, de modo que sus actuaciones no entorpezcan y burocraticen los procedimientos administrativos a que está sujeta la actividad de la construcción, máxime cuando los costos de ésta pueden ser elevados y las oportunidades de negocio desechadas por tardanzas injustificadas.

Sin perjuicio de ello, no proporciona ni un concepto ni una descripción de cada uno de los elementos a que se refiere el artículo 18. Cabe tener presente que en el *Mensajese* enunciaban, a título de ejemplo, distintos elementos de la construcción dentro de cada una estas categorías, a los que se podrá recurrir a fin de fijar su verdadero sentido y alcance<sup>3</sup>. Será, en consecuencia, labor de la doctrina y la jurisprudencia delimitar cada uno de ellos; sin perjuicio que

el Ejecutivo en virtud de la potestad reglamentaria, precise mediante una modificación a la OGUC, en qué consisten cada uno de ellos, especialmente, a los que hace referencia el inciso sexto del artículo 18, que al tener carácter residual y contemplar todos aquellos otros no enumerados, asimilados o equiparados da lugar a dudas en cuanto a su contenido.

Como tampoco aporta claridad en cuanto a la responsabilidad que le cabe a los revisores independientes en el desempeño de sus funciones, pues el artículo 116 bis originario, señalaba en su inciso final, “los revisores independientes serán subsidiariamente responsables con los proyectistas”, norma que al ser sustituida por el nuevo texto de este artículo, guarda silencio al respecto. Situación que podrá quedar definida en la ley que regula el Registro de Revisores Independientes de Obras de Edificación, en actual tramitación legislativa.

<sup>3</sup> En el *Mensaje* se indicaba, a título meramente ejemplar, que con la denominación **elementos constructivos o de las instalaciones** quedaban comprendidos los daños que se pudieran ocasionar por las fallas o defectos en las “cubiertas, hojalatería, cielos, pisos, pinturas o revestimientos exteriores, revestimientos interiores de zonas húmedas, puertas y ventanas, muebles empotrados, artefactos sanitarios y eléctricos”. Respecto de los **elementos de terminaciones o acabados**, se señalaba que comprendía los daños que se pudieran ocasionar por las fallas o defectos que afecten a los “revestimientos y pinturas interiores, barnices, sellos y fragües, alfombras, quincallería y grifería”; y respecto de

los daños y defectos provenientes de elementos no indicados en las letras anteriores o que no sean asimilables o equiparables a los mencionados en éstos, se daban como ejemplos a las “estructuras no soportantes de tabiques, cielos y cubiertas, bases de pavimentos, redes de instalaciones, muros no soportantes, impermeabilizaciones y aislamiento térmico y acústico, rejillas y protecciones exteriores”.

Posteriormente, en el seno de la discusión en el Congreso Nacional, se prefirió eliminar esta enumeración ejemplar, a fin de evitar restringir las fallas y defectos de forma única y exclusiva a estos elementos.





# Recensiones





ALEJANDRO ROMERO SEGUEL, *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho. Una perspectiva procesal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 149 páginas.

Pese a su impronta procesal, ésta es una obra de innegable proyección en el Derecho Civil y, en particular, en la comprensión del art. 3° del *Código de Bello*. Es una interesante invitación a los operadores jurídicos nacionales, señaladamente los tribunales –cuyo es el prestigio en juego–, para poner freno al acostumbrado menosprecio de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Este libro, que muestra un exhaustivo análisis de doctrina y jurisprudencia chilena y comparada, se nos ofrece como una nueva oportunidad de tomar conciencia de que la creación jurídica no es un monopolio de la ley y que el precedente judicial representa, no sólo en el *common law* con su característico *stare decisis*, un papel decisivo para la vigencia del principio de igualdad ante y en la ley (como dimensión de la justicia, que reprueba las contradicciones infundadas en el juzgamiento de casos semejantes, con toda la complejidad filosófica y práctica que representan las

actividades de “aplicar” y “distinguir” –como ocurre en el Derecho inglés– entre casos aquellos que es relevante para considerarlos análogos o, por el contrario, diferentes) y de la seguridad jurídica (sea como uniforme aplicación de las normas jurídicas, sea como predictibilidad del resultado de los conflictos). Ante la confusión generada por la inflación normativa, casi connatural a nuestra idiosincrasia, es la jurisprudencia la que puede propender a tan caros fines y mitigar la arbitrariedad judicial.

No obstante, que Romero excluye el tratamiento filosófico-jurídico del problema, este libro es un complemento necesario de dicho enfoque. Así, al menos parece al confrontarlo, entre otros, con la ideas de Jorge Streeter P. (Cfr. “El razonamiento jurídico”, en *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 99-116), para quien el art. 3.2 CC sólo se refiere al *obiter dicta* (única parte de la sentencia revestida de obligatoriedad, cosa juzgada e imperio, lo que explica la relatividad de sus efectos) sin minar el precedente judicial ni su efecto general vinculante. En esa publicación hallé una lúcida explicación, por una parte, de la necesidad de que los tribunales inferiores respe-

ten los fallos pronunciados por los superiores –a menos que les asistan calificadas razones para apartarse de los mismos– en consonancia con la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y de la certeza jurídica (previsibilidad de los efectos del comportamiento ajeno) y, por otra parte, de la consistencia (conjunto de reglas no contradictorias) y coherencia (armoniosa ordenación según ciertos valores predominantes) del sistema jurídico. Pues bien, el trabajo de Romero –en su propia perspectiva– es también un claro diagnóstico del estado de la cuestión en Chile y un coherente pronóstico de los desafíos que debiésemos asumir si vamos a tomar en serio la jurisprudencia.

En el capítulo I (pp. 17-42), de corte taxonómico, se distinguen los derechos de los juristas, de los jueces y legalista según la preponderancia de las respectivas fuentes de producción, pero con la importante observación de que en todo sistema es a la jurisprudencia la que debe precisar los conceptos jurídicos indeterminados, vinculando, así, derecho y realidad. Enseguida, se describen las acepciones de la palabra jurisprudencia, en particular en el Derecho chileno, en la legislación (donde –si bien el *Código Civil* evidencia un claro protagonismo de la ley–, recientes modificaciones legislativas [arts. 780 CPC y 373b y 376 del *Código Procesal Penal*] constituyen una alentadora revitalización de la relevancia del precedente para unificar los criterios jurisprudenciales); en la doctrina; y en la teoría de las fuentes (donde se acusa la tradicional enseñanza, basada en las explicaciones de Vodano-

vic a partir de las lecciones de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., de que nuestro Derecho adscribe a un sistema que, contrastando con los anglosajones, confiere un valor residual a la jurisprudencia). Sin embargo, distinguidos autores nacionales han cuestionado con originalidad ese dogma (Cfr. Avelino León H., Bernardo Geshe M., Ramón Domínguez A., Carlos Ducci C., Pablo Rodríguez G.; y, más recientemente, Álvaro Quijano F. y Daniela Accatino), tendencia que guarda íntima relación con la principal proposición del trabajo *en comento*, que la parte resolutive de la sentencia produce efectos relativos y obligatorios para las partes, mas la *ratio decidendi* se integra al acervo jurisprudencial que, cabe esperar, debería vincular a los jueces que conocen de casos análogos. Ahora bien, y, no obstante, lo auspicioso de tales estudios, la inestabilidad jurisprudencial reinante en nuestro medio a cualquiera puede desanimar o, aun, escandalizar, pues los hechos dan cuenta de no escasos episodios extremos, como cuando unos mismos jueces que integran una misma sala fallan en forma diametralmente opuesta casos que, en esencia, son semejantes. Estoy cierto que así como Romero grafica esta situación con variados ejemplos de sentencias contradictorias sobre circunstancias fácticas muy parecidas, cualquier abogado litigante de cierta experiencia podría aportar con no pocas anécdotas en este mismo sentido.

En el capítulo II (pp.43-62) se examinan las razones por las cuales se ha sostenido que la ley es la fuente jurídica paradigmática en el sistema jurídico chileno. Este dogma se origina en el ra-



cionalismo y el positivismo legalista, que pregonan a los cuatro vientos el sometimiento del juez a la ley y que sirven de soporte ideológico a la codificación; lo que conduce a concebir a los tribunales como órganos que se circunscriben a aplicar la ley, sin estar jamás atados a la doctrina jurisprudencial que pueda existir, la que a lo sumo se le reconoce un valor persuasivo, y a estimar que las sentencias sólo empecen a las partes. Romero es claro en señalar (como lo hizo en su libro *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002) que el art. 3.2 CC sólo significa que la sentencia judicial dotada de firmeza y cosa juzgada es vinculante exclusivamente para las partes del juicio; pero en manera alguna anula el valor de la jurisprudencia como fuente, distingo que el mismísimo Andrés Bello trazó en el *Proyecto* de 1841 (que a la postre descartó) y que la Corte Suprema ha admitido en varias oportunidades. Romero postula que las decisiones de nuestro Máximo Tribunal debieran poseer fuerza vinculante para propender a la deseada unidad jurisprudencial, como ha sucedido en otras latitudes. Asimismo, la revisión del dogma tradicional es impuesta por la igualdad ante la ley y por la constatación de diversas consecuencias nefastas en nuestro sistema judicial, como lo es la “litigación a la carta”, entre otras manifestaciones del subjetivismo imperante en la resolución de los conflictos jurídicos; todo ello a partir del asimétrico tratamiento dado a la jurisprudencia en comparación al de la ley dentro del tópico de las fuentes jurídicas. Se explica, además, que las acciones de inaplicabilidad y de

protección no han permitido contrarrestar esta tendencia, como tampoco el propio recurso de casación en el fondo, habida cuenta del estricto concepto de “infracción de ley” en que éste se funda. Pero gracias a la ley 19.374 se vislumbra un progreso, con la incorporación del art. 780 CPC, el cambio estructural de la Corte Suprema y la ampliación de la causal de casación en el fondo (“error de derecho”, art. 772 CPC), que incluso podría englobar la infracción del art. 19 N° 2 CPR y la discriminación jurisprudencial.

En el capítulo III (pp. 63-108) el autor se aboca al análisis del recurso de casación en el fondo como medio procesal para conseguir la unidad jurisprudencial. Ya a poco andar la codificación se van produciendo contradicciones jurisprudenciales, motivo de preocupación entre los parlamentarios, al punto que en la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1875) se confirió a la Corte Suprema competencia para conocer del recurso de casación antes que éste existiera en nuestro Derecho. Fue éste el recurso ligado por autonomía a la unidad de la jurisprudencia, pero con el serio inconveniente que, desde un principio, en Chile no se consideró vinculantes los fallos del Máximo Tribunal, sino solamente dotados de un valor moral; estimándose que ello era una condición de la independencia de los poderes del Estado –sólo el legislador puede interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, art. 3.1 CC– y de los propios jueces; señalándose el inconveniente de que la Corte Suprema quedara atada de manos a sus decisiones anteriores, por similares que fue-

ran los casos que tuviese que resolver en el futuro. De ahí que nuestro sistema optara por un recurso de casación en el fondo como medio de control del derecho de los litigantes más que del derecho objetivo, con múltiples implicancias que derivaron en la instauración del “*laissez faire* jurisprudencial”. En efecto, la Corte Suprema dicta la sentencia de reemplazo convirtiéndose en una verdadera tercera instancia que desnaturaliza la esencia del tribunal de casación –permitiendo que se perpetúen los errores jurídicos–; conoce en salas que –hasta 1995– no eran especializadas y el recurso de queja previo a la reforma de ese año devino el medio de impugnación por excelencia, intensificándose las contradicciones entre las sentencias de la Corte Suprema recaídas en juicios similares. Sin embargo, con la especialización de las salas –y de los ministros– ha disminuido el riesgo de resoluciones antinómicas y se ha ido formando cierta unidad jurisprudencial en torno a cuestiones tales como la desestimación del recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento (ex art. 782 CPC, que en lo que interesa se hace consistir en la contravención de una determinada tendencia jurisprudencial); la inclusión del precedente en la *ratio decidendi* y la delimitación de las causales para desestimar ambos tipos de casación. En este último sentido, la *ultra petita* es mencionada como un ejemplo del consenso jurisprudencial (sólo se configuraría en el *obiter dicta*). Me parece que este ejemplo revela la distinción básica, transversal a esta obra, entre la obligatoriedad relativa de los fallos (en su sección resolutive, única donde podría

incurrirse en *ultra petita*) y el precedente (expresado en los motivos, los que no tienen necesariamente que “morir” con la sentencia que les ha dado nacimiento). Pero como se razona en el texto, aunque existan normas y mecanismos para el adecuado desarrollo de la jurisprudencia en Chile (especialmente el art. 780 CPC, cuyas perspectivas son más que alentadoras, si es que los litigantes utilizan el mismo, Cfr. capítulo IV, pp. 109-116), éste se conseguirá únicamente si la Corte Suprema opta en forma deliberada por revalorizar el precedente judicial. Para ello no sólo es necesario abandonar de raíz las que son –a esta altura– unas muy débiles excusas para prescindir del precedente (la aparente autonomía de los jueces y el tenor literal del art. 3.1 CC), sino que es fundamental revivir la práctica republicana –denotada por Bello– de fundar las sentencias (y no meramente darles publicidad, cuestión ésta bastante más sencilla y, por lo demás, muy favorecida por la tecnología). Paralelamente, según se desprende del capítulo IV, el desafío para el juez será apartarse de un criterio si explícita en la sentencia las justificaciones necesarias para fallar el caso de modo distinto a otros anteriores *prima facie* análogos a aquél, lo que, a su vez, supondrá que el litigante respectivo fundamente adecuadamente la necesidad de separarse de una determinada doctrina.

El capítulo V y final (pp. 117-138), que bien pudo, en mi concepto, ser el primero, expone alguna de las razones que reposicionan a la jurisprudencia en su merecido sitial y que estimulan al lector a dimensionar en su justa medida

esta fuente jurídica. Aquí, el autor describe con acierto distintas manifestaciones de la evidente relevancia de esta fuente, *v.g.*, en cuanto llena lagunas legales y anticipa soluciones que a posteriori son cristalizadas por el legislador; o inaugura principios e instituciones jurídicas tan centrales como el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto, el abuso del Derecho y los actos propios; o, por nombrar un último caso, al crear normas procesales de distinto alcance.

El libro de Romero exhibe argumentos esenciales para desterrar la mala costumbre de justificar la inestabilidad jurisprudencial en el texto del art. 3 CC. En lugar de ello, nos motiva a adoptar una actitud proactiva hacia el papel que el precedente judicial debe tener en nuestro Derecho. Pues, como se desprende de Andrés Ollero T. (*Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 92), el respeto del precedente permite preservar el imperio de la ley y conciliar la justicia, la igualdad y la seguridad jurídica.

Todo lo anterior, me parece, debe entenderse con beneficio de inventario, es decir, sin desconocer que en el proceso de elaboración jurisprudencial la ley es uno entre otros varios datos; que la personalidad del juez es y seguirá siendo más o menos decisiva; que una cosa es lo que el juez piensa y otra es lo que expresa en la sentencia; y que, como enseñara Holmes, el Derecho no es sólo lógica sino experiencia, intuición o capricho, querámoslo o no.

CRISTIÁN BANFI DEL RÍO

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Valencia, Thomson, 2005, 306 páginas.

Los diferentes ordenamientos consagran diversos mecanismos jurídicos orientados a solucionar la insatisfacción que experimenta el comprador que recibe una cosa defectuosa. Tradicionalmente, se suelen distinguir tres acciones principales: la acción de nulidad por error en las calidades sustanciales de la cosa, las acciones por vicios ocultos –*acciones edilicias*– y la acción por incumplimiento de la obligación de entrega –acción de entrega conforme–. En la actualidad, el campo de aplicación de estas tres acciones sigue siendo enorme y, aun, en materia de protección al consumidor constituyen la base principal sobre la cual se han estructurado los diferentes regímenes especiales.

Sin embargo, la delimitación del campo de aplicación de estos tres mecanismos, tan distintos en la teoría, resulta muy difícil en la práctica. Éste es, precisamente, el objetivo que persigue José Ramón de Verda y Beamonte, profesor de la Universidad de Valencia, en su libro *Saneamiento por vicios ocultos*. En efecto, el destacado autor español emprende la ardua tarea de analizar, de forma profunda, estas tres acciones mediante la metodología del Derecho Comparado, con el propósito de proponer una solución equitativa y práctica que ponga fin a las divagaciones en que ha incurrido la jurisprudencia de los países más representativos de tradición jurídica romano-germánica.

El método utilizado da muestra de gran erudición y agudeza analítica. El autor retoma una a una las figuras consagradas en distintas legislaciones y emprende su estudio detallado y crítico. Partiendo del Derecho Romano, el profesor De Verda se adentra en las legislaciones internas española, francesa, italiana y alemana, y en la reglamentación particular de la convención de Viena, sobre compraventa internacional de mercaderías, analizando con gran propiedad las distintas influencias recíprocas que han existido entre aquéllas; influencias que van desde la verdadera “importación” de modelos normativos hasta la recepción de doctrina que ha terminado por determinar la forma de interpretar los textos legales en los distintos países.

La innovadora solución propuesta por el profesor español es igualmente aplicable a los diferentes países que consagran para una misma situación –la insatisfacción del comprador de la cosa defectuosa– diversas acciones con regímenes jurídicos distintos: el campo de aplicación debe delimitarse partiendo de las características de la cosa vendida. Dentro de esta perspectiva, si la cosa que el vendedor entrega se encuentra especificada, el defecto preexistía desde la formación del contrato y, por ende, aquél no incumplió, verdaderamente, su obligación de entrega, ya que puso a

disposición del comprador la cosa que, efectivamente, éste entendió adquirir. En esta hipótesis, las únicas acciones procedentes serían las **edilicias**, las cuales resarcirían la lesión económica resultante del vicio. Si, por el contrario, la cosa objeto del contrato no se encuentra individualizada, el comprador sólo dispondría de la acción por incumplimiento de la obligación de entrega, ya que habría una diferencia –un defecto– entre la cosa que recibió y la cosa determinada de forma abstracta en el contrato.

Como bien lo pone de relieve el profesor De Verda, mientras no exista un régimen unificado que solucione la insatisfacción del comprador por defectos de la cosa –tanto los que preexisten al contrato como los que son consecuencia de la ejecución de la obligación de entrega–, la mejor solución posible es aquélla que más seguridad jurídica garantiza.

**Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias**, de José Ramón de Verda, es una obra inteligente, documentada y práctica, indispensable tanto para el abogado, que busca soluciones para sus asuntos profesionales, como para el profesor y el estudiante de Derecho, que desean profundizar en la teoría de este tema que, a través de los años, siempre se ha mantenido actual.

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA

# Índice de materias





## ÍNDICE DE MATERIAS

(LOS NÚMEROS REMITEN A LAS PÁGINAS RESPECTIVAS)

- Abuso,  
  Del derecho, 91
- Accidente,  
  Del trabajo, 248
- Acción,  
  De desposeimiento, 179 y ss.  
  De reclamación, 239  
  De restitución, 218 y ss.
- Actos propios, 89  
  *Stoppel*, 149
- Alimentos, 241
- Analogía, 107
- Autonomía,  
  De la voluntad, 214
- Bienes,  
  Inmuebles, 48  
  Muebles, 48
- Buena fe, 48, 89 y ss.
- Calificación, 99 y ss.
- Casación, 218 y ss.
- En la forma, 240
- Causa, 50, 52 y ss.  
  De la obligación, 52  
  Falta de, 167
- Causalidad, 73 y ss.
- Cesión,  
  De crédito, 60
- Cláusula,  
  De garantía general, 179 y ss.
- Penal, 167 y ss.
- Cláusulas,  
  Abusivas, 16  
  Arbitral, 37, 38
- De renovación, 116
- Invisibles, 20
- Penal, 167 y ss.
- Resolutorias, 65
- Visibles, 20
- Código,  
  Italiano, 78
- Competencia, 158, 229
- Compraventa, 65 y ss.  
  Internacional, 68
- Condición,  
  Resolutoria, 51  
  Tácita, 60 y ss.
- Consentimiento, 103, 114
- Consumidor, 113
- Contrato, 44  
  Accesorio, 169
- Aceptación, 13, 113
- Arrendamiento, 100
- Atípico (s), 99 y ss., 109
- Calificación, 99 y ss.
- Comodato, 58
- Compraventa, 65 y ss., 105, 187
- Construcción, 92, 271
- De adhesión, 9 y ss.
- Depósito, 100, 110 y ss.
- Especiales, 179 y ss.
- Extinción, 44
- Finalidad, 40
- Franquicia, 49
- Hipoteca, 179 y ss.
- Interpretación, 99 y ss.
- Leasing, 105, 168



- Mandato, 102
- Mutuo, 105
- Nominado, 105
- Prórroga automática, 115
- Reales, 100
- Renta vitalicia, 56
- Resolución, 43
- Seguro, 67 y ss., 79, 82
- Solemnes, 103
- Transacción, 174 y ss.
- Contratos
  - Bilaterales, 53
  - Consensuales, 103
  - De adhesión, 9
  - Terminación automática, 67
- Convención,
  - De Viena, 68 y ss., 92
- Culpa, 48
  - De la víctima, 84, 91
- Daño, 69, 73 y ss.
  - Apreciación, 84 y ss.
  - Corporal, 87
  - Material, 87
  - Previsible, 69
  - Moral, 85
  - Reparación integral, 74, 86
- Derecho,
  - Alemania, 78
  - Bélgica, 78
  - Canónico, 62
  - Colombiano, 43
  - Comparado, 73
  - Common law, 75 y ss., 123
  - Chileno, 82 y ss.
  - Estadounidense, 9 y ss.
  - Francés, 80 y ss.
  - Internacional privado, 159 y ss.
  - Québec, 77
  - Privado, 17
  - Público, 17
  - Romano, 102
- Divorcio, 157 y ss.
- Competencia, 158
  - Ley aplicable, 159 y ss.
- Doctrina, 11
- Equidad, 107
- Exceptio
  - Non adimpleti ccontractus***, 167
- Expectativas,
  - Razonables, 35
- Filiación, 239
  - Acción de reclamación, 239
- Formalidad, 103
- Gravamen, 205 y ss.
- Hipoteca, 179 y ss.
  - Cláusula de garantía general, 179 y ss.
- Imprevisión, 167
- Incumplimiento, 51
  - Esencial, 69
  - Grave, 51
  - Recíproco, 64 y ss.
- Indemnización,
  - De perjuicios, 51, 100, 120, 243
- Interés,
  - Asegurable, 119 y ss.
- Interpretación, 63, 99 y ss.
  - Contractual, 99 y ss.
- Jurisprudencia, 281
- Lagunas, 107
- Legislación,
  - Comparada, 121
- Matrimonio, 157
- Mercado, 227
  - De cigarrillos, 227
- Mero tenedor, 218
- Naturaleza jurídica, 48
- Notificación,
  - Demanda, 65
- Nulidad, 49
  - Absoluta, 168
  - Cláusula penal, 167
  - Sobreviviente, 167
- Obligación (es), 167

Índice de materias

- Accesorias, 109
- Contractual, 90
- De minimizar el daño, 88 y ss.
- Objeto, 50
- Obra,
  - Ruinosa, 242
- Oferta, 115
- Omisión, 75
- Orden público, 61
- Pacto,
  - Comisorio, 65
  - De retroventa, 187 y ss.
- Plazo,
  - De gracia, 65
  - Renuncia, 161, 181
- Posesión, 218 y ss.
- Prescripción,
  - Adquisitiva, 202 y ss.
  - Extintiva, 246
  - Servidumbres, 193 y ss.
- Principio (s)
  - Jura novit curia***, 269
  - Locus regit actum
  - Libertad contractual, 117
  - Mitigación del daño, 76 y ss.
  - Reparación integral, 74, 86
  - Venire contra factum, 150
- Recurso,
  - De casación, 105, 218 y ss.
- Reivindicación, 218 y ss.
- Renuncia, 61
- Resolución, 43 y ss., 167
  - Contrato de seguro, 67 y ss.
  - Efecto retroactivo, 47
  - Extrajudicial, 62, 65 y ss.
  - Judicial, 61
  - Naturaleza jurídica, 48
  - Por anticipación, 70
  - Regímenes especiales, 67
  - Renta vitalicia, 56
- Renuncia, 61
- Responsabilidad, 174 y ss.
  - Contractual, 51, 66, 69, 74, 248
  - Construcción, 273
  - Extracontractual, 74 y ss.
  - Por el hecho ajeno, 174 y ss.
- Riesgo, 93, 120
- Seguro, 39, 67,
  - De daños, 132, 141
  - De vida, 125
  - Marítimo, 121
  - Personas, 137, 141
  - Póliza, 67, 150
  - Prima, 67
  - Tipos (de), 140
- Servidumbres, 193 y ss.
  - De tránsito, 214 y ss.
  - Modo de ejercicio, 194 y ss.
  - Prescripción, 193
  - Voluntarias, 193 y ss.
- Silencio, 104
  - Circunstanciado, 112
- Simulación, 189 y ss.
- Sociedad,
  - Conyugal, 179
- Sociedades, 104
- Solidaridad, 174 y ss.
- Transacción, 174 y ss.
- Tribunal,
  - Libre competencia, 231
- Unconscionability***, 27 y ss.
- Vicios ocultos, 285
- Violencia,
  - Intrafamiliar, 253
- Víctimas,
  - Exposición imprudente, 174 y ss.
- Voluntad,
  - Tácita, 100
  - Negocial, 112



# Índice de autores





## ÍNDICE DE AUTORES

(LOS NÚMEROS REMITEN A LAS PÁGINAS RESPECTIVAS)

- Abeliuk Manasevich, René, 66  
Aguad Deik, Alejandra, 167  
Albiez Dormán, K. J., 64  
Alchourrón, C., 70  
Alessandri Rodríguez, Arturo, 84, 85,  
86, 114, 141, 195, 198, 199, 204, 215  
Alterini, A. A., 109  
Amadeo, J. L., 89  
Arlie, D., 57  
Aubert, J. L., 68  
Audit, B., 80  
Aynès, L., 46  
Bahamondes Oyarzún, Claudia, 239  
Balestra R., R., 162  
Ballesteros Garrido, J. A., 35, 36  
Banfi del Río, C., 285  
Barbatto, N. H., 120  
Barrientos Grandón, Javier, 193 y ss.  
Barros Bourie, E., 160  
Barros Errázuriz, A., 195  
Besson, A., 119  
Betti, E., 89, 90  
Biondi, B., 208  
Borda, A., 89  
Boyer, L., 82  
Bulygin, E., 70  
Burdese, A., 208  
Burke, J., 12, 27, 31, 35, 36  
Cadiet, I., 82  
Calsamiglia, A., 57  
Canosa Torrado, F., 46, 66  
Capitant, Henri, 52, 65  
Capogrossi Colognesi, L., 208  
Carbonnier, Jean, 94  
Cárdenas Mejía, J. P., 62  
Carrió, G., 47, 51, 54, 71  
Claro Solar, Luis, 107, 195, 199, 200,  
201, 204  
Clavijo Patiño, L. E., 67  
Colerio, J., 89  
Contreras Strauch, O., 119  
Cornu, G., 65  
Corral Talciani, H., 85, 86, 160  
Craswell, R., 22  
Criscuoli, G., 79  
Cursi, M. F., 208  
Chabas, F., 46  
Chartier, Y., 93  
Dalcq, R. O., 92  
De Angel Yagüez, Ricardo, 79  
De Castro y Bravo, F., 190, 191  
De la Fuente Hernández, N., 259, 262.  
De la Maza Gazmuri, Iñigo, 9, 25, 26,  
179  
De los Mozos, J. L., 109  
De Verda y Beamonte, J. R., 285  
De Ville, 78  
Demogue, R., 84, 90  
Diez Duarte, Raúl, 189  
Diez Picazo, Luis, 64, 89, 91  
Diez Schwerter, J. L., 85, 86, 87  
Dobbs, D., 75  
Domínguez Águila, Ramón, 73, 86,  
87, 204

*Índice de autores*

- Domínguez Benavente, R., 204  
Donati, A., 127  
Durry, G., 82, 86  
Edwards, C., 30  
Eilers Rauch, S., 116  
Ekdahl Escobar, M<sup>a</sup> Fernanda, 89  
Enneccerus, Ludwig, 78  
Espinosa Iluffi, X., 161  
Farnsworth, 27, 28, 30, 76  
Fauvarque-Posson, B., 61  
Foriers, P., 46  
Franciosi, G., 208  
Fueyo Laneri, Fernando, 167, 189, 191  
Fuller, L., 46  
Gabler, Th., 139  
Gamboa Sepúlveda, M., 64  
Gans, A. W., 75  
Gazzaniga, J. L., 58, 63  
Gesche Müller, B., 161  
Goldring, J., 86  
Gómez Estrada, C., 61, 65  
Gotees, Ch., 76  
Grosso, G., 208  
Guzmán Brito, Alejandro, 197  
Guzmán Latorre, D., 163  
Hanotiau, B., 80  
Hare, R. M., 52, 56  
Hart, L. A., 50, 52  
Herane Vives, F., 253  
Hinzpeter Kirberg, R., 180, 184  
Hohfeld, W. N., 44  
Huberath, H., 78  
Jamin, C., 12, 90  
Jerry, R. H., 125, 142, 146, 148, 149  
Jestaz, Ph., 12  
Jolls, C., 24  
Juilhart, P., 88  
Jourdain, Patrice, 80, 81, 86, 93  
Keeton, R., 35, 36, 77, 146, 147, 149  
Kelsen, H., 46  
Kessler, 12, 14, 16, 19  
Korobkin, R., 23, 24, 29, 31, 39, 40  
Krause, Ch., 75  
Larroumet, Ch., 46, 50, 51, 52, 61, 64, 69  
Laude, A., 81  
Leff, A., 16, 17  
Lequette, Yves, 61  
Le Tourneau, Ph., 82  
Llewellyn, K., 12, 18, 27, 28  
López Blanco, H. F., 65, 66  
López Santa-María, Jorge, 99  
Malaurie, Ph., 46  
Mantilla Espinosa, F., 43, 52, 67, 286  
Markesinis, B., 78  
Matteo Terra, V., 162  
Mazeaud, D., 53, 90  
Mazeaud, Henri, 46, 82, 84, 91  
Mazeaud, León, 46, 82, 84, 91  
Mazeaud, Jean, 82, 91  
McCormick, N., 44  
McGee, A., 124  
Medina Alcoz, M., 90  
Meilij, G. R., 120  
Mendonça, D., 46  
Merkin, R., 124  
Mery Beriso, R., 181, 183  
Mery Nieto, Rafael, 227  
Messineo, Francisco, 131  
Monateri, D'Angelo, 90  
Mosset Iturraspe, J., 103  
Mousseron, J. M., 64  
Di Prisco, N., 90  
Ordóñez Ordóñez, A., 67  
Ortiz Monsalve, A., 62  
Ospina Acosta, F., 62, 66  
Ospina Fernández, G., 62, 66  
Ossa, E., 139  
Paillas Peña, E., 189, 191  
Pelichet, M., 70  
Peñailillo Arévalo, Daniel, 195, 198, 199  
Perleman, Ch., 46  
Petti, B., 79



*Índice de autores*

- Picard, M., 119  
Picor, Y., 90  
Pirson, R., 78  
Pizarro Wilson, Carlos, 61, 157, 167  
Planiol, Marcel, 84  
Pothier, Robert, 75  
Pradel, X., 80  
Prosser, W., 77  
Pugliatti, S., 90  
Puig Brutau, J., 89  
Rakoff, T., 12, 14, 16, 17, 19  
Reifegerste, S., 80, 81, 84, 91  
Rengifo García, E., 61, 62  
Ripert, Georges, 84  
Rittershausen Klauning, K., 161  
Rodríguez Grez, P., 84, 86, 169  
Roland, H., 82  
Romero Seguel, A., 281  
Rosello, C., 79  
Ross, A., 46, 63  
Rozas Vial, Fernando, 195, 199, 215  
Rudeen, B., 88  
Sánchez Calero, F., 90, 92, 120, 154  
Savatier, R., 93  
Scout, R. E., 76  
Searle, Jh., 45  
Silva Boggiano, M., 272  
Stitchkin, D., 102  
Streeter P., J., 281  
Sunstein, C., 23, 24  
Schwartz, A., 21, 24  
Seavey, W., 76  
Sériaux, Alain, 45  
Silva Alonso, R., 162  
Simmler, Philippe, 61  
Slawson, D., 11, 12, 14, 17, 18, 21, 28, 35, 36, 39  
Somarriva Undurraga, Manuel, 141, 181, 182, 195, 198, 199, 204, 215  
Soto, C. A., 109  
Speiser, S. M., 75  
Starck, B., 82  
Ternera Barrios, F., 43, 44  
Terré, François, 61  
Trimarchi, Pietro, 64  
Tunc, A., 84  
Tussey, D., 26  
Valencia Zea, A., 62  
Venegas Franco, A., 68  
Vidal Martínez, J., 190, 191  
Villey, M., 59  
Viney, Geneviève, 82, 86, 93  
Visintini, G., 79  
Von Ihering, R., 103  
Weinberger, O., 44  
Widdiss, A., 146, 147, 149  
Wilde, L., 21, 24  
Wittgenstein, L., 44, 48, 55, 71  
Witz, C., 79  
Yzquierdo Tolsada, M., 79



# Siglas y abreviaturas





## SIGLAS Y ABREVIATURAS

AIDA	Asociación Internacional de Seguros
<b>Am. L. Rev.</b>	<b>American University Law Review</b>
art.	artículo
arts.	artículos
BGB	<b>Código Civil alemán</b>
<b>Bull. Civ.</b>	<b>Bulletin civil</b>
C.	C.
CA	CA
C.A.	C.A.
cap.	capítulo
Cass.	Cassation
Cass. Com.	Cassation commerciale
Cass. Crim.	Cassation criminelle
C.C.	<b>Código Civil</b>
C.Co. col.	<b>Código Civil</b> colombiano
C.C. ch.	<b>Código Civil</b> chileno
CCT	Chiletabacos
C. de C.	<b>Código de Comercio</b>
Cfr.	confróntese
cit.	citado
Civ. 2 <sup>al</sup>	Segunda Cámara Civil
<b>Columb. L. Rev.</b>	<b>Columbian Law Review</b>
Cons.	considerando
CPC	<b>Código de Procedimiento Civil</b>
C.P.C. col.	<b>Código de Procedimiento Civil</b> colombiano
CPR	<b>Constitución Política de la República</b>
Crim.	Criminal
C.S.J. Cas. Civ	Corte Suprema de Justicia. Casación civil
Cour Cass	Cour de cassation
C.V.	Convención de Viena
D.	Le Dalloz
D.	<b>Digesto</b>

*Siglas y abreviaturas*

DEA	Diplôme d'Études Approfondies
DFL	decreto con fuerza de ley
dir.	dirección
E.	Excelencia
ed.	edición a veces editor
<b>et al.</b>	y otros
exp.	exponente
f.	fascículo
FONDECYT	Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología
fs.	fojas
Gaz. Pal.	<b>Gazette du Palais</b>
G.J.	<b>Gaceta Jurídica</b>
H.	Honorable
<b>Harv. L. Rev</b>	<b>Harvard Law Review</b>
hrs.	horas
inc.	inciso
incs.	incisos
J.C.P.	<b>Juris Classeur Periodique</b>
LGDJ	Librairie Générale de droit et jurisprudence
LGUC	Ley General de Urbanismo y Construcciones
Ltda.	limitada
M/N	moto nave
M.P.	Ministro ponente
n.	nota
N°	número
nr.	número
N.W.	New York
obs.	observaciones
<b>op. cit.</b>	obra citada.
p.	página
par.	párrafo
Pol.	Política
pp.	páginas
PPI	Policy Proof of Interest.
PPV	propietario primer vendedor
RCHDP	<b>Revista Chilena de Derecho Privado</b>
R.D.A.I.	<b>Revue de droit des affaires internationales</b>
<b>Rev. de Der.</b>	<b>Revista de Derecho</b>
<b>Riv. Dir. Civ.</b>	<b>Rivista de Diritto Civile</b>
<b>Rev. Internat. de Dr.</b>	<b>Revue Internationale de droit comparé</b>

*Siglas y abreviaturas*

<b>Rev. Trim dr. Civ</b>	<b>Revue Trimestrielle de droit civil</b>
RTD civ	<b>Revue Trimestrielle de droit civil</b>
S.A.	sociedad Anónima
S.A.C. e I.	Sociedad Anónima comercial e Industrial
S.E.	Su Excelencia
sec.	sección
sent.	sentencia
SFC	<b>standard form contract</b>
ss.	siguientes
<b>St. Johns L. Rev</b>	<b>St Johns Law Review</b>
TANASA	Tabacalera Nacional S.A.
Trib. Civ.	Tribunal civil
<b>U. Pitt. L. Rev.</b>	<b>University Pittsburg Law Review</b>
UCC	<b>Uniform Comercial Code</b>
t.	tomo
UTM	unidad tributaria mensual
v.	<b>versus</b>
<b>V.g:</b>	<b>verbi gratia</b>
<b>Vide</b>	véase
<b>Virginia L. Rev.</b>	<b>Virginia Law Review</b>
vol.	volumen
<b>Yale L.J.</b>	<b>Yale Law Journal</b>





# 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.

*Normas editoriales*

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 **corsivas**, 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 **corsiva**, 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.).

308

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 2005  
en Versión Producciones Gráficas  
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.

